

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

ÍNDICE

Artículos

Manuel Luque y Anna Ginès I Fabrellas, *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral en el ordenamiento jurídico español*..... **1**

Janette García Yépez y Pedro Rodríguez Rojas, *Trabajo, clases sociales y conocimiento en la sociedad contemporánea en Venezuela*..... **17**

María Teresa Igartua Miró, *Carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España*..... **45**

Comentarios

Juan Raso-Delgue, *La representatividad del sindicato minoritario en Uruguay*..... **75**

Christian Thomson Vivas García, *El Derecho Administrativo, bajo la perspectiva del Derecho del Trabajo y la Seguridad y Salud Laboral, como Derechos Humanos Fundamentales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*..... **87**

Reseñas Bibliográficas

Francesca Sperotti, *Solidarity Transformed: Labor Responses to Globalization and Crisis in Latin America*, por Mark S. Anner. Una reseña..... **108**

Vincenzo Costantino, *Representación y libertad sindical. Presente y futuro*, por Julio Vega López, María Fernanda Fernández López y Carlos L. Alfonso Mellado. Una reseña..... **113**

Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral en el ordenamiento jurídico español

Manuel LUQUE PARRA*
Anna GINÈS I FABRELLAS**

RESUMEN: Una de las mayores dificultades que genera la gran cantidad de normas que en el ordenamiento jurídico español regulan la materia de la seguridad y salud es precisamente el entramado de tipos de responsabilidad y de sujetos o personas responsables. En este sentido, el objetivo del presente trabajo es apuntar algunas nociones básicas sobre cada uno de estos tipos de responsabilidades – penales, administrativas, de Seguridad Social, civiles y laborales o disciplinarias –, para que el lector conozca la respuesta que se ha previsto en el ordenamiento jurídico español ante aquellas situaciones en las que no se hace prevención o ésta se desarrolla de forma incorrecta.

Palabras clave: Prevención de riesgos laborales, prestaciones Seguridad Social, recargo de prestaciones, responsabilidad civil, administrativa y penal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Responsabilidad penal. Artículos 316 y 317 del Código Penal. 3. Responsabilidad administrativa. 4. Responsabilidad en materia de Seguridad Social. El recargo de prestaciones. 5. Responsabilidad civil. 6. Responsabilidad laboral. La potestad disciplinaria del empresario. 7. Bibliografía. 8. Anexo.

* Catedrático acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra.

** Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra.

1. Introducción

A poco más de un año de alcanzar las dos décadas de vida de la Ley española de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8 de noviembre) (en adelante, LPRL) consideramos que es un buen momento para realizar un balance sobre un aspecto principal, como es el referido a las responsabilidades que se prevén, en el ordenamiento jurídico español, ante incumplimientos de las obligaciones preventivas – especialmente teniendo en cuenta la elevada judicialización de los conflictos en materia de seguridad y salud laboral –¹.

Es claro que pueden escribirse un sinfín de páginas acerca de cualquier obligación impuesta por la norma en materia de seguridad y salud laboral, pero si no se hace referencia al tipo y alcance de la responsabilidad que provoca su incumplimiento es imposible conocer su verdadera importancia. En otras palabras, no cabe afirmar la novedad, trascendencia, complejidad, interés o efectividad de una obligación jurídica sin hacer mención a los efectos que de su incumplimiento se derivan.

Una de las mayores dificultades que genera la gran cantidad de normas que en el ordenamiento jurídico español regulan la materia de la seguridad y salud es precisamente el entramado de tipos de responsabilidad y de sujetos o personas responsables.

En efecto, imaginemos que en una empresa determinada se produce una lesión por accidente de trabajo (LAT) producto de un incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral. Pues bien, las responsabilidades que en España podrían concurrir de forma acumulativa y no excluyente serían las siguientes. En primer lugar, sería posible la sanción penal, incluyendo la prisión del empresario si se demuestra que ha existido, por ejemplo, una voluntad manifiesta de provocar ese daño al trabajador. Estaríamos ante un tipo de responsabilidad cuyo objetivo es garantizar bienes constitucionalmente declarados como derechos fundamentales y esenciales de la persona como son la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. Igualmente, junto a ello, cabría la imposición al empresario infractor de una sanción administrativa que puede oscilar entre los 40 euros hasta los 819,780 euros en función de la entidad de la infracción y del resultado dañoso producido. Una responsabilidad administrativa cuyo objetivo es garantizar la posición de la Administración Pública como garante último de la existencia de una

¹ Luque Parra, M. y Ginès I Fabrellas, A., “La judicialización de los conflictos en materia de seguridad y salud laboral”, *Foment del Treball y Fundació para la Prevenció de Riesgos Laborales*, 2011.

efectiva “seguridad e higiene en el trabajo”, tal y como nos lo indica expresamente el artículo 40.2 de la Constitución Española. En tercer lugar, además, cabría obligar al empresario a pagar un recargo de un 30 a un 50% de las prestaciones de la Seguridad Social a las que tenga derecho el trabajador. En este caso, nos encontramos ante una sanción doble, pues se pretende sancionar un incumplimiento normativo y, a la vez, resarcir los daños provocados por el trabajador. Por último, y siempre y cuando las cantidades recibidas por el trabajador (prestaciones de la Seguridad Social y recargo de las prestaciones) no sean suficientes para resarcir el daño provocado por el accidente, podrá reclamarse una indemnización por daños y perjuicios (responsabilidad civil).

Junto a lo anterior, sería equivocado pensar en un único concepto de empresario responsable: “aquél que ha contratado al trabajador accidentado”, pues cada vez es más habitual que el accidente de trabajo se produzca en situaciones de pluralidad empresarial, como serían los casos en los que la LAT afecte a un trabajador de una empresa contratista cuando está prestando servicios para la empresa contratante, o a un trabajador cedido por una Empresa de Trabajo Temporal (ETI) a una empresa usuaria. Observaremos como en estos supuestos, más que eximirse al empresario del trabajador (empresa contratista o ETI, respectivamente) de la asunción de su responsabilidad, estaremos ante una ampliación de los sujetos responsables.

En el mismo sentido, cabe afirmar como la normativa preventiva española posibilita la intervención en la empresa de determinadas entidades especializadas: servicios de prevención ajenos, entidades auditoras o empresas de formación. Una concurrencia empresarial de la que, también, cabrá deducir una ampliación de los sujetos responsables. Con todo, sería erróneo pensar que todas las responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral caen sólo del lado empresarial, pues también podemos referirnos a una responsabilidad laboral o disciplinaria que actúa frente a aquellos trabajadores que no respetan en su quehacer laboral, fundamentalmente, las órdenes e instrucciones empresariales en esta materia.

Así, pues, en este artículo vamos a tratar de apuntar algunas nociones básicas sobre cada uno de estos tipos de responsabilidades: penales, administrativas, de Seguridad Social, civiles y laborales o disciplinarias, que resumimos en la Tabla 1 incluida en el Anexo, para que el lector conozca la respuesta que se ha previsto en el ordenamiento jurídico español ante aquellas situaciones en las que no se hace prevención o ésta se desarrolla de forma incorrecta. Una respuesta que, como se tendrá la oportunidad de observar, no se encuentra prevista en todas sus manifestaciones en la Ley

de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), pues deberemos acudir además a un sinfín de normas tales como el Código Penal, el Estatuto de los Trabajadores, el Código Civil o, incluso, los convenios colectivos.

2. Responsabilidad penal. Artículos 316 y 317 del Código Penal

Lo que se trata de preservar con esta responsabilidad son una serie de derechos fundamentales y esenciales de la persona tales como la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. Es cierto que podría decirse que “todo accidente de trabajo genera una afectación a la vida, salud e integridad física de un trabajador” y, consiguientemente, siempre sería sancionable penalmente, pero esta responsabilidad se ha de entender como la respuesta más rígida que puede prever la norma contra un incumplimiento: en términos jurídicos es la *ultima ratio* (respuesta excepcional del ordenamiento jurídico). En otras palabras, la responsabilidad penal no será la respuesta habitual ante cualquier infracción de la normativa de prevención, sino que sólo actuará ante aquellas infracciones que sean especialmente graves.

El Código Penal español vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) regula, en los artículos 316 y 317, los delitos específicos que pueden producirse en materia de seguridad y salud laboral. De una lectura integrada de estos dos preceptos es posible realizar las siguientes cuatro apreciaciones: quién es el sujeto responsable, cuál es el elemento subjetivo, cuál el elemento objetivo y cuáles las sanciones posibles. Veamos cada una de ellas.

a) *En cuanto al sujeto responsable.* Como es fácil observar, el Código Penal español no se fija en la condición de “empresario” o no para establecer la responsabilidad penal sino que lo que le interesa es identificar “quién” ha “infringido una norma de prevención” estando “legalmente obligado” a cumplirla. Obviamente, si el sujeto que más obligaciones tiene que cumplir en materia de prevención es el empresario respecto de sus trabajadores, no cabe duda que será el que más posibilidades tenga de ser responsable penal. Recuérdese como el artículo 14.2 de la LPRL concibe al empresario como el responsable directo y principal en esta materia: “[e]n cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”.

Ahora bien, junto al empresario podrán ser responsables de forma alternativa o acumulativa otros sujetos a los que la norma de prevención también les sitúa en una posición de garantes de la prevención, esto es,

personas “legalmente obligadas” a cumplir determinadas obligaciones normativas, fundamentalmente los técnicos que formen parte del servicio de prevención propio y/o del servicio de prevención ajeno.

Más complejo es saber hasta qué punto los trabajadores pueden ser sujetos responsables penalmente. En nuestra opinión, hay que diferenciar el supuesto de los delegados de prevención o representantes de los trabajadores en general, del resto de los trabajadores. En el primer caso, aún siendo difícil que en el ejercicio de sus funciones tales trabajadores puedan incurrir en responsabilidad penal, hay que tener en cuenta el importante papel que la LPRL les reconoce en el artículo 21.3 a la hora de paralizar las actividades ante riesgo grave e inminente cuando el empresario no adopte tal decisión.

Respecto de los trabajadores sin la anterior dimensión representativa, la duda se produce cuando se leen las obligaciones específicas que, sobre todo, se recogen en el apartado 4 del artículo 29 de la LPRL: deberán “[i]nformar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores”. Imagínese el supuesto en que, por ejemplo, conociendo el trabajador un determinado riesgo y siendo grave no informe voluntariamente de tal situación a las personas correspondientes y se produzca un accidente mortal de un trabajador.

Parece que sería coherente afirmar que en supuestos tan extremos, aunque no ficticios, como el presentado, el trabajador puede ser responsable penalmente; sin embargo, la duda surge porque el propio artículo 29 de la LPRL en su apartado 3 nos dice que “el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores”, entre las que se encuentra el apartado 4º objeto de discusión, «serán sancionables disciplinariamente», esto es, mediante sanciones laborales que pueden comportar como máximo el despido del trabajador.

Siendo así, cabe preguntarse si la LPRL está excluyendo la posibilidad de que el trabajador sea responsable penal en materia de seguridad y salud laboral. En nuestra opinión, la LPRL lo único que hace es aclarar que el trabajador puede ser sancionado por el empresario si incumple, sobre todo, sus órdenes e instrucciones en materia de seguridad y salud, sin que con ello se elimine su posible responsabilidad penal. Sería ilógico pensar que uno de los sujetos implicados en la prevención de riesgos laborales, como es el trabajador, está excluido de la responsabilidad penal cuando se cumplen todos los requisitos para que aquélla pueda imponerse, sobre

todo, porque como hemos observado ni el artículo 316 ni el 317 del Código Penal incluyen o excluyen en este tipo de responsabilidad a determinados sujetos en función de su posición en la empresa pues lo que se sanciona es la “infracción de una norma de prevención” por el “legalmente obligado” y en determinadas ocasiones este sujeto infractor puede ser el trabajador.

b) El elemento subjetivo del tipo. La responsabilidad penal derivada de la infracción de la normativa prevencionista no sólo requiere que se cause tal incumplimiento por el sujeto legalmente obligado sino que éste debe haberse producido por dolo (mala fe) o negligencia grave. Como se observará, la sanción penal será más o menos grave en función de que la infracción se haya producido como consecuencia de una actuación dolosa o negligente, respectivamente.

c) El elemento objetivo del tipo. Un aspecto fundamental de la responsabilidad penal es que no se sanciona un “delito de resultado” sino de “riesgo”. En otras palabras, para que surja una responsabilidad penal no es necesario que el incumplimiento doloso o negligente del sujeto responsable haya provocado un accidente más o menos grave para un trabajador sino que lo que se exige es que el incumplimiento “ponga así en peligro grave su vida, salud o integridad física”. Sin duda, esta regulación provoca que sean muchas más las infracciones sancionables penalmente que las que lo serían de haberse exigido un resultado.

Por otra parte, la infracción sancionable es suficientemente amplia, pues se refiere a la no facilitación de “los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”. En nuestra opinión, por medios necesarios deben entenderse tanto los equipos individuales o colectivos, como otras actuaciones igualmente fundamentales para desempeñar la actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Algunos ejemplos de estas últimas serían la evaluación de riesgos, la organización de la actividad preventiva, la previsión de medidas de emergencia y la formación e información suficientes.

d) Las sanciones penales posibles. Por último, en el ordenamiento jurídico español, las sanciones penalmente posibles se estructuran en función de que la infracción se haya producido como consecuencia de una actuación dolosa (artículo 316 CP) o por imprudencia grave (artículo 317 CP). La primera puede sancionarse con “seis meses a 3 años de prisión” más una multa de 6 meses a 12 meses. Ésta última debe contabilizarse en función de una cantidad de dinero por día-multa que podría alcanzar como máximo los 108182,17 euros.

Si la actuación ha tenido lugar por imprudencia grave, la pena de prisión

puede oscilar entre 3 y 6 meses. Una sanción que con el actual Código Penal puede sustituirse por arrestos de fin de semana. La multa también podrá variar entre 3 y 6 meses.

Con todo, lo anterior no puede interpretarse como que la muerte de un trabajador producida por la infracción dolosa de la normativa prevencionista por el empresario sólo puede ser sancionada con 3 años de cárcel, pues debe recordarse que los delitos que se analizan son “de riesgo” y cuando hay un resultado, lesiones o muerte, pueden resultar aplicables los delitos genéricos que se establecen en el Código Penal para penalizar los daños físicos que sufran las personas, fundamentalmente: delito de homicidio (artículo 138 CP: de 1 a 15 años de prisión) y delito de lesiones (artículos 147 y siguientes: hasta 12 años de prisión)².

3. Responsabilidad administrativa

La finalidad de la responsabilidad administrativa es clara: se trata de garantizar la posición de la Administración Pública como garante último de la existencia de una efectiva “seguridad e higiene en el trabajo”, tal y como nos indica expresamente el artículo 40.2 de la Constitución Española, además de un interés general de que dicha normativa se cumpla. En concreto, desde el año 2004, las infracciones y sanciones administrativas en materia de seguridad y salud laboral se regulan en los artículos 11, 12, 13, 19, 40 y 42 del Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (TRLISOS, en adelante).

Desde una perspectiva subjetiva (sujetos sancionables), en el ordenamiento jurídico español, será el empresario el que normalmente podrá incurrir en este tipo de responsabilidad. Decíamos normalmente porque es posible que otros sujetos que intervienen en el sistema preventivo de la empresa puedan ser igualmente responsables, tales como, las empresas que actúen como servicios de prevención ajenos, las entidades auditoras o las empresas de formación. No obstante, en esta ocasión – y a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad penal – la ley no reconoce como sujeto responsable al trabajador, una exclusión que no siempre ha sido así, dado que en su momento la Ordenanza General de Seguridad e Higiene sí incorporaba entre los sujetos responsables al personal directivo de la empresa.

Sobre las faltas y sanciones hay que decir que se diferencian tres tipos de

² Alfonso Mellado, C. L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch/Colección laboral, Valencia, 1998, pp. 79-80.

faltas y tres de sanciones, que son correlativas. Las faltas leves, caracterizadas por sancionar conductas poco importantes y, sobre todo, basadas en incumplimientos formales. Las faltas graves, referidas a comportamientos que provocan un riesgo importante en el trabajador. Y las faltas muy graves, que protegen, fundamentalmente, la situación de los trabajadores especialmente sensibles (trabajadoras embarazadas o en período de lactancia – artículo 26 LPRL –, trabajadores menores de edad – artículo 27 LPRL –, trabajadores con una situación temporal o permanente de menor capacidad física, psíquica o sensorial que pueda generar un riesgo laboral para él o para terceros – artículo 25 LPRL – y, finalmente, trabajadores de una ETT cedidos a una empresa usuaria – artículo 28 LPRL y RD 216/1999 –).

Es importante señalar que, en materia de responsabilidad administrativa, los tribunales españoles están considerando mayoritariamente que se produce una infracción sancionable sin necesidad de que se haya producido por una actuación dolosa o negligente del sujeto obligado. En otras palabras, se sanciona, por ejemplo, que no se haya auditado la actuación de los servicios de prevención propios en el plazo legalmente establecido sin tener en cuenta los motivos por los que tal auditoría no se ha efectuado.

En relación con las sanciones, deben realizarse cuatro importantes apreciaciones. En primer lugar que las sanciones, normalmente de tipo económico, en España pueden alcanzar la nada desdeñable cifra de 819.780 euros. En segundo lugar, que el procedimiento sancionador se llevará a cabo ante la Autoridad Laboral Administrativa competente, siendo la Inspección de Trabajo un órgano instrumental esencial en este proceso, pues será quién normalmente proponga la sanción a imponer por parte de la Administración. En tercer lugar, que las infracciones no son sancionables eternamente, pues legalmente se establece un período máximo para sancionar (leves un año, graves tres años y muy graves cinco años contados desde la fecha de la infracción) transcurrido el cuál se considera que las infracciones han prescrito. En cuarto y último lugar, que estas sanciones no son de aplicación en el ámbito del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, lo que puede ayudarnos a explicar la precaria o inexistente situación preventiva de éstas, pues el artículo 45.1 párrafo tercero establece que: “en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efectos se establezca”.

Los grados mínimo, medio o máximo de las sanciones dependerán de una serie de criterios apreciables por la Autoridad Administrativa Laboral y que se enumeran en el artículo 49 de la LPRL: a) la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo; b) el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades; c) la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias; d) el número de trabajadores afectados; e) las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos; f) el incumplimiento de la advertencia o los requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; g) la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los Delegados de Prevención o el Comité de Seguridad y Salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes; h) la conducta general seguridad por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

4. Responsabilidad en materia de Seguridad Social. El recargo de prestaciones

En el ordenamiento jurídico español, todo trabajador que ha sufrido un Accidente de Trabajo (AT) o Enfermedad Profesional (EP) tiene derecho a recibir una prestación pública de la Seguridad Social que será más o menos importante en función, básicamente, de las cotizaciones realizadas y de las lesiones profesionales que se hayan derivado del propio siniestro³. Asimismo, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS): “[t]odas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características de la edad, sexo y demás condiciones de trabajo”.

³ Ginès I Fabrellas, A., *Prestaciones de la Seguridad Social por contingencias profesionales*, Bomarzo, Albacete, 2012.

A diferencia de lo que sucede con el resto de las responsabilidades, la del recargo es de muy difícil conceptualización y es habitual observar como se la califica como una responsabilidad especial, extraordinaria⁴ o específica⁵. Ello es debido a su doble naturaleza. De un lado, se le reconoce un carácter sancionador, punitivo o público, de ahí que se imponga por la Administración Laboral y se prohíba terminantemente que el empresario responsable pueda concertar un seguro que cubra esta responsabilidad. Pero, por otro lado, es una responsabilidad dirigida también al resarcimiento de los daños producidos en el trabajador como consecuencia de un incumplimiento empresarial de la normativa prevencionista. Siendo así, el recargo se impone por la Administración, como las anteriores sanciones administrativas, pero se recibe por el trabajador afectado⁶.

En conclusión, el recargo cumple una función coercitiva, sancionadora y resarcitoria⁷; por tanto, su naturaleza es pública, en tanto constituye una pena patrimonial para el empresario que no puede ni transmitir (asegurar) ni compensar, y privada, ya que acrece la prestación a que tiene derecho el trabajador o sus derechohabientes⁸.

Para que sea posible la imposición del recargo se requiere la existencia de un resultado, es decir, de un AT o EP, no siendo posible su actuación ante las infracciones de la normativa prevencionista que generen meras situaciones de riesgo. Además, es preciso que el AT o la EP sea consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, sea por infracción de alguna obligación concreta como por incumplimiento del deber genérico que a la protección eficaz de los trabajadores se impone al empresario en el artículo 14.1 de la LPRL. Por último, al ser una sanción parcialmente punitiva y por su carácter inasegurable debe exigirse la concurrencia de una negligencia empresarial por la que se haya producido el incumplimiento que haya generado un AT o EP. La situación contraria, esto es, la sancionabilidad

⁴ Fernández Marcos, L., "La agravación de responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 257, 1986, p. 106.

⁵ Palomeque López, M. C., *La configuración del derecho de protección frente a los riesgos laborales. Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos. Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 11.

⁶ Monereo Pérez, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992.

⁷ Sempere Navarro, A. V., García Blasco, J., González Labrada, M. Y Cardenal Carro, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 338.

⁸ Montoya Melgar, A. y Pizá Granados, J., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 310.

de tales infracciones cuando no sean producto de la actuación negligente del empresario (responsabilidad objetiva), comportaría en muchas ocasiones la propia desnaturalización de esta responsabilidad.

Con todo, hay que afirmar que en la actualidad los órganos judiciales españoles están siendo muy proteccionistas en la valoración de los incumplimientos que dan origen a la imposición del recargo, pues en numerosas ocasiones cuando existe un AT o EP se considera que ello ha sido debido a un incumplimiento como mínimo de aquélla obligación genérica, sin importar si tal infracción se ha producido por la imprudencia empresarial. Siendo así, sólo suele rechazarse la imposición del recargo cuando se demuestra que el AT o EP ha sido la consecuencia de la imprudencia temeraria del trabajador⁹.

Para finalizar queda referirse a los casos, cada vez más habituales, en los que se produce una lesión por AT en situaciones de pluralidad empresarial. Serían los casos en los que el siniestro afecte a un trabajador de una empresa contratista cuando está prestando servicios para la empresa contratante (empresa principal), o el del trabajador cedido por una ETT a una empresa usuaria. Frente a estos supuestos de pluralidad empresarial ante una misma prestación de servicios (empresario con el que se contrata y empresario para el que se trabaja), la LPRL ha previsto también determinadas reglas referentes a la identificación del empresario que debe pagar el recargo.

En efecto, cuando el AT del trabajador de una empresa contratista se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, éste último responderá solidariamente con el empresario del trabajador del pago del recargo que se pudiera imponer (artículo 42.2 LPRL). En caso contrario, es decir si el AT no se produce en el centro de trabajo del empresario principal, aún y siendo una actividad subcontratada, responderá del pago del recargo el empresario del trabajador. Por otra parte, es la empresa usuaria de un trabajador cedido por una ETT la que responderá de manera principal del pago de tal recargo (artículo 16 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal – LETT –). Como se observa, en ambos supuestos el sujeto responsable es o puede ser acumulativa o, alternativamente, un empresario diferente a aquél que contrató al trabajador.

⁹ Luque Parra, M. y Ginès I Fabrellas, A., “Análisis cualitativo de las controversias judiciales más relevantes en materia de seguridad y salud laboral”, *Foment del Treball Nacional y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales*, 2013, pp. 55-83.

5. Responsabilidad civil

Como se ha ido observando¹⁰, son múltiples las responsabilidades que se pueden derivar por el incumplimiento de la normativa prevencionista. Desde la perspectiva del trabajador accidentado, podrá ser perceptor de las prestaciones públicas de la Seguridad Social, así como del recargo que de tales prestaciones deba asumir el empresario. Sin embargo, es posible que tales cantidades no sean suficientes para resarcir de daño provocado por el accidente de trabajo, es entonces cuando puede reclamarse la indemnización de daños y perjuicios¹¹.

En efecto, los artículos 1101 y siguientes y 1902 y siguientes del Código Civil (CC) son los que regulan la reclamación de daños y perjuicios derivada de responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente. Así, el artículo 1101 dice que “[q]uedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas” y el artículo 1902 que “[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Ambos supuestos de responsabilidad son posibles ante un AT. Imagínese el caso de un trabajador que sufre un AT porque ni el empresario ni el servicio de prevención ajeno (empresa externa) han adoptado las medidas de seguridad suficientes. El trabajador accidentado, a salvo de lo que se dirá en este apartado, podría reclamar civilmente al empresario. Por lo que estaríamos ante una responsabilidad civil contractual, pues aquel AT se habría producido por incumplimiento de un deber empresarial asumido con el trabajador desde el momento en que se firma el contrato de trabajo, como es el cumplimiento de la normativa específica cuya infracción haya provocado el citado AT. Pero el trabajador podrá igualmente demandar a la empresa que actúe como servicio de prevención ajeno, si bien tal responsabilidad será extracontractual, pues entre tal servicio y el trabajador no existe ninguna base contractual que los vincule, sino que el AT se ha producido por una actuación negligente de aquella empresa en su prestación de servicios para otra.

En cualquier caso, hemos de destacar desde diciembre de 2011, todas las reclamaciones por daños y perjuicios que se deriven de un accidente del trabajo, tengan como sujeto demandado su propio empresario o un

¹⁰ Luque Parra, M., *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

¹¹ Ginès I Fabrellas, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012.

tercero, se analizarán y resolverán en la jurisdicción social. Superándose, así, la importante problemática existente hasta ese preciso momento cómo era que tanto la jurisdicción civil, como la social se consideraban competentes para conocer y resolver estos litigios.

Y es que hemos de pensar que la rapidez de los juicios, los principios procesales, la formación del juez, el plazo para interponer la demanda, etc. son diferentes dependiendo del órgano judicial ante el que nos encontremos, civil o social.

6. Responsabilidad laboral. La potestad disciplinaria del empresario

Hasta el momento, hemos estado analizando tipos diferentes de sanciones que se imponen al empresario ante el incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud laboral, sin embargo, no hemos de olvidar que también puede ser sujeto responsable el trabajador. Imaginemos el supuesto del trabajador al que se le da una orden sobre utilización de un equipo de protección individual y no la cumple, sin duda, será una situación ante la que el empresario podrá reaccionar, sancionándole.

En efecto, el artículo 29.3 de la LPRL es muy claro a este respecto cuando nos indica que: “[e]l incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

La referencia que efectúa el artículo 29.3 de la LPRL al 58.1 del TRLET debe entenderse en el sentido de que es en éste último en donde se reconoce la capacidad del empresario de sancionar las infracciones laborales de sus trabajadores, eso sí, en función de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación.

Si la tipificación o enumeración de las faltas y sanciones de tipo administrativo, de Seguridad Social o penal no puede corresponder a la negociación colectiva por ser materias de orden público reservadas a la Ley (artículo 25 de la CE), lo contrario sucede con las infracciones laborales, pues es el convenio colectivo la norma principal para establecer qué tipo de acciones u omisiones del trabajador son sancionables, incluso con el despido.

Aunque tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la LPRL se enumeran algunos incumplimientos del trabajador que son sancionables, es el propio artículo 58 del TRLET el que remite a los convenios

colectivos no sólo la concreción de las faltas sancionables sino también su propia graduación como leves, graves y muy graves.

En cuanto a la tipificación de las sanciones, el artículo 115.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) (2011) dispone que “será nula la sanción cuando (...) no estuviere tipificada en las disposiciones legales o en el Convenio Colectivo aplicable”. Así, pues, adquieren especial relevancia tanto las sanciones legalmente tipificadas como aquellas cuya previsión sea convencional. Téngase en cuenta que legalmente sólo se tipifican dos sanciones: la suspensión de empleo y sueldo (artículo 45.1.h del TRLET) y el despido del trabajador (artículo 55 del TRLET). Aún y la parquedad legal para tipificar sanciones, sí se prohíbe tajantemente que aquéllas puedan afectar a los derechos de descanso del trabajador (reduciendo, por ejemplo la duración de las vacaciones o de cualquier otro derecho asimilable) o a la contraprestación económica por los servicios realizados (las multas de haber) (artículo 58.3 del TRLET).

Se ha indicado que es el trabajador el sujeto responsable a los efectos del ejercicio del poder disciplinario empresarial. En otras palabras, el empresario no podrá, por ejemplo, despedir a la empresa que está realizando los servicios como entidad ajena puesto que tal sanción sólo es predicable de los trabajadores y no de las empresas. Lo anterior no quiere decir que el empresario no pueda actuar ante lo que considere que es una actuación incorrecta del servicio de prevención ajeno o, en su caso, de una entidad auditora, sino que tales acciones deberán canalizarse por el tipo de responsabilidad correspondiente como es, fundamentalmente, la responsabilidad civil por los daños y perjuicios provocados por la actuación de esa empresa externa.

Pero con afirmar que el ámbito subjetivo de actuación del poder disciplinario en materia de salud laboral es el trabajador no se solucionan todos los problemas puesto que cuando se analizan los convenios colectivos es esencial saber qué significación se está otorgando en la tipificación de las faltas, en la concreción y graduación de las sanciones y en el procedimiento sancionador a aspectos tales como la formación en materia de seguridad y salud del trabajador que comete una infracción laboral, o su condición de delegado de prevención o de miembro del servicio de prevención propio, o su experiencia en las funciones en las que sucede el accidente, o si ha incurrido en tal infracción de forma dolosa o culposa, etc.

Llegados a este punto cabe indicar que del análisis de los convenios colectivos es posible concluir que en la inmensa mayoría aún no se está logrando una regulación en materia de régimen disciplinario en lógica preventiva, siendo sumamente difícil identificar algún convenio colectivo

que apueste por una regulación que siga los criterios anteriormente referenciados¹².

7. Bibliografía

- Alfonso Mellado, C. L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch/Colección laboral, Valencia, 1998, pp. 79-80.
- Fernández Marcos, L., “La agravación de responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 257, 1986, p. 106.
- Ginès I Fabrellas, A., *Prestaciones de la Seguridad Social por contingencias profesionales*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- Ginès I Fabrellas, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012.
- Luque Parra, M., *La Seguridad y salud laboral en la negociación colectiva (Cap. X). El estado actual de la negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 477-514.
- Luque Parra, M., *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.
- Luque Parra, M. y Ginès I Fabrellas, A., *Análisis cualitativo de las controversias judiciales más relevantes en materia de seguridad y salud laboral*, Foment del Treball Nacional y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, 2013, p. 55-83.
- Luque Parra, M. y Ginès I Fabrellas, A., “La judicialización de los conflictos en materia de seguridad y salud laboral”, *Foment del Treball y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales*, 2011.
- Monereo Pérez, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992.
- Montoya Melgar, A. y Pizá Granados, J., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 310.
- Palomeque López, M. C., *La configuración del derecho de protección frente a los riesgos laborales. Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos. Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 11.

¹² Luque Parra, M., *La Seguridad y salud laboral en la negociación colectiva (Cap. X). El estado actual de la negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 477-514.

Sempere Navarro, A. V., García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 338.

8. Anexo. Tabla 1. Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo

Empresario	Trabajadores	Prevencionistas
<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Penal <input type="checkbox"/> Seguridad Social (Recargo) <input type="checkbox"/> Administrativa <input type="checkbox"/> Civil 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Penal <input type="checkbox"/> Laboral <input type="checkbox"/> Civil respecto de trabajadores afectados por su actuación negligente o dolosa. 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Penal <input type="checkbox"/> Laboral respecto de su empresa <input type="checkbox"/> Civil respecto de la empresa cuando actúe como prevencionista ajeno <input type="checkbox"/> Civil respecto del trabajador afectado por su actuación negligente o dolosa.

Trabajo, clases sociales y conocimiento en la sociedad contemporánea

Janette GARCÍA YÉPEZ*
Pedro RODRÍGUEZ ROJAS**

RESUMEN: El propósito de este artículo es realizar un análisis del Trabajo como proceso histórico y una aproximación teórica a la luz de la nueva dinámica capitalista: hiper desarrollo tecnológico, crecimiento exponencial de los sectores financieros y especulativos, la economía virtualizada, la sociedad de consumo. Partiendo de una breve historia, abordamos El Trabajo y las clases sociales desde la perspectiva marxista, el trabajo genérico, los conceptos de explotación y alienación, trabajo concreto y trabajo abstracto, plusvalía, las dimensiones cuantitativas y cualitativas del trabajo, trabajo y posmodernidad, la crítica al supuesto Fin o agonía del trabajo como fuente primordial de riqueza, trabajo y fetichización, la relación trabajo y capital en las sociedades modernas, el papel del conocimiento y la ciencia en el mundo del trabajo. Al final, una primera aproximación a nuestra propuesta de la Plusvalía del Consumo, como nueva dimensión de los mecanismos de explotación del capitalismo contemporáneo.

Palabras clave: Trabajo, Clases Sociales, Conocimiento, Capitalismo, Socialismo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El trabajo en Marx: explotación y alienación. 3. ¿Fin del trabajo? Cuál sociedad postcapitalista? 4. Conocimiento, Capital y fetichismo. 5. Plusvalía absoluta y relativa. 6. Capital y consumo: Plusvalía del consumo. 7. Las clases sociales en las sociedades contemporáneas. 8. Bibliografía.

* Doctora en historia de la Universidad Lisandro Alvarado de Venezuela.

** Doctor en historia de la universidad Simón Rodríguez de Venezuela.

1. Introducción

Como sabemos hasta el desarrollo de la agricultura, hace unos 10.000 años en el norte de África, el hombre vivía como nómada, de la caza y la pesca, de lo que la naturaleza le otorgaba. Esto no quiere decir que antes de la agricultura, desde el surgimiento de los primeros primates y el homo sapiens hace unos 150 mil años, ya había surgido el trabajo como actividad creadora. El hombre desde su origen tiene la necesidad de crear, no solo para satisfacer las necesidades básicas de alimentación, vestimenta y vivienda, sino que su condición de humano hace del esfuerzo una necesidad vital. El hombre, a diferencias de otros animales, no puede pasar los días y la vida en solo comer, procrearse y dormir.

En un principio el trabajo, las técnicas (tecnologías), la naturaleza y la cultura fueron parte de un todo inseparable. El hombre ocupaba su tiempo en crear, tanto para solucionar problemas inmediatos – a través del uso de técnicas y herramientas construidas por él – como la capacidad de generar nuevas necesidades, producir nuevos hábitos y recrearse. El trabajo – a diferencia de hoy – no era una obligación, no era simplemente un esfuerzo que tenía que hacer el hombre para ganarse un salario con el cual se intenta satisfacer las necesidades básicas, el trabajo no era una actividad penosa para conseguir otro fin, no, el trabajo era un fin en sí mismo. Con las sociedades sedentarias, el surgimiento de la agricultura, el trabajo asume una condición y un carácter más social, las poblaciones crecen y por lo tanto el consumo y de esta manera el trabajo se hace más obligante. Esto ha sido una condición histórica del trabajo. Al decir de Engels:

“Con cada nuevo progreso, el dominio sobre la naturaleza, que comenzara por el desarrollo de la mano, con el trabajo, iba ampliando los horizontes del hombre, haciéndole descubrir constantemente en los objetos nuevas propiedades hasta entonces desconocidas. Por otra parte, el desarrollo del trabajo, al multiplicar los casos de ayuda mutua y de actividad conjunta, y al mostrar así las ventajas de esta actividad conjunta para cada individuo, tenía que contribuir forzosamente a agrupar aún más a los miembros de la sociedad” (1981, p. 71).

Con la desaparición de la propiedad comunal, el surgimiento de la propiedad privada y la correspondiente división del trabajo (manual e intelectual), la diferenciación entre clases sociales, entre los que poseen medios de producción y los que solo tienen su fuerza de trabajo, el trabajo pierde su condición humana vital. Pero es en las sociedades capitalistas, con el surgimiento de la industria y la división internacional del trabajo, cuando el trabajo se convierte en una mercancía.

Históricamente el trabajo ha sido visto de distintos ángulos y perspectivas, desde los documentos bíblicos el trabajo aparece como un castigo a quienes en el paraíso habían violado los mandatos divinos. Hasta la llegada de la Edad Moderna el trabajo se vio como una condición de inferioridad que era hecho por los más humildes (esclavos, siervos), aquellos que no tenían poder económico ni gozaban de nobleza sanguínea y cargos nobiliarios. Los ricos, los poderosos, los nobles no trabajaban, no lo necesitaban y era, además, profundamente denigrarse, solo se dedicaban a la supervisión, a las actividades bélicas, religiosas, culturales, a los vicios y el ocio.

Fue con el desarrollo de las sociedades modernas, en los inicios del capitalismo, tal como lo plantea Max Weber (1998), con el surgimiento del protestantismo (movimientos luteranos y calvinistas), con el desarrollo del pensamiento liberal burgués, que el trabajo comenzó a ser aceptado como elemento fundamental del desarrollo económico. Hasta el siglo XV los economistas consideraban que la riqueza consistía fundamentalmente en el dominio de minerales preciosos y la propiedad de la tierra, alcanzado fundamentalmente a través de la expansión y colonización territorial y la utilización del trabajo forzado (esclavo).

A partir de esta fecha, con el desarrollo industrial del capitalismo, el trabajador asalariado comienza a sustituir a los siervos y los esclavos. Todo esto fundamentalmente en Europa, ya que en el resto del mundo solo a finales del siglo XIX desaparece la esclavitud y el trabajo servil, aunque en forma camuflada se ha mantenido por más tiempo, aun hoy, ésta la más vil y directa forma de explotación, más que del trabajo, del humano.

2. El trabajo en Marx: explotación y alienación

Pero fue Marx quien comprendió y analizó con mayor precisión el papel del trabajo y de los trabajadores como sujetos históricos. Para Marx el trabajo se había degenerado pasando de ser una creación natural del hombre a un proceso de esclavitud y enajenación. El hombre no se desarrolla en el trabajo, por el contrario pierde su esencia humana, convirtiéndose en mercancía, el hombre solo es feliz fuera del trabajo. Tal como lo plantea en los Manuscritos de 1844: (...) “el trabajo es externo al trabajador, es decir, no pertenece a su ser; en que en su trabajo, el trabajador no se afirma, sino que se niega; no se siente feliz, sino desgraciado; no desarrolla una libre energía física y espiritual, sino que mortifica su cuerpo y arruina su espíritu. Por eso el trabajador sólo se

siente en sí fuera del trabajo, y en el trabajo fuera de sí. Está en lo suyo cuando no trabaja y cuando trabaja no está en lo suyo. Su trabajo no es, así, voluntario, sino forzado, trabajo forzado. (...) De esto resulta que el hombre (el trabajador) sólo se siente libre en sus funciones animales, en el comer, beber, engendrar, y todo lo más en aquello que toca a la habitación y al atavío, y en cambio en sus funciones humanas se siente como animal. Lo animal se convierte en lo humano y lo humano en lo animal” (1986, p. 108-109).

Más adelante, en *Trabajo asalariado y capital* (1849), Marx ahonda en este particular: “Ahora bien, la fuerza de trabajo en acción, el trabajo mismo, es la propia actividad vital del obrero, la manifestación misma de su vida. Y esta actividad vital la vende a otro para asegurarse los medios de vida necesarios. Es decir, su actividad vital no es para él más que un medio para poder existir. Trabaja para vivir. El obrero ni siquiera considera el trabajo parte de su vida; para él es más bien un sacrificio de su vida. Es una mercancía que ha adjudicado a un tercero. Por eso el producto de su actividad no es tampoco el fin de esta actividad. Lo que el obrero produce para sí no es la seda que teje ni el oro que extrae de la mina, ni el palacio que edifica” (p. 78).

Pero además en esta mercantilización del trabajo, Marx descubre – en lo que sería su aporte fundamental a la teoría del valor y la diferenciación de trabajo y fuerza de trabajo – que no es el trabajo lo que vende el hombre, sino su fuerza de trabajo, el trabajador recibe solo lo necesario para la sustentación, pero el salario nunca es equivalente a su producto. El salario para Marx (...) “no es la parte del obrero en la mercancía por él producida. El salario es la parte de la mercancía ya existente, con la que el capitalista compra una determinada cantidad de fuerza de trabajo productiva” (Marx, 1849, p. 79).

El trabajador en el capitalismo no es dueño de lo que el mismo genera producto de su esfuerzo, es de otro, el dueño del capital, que compra su fuerza de trabajo y la convierte en parte del capital, en parte de su propiedad, el trabajador le pertenece. El capital, que como lo plantea Marx, es solo producto del trabajo objetivado, no existe por cuenta propia: las maquinarias, el dinero, la materia prima han sido y son producto histórico del trabajo, no son naturaleza, es producto del trabajo objetivado, el trabajo que se enajena (roba) a su creador. (...) “El objeto que el trabajo produce, su producto, se enfrenta a él como un ser extraño, como un poder independiente del productor. El producto del trabajo es el trabajo que se ha fijado en un objeto, que se ha hecho cosa; el producto es la objetivación del trabajo. (...) La enajenación del trabajador en su producto significa no solamente que su trabajo se convierte en un objeto,

en una existencia exterior, sino que existe fuera de él, independiente, extraño, que se convierte en un poder independiente frente a él; que la vida que ha prestado al objeto se le enfrenta como cosa extraña y hostil” (Marx, 1984, pp. 106-107).

Para Marx, en el capitalismo el hombre se cosifica y objetiviza, se convierte en cosa y objeto, perdiendo toda esencia humana, sus capacidades físicas y espirituales se limitan. El trabajo o proceso de trabajo, de acuerdo a Marx, alude a un proceso de relación entre hombre y naturaleza a través del cual, al transformarla, el hombre proyecta su figura. El proceso de trabajo no es dominio de la naturaleza, sino un proceso de autodeterminación y dotación de sentido. “La noción de trabajo de Marx no es una categoría económica sino filosófica (...)” (Solares, 1997, p. 21).

En las sociedades mercantiles donde prima la propiedad privada y la división del trabajo el hombre ya no aspira a “ser humano”, un hombre consustanciado consigo mismo, con los otros hombres y la naturaleza, sino que su vida se centra en poseer y tener cosas y para ello la posesión más importante y la más valorada es la de poseer dinero. El dinero en el capitalismo lo es todo, representa la unidad del sistema, como el más representativo de los fetiches capitalistas, se coloca por encima de todo, del propio hombre, se convierte en la máxima medida con la que se valora y mide a los seres humanos y sus creaciones, no importa el tipo de moneda ni el producto, la nacionalidad, con él se adquiere o compra todo, veamos como sarcásticamente lo plantea el filósofo alemán: “Lo que mediante el dinero es para mí, lo que puedo pagar, es decir, lo que el dinero puede comprar, eso soy yo, el poseedor del dinero mismo. Mi fuerza es tan grande como lo sea la fuerza del dinero. Las cualidades del dinero son mis – de su poseedor – cualidades y fuerzas esenciales. Lo que soy y lo que puedo no están determinados en modo alguno por mi individualidad. Soy feo, pero puedo comprarme la mujer más bella. Luego no soy feo, pues el efecto de la fealdad, su fuerza ahuyentadora, es aniquilada por el dinero. Según mi individualidad soy tullido, pero el dinero me procura veinticuatro pies, luego no soy tullido; soy un hombre malo y sin honor, sin conciencia y sin ingenio, pero se honra al dinero, luego también a su poseedor. El dinero es el bien supremo, luego es bueno su poseedor; el dinero me evita, además, la molestia de ser deshonesto, luego se presume que soy honesto; soy estúpido, pero el dinero es el verdadero espíritu de todas las cosas, ¿cómo podría carecer de ingenio su poseedor? Él puede, por lo demás, comprarse gentes ingeniosas, ¿y no es quien tiene poder sobre las personas inteligentes más talentoso que el talentoso? ¿Es que no poseo yo, que mediante el dinero puedo todo lo que el corazón humano ansia, todos los poderes humanos?

¿Acaso no transforma mi dinero todas mis carencias en su contrario?” (Marx, 1984, p. 83).

Marx establece una diferencia entre el trabajo concreto en el sentido de su utilidad y el trabajo abstracto como valor de cambio, una cosa es el trabajo necesario para producir un bien determinado y otro es el valor que el trabajo como mercancía toma en el mercado. El trabajo humano es concreto si produce valor de uso y es trabajo abstracto si se produce para el mercado. La cantidad de valor que encierran las mercancías se mide por el tiempo de trabajo socialmente necesario. ¿Y cómo se mide ese trabajo? No es por tiempo de duración, no son las horas. Para Marx el trabajo que crea el valor es una “substancia social”, no la emanación de energía psicofísica de cada individuo tomado aisladamente (Cruz Suárez y González Paris, s/f. p. 11).

La mayoría de teóricos se concentran en el valor de uso y en el valor de cambio de las mercancías, es decir solo en una esfera cuantitativa. Tal como lo plantea Néstor Kohan (2011) esto se debe a una dificultad o carencia de índole teórico y política (p. 605). Según Kohan, para Marx lo cualitativo se encuentra en la cosificación, en la enajenación y reificación de las relaciones sociales mediadas por relaciones de mercado. Es allí donde el fetichismo juega un lugar clave en la teoría cualitativa del valor. Marx en *El Capital* no solo se pregunta ¿Cuánto valen las mercancías? Al mismo tiempo se pregunta: ¿Por qué valen las mercancías? Es decir, hay una concepción cualitativa, un análisis político-social del capitalismo. Esto rompe con cualquier visión mecanicista-ortodoxa que percibe la obra de Marx como economicista. El marxismo no solo es una crítica a la explotación económica sino también una teoría de la dominación política. El fetichismo estudia la estructura irracional de las relaciones capitalistas. Para Kohan, el fetichismo no se reduce a una teoría filosófica-antropológica de la pérdida de la esencia humana, de ningún modo queda limitada a una teoría de la subjetividad, a los elementos de la superestructura, la falsa conciencia o ideología. Por el contrario, abarca también la comprensión científico-crítica de la economía política y a las relaciones sociales de producción y el mercado. El fetichismo consiste en dotar a determinados objetos de cualidades o atributos que no le son propios y en convertirlos en objetos naturales y neutrales, como si fueran propio de la naturaleza humana y no de una condición histórica concreta, producto de relaciones sociales, como lo son: el dinero, el capital, la renta, el salario, entre otros (p. 606).

En su obra Marx llega a la conclusión de que el producto de la propiedad privada, del dominio de unas clases sociales poseedoras sobre otras que solo tienen su fuerza de trabajo, existe una relación contradictoria entre el

capital y el trabajo, que solo será posible transformar cuando el trabajo como sujeto histórico se vea expandido en el resto del mundo, con la sociedad industrial capitalista, asuma conciencia de su situación de clase oprimida y alienada y enfrente el dominio del capital a través del proceso político revolucionario que los llevaría a una primera instancia al socialismo, como etapa transitoria – donde el Estado y la vanguardia revolucionaria tiene un papel protagónico – hasta llegar al comunismo, donde no deben de existir ni clases sociales, ni el estado, ni explotado ni enajenaciones.

3. ¿Fin del trabajo?Cuál sociedad postcapitalista?

Hasta finales del siglo pasado, sobre todo con la experiencia soviética y china, muchos movimientos bajo la bandera del socialismo y el comunismo lucharon por consolidar este proyecto, sin embargo, con la caída del bloque soviético, pero más aún, a partir de los cambios que se han venido produciendo en las últimas décadas, motivados a la violenta y explosiva revolución tecnológica, sobre todo en el mundo de la informática, la robótica, y la genética, se ha visto disminuir – sobre todo en los países desarrollados – el papel de la industria y por lo tanto del obrero fabril, típico representante de la clase trabajadora desde el siglo XVIII. Tal como lo plantea De la Garza Toledo: “La crisis del trabajo como núcleo de la acumulación del capital, negación de toda teoría del valor trabajo como anticuada, afirmación del mercado como mecanismo de fijación de los precios frente a los enfoques productivistas, se le relaciona con dos procesos de gran importancia actual: el sobredimensionamiento del sector financiero, sin relación estricta con la economía real, y la nueva etapa de automatización de los procesos productivos, en la cual el trabajo se reduce sustancialmente frente al capital constante, así mismo la actividad laboral como centro de la creación de identidad de sujetos sociales...” (2001, p. 11).

Para Rangel (2012), las TICs han modificado el mundo del trabajo porque han permitido la creación de nuevos tipos de empleo, han contribuido a la descentralización de las fábricas y a la modificación de las relaciones laborales al introducir variables importantes como el trabajo independiente contratado y la incorporación de nuevos sujetos o actores sociales asociados a su uso y en algunos casos ha producido lo que se denomina “precarización” del trabajo, por ejemplo, grandes transnacionales de la informática contratan expertos programadores en el llamado “tercer mundo”, pagándole salarios de miseria y adueñándose del

producto de su trabajo (software), lo que se empieza a conocer como “maquila informática”. Por otra parte, creemos que a pesar de que las TICs no transforman las relaciones de producción y la naturaleza del trabajo alienado en la sociedad capitalista, no es menos cierto que su uso ha cambiado las relaciones laborales, lo que nos obliga a revisar concepciones tradicionales como su ubicación exacta en el proceso de producción.

Frente a estos cambios tecnológicos ha surgido un discurso que pretende postularse como una filosofía del fin de la modernidad y de todo lo que ella representa, es decir fundamentalmente la sociedad capitalista y hay quienes se refieren a la sociedad pos capitalista (Peter Druker (1997), Alvin Tofler (1998), entre otros). Ya autores como André Gorz (1980) en *Adiós al proletariado*, Jeremy Rifkin (1997) en *El Fin del Trabajo*, Ricardo Antunes en *¿Adiós al trabajo?* (1999), también Alain Touraine, Tony Negri entre otros, se han referido al tema del Fin del Trabajo, producto de los cambios señalados, donde predomina el capital y trabajo intelectual sobre el manual y el surgimiento – según ellos – de la sociedad postindustrial o postcapitalista. Aclarando siempre que se refieren a los países desarrollados, es decir donde reside tan solo el 20% de la población mundial. El Futurólogo Alvin Toffler, en su obra *El Cambio del Poder*, señala: “Este es un cambio tan revolucionario que no puede configurarse por medio de una cartografía política convencional. El nuevo sistema de creación de riquezas, impulsará a políticos activistas y teóricos de la política – tanto si todavía se consideraran a sí mismos *de Izquierdas* o *de Derechas*; *Radicales* o *Conservadores*; *Feministas* o *Tradicionalistas* – a reconsiderar todas las ideas políticas desarrolladas durante la era de las Chimeneas, las mismas categorías se han quedado ahora obsoletas” (Toffler, 1998, p. 426).

Para comenzar debemos hacernos algunas interrogantes: ¿Qué está cambiando esta Revolución tecnológica?, ¿Una nueva sociedad?, ¿Llega a sustituirse el actual sistema capitalista o por el contrario esta revolución tecnológica es una nueva dimensión del capitalismo en crisis?, ¿No es precisamente la revolución informática como la ha planteado Mc Luhan – la mayor garantía de poder hablar hoy de globalización o Aldea Global?, ¿No estaremos hoy transcurriendo por una revolución tecnológica cuyo discurso nos indica el fin de todo, el cambio a una realidad a una desconocida pero en el fondo las grandes “realidades” – si bien sufren modificaciones – se mantienen?, ¿No es el comercio de la información – computadoras y redes – la mayor manifestación de la vigencia de la sociedad capitalista?. Como bien lo planteó Khun en su conocida obra sobre *Estructura de las Revoluciones Científicas*: (...) “Los cambios de los

paradigmas hacen que los científicos vean el mundo de investigaciones que le es propio, de manera diferente. En la que su único acceso para ese mundo se lleva a cabo a través de lo que ven y hacen, podemos desear decir que, después de una revolución, los científicos responden a un mundo diferente” (p. 176). “Aunque el mundo no cambia con un cambio de paradigmas, el científico después trabajó en un mundo diferente” (Khun, 1996, p. 190).

Alvin Toffler y Peter Drucker, delegan en el conocimiento (ciencia, tecnología) el factor de producción predominante y al cual se le debe, según ellos, la transformación a la sociedad poscapitalista. Al respecto Drucker señala: “El verdadero recurso dominante o factor de producción absolutamente decisivo no es ya ni el capital, ni la tierra, ni el trabajo, es el Conocimiento. En lugar de capitalista, las clases de la sociedad poscapitalistas son trabajadoras de conocimiento o trabajadores de servicios” (Drucker, 1997, p.6). Este autor deja claro que esta Sociedad del Conocimiento no se encuentra en el Tercer Mundo: “Las fuerzas que están creando la sociedad poscapitalista tienen su origen en el mundo desarrollado. Son el producto y el resultado de su desarrollo. Las soluciones de los retos de la sociedad poscapitalista no se van a encontrar en el tercer mundo (...) los problemas de la sociedad poscapitalista y del estado poscapitalista sólo se pueden atacar donde se originaron y fue en el mundo desarrollado” (Drucker, 1997, p. 11)

El propio Drucker describe como fue esta historia del conocimiento en los países desarrollados hasta llegar hoy a las sociedades del conocimiento: “Durante cien años – en la primera fase – el conocimiento se aplicó a herramientas, procesos, productos. Esto creó la Revolución Industrial, pero también creó lo que Marx llamó la alineación y las nuevas clases, y la guerra de clases y con ello el comunismo. En su segunda fase; que comienza hacia 1880 y culminó más o menos en la segunda guerra mundial, el conocimiento en su nuevo significado empezó a aplicarse al trabajo. Esto introdujo la Revolución de la Productividad que en 75 años convirtió al proletario en un burgués. Un burgués de clase media, con ingresos casi de clase alta. La Revolución de la Productividad acabó así con la guerra de clases y con el comunismo. La última fase comenzó después de la segunda guerra mundial. El conocimiento se está aplicando ahora al conocimiento mismo. Esta es la Revolución Administrativa” (Drucker, 1997, p. 22).

Al decir de Toffler, el capitalismo está sentenciado a muerte, no por la revolución socialista, sino porque – según él – cada vez es menos necesario el capital: “En realidad, el conocimiento es en cierto sentido, una amenaza a largo plazo mucho mayor que los partidos políticos

anticapitalistas. Porque, en términos relativos, la revolución informativa está reduciendo la necesidad de capital por unidad de producto” (Toffler, 1998, p. 118).

La politóloga Argentina Graciela Ferrás llega afirmar que: “Ahora la autoridad no se encuentra en la clase dirigente ni en la esencia del control político, sino que es anónima. Se disfraza de sentido común, de opinión pública” (Ferrás, 1997, p. 110). Es decir, según esta autora no hay ni clase sociales ni poderes políticos dominantes. Para nosotros, por el contrario, ahora, a través de los sutiles medios tecnológicos el poder se desdibuja, es cierto, pero solo en apariencia, hoy, más que nunca, el poder se concentra en la burguesía y sus representantes. La racionalidad de esta Revolución tecnológica es capitalista y capitalista son sus intereses. Lo que sí es cierto que actores tradicionales del capitalismo están amenazados y podrían ser sustituidas por otros. Jeremy Rifkin, en su obra *El Fin del Trabajo*, hace referencia a las posibles consecuencias que en el área laboral produciría esta nueva era tecnológica: “Para algunas personas, en particular para científicos, ingenieros, y empresarios, un mundo sin trabajo señalara el inicio de una nueva era en la historia, era en la que el ser humano quedará liberada a la larga de una vida de duros esfuerzos y de tareas mentales repetitivas. Para otros, la sociedad sin trabajo representará la idea de un futuro poco halagüeño de desempleo afectando a un sin fin de seres humanos y de pérdidas masivas de puestos de trabajo, igualado por un mayor desazón social e innumerables disturbios” (Rifkin, 1997, p. 38).

4. Conocimiento, Capital y fetichismo

Quienes vociferan sobre el fin del capitalismo y el surgimiento de la sociedad poscapitalista y al mismo tiempo magnifican el hecho tecnológico, en realidad están plasmando una nueva cara del capitalismo, donde la el conocimiento toma un papel estelar dentro del capitalismo, pero el conocimiento no se convierte en un factor ajeno al capital. La ciencia y la tecnología moderna siempre han sido y serán – mientras predominen las relaciones sociales capitalista – parte esencial del capital, y como tal, trabajo objetivado.

El conocimiento, las tecnologías, por más sofisticadas que sean no son una abstracción, una metafísica, no son extrahumanas, ni extraterrestre, son el producto del trabajo social. Siguen al servicio del capital y sus dueños, la burguesía, el conocimiento es la nueva fuerza de trabajo, repotenciada, acumulado, con plusvalor, pero sigue siendo trabajo, que a igual que el producto material es enajenado por el capital, pierde su

esencia y se convierte en vulgar mercancía digerible por igual por toda la humanidad siendo la única limitante la capacidad de compra. Como bien ha señalado González Quiroz en este mundo del ciberespacio a diferencia de lo que piensa Druker y Toffler, – quienes afirman una desdibujamiento de las diferencias sociales – el mundo estará claramente dividido entre quienes tienen el poder de la información – “Una ciberburguesía – y la gran mayoría de consumidores que se han convertido en el proletariado de la era digital (...)” (Quiroz, 1998, p. 154).

Estamos consciente de que ya en las sociedades económicamente tecnologizadas, la concepción tradicional del trabajo como fuerza bruta no es la predominante (sin que hay dejado de existir) y que la condición cualitativa del trabajo forma parte del proceso económico. Pero no por ello podemos afirmar que ha dejado de existir la explotación, la plusvalía y la división social con respecto al papel que se ocupa en las relaciones sociales de producción, y mucho menos decretar el fin del capitalismo o la entrada a una época postcapitalista, en la que según Druker: “Todos los trabajadores del conocimiento serán empleados de organizaciones. Pero diferentemente de los empleados del capitalismo, ellos serán dueños de los medios de producción y de las herramientas de producción. Primero, por medio de sus cajas de pensiones que rápidamente están surgiendo en todos los países desarrollados como los únicos verdaderos propietarios. Lo segundo, porque los trabajadores instruidos son dueños de sus conocimientos y se los pueden llevar consigo a dondequiera que van. El capitalista tradicional probablemente llegó a su punto culminante a principios del siglo XX y, ciertamente, no después de la Primera Guerra Mundial. Desde entonces, nadie ha igualado en poder y visibilidad a personajes de la talla de Morgan, Rockefeller, Carnegie o Ford en los Estados Unidos; o Siemens, Thyssen y Krupp en Alemania. En lugar de los capitalistas de la vieja escuela, los que controlarán cada vez más la oferta y la distribución del dinero serán las cajas de pensiones” (Druker, 1994, p. 13).

Peter Druker percibe al conocimiento y a los instrumentos financieros como las cajas de pensiones fueran de la órbita del capitalismo, como si no se tratara de la misma lógica, aunque con personajes y facetas distintas. Compartirnos con De la Garza al advertir que el capital como abstracción ha llegado al máximo de su despersonalización, pero sigue su lógica acumulativa independientemente de los sujetos sociales en los que se encarna. Esto no elimina las explotaciones y demás formas de funcionar del capitalismo, en todo caso lleva su fetichización a su máxima expresión. En estas condiciones no puede plantearse, como en las concepciones clásicas, que las ganancias especulativas provienen del reparto de la

plusvalía generada en la producción. Se trata de ganancias que tienen detrás valores despojados de su objetivación, pero que igual pueden intercambiarse a través del dinero por valores objetivados. (De la Garza, 2001, pp. 14-15).

Hemos pretendido demostrar, que todos estos cambios ocurridos no son elementos de una sociedad distinta, sino que son procesos y actores nuevos de la actual dinámica capitalista. La racionalidad del capital, la búsqueda de la ganancia es la que impera. Esto no es un descubrimiento, ya Marx en los *Gründisse* señala que: “En la época del capitalismo avanzado la dominación opera ya en el concepto y la construcción de técnicas” (p. 54). Ya en estos Manuscritos de 1858 hace un análisis minucioso a esta tendencia a la disminución en términos relativos – cuantitativos del trabajo manual, del capital variable frente al capital constante producto del avance tecno científico: “El supuesto de producción es, y sigue siendo, la magnitud de tiempo inmediato de trabajo, el cuanto de trabajo empleado como el factor decisivo en la producción de la riqueza. En la medida, sin embargo, en que la gran industria se desarrolla, la creación de la riqueza efectiva se vuelve menos dependiente del tiempo de trabajo y del cuanto de trabajo empleados, que del poder de los agentes puestos en movimiento durante el tiempo de trabajo, poder que a su vez – su *powerful effectiveness* (poderosa efectividad potencial) – no guarda relación alguna con el tiempo de trabajo inmediato que cuesta su producción, sino que depende más bien del estado general de la ciencia y del progreso de la tecnología, o de la aplicación de esta ciencia a la producción (...)” (Marx, 1978, vol. 2, p. 400).

La ciencia y la tecnología moderna han estado a favor del capitalismo desde sus orígenes. El desarrollo científico y tecnológico, ayer y hoy, se debe, en última instancia, a satisfacer necesidades propias del desarrollo del capitalismo. Ya hoy no podemos mantener posiciones ingenuas al respecto, pensar que la ciencia surge y se recrea por simple capacidades individuales, vocaciones personales y muchos menos una posición altruista, para “el bien de la humanidad”. Hay demostraciones, más que evidentes de las deficiencias, deformaciones, la inoperancia, e indiferencia de la ciencia frente a los cada vez mayores problemas mundiales, como la pobreza, enfermedades, la contaminación del ambiente, entre otros. Sin negar que existan condiciones individuales, lo que determina el contexto y naturaleza de este desarrollo tecno científico es el contexto de las fuerzas productivas en el capitalismo.

El conocimiento y la ciencia no son metafísicos, no son abstracciones, son realidades concretas. Desde el surgimiento del positivismo, con todas sus variantes, han surgido en y para el capitalismo. El desarrollo de las ciencias

naturales (ingeniería, biología, química, física), pasando por las más primitivas teorías taylorianas, son ciencias para contribuir en el desarrollo de las fuerzas productivas y formas de organización del trabajo asalariado capitalista. Al decir De Altube: “El punto de vista del capitalista es justamente el de la administración del capital sobre el conjunto de la fuerza de trabajo, incluida por supuesto la científica, que para ser fuerza de trabajo debe ser fuerza productiva del capital, debe someterse a su dominio” (De Altube, 2005, p. 5).

Más adelante agrega: “El taylorismo constituyó en su momento un puntal fundamental de la génesis de esa racionalización del trabajo de la que hemos hablado, y así forjó el firme sostén material y, finalmente, la justificación, de esta dominación tecnológica (...) (p. 2)”. La condición y resultado de la primera separación taylorista es otra separación: “todo trabajo cerebral debe ser removido del taller y concentrado en el departamento de planeación o diseño. Las habilidades técnicas (mentales y corporales a la vez) se separan internamente y del trabajador, y de cosa suya pasan a ser portadas por la gerencia, convirtiéndose en capital, bajo el nombre de organización científica del trabajo. La técnica se hace científica, y la ciencia se convierte en capital, desarrollada por la gerencia” (De Altube, 2005, p. 36).

Para consolidar aún más esta posición, traemos nuevamente a Marx en sus *Gründrisse*; “La ciencia, que obliga a los miembros inanimados de la máquina – merced a su construcción – a operar como un autómatas, conforme a un fin, no existe en la conciencia del trabajador, sino que opera a través de la máquina, como poder ajeno, como poder de la máquina misma, sobre aquél. (...) Ahora bien, el desarrollo de la ciencia, esa riqueza a la vez ideal y práctica, no es más que un aspecto y una forma del desarrollo de las fuerzas productivas humanas, es decir, de la riqueza. (La ciencia... la forma más sólida de la riqueza, porque la crea al mismo tiempo que es producto de ella...)” (*Ídem.* pp. 402-403).

En *El Capital*, cuando aborda el fetichismo de la mercancía, Marx ahonda con más precisión sobre la ciencia como capital: Este es el núcleo del fetichismo en el proceso de producción, por el cuál la fuerza colectiva de trabajo “parece ser una fuerza de la cual el capital se encuentra dotado por naturaleza” (De Altube, 2005. p. 7). Herbert Marcuse, en su *Hombre Unidimensional*, analiza los efectos de la dominación tecnológica del capital sobre el trabajo, el papel de la administración y las corporaciones: “La dominación se transforma en administración. Los jefes y los propietarios capitalistas están perdiendo su identidad como agentes responsables; están asumiendo la función de burócratas en una máquina corporativa. Dentro de la vasta jerarquía de juntas ejecutivas y

administrativas que se extienden mucho más allá de la empresa individual hasta el laboratorio científico y el instituto de investigaciones, el gobierno nacional y el interés nacional, la fuente tangible de explotación desaparece detrás de la fachada de racionalidad objetiva” (Marcuse, 2009, p. 62).

Para Marcuse este dominio tecnológico va más allá de las redes productivas, absorbe por igual lo político y cultural: “El poder sobre el hombre adquirido por esta sociedad se olvida sin cesar gracias a la eficacia y productividad de ésta. Al asimilar todo lo que toca, al absorber la oposición, al jugar con la contradicción, demuestra su superioridad cultural (...). Hoy, la dominación se perpetúa y se difunde no sólo por medio de la tecnología sino como tecnología, y la última provee la gran legitimación del poder político en expansión, que absorbe todas las esferas de la cultura” (Ob., cit., pp. 185-186).

Esta concepción de la ciencia y el conocimiento es lo que ha permitido el surgimiento del concepto: Capital Humano, para referirse al conocimiento del trabajador, que se convierte en parte fundamental del capital en la actualidad, y que permite la maximización de la explotación de los trabajadores, y la obtención de plusvalía. Lo que ha toda vista suena contradictorio desde el punto de vista ético, el capital es por naturaleza espoliador y alienante de la vida humana, es antihumano. Martín Astorga y Carralero Rodríguez desarrollan las características del valor de cambio del conocimiento: “El valor de cambio del conocimiento está entonces enteramente ligado a la capacidad práctica de limitar su difusión libre, es decir, de limitar con medios jurídicos (patentes, derechos de autor, licencias, contratos) o monopolistas la posibilidad de copiar, de imitar, de «reinventar», de aprender conocimientos de otros. En otros términos: el valor del conocimiento no es el fruto de su escasez (natural), sino que origina únicamente limitaciones estables, institucionalmente o de hecho, del acceso al conocimiento” (Rodríguez, 2011, p. 6).

Según Cruz Suárez y González Paris “(...) el conocimiento, como resultado del proceso científico es trabajo complejo, o sea en palabras de Marx trabajo simple potenciado que se incorpora al proceso de producción, de servicios y al propio conocimiento, incorporando un elevado nivel de productividad” (s/f. p.11).

Desde hace tiempo el trabajador no es solo el obrero fabril, el que produce bienes materiales y mercancías, y si bien existen otros actores: trabajadores informáticos, trabajadores virtuales, crecimiento violento de los sectores comercio, financiero, servicio, gerenciales, publicitarios, entre otros, que conforman una nueva clase de trabajadores propios del capitalismo actual, no por ello estos sectores dejan de ser trabajadores: no son ellos los poseedores del capital, por lo tanto son trabajadores. Ya sea

el hombre humilde, el lumpen proletariado, o el de las clases medias, pero no son burguesía. Aunque con la tecnificación del trabajo, el predominio del trabajo administrativo-gerencial sobre el fabril, se crea que ya no se pertenece a la clase trabajadora, lo siguen siendo. Compartimos con Alonso (2005) cuando señala: “Rotación y movilización por diferentes puestos y funciones que, aunque percibida míticamente como un avance personal, en la mayoría de los casos no son más que derivas descendentes o estrictamente horizontales que indican que, en ausencia de carreras estables, la movilidad funcional y geográfica impuesta por las prácticas de flexibilización generalizada” (Alonso, 2005, p. 55).

Aunque hoy se diga que el capital y las empresas se diluyen en corporaciones internacionales manejadas virtualmente por gerentes y técnicos a nivel internacional, estos siguen representando y son los intereses del capital, que no es abstracto y que lo poseen hombres de carne y hueso que son los capitalistas, miembros de la burguesía. El capitalismo no es simplemente un asunto económico, de robo del trabajo ajeno por parte del burgués, es principalmente la creación de un fetiche que trastoca la sanidad mental y espiritual de la sociedad (Kohan, 2011, p. 20). El capital no es solo materia prima, máquinas y dinero son relaciones sociales, no es la relación pasiva histórica del trabajador individual frente a los medios, son las relaciones y el contexto que determinan esa relación de trabajo, donde el trabajo objetivado es parte ya del el capital, el capital aborda todo, lo abarca todo. Tal como lo afirma Marx, en sus Manuscritos de 1844, “El capital es trabajo acumulado”. En *El Capital*, Marx especifica y ejemplifica esta relación causal – histórica del capital: “Un negro es un negro, solo bajo determinadas condiciones, se convierte en un esclavo. Una maquina es una máquina, solo bajo determinadas condiciones se transforma en capital. Desgajada de esas condiciones, la maquina dista tanto de ser capital como dista el oro, en sí y para sí, de ser dinero y el azúcar de ser el precio del azúcar (...) el capital es una relación social de producción. Es una relación historia de producción” (Marx, *El Capital*, 1988, Tomo I, vol. 3, cap. 25, p. 957).

Una posmodernidad que critica al positivismo por quedarse solo en lo tangible, e igual lo hace contra el supuesto mecanicismo del marxismo, pierde de vista o enmascara el carácter inmaterial y simbólico que hoy predomina en el Capital y, pretende medir el «fin del trabajo» solo desde la visión más tayloriana del trabajo fabril-material. Hoy la economía financiera, comercial, especulativa, del entretenimiento, pero también de la salud, la educación, del conocimiento, predomina sobre la de producción de bienes, ocupa más espacios, más trabajadores, genera más dinero, pero todos ellos son imposible sin la producción material-real y además todos

ellos son parte del trabajo y del capital.

Desde el marxismo o cualquier otra posición crítica al capitalismo, no podemos caer en la trampa de la sociedad postcapitalista, bajo el disfraz de la posmodernidad y la sociedad del conocimiento no podemos ingenuamente creer como lo planteaba – a fines de la década del setenta – André Gorz, en su ensayo *Adiós al proletariado*, como si se tratase de un proceso evolutivo que nos dirige a la abolición del trabajo como obligación y la recuperación del tiempo libre (De la Garza Toledo, 2001, p. 17).

Ese creciente mundo económico inmaterial, no es una abstracción, por más que lo parezca, en última instancia, por más sobrevaluado, por más etéreo que parezca, por más que se crea que las bolsas de valores tienen independencia, vida propia, que las redes comerciales electrónicas nada tiene que ver con el sudor, las máquinas, con hombres de carne y hueso, en última instancia de allí parten, aunque luego lo especulativo lleve los índices económicos a condiciones de reproducción exponencial, tienen un piso real económico de producción. La producción determina todo. No se puede consumir, vender, comprar, especular, lo que no existe o pueda existir. Aún predomina una visión reduccionista, que reduce el trabajo al obrero asalariado, y con los procesos modernos de automatización se tendría una marginalización del trabajo frente al capital. No hay la menor duda que el trabajo fabril – en los países desarrollados – ha perdido fuerza frente al sector terciario de servicio, comercio y financiero, pero: “La no existencia de un producto material claro en los servicios no los excluye del campo de la producción. Una parte de ellos son en realidad la síntesis entre producción, circulación y consumo, que compactan sus tiempos y espacios. De manera aún más audaz, cabría preguntar si todavía es pertinente la división entre producción y circulación de las mercancías. Las circulaciones también añaden valor, por ejemplo la venta en un supermercado, que no es simplemente el traslado de la mercancía a un lugar de venta, sino que incluye mercadotecnia, trabajo de presentación, de publicidad, etc. Salvo que tengamos un concepto muy primitivo del valor como reducido al sustrato material de algunas mercancías, cabría hablar de un valor simbólico que también se traduciría en el precio. Producción circulatoria y circulación productiva. El aspecto físico de la actividad productiva puede ser diferente, pero también lo es en las manufacturas actuales con respecto a las fábricas manchesterianas” (De la Garza, 2001, p. 16).

Además todos esos elementos y procesos por más novedosos que sean, aunque a veces no cueste diferenciar lo real de la ficción, todos, absolutamente todos son elementos y procesos del Capital, que como

hemos insistido no puede seguirse percibiendo solo como tierra, máquinas y materia prima, es trabajo acumulado y objetivado, son relaciones sociales, que tampoco son ya solo tangibles sino principalmente subjetivas, de significados y valores. Y como todo Capital, todos, absolutamente todos son producto del trabajo, tanto objetivo como subjetivo, material o inmaterial. Todo esta economía financiera – especulativa, todas estas redes intangibles tecnológicas son producto del trabajo. No surgieron de la nada, no son extraterrestres, son producción humana. Allí está el mayor proceso de fetichización del capitalismo, creer que estamos hoy transcurriendo hacia una sociedad postcapitalista, creer que todas estas impactantes y «fantásticos» cambios tecnológicos no son producto del trabajo, que no son parte del capital. Traemos una larga pero aclaradora cita del autor De la Garza Toledo que consideramos pertinente para nuestro propósito: “(...) ¿Cómo explicar el auge del sector financiero? Grandes riquezas dinerarias se han generado al margen de la producción o del valor real de los activos de las empresas que venden acciones en las bolsas de valores. Asimismo, grandes derrumbes de las bolsas han esfumado los ahorros de mucha gente. Como punto de partida, se podría pensar que hubiera cierta relación entre el valor de una acción y el de los activos de la empresa que coloca títulos en el mercado de valores; a partir de allí operaría una fetichización del capital que aparecería como si tuviera capacidades por el solo hecho de reproducirse. Sin embargo, el fetichismo de la economía capitalista no es mera ficción, es la representación de una realidad invertida y con ello no es menos real que la producción. Desde el momento en que el capital es una relación social y no un objeto físico (maquinaria o equipo), sino que determinados objetos adquieren el carácter de capital sólo porque operan dentro de determinadas relaciones entre los hombres, no es necesario que para que exista capital tenga que encarnarse en un objeto físico, ni tampoco que para que exista la riqueza tenga que darse desgaste físico de fuerza de trabajo. La idea de fuerza de trabajo como capaz de crear valores y trabajo como desgaste de fuerza de trabajo, no puede asimilarse a lo físico exclusivamente; el aspecto subjetivo del trabajo entra en el proceso, pero lo más importante es la significación social que se da a determinada actividad” (De la Garza, *óp. cit.*, p. 15-16).

5. Plusvalía absoluta y relativa

Como siempre, ya esto lo había percibido claramente Marx, a finales del siglo XIX, cuando frente a los primeros avances de la producción en serie

señala que en el nuevo capitalismo el objetivo máximo no es la explotación per del obrero, ni la producción de mercancías, ni producir más objetos, sino que todo se reduce a la generación de plusvalía, de esta forma lo aborda en *El Capital*: “De otra parte, el concepto del trabajo productivo se restringe. La producción capitalista no es ya producción de mercancías, sino que es, sustancialmente, producción de plusvalía. El obrero no produce para sí mismo, sino para el capital. Por eso, ahora, no basta con que produzca en términos generales, sino que ha de producir concretamente plusvalía. Dentro del capitalismo, sólo es productivo el obrero que produce plusvalía para el capitalista o que trabaja por hacer rentable el capital” (Marx, 1988, p. 754).

A través de un ejemplo el filósofo alemán precisa aún más el sentido de la plusvalía al referirse al trabajo intelectual: “Si se nos permite poner un ejemplo ajeno a la órbita de la producción material, diremos que un maestro de escuela es obrero productivo si, además de moldear las cabezas de los niños, moldea su propio trabajo para enriquecer al patrono. El hecho de que éste invierta su capital en una fábrica de enseñanza, en vez de invertirlo en una fábrica de salchichas, no altera en lo más mínimo los términos del problema. Por tanto, el concepto del trabajo productivo no entraña simplemente una relación entre la actividad y el efecto útil de ésta, entre el obrero y el producto de su trabajo, sino que lleva además implícita una relación específicamente social e históricamente dada de producción, que convierte al obrero en instrumento directo de valorización del capital. Por eso el ser obrero productivo no es precisamente una dicha, sino una desgracia” (Marx, 1988, Sección 5, cap. XIV del Tomo I).

Por esto Marx establece la diferencia entre plusvalía absoluta y la plusvalía relativa, para establecer un contraste entre la vieja forma de explotación (que aún persiste) y los nuevos mecanismos de las sociedades tecnológizadas. Pero Marx deja claro que los nuevos mecanismos de explotación y de plusvalía relativa no es solo producto de los avances técnicos sino de nuevas formas de relaciones o agrupaciones sociales: “La producción de plusvalía absoluta se consigue prolongando la jornada de trabajo más allá del punto en que el obrero se limita a producir un equivalente del valor de su fuerza de trabajo, y haciendo que este plustrabajo se lo apropie el capital. La producción de plusvalía absoluta es la base general sobre que descansa el sistema capitalista y el punto de arranque para la producción de plusvalía relativa. En ésta, la jornada de trabajo aparece desdoblada de antemano en dos segmentos: trabajo necesario y trabajo excedente Para prolongar el segundo se acorta el primero mediante una serie de métodos, con ayuda de los cuales se

consigue producir en menos tiempo el equivalente del salario. La producción de plusvalía absoluta gira toda ella en torno a la duración de la jornada de trabajo; la producción de plusvalía relativa revoluciona desde los cimientos hasta el remate los procesos técnicos del trabajo y las agrupaciones sociales” (*Ídem*).

Javier Ortega (2007) ha hecho alusión al concepto de acumulación por exacción financiera, referido al modo de apropiarse, por parte de sujetos dotados de Poder, del excedente que generan otros sujetos (carentes de Poder) en la economía real. Esta apropiación se realiza través de mecanismos de la economía simbólica y financiera. Se diferencia de los patrones de acumulación por reproducción y acumulación originaria caracterizados por el marxismo. Para Javier Ortega, además de los modos de acumulación descritos, existe un tercero que está siempre presente e invade todas las relaciones de producción, intercambio y asignación del excedente en el capitalismo actual. Este tercer modo de acumulación se corporiza en serie de instrumentos, pero donde más ramplonamente la vemos es en la operatoria de las finanzas especulativas. Finanzas especulativas que asignan recursos de manera independiente a su producción en la economía real, que es justamente donde estos recursos son generados. Los rasgos propios de la acumulación por exacción financiera la diferencian de las acumulaciones por reproducción y originaria son: a) que el sujeto activo no ha dirigido, participado ni gerenciado el proceso productivo donde el sujeto pasivo crea el excedente que le desapropiará; b) que el sujeto activo no empleó contra el sujeto pasivo medios formalmente violentos ni antijurídicos para perpetrar el desapoderamiento.

6. Capital y consumo: plusvalía del consumo

Si bien, como hemos pretendido demostrar, el centro de generación de plusvalía en el capitalismo sigue girando alrededor de la explotación del trabajador (manual o intelectual), el enfrentamiento dialectico entre Capital y Trabajo, existe a su vez nuevos explotadores, los que lo hacen a través del consumo, y el Capital Conocimiento. La explotación a través del consumo, representada por aquellos sectores que poseen el capital del conocimiento. Por diversos mecanismo el carácter social del conocimiento, como producto histórico de los hombres entre si y con la naturaleza, como experiencia acumulada, ha venido siendo sustituido por el conocimiento como mercancía. Como el conocimiento dominante en la actualidad forma parte de la propiedad, es fuente de producción, modo de

producción, la propiedad del conocimiento es cada vez más privado, menos social, más costosos. Por el cual crean una plusvalía no solo a partir de la explotación del trabajador sino del consumidor.

Por eso hay quienes prefieren hablar de consumidores en vez de burguesía y proletariado, que está determinado fundamentalmente por la producción, el papel que se juega en el aparato productivo, ahora estamos en una sociedad fundamentalmente de consumo, se consume mucho más de lo que se produce, y esto determina una nivel especulativo constante y eso exige otro modo de abordar los orígenes y características de la nueva base de la plusvalía capitalista. No se trata de que la tradicional plusvalía determinada por la diferenciación entre el trabajo abstracto y el trabajo concreto haya llegado a su fin, sino que la sociedad de consumo, ahora determinante, genera un nuevo tipo de plusvalía que ataca directamente al consumidor, consumidor que al ser al mismo tiempo trabajador es doblemente explotado.

Según la perspectiva de la economía neoclásica, es el mercado y no el trabajo el que determina las nuevas relaciones de producción. De esta manera la plusvalía ya no está determinada en la producción (sin dejar de existir) sino en el valor de cambio, es decir en la capacidad de consumo. Este concepto que propongo de plusvalía de consumo sirve para explicar – entre otras cosas – el distanciamiento cada vez mayor entre los niveles de producción y los de consumo, la diferencia entre los costos de los productos y su precio de venta y también nos permite entender, en el terreno de las relaciones sociales, como un profesional de la medicina, u otra área, puede generar rentas de magnitudes superiores a los tradicionales sectores explotadores, sin tener muchas veces ni un solo empleado a su disposición.

Max Weber contrapone la categoría *grupos de estatus* a la de las tradicionales Clases Sociales, para referirse a este nuevo predominio de la sociedad de consumo: “Con algo de sobre-simplificación, uno puede decir que las clases sociales son estratificadas en función de sus relaciones con la producción de bienes; en tanto que los grupos de estatus son estratificados en función de los principios del consumo de los bienes como representando un estilo de vida” (Weber, 2006, p. 58).

Pero al final, esta plusvalía del consumo aparentemente determinada por el modo de vida (estatus) representa una abstracción, ya que al final todo lo que se consume se objetiviza, se mide en productos que fueron producidos, no son abstracciones ni invenciones, son objetos reales (materiales o inmateriales) producto del esfuerzo físico y mental, y detrás de estos bienes hay seres humano que lo hicieron posible, aunque ya no en las condiciones de trabajo tradicionales.

Esta nueva forma de explotación, poco estudiada, viene acompañada de un proceso de legitimación por el estatus que ocupa en las sociedades modernas, llamadas sociedades del conocimiento y el dominio hiper especializado sobre unas áreas del conocimiento. Lo que produce la paradoja de que los sectores que en la actualidad mayor tasa de ganancia obtienen y mayor plusvalía consiguen explotando al consumidor son justificados y legitimados por el resto de la sociedad, considerando esta relación como justa por el grado de conocimiento que tienen este nuevo sector social que en apariencia no ejerce ningún dominio ni impone sus intereses a los otros. En cambio en los sectores tradicionales en la agricultura y en la fábrica – en donde los beneficios y las mejores condiciones del trabajador han representado una elevación de los costos y por lo tanto disminución de las ganancias del empresario – lo simple de la relación entre el que lo tiene todo (tierra, tecnología y capital) y el que solo tiene su fuerza de trabajo sigue siendo el centro de la crítica y la confrontación política.

Compartimos con Alonso quien parte de una definición conflictivista y poliédrica del consumo como proceso histórico, esto es, como forma de apropiación material del excedente social, a la vez que producción, circulación y uso de signos, encarnado todo ello en las prácticas de cada posición social (el célebre habitus) El autor pone en evidencia: “(...) el reduccionismo de ciertas propuestas que acaban resultando casi caricaturescas sobre consumo, tales como el mecanicismo individualista de las teorías de la elección racional – que conciben un abstracto individuo aislado y condicionado por factores inmutables en su acto plenamente soberano de compra –, el consumo como proceso cultural de alienación y dominación totalitaria en la Escuela de Frankfurt o la paradoja del consumo/código posmoderno como estructura simultáneamente proyectada, ficticia y trascendente a los sujetos y sus contextos con el hedonismo de consumo como signo esencial de una estructura que no trasciende y determina ya a los sujetos. La era del consumo remite a una propuesta de articulación política y colectiva que pasa por la recuperación del espacio público como entorno plural de negociación y cohesión social. E trabajadores uníos, consumidores uníos” (Alonso, 2005, p. 134).

Según Baudrillard, el consumo no se puede considerar, por tanto, como un simple deseo de propiedad de objetos La lógica del consumo es una lógica de manipulación de signos y no puede ser reducida a la funcionalidad de los objetos. “Consumir significa, sobre todo, intercambiar significados sociales y culturales y los bienes/signo que teóricamente son el medio de intercambio se acaban convirtiendo en el fin

último de la interacción social. Dicho de otro modo, detrás de cada trabajador asalariado, hay un «consumidor saturado»: la necesidad es un modo de explotación igual que el trabajo” (Baudrillard, 2009, p. 43).

Para Baudrillard la sociedad de consumo representa el más alto nivel de alienación humana, un mito donde se cree poder lograr un poder de igualación social y además creer que esta sociedad nada tiene que ver con la explotación capitalista: “El consumo es un mito, es un relato de la sociedad contemporánea sobre ella misma, es la forma en la que nuestra sociedad se habla (...) Nuestra sociedad se piensa y se habla como sociedad de consumo (p. 33). El consumidor vive sus conductas distintivas como libertad, como aspiración, como elección y no como imposiciones de diferenciación ni como obediencia a un código” (Baudrillard, *óp. cit.*, p. 56).

Baudrillard rompe con cualquier visión idealista del consumo, como plenitud de las libertades individuales, por el contrario lo coloca en el nivel de privilegios, y lo más importante determinado por la producción social: “pero, en realidad, las aspiraciones constituyen, por tener su propia lógica, que es una lógica de la diferencia, una variable incontrolable, es decir, que no son una variable más del cálculo económico, una variable sociocultural de situación o de contexto, sino que son una variable estructural decisiva que ordena todas las demás (p. 59). (...) Antes de ser una sociedad de producción de bienes es una sociedad de producción de privilegios” (Baudrillard, *óp. cit.*, p. 63). “Pero la verdad del consumo es que éste es, no una función del goce, sino una función de producción y, por lo tanto, como la producción material, una función, no individual, sino inmediata y totalmente colectiva (p. 80). Toda ideología del consumo quiere hacernos creer que hemos entrado en una era nueva, que una Revolución humana decisiva separa la edad dolorosa y heroica de la producción de la edad eufórica del consumo, en la cual finalmente se reconoce el derecho del Hombre y de sus deseos. Pero nada de esto es verdad. La producción y el consumo constituyen un único y gran proceso lógico de reproducción ampliada de las fuerzas productivas y de su control. Este imperativo, que es el del sistema, se presenta en la mentalidad, en la ética y en la ideología cotidianas de manera inversa: con la forma de liberación de las necesidades, de florecimiento del individuo, de goce, de abundancia, etc. Las incitaciones a gastar, a gozar, a no hacer cálculos (p. 85) El sistema tienen necesidad de los individuos, en su condición de trabajadores (trabajo asalariado), en su condición de ahorristas (impuestos, préstamos, etc.), pero cada vez más en su carácter de consumidores” (Baudrillard, *óp. cit.*, p. 87).

Pero además para el autor también el consumidor tiene un gigantesco

campo político, que necesita ser analizado junto con el de la producción. Todo el discurso sobre el consumo apunta a hacer del consumidor el Hombre Universal, la encarnación general, ideal y definitiva de la Especie Humana y a hacer del consumo las primicias de una «liberación humana» que se lograría en lugar de la liberación política y social y a pesar del fracaso de esta última. (Baudrillard, *óp. cit.*, p. 89). “El pueblo son los trabajadores, mientras permanezcan desorganizados. El público, la opinión pública, son los consumidores siempre que se contenten con consumir” (Baudrillard, *óp. cit.*, p. 91).

Quizás la lucha mayor hoy más que la disminución de las horas de trabajo, los mayores salarios y beneficios que permitan el desarrollo de la vida humana, lucha es contra el proceso de alienación y fetichización que no permite comprender esta realidad compartir con personas que creemos distintas pero que forman parte de una misma clase trabajadora la que produce bienes no solo tangibles sino también intangibles y la que produce plusvalía y ganancias a los capitalistas.

Frente al desdibujamiento del capital y los capitalistas que ya no se ven tan directamente dirigiendo las fábricas de chimeneas sino que está en los accionistas, que se disfrazan en los gerentes a quienes utiliza para no permitir su visibilidad, pero el rico es rico y el burgués es burgués. Tomas conciencia de que ya no es suficiente considerar la explotación del trabajador sino también la explotación del consumidor, lo que degenera es una doble explotación. Entender que en esta llamada sociedad del conocimiento mientras la mayoría lo que hace es asimilar información utilitaria que sirve para su mejor desenvolvimiento técnico, es decir para perfeccionar su propia explotación, por el contrario el conocimiento sigue estando en manos de muy pocos, forma parte del capital, que ya no es solo tierra y maquinaria sino también conocimiento.

7. Las clases sociales en las sociedades contemporáneas

La Estratificación de clases sociales es relativamente reciente, apenas dos siglos y ha sido la utilizada por las ciencias sociales modernas desde su origen. El concepto de clases sociales viene a sustituir la estratificación medieval que dividía a los hombres en castas según su color de piel o de carácter nobiliario, dependiendo de estatus religiosos, políticos o sociales (heredados o comprados). La estratificación en clases sociales surge como la forma más pertinente para analizar los nuevos estatus sociales propios de la sociedad capitalista, que ya no estaban determinados por títulos de noblezas o color de la piel sino por el poder económico, la posesión de los

medios de producción y el papel que se ocupa en las relaciones sociales de producción.

Se le ha otorgado a Marx y sus seguidores la paternidad y el uso dominante de estas categorías, el propio Marx reconoció el no ser el autor de esta estratificación, pero han sido sin dudas los marxistas quienes mejores analizaron y aportaron en el desarrollo y maduración de esta estratificación, en el estudio fundamental del desarrollo de la clase obrera y la burguesía europea propias del capitalismo del siglo XIX. Lo que sí es propio del marxismo es el concepto de lucha de clases, la confrontación entre el capital y el trabajo, como el primero se apropia a través de la plusvalía de parte del trabajo producido por los obreros.

No hay la menor duda de que las clases sociales como estratificación social parecieran ser simple e incompletas para poder abordar la dinámica de los nuevos actores y estratificaciones sociales modernas. Ya no es tan fácil establecer una diferenciación entre burguesía y proletariado, como se hizo para diferenciar entre los dos polos opuestos en las relaciones sociales dentro de la fábrica o en la agricultura del siglo XIX. Los cambios tecnológicos, la nueva revolución tecno industrial, el ciber-espacio, la robótica, la bio-tecnología, la genética, el papel que ocupa el sector financiero y especulativo, ya dificultan el poder definir ¿dónde está la burguesía y quién es más burgués que otro? ¿Hasta qué punto los nuevos trabajadores no pueden ser parte al mismo tiempo de la burguesía?

¿Cuántos profesionales o técnicos especializados obtienen más ganancias que el tradicional burgués? Sin poseer una fábrica, ni tierra, sin aparentemente explotar a nadie son más burgueses que el terrateniente o el dueño de la fábrica. ¿Cuáles son los nuevos mecanismos de explotación en las sociedades modernas? ¿No es el consumidor o usuario de los bienes y servicios el nuevo explotado? Hoy muchas empresas transnacionales están dominadas por capitales corporativos formados por fondo de pensiones, caja de ahorros y no por los tradicionales grandes apellidos. El mercado especulativo hace posible a nivel planetario niveles de ganancias por redes comerciales intangibles, sin mover a veces un producto ¿Cómo seguir midiendo ahora la plusvalía como se hacía o se hace aún en el trabajo agrícola y fabril tradicional? Sin embargo hay que hacerse la pregunta: ¿a pesar de que sus condiciones de trabajo no sean las mismas (en termino de desgaste humano) y sus beneficios socios económicos sean mayores, dejan de ser obreros? ¿Son una nueva clase social o parte de la clase media o de la pequeña burguesía?

Los cambios en la sociedad y sobre todo en la velocidad en que ocurren ha dejado atrás (como en mucho otros casos) a las ciencias sociales cuyos análisis tradicional no le permite abordar con plenitud y propiedad esta

nueva dinámica. Paralelamente, han surgido nuevas formas de estratificación social espontáneas que buscan ubicar estos diversos niveles en la estratificación. Es el caso de las encuestadoras o instituciones que miden la opinión pública o las pautas de consumo. Las cuales utilizan una categoría de estratificación haciendo uso del abecedario. Esta estratificación es muy simple, no representa ningún abordaje teórico sino simplemente está determinado por los niveles de ingresos y de consumo. No establece relaciones entre las clases sociales, vinculaciones y contradicciones, no estudia niveles educativos ni culturales y cuando lo hace es sólo para ver los títulos académicos alcanzados, poco le importa el comportamiento cultural, elementos de la psicología social, y cuando lo aborda es solamente para vincularlos a su capacidad de demanda. Hasta qué punto estas nuevas estratificación lo que busca es enmascarar y justificar estas divisiones sociales, ya que no establecen ni análisis ni comparaciones, sino que su único objetivo es de carácter descriptivo y pragmático.

A nuestro modo de ver, mientras se tenga claro la confrontación entre el capital – que siempre busca masificar sus ganancias – y el papel del trabajo, con sus diferentes matices (manual o intelectual, obrero o ingeniero, técnico o director corporativo) se tendrá Conciencia de Clase. Para Marx, el trabajo y la clase obrera no se miden por su cantidad si no por su calidad, sobre todo cuando la clase trabajadora toma conciencia de su condición y asume la organización y la lucha de clases para enfrentar al capital. En el 18 Brumario de Luis Bonaparte, Marx expresa que: “(...) en la medida en que millones de familias viven bajo condiciones económicas de existencia que las distingue por su modo de vivir, por sus intereses y por su cultura de otras clases y las oponen a estas de un modo hostil, aquellas forman una clase” (Marx, 1984, Tomo I, p. 359).

Por lo tanto las clases sociales no se miden – como tradicionalmente se piensa – solamente en relación a la posesión o no de los medios de producción. Esta categorización marxista de las clases sociales permite percibir en forma ampliada, tanto cuantitativa como cualitativamente, los elementos, procesos, movimientos y seres humanos concretos que conforman a la clase trabajadora, que abarca principalmente a los trabajadores en todas sus manifestaciones, pero también a toda la rica gama de movimientos humanistas y anticapitalistas como las organizaciones feministas, ambientalistas, entre otros. Enfrentando el proceso de fetichización, teniendo claro la existencia y perdurabilidad del capitalismo en su nueva fase, con toda la profunda crisis que lo invade y que amenaza no solo su existencia sino la de la propia vida y del planeta, debemos centrarnos en el estudio crítico de estas nuevas dimensiones del

trabajo y el capital fetichizadas, pero paralelamente contribuir en la consolidación de la Conciencia de la Clase Trabajadora, que ya no es solo el trabajador fabril, sino todos lo que no son burguesía, todos los que no son dueño del capital, todos los que solo tienen su fuerza de trabajo físico o mental, todos son trabajadores.

Hoy cuando el trabajo individualizado y tecnificado supera ampliamente al trabajo fabril, cuando son más los ocupados desde sus ordenadores y en su cubículo u oficina, que los que se reúnen en las fábricas, en el contexto de un desdibujamiento de la masa trabajadora como conglomerado que ocupa al mismo tiempo un mismo espacio físico, cuando la híper tecnificación, la híper especialización, y la máxima expansión de la división del trabajo a escala mundial nos hacen pensar que ya los bienes cuyos componentes se generan en diversos países no son el producto de ningún trabajador, cuando se tiene la falsa idea de que detrás de cada bien y servicio (material o inmaterial) que consumimos no hay seres humanos, cuando los sindicatos pierden legitimidad y se ven mermados en su actividad, frente a la heterogeneidad de los trabajadores y “la fragmentación de sus mundos de vida” (De la Garza Toledo, 2009, p. 68), cuando en definitiva se cree perdida la identidad del trabajo y del trabajador como sujeto histórico, se hace más necesaria la concientización y organización de los trabajadores y los consumidores. Conciencia que se fortalece con la asimilación de todos los que luchan contra el capitalismo, en cualquier dimensión y propósito, de los que son doblemente explotados: en el trabajo y el consumo. De esta manera hoy más que nunca estamos en una lucha mundial, trabajo vs capital, donde se hace más vigente y necesaria la consigan con la que Marx y Engels cierran el manifiesto Comunista: “Trabajadores del mundo uníos”.

8. Bibliografía

- Alonso, L., *La transformación del trabajo en un umbral de riesgo: la labor de los agentes sociales. El trabajo en el siglo XXI: perspectivas de futuro*, Madrid, Ararteko, 2005, pp. 127-154.
- Antunes, R., *¿Adiós al trabajo?* Ensayos sobre la metamorfosis y el rol central del mundo del trabajo, Buenos Aires, Herramienta editores, 1999.
- Astorga, M. y Rodríguez, C., “Hacia una nueva concepción de la relación Ciencia y Economía”, Observatorio de la Economía Latinoamericana, Cuba, *Revista Academia de economía*, n. 155, 2011, pp. 243-278.

- Baudrillard, J., *La Sociedad de Consumo. Sus mitos, sus estructuras*, Madrid-España, Siglo XXI editores, s. a., 2009.
- De Altube, R., “El fetichismo capitalista en la organización de la producción: control tecnológico y organización del trabajo en el siglo XX”, *Revista Rebelión*, n. 26, pp. 12-33, 2005.
- De La Garza, E., *Problemas clásicos y actuales de la crisis del trabajo. El Futuro del Trabajo. El Trabajo del futuro*, Buenos Aires, Clacso, 2001, pp. 76-99.
- Drucker, P., *La Sociedad Post Capitalista*. Bogotá: Editorial Norma. 1997.
- Dussei, E., *Hacia una filosofía política crítica.*, Bilbao, España, Editorial Desclee De Brouwer, S.A, 2001.
- Engels, F., *El Papel del Trabajo en la Transformación del Mono en Hombre*, Obras Escogidas, Moscú, Editorial Progreso, 1981, pp. 213-288.
- Ferrás G., “Radiografía Mediática del Fin de Siglo”, *Revista Nueva Sociedad*, n. 147, 1997, pp. 54-76.
- González, P. y Suárez, C., Estudio del marco teórico del capital humano como creador de valor, <http://www.monografias.com/trabajos54/teoria-capital-humano/teoria-capital-humano2.shtml>
- González, Q., “Anatomía de una Fascinación”, *Revista de Occidente*, Barcelona – España, n. 206, 1998, pp. 236-265.
- Gorz, A., *Adiós al proletariado*, España, El Viejo Topo, 1980.
- Holloway, J., *Tomar el Mundo sin Cambiar el Poder*, Argentina, Colección Herramientas Universidad Autónoma de Puebla, 2002.
- Inda, G. y Duek, M. C., “El día que los intelectuales decretaron la muerte de las clases. Un diagnóstico del momento teórico actual”, *Revista Confluencia de Sociología*, Argentina: Universidad Nacional de Cuyo, año 1, n. 1, 2003, pp. 25-43.
- Kohan, N., “La herencia del fetichismo y el desafío de la hegemonía en una época de rebeldía generalizada”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, abr., vol. 10, n. 29, 2005, pp. 79-102.
- Kohan, N., *Nuestro Marx*, Caracas, Misión Conciencia, 2011.
- Kuhn, T., *La Estructura de la Revolución Científica*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1972.
- Lazzarato, M. y Negri, A., *Trabajo inmaterial. Formas de vida y producción de subjetividad*, Río de Janeiro, DP&A editora, 2001.
- Marcuse, H., *Hombre Unidimensional*, Madrid, Editorial Ariel, 2009.
- Marx, K., *El Capital*, Tomo I, Buenos Aires, Cartago, 1965.

- Marx, K., *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, Gründisse, México, Siglo XXI Editores, 1977.
- Marx, K., *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Buenos Aires, Cartago, 1984.
- Marx, K., *Manuscritos de economía y filosofía*, Madrid, Alianza editores, 1984.
- Marx, K., *Trabajo asalariado y capital*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2003.
- Ortega, J., *Denda Externa y La Restauración del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Dunken editores, 2007.
- Rangel, O., *Las tecnologías de la información y comunicación (TICs) en la Venezuela del socialismo del siglo XXI*, Barquisimeto-Venezuela, 2012, Tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez, Mimeográfica.
- Rifkin, J., *El Fin del Trabajo*, Barcelona, España, Paidós Editores, 1997.
- Solares, B., *El síndrome Habermas*, México, Facultad de ciencias políticas y sociales, UNAM, 1997.
- Toffler, A., *El Cambio del Poder*, Barcelona, España, Plaza y James Editores, 1998.
- Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Editorial Istmo, 1998.
- Weber, M., *Ensayo sobre Metodología Sociológica*, México, Amarrótu Editores, 2006.

Carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España

María Teresa IGARTUA MIRÓ*

RESUMEN: La Ley 36/2011 introdujo cambios importantes en orden a la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores. Tendente a la unificación en el orden social de las distintas cuestiones relativas a los riesgos laborales que ayudarán a aunar los criterios en relación a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad, el objetivo del trabajo se centra en el estudio de las modificaciones concretas introducidas en relación con la carga de la prueba en estos supuestos.

Palabras clave: Riesgos laborales, accidente de trabajo, enfermedad profesional, carga de la prueba, medidas de seguridad necesarias, imprudencia no temeraria.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas: la ansiada unificación en el orden social de las cuestiones relativas a los riesgos laborales. 2. El problema relativo a la carga de la prueba. 3. Evolución jurisprudencial de las reglas de atribución de la carga de la prueba y plasmación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. 4. Las nuevas reglas sobre la carga de la prueba: ¿presunción de culpabilidad o lógico corolario de la configuración legal de la deuda de seguridad? 4.1 El grado de diligencia exigible. 4.2. La configuración legal de la obligación de seguridad como de resultado. 4.3 Desequilibrio de las posiciones empresario/trabajador en relación al control de los riesgos profesionales. 5. Efectos de la aplicación de la alteración de la carga de la prueba: luces y sombras. 5.1 Superación del debate sobre el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad y renovado protagonismo de la norma sustantiva 5.2 ¿Mayor conflictividad o avances hacia la “indemnidad” del trabajador? 5.3 ¿Repercusión positiva en la eficacia de las políticas preventivas o desincentivo al cumplimiento empresarial? 5.4 Algún interrogante adicional: ¿Cuál sería el fundamento de la extensión de la regla a terceros? 6. Bibliografía.

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla, Igartua@us.es

1. Consideraciones previas: la ansiada unificación en el orden social de las cuestiones relativas a los riesgos laborales

La LRJS ha introducido determinados cambios en este ámbito¹³ que merecen ser reseñados. El primero y uno de los más relevantes sería la concentración en el orden social de la jurisdicción el conocimiento de los asuntos relativos a los riesgos laborales en el orden social, cambio reiteradamente reclamado desde la doctrina laboral, a excepción lógicamente de las pertinentes actuaciones de los tribunales de orden penal. Merece destacar que la LRJS se ocupa expresamente de atribuir al orden social de la jurisdicción (art. 2 e) el conocimiento de las acciones para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones legales y convencionales en materia preventiva, frente al empresario y otros sujetos obligados, camino desgraciadamente poco seguido en nuestro país, pero que podría incentivar indirectamente las demandas de este tipo que son las únicas que, en puridad, lograrán garantizar que el trabajador salga indemne de su puesto de trabajo. Este planteamiento estrictamente preventivo late de forma patente en la propia Exposición de Motivos de la LRJS que considera que la unificación permite de manera general al orden social erigirse en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos de los incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Para añadir que modernizar la normativa procesal laboral facilita, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo (...).

Las modificaciones operadas en este terreno son de distinto calado, pues no asistimos únicamente al definitivo reconocimiento legal de competencias que, al menos en la doctrina laboral y en los tribunales del orden social (y en la sala de conflictos) eran claramente propias de esta jurisdicción, en particular las acciones de reclamación de daños y perjuicios, sino también a nuevas atribuciones competenciales de gran importancia, tales como las impugnaciones y recursos contra las resoluciones derivadas de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en materia de prevención de riesgos laborales, reforma proyectada ya desde 1998 pero nunca ejecutada, o las reclamaciones en materia preventiva de

¹³ Mellado A., C. L., *Prevención de riesgos laborales y accidente de trabajo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Bomarzo, Albacete, 2011.

los funcionarios públicos.

Atribuye ahora de forma expresa el art. 2 b) de la LRJS al orden social competencia para conocer de los litigios iniciados por el trabajador o sus causahabientes contra el empleador u otros sujetos a quienes se atribuya legal, convencional o contractualmente, responsabilidad por los daños sufridos en el desarrollo de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional. Despeja, por tanto, cualquier duda en orden a la competencia que se extiende, incluso, a la acción directa contra las aseguradoras, aunque sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente. Competencia que es extensible también a los casos en que el trabajador sea un empleador público, con independencia de que su relación sea estatutaria, funcionarial o laboral (art. 2 e) LRJS) o un TRADE (art. 2 d) LRJS).

No es de extrañar, tras el largo conflicto sostenido entre la sala de lo social y la de lo civil del TS en este campo y las distintas argumentaciones sostenidas por cada una de ellas, que el legislador se haya mantenido al margen de cualquier polémica acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad y atraiga al ámbito de la jurisdicción social, de forma amplia, cualquier acción entablada por el trabajador a resultas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional o, incluso, por daños ocasionados por la prestación de servicios, al margen de estos últimos. Con esta manifestación legal, viene a confirmarse la doctrina mantenida por la sala de lo social del Alto Tribunal¹⁴, junto a la que hace ya bastante tiempo se posicionó la sala de conflictos¹⁵, que de forma

¹⁴ SS.TS, social, 27 de junio de 1994 (RJ 5.489), 30 de septiembre de 1997, (RJ 6.853), 23 de junio de 1998 (RJ 5.787), 17 de febrero y 6 de mayo de 1999 (RJ 2.598 y 4.708), 14 de febrero de 2001 (RJ 2.521), 1 de diciembre de 2003 (RJ 2004/1.168). Por todos, Mellado A., C. L., “De nuevo sobre la competencia del orden social para conocer de las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y otras cuestiones en la materia”, *Aranzadi Social*, n. 16, 2011, BIB 2011/605, pp. 1 ss.; Botana García, G. A., “Jurisdicción competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidente de trabajo”, *Práctica de Derecho de Daños* n. 59, 2008, pp. 50 ss.; Desdentado Bonete, A., “Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo”, *Relaciones Laborales* 2008-II, pp. 357 ss.; Molins García-Atance, J., “La elección del orden jurisdiccional en las acciones indemnizatorias derivadas de accidentes laborales”, *Práctica de Derecho de Daños* n. 86, La Ley 13031, pp. 1 ss. de la versión consultada en www.laleydigital.es; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente”, *Relaciones Laborales* 2007-II, pp. 15 ss.; “De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador”, *Relaciones Laborales* 2008-I, pp. 121 ss.

¹⁵ Entre otros, Autos de 23 de diciembre de 1993 (RJ 10131), 4 de abril de 1994 (RJ

reiterada y sin ambages ha afirmado su competencia en la medida en que «resulta evidente que la responsabilidad contractual en relaciones laborales entra de lleno en el orden jurisdiccional social» (STS 30 de septiembre de 1997). A partir del año 2008, además, se logró un criterio común entre ambas jurisdicciones, puesto que la sala de lo civil empezó a reconocer la competencia del orden social en las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del contrato de trabajo, no así cuando se reclame contra terceros contra los que no existe vínculo contractual¹⁶, asuntos de los que también viene conociendo el orden social siempre que se imputen incumplimientos de la normativa preventiva. Y de los que, a tenor del precepto enunciado, viene legitimado a seguir conociendo. Respuesta coherente con la complejidad subjetiva de la normativa preventiva y especialmente relevante en los frecuentes supuestos de externalización, relaciones triangulares o en relación con la utilización de equipos y productos, con posibles responsabilidades de fabricantes, importadores y suministradores.

En relación con el personal al servicio de las administraciones públicas, la nueva atribución competencial supone un notable avance, en tanto que la reclamación ya no tendrá que hacerse por el trámite de la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración, con sus consabidas limitaciones, sino que estamos ante una genuina reclamación por el incumplimiento de la normativa preventiva y que da lugar a daños que se producen en el marco de la relación de servicios que une al sujeto con la

3196), 10 de junio de 1996 (RJ 9676), 21 de diciembre de 2000 (AL 2001-I, TS-612), 28 de febrero de 2007 (RJ 8689), 2 de abril de 2009 (JUR 221059), 28 de septiembre de 2011 (JUR 408939).

¹⁶ SS.TS, civil, de 15 de enero de 2008 (n. rec. 2374/1997), 19 de febrero de 2008 (n. rec. 4572/2000), 4 de junio de 2008 (n. rec. 428/2001), 25 de febrero de 2010 (n. rec. 246/2005), 20 de octubre de 2011 (RJ 2012/424) y 25 de octubre de 2011 (RJ 2012/432). Se matiza la aplicación del criterio a procesos que iniciaron al amparo de una normativa interpretada de forma distinta en las SS.TS (civil) de 15 de marzo de 2009 (n. rec. 2191/2003) y 9 de marzo de 2010 (n. rec. 1469/2005). Aguilar Fernández, C. e Yzquierdo Tolsada, “¿Principio del fin de la pugna jurisdiccional para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala Primera, de 15 de enero de 2008”, en *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, Mayo, 2010, La Ley 12153/2011, pp. 1 ss.; Gutiérrez-Solar Calvo, B., “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo: ¿es la limitación de la responsabilidad extracontractual un criterio adecuado para determinar el orden jurisdiccional competente? (Comentario a la STS 1ª de 15 de enero de 2008)”, *Relaciones Laborales* 2008-I, pp. 603 ss.; Pérez de los Cobos Orihuel, F., “La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro”, *Diario La Ley* n. 6895, 2008 ref. D-65.

Administración. Ello provocará, a buen seguro, una unificación de los criterios de reparación del daño¹⁷ al margen de la naturaleza pública del empleador y del tipo de relación entre el empleado y la administración. Competencia que es extensible también a la peculiar responsabilidad administrativa y a las acciones declarativas en orden al cumplimiento de las medidas de seguridad.

Quedan excluidas, sin embargo, del orden social, a tenor de lo dispuesto en el art. 3 b) LRJS, las acciones entre el empleador y los sujetos obligados a coordinar con éste la prevención de riesgos laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido, frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención. Exclusión del todo lógica en los casos de exigencia de responsabilidad en relación a entidades acreditadas con las que media un concierto de la actividad preventiva. Resulta sin duda mucho más dudosa la aplicación, que no cabe descartar a la vista del impreciso tenor literal del precepto, en otros supuestos organizativos donde quienes desempeñan los servicios son trabajadores por cuenta ajena.

Por su parte, el art. 4 LRJS reconoce también al orden social la competencia para resolver, a los efectos del litigio laboral, cualquier cuestión previa o prejudicial no atribuida a dicho orden pero que resulte imprescindible para la solución de aquél, salvo las derivadas de falsedad documental en los términos previstos en el propio precepto legal.

Otro cambio de gran calado lo encontramos en la letra n) del art. 2 LRJS en la que se atribuye por fin al orden social el conocimiento de las impugnaciones de las resoluciones sancionadoras en materia laboral y sindical derivadas de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para lo que se prevé una modalidad procesal específica en los arts. 151 y 152 LRJS. Este cambio, como es notorio, además de simplificar el panorama de órganos judiciales competentes en relación con los incumplimientos en materia preventiva, evita la aplicación de la regla de “prejudicialidad” del orden contencioso con respecto al orden social prevista en la normativa que origina no pocos problemas en la práctica aplicativa por las diferencias sustanciales existentes entre el recargo y la sanción administrativa¹⁸ y que, además, de hecho, es casi imposible de

¹⁷ Mellado A., C. L., *Prevención de riesgos laborales, óp. cit.*, p. 26.

¹⁸ Como es sabido, los Tribunales han admitido la sentencia social contradictoria con la contenciosa que declara la inexistencia de infracción, siempre que la sentencia social motive de manera detallada y suficiente su posición, por todas, STS de 13 de marzo de 2012 (RJ 4183). STC 21/2011, de 14 de marzo, que rechaza la justificación genérica de que son distintas las ópticas de enjuiciamiento para apreciar responsabilidad en el ámbito laboral tras haberse producido la exoneración de la responsabilidad administrativa. STSJ

cumplir habida cuenta la lentitud del orden contencioso.

Partiendo de una valoración positiva de la LRJS en cuanto termina con el tan criticado peregrinaje judicial en este ámbito, pese a sus postulados, no va a acabar con la existencia de reclamaciones que se ventilan en procedimientos divergentes y puede que, incluso, ante órganos jurisdiccionales también distintos. Aunque no vamos a entrar detenidamente en esta cuestión, a nuestro entender, pese a que una primera lectura de la norma parece arrojar una conclusión diversa, sigue siendo extremadamente difícil la acumulación en una sola de todas las reclamaciones, pese a la unanimidad en sede doctrinal sobre su conveniencia. Seguramente ha desaprovechado la oportunidad la nueva Ley para simplificar, agilizar y resolver algunos problemas atinentes a la compensación al trabajador por los daños y perjuicios causados por el accidente de trabajo y enfermedad profesional que pudiera enjuiciarse en su totalidad en un único procedimiento.

2. El problema relativo a la carga de la prueba

Como es bien sabido, para que un trabajador exija responsabilidad o reparación de los daños y perjuicios causados por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, aparte del daño, ha sido tradicional exigir el incumplimiento de las obligaciones de seguridad, basada en culpa o negligencia. En este ámbito se pide al empresario un alto grado de diligencia, pero el debate no se ha centrado sólo en ésta sino más bien en la propia necesidad de reparar un daño injustamente irrogado, hasta el punto que, en especial en el orden jurisdiccional civil se ha venido considerando que existe una responsabilidad puramente objetiva, con origen en la creación del riesgo, plasmada en la inversión de la carga de la prueba. Por el contrario, la doctrina laboralista¹⁹ y la sala de lo social del TShan venido negando este carácter objetivo de la responsabilidad, basada en el riesgo laboral a cargo del empresario²⁰, aunque es patente la evolución sufrida en su construcción acerca del alcance o la configuración de la culpa.

En tal contexto, la LRJS, aunque lejos de satisfacer las expectativas que habría de cumplir la reclamada “Ley Integral de los accidentes de

Galicia 4495/2009, de 22 de octubre o TSJ Asturias 2260/2011, de 16 de septiembre.

¹⁹ Por todos, Mellado A., C. L., “La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de Seguridad y Salud laboral”, *Aranzadi Social* n. 14, 2003, pp. 73 ss.

²⁰ Por todas, SS.TS 20 julio 2000, RJ 7639 y 22 enero 2002, RJ 2688.

trabajo”²¹, ha venido a posicionarse en la misma línea sostenida desde el año 2010 por la jurisdicción social²², aligerando la carga de la prueba que corresponde al trabajador y situando el mayor peso sobre el empresario, de forma que es éste quien ha de probar su diligencia o dar la prueba liberatoria²³. Como es bien sabido, las reglas sobre la carga de la prueba nos indican a cuál de las partes litigantes corresponde probar los hechos relevantes para la decisión del conflicto y, consiguientemente, a cuál de ellas ha de perjudicar la falta de prueba de tales hechos²⁴. En consecuencia, aunque se ha resaltado la novedad que estas reglas suponen, a nuestro juicio, las mismas derivaban ya de manera natural del modelo implantado hace casi veinte años por la LPRL²⁵ y son el corolario evidente de la configuración legal de la obligación general de seguridad. A mostrar este extremo y descartar la existencia de una presunción de culpabilidad o, incluso, una vulneración de la presunción de inocencia que, además, no resulta aplicable al incumplimiento de obligaciones contractuales²⁶, irán destinadas estas páginas.

²¹ Pueden verse las propuestas contenidas en AA.VV., *Hacia una Ley Integral en materia de accidentes de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial XII, 2005; asimismo, entre otros, Agustí Juliá, J., “Algunas propuestas -para el debate- en materia de accidentes de trabajo y prevención de riesgos laborales” y Marín Castán, F., “Aspectos civiles (jurisdicción, naturaleza de la responsabilidad, criterios de imputación y sujetos responsables)”, ambas en AA.VV., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*, CGPJ, Madrid, 2009, pp. 239 ss. y p. 62, respectivamente.

²² Aunque ya aludía a las posibilidades de acudir al criterio de la facilidad probatoria contenido en el art. 217 LEC en la conocida STS 17 julio 2007 (n. rec. 513/2006).

²³ Sin duda, el debate ha sido recurrente en la doctrina, que venía considerando la posibilidad de invertir la carga judicial como forma de incrementar la tutela del trabajador y sustentada también en un incremento de la diligencia exigible, entre otros, vid. Gorelli Hernández, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 82 ss.

²⁴ Por todos, Garberí Llobregat, J., *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 289.

²⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 noviembre).

²⁶ Para el Tribunal Supremo “una conducta que implica un incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente”, STS 27 abril 2009 (RJ 4988). En esta misma línea, sobre la inaplicación de la presunción de inocencia en el despido disciplinario, por todas, SS.TS 21 octubre 1998 (RJ 9298), 27 mayo 1999 (RJ 4997), 28 mayo 1999 (RJ 6441), 11 noviembre 2004 (n. rec 51/2002), 7 febrero 2007 (RJ 2482), 20 abril 2009 (3832).

3. Evolución jurisprudencial de las reglas de atribución de la carga de la prueba y plasmación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Si nos detenemos en la evolución de la jurisprudencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo en esta materia, podremos comprobar cómo aunque siempre se ha mantenido en una línea de negación de la responsabilidad puramente objetiva y defensora de la necesidad de culpa, se ha matizado bastante el sentido de ésta última. De esta forma, es patente el cambio producido desde las lejanas sentencias donde aludía a “una responsabilidad por culpa en su sentido más tradicional”²⁷, expresión que ha suscitado no pocas dudas en la doctrina, a su posición actual. Con aquella primera doctrina, el Tribunal Supremo, seguramente, más que alterar el modelo de diligencia derivado del Código civil (en adelante, Cc) y las normas preventivas, claramente objetivo por comparación con un patrón de conducta predeterminado, pretendía huir del objetivismo excesivo de la responsabilidad extracontractual en el ámbito civil.

La tendencia judicial ahora, sin embargo, ha experimentado un giro de gran importancia y no precisamente hacia la objetivación de la responsabilidad, sino hacia la alteración de las reglas probatorias, puesto que para el Tribunal Supremo la responsabilidad no resulta objetiva²⁸, en tanto el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa

²⁷ Entre otras, la pionera STS 30 septiembre 1997 (RJ 6853) o las posteriores SS.TS 2 febrero 1998 (RJ 3250), 20 julio 2000 (RJ 7639), 22 enero 2002 (RJ 2688) y 23 abril 2002 (RJ 7852). Por todos, Gorelli Hernández, J., *Responsabilidad patrimonial*, *óp. cit.*, pp. 84 ss.; Martínez Garrido, L., “Tutela judicial de la salud laboral: responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio “*non bis in idem*” y la problemática de su aplicación”, en AA.VV., *Estudios de la prevención de riesgos laborales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, p. 135.

²⁸ También el TJCE ha rechazado la existencia de una responsabilidad objetiva a tenor de lo dispuesto en la Directiva Marco, en tal sentido, en su Sentencia de 14 junio 2007 (TJCE 2007/141). Como es bien sabido, el art. 5.4 de la Directiva Marco (89/391/CE), permite a los Estados Miembros establecer la exclusión o disminución de responsabilidad de los empresarios “*por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieran podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada*”. Sobre esta interesantísima cuestión, Fernández Ramírez, M., “La configuración de la obligación de seguridad y salud empresarial y el sistema de responsabilidad en materia preventiva (A propósito de la Sentencia del TJCE, de 14 de junio de 2007, sobre la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo)”, *Tribuna Social* n. 223, 2009, pp. 33 ss.

exclusiva de terceros, pero en todos estos casos le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible exoneración²⁹. En consecuencia, si el empresario no prueba estos extremos, será responsable contractualmente del incumplimiento de la deuda de seguridad que tiene contraída con el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo³⁰. Como es notorio, el alcance de la norma contenida en la LRJS, siguiendo la estela del Tribunal Supremo, consiste en imponer al empresario las consecuencias negativas de la falta de prueba, por considerarlo más conveniente, al ser el garante de seguridad, pero sin alterar la naturaleza o el carácter de la responsabilidad. Se ha pasado hacia el reconocimiento de una culpabilidad “sin adjetivaciones” que, en última instancia, ha dado lugar, en lo que ahora nos interesa, a una nueva atribución de la carga de la prueba.

La evolución de la doctrina y su plasmación legal no ha sido ni infundada, ni irrazonable ni sorpresiva, básicamente por dos razones. La primera, la propia configuración legal de la obligación de seguridad que podía llevar sin demasiadas dificultades, como luego ampliaremos, a esta conclusión y, la segunda, esgrimida con frecuencia por el Alto Tribunal, la mayor facilidad probatoria. De esta forma, ha sostenido con reiteración en sus últimas sentencias³¹, tanto en materia de recargo de prestaciones como de responsabilidad civil por daños y perjuicios, que la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que, actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá incluso de las exigencias reglamentarias, siendo más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta o la causa de exoneración, en su condición de titular de la deuda de seguridad y habida cuenta en los términos *cuasi* objetivos en que la misma está concebida legalmente.

A mayor abundamiento, tampoco cabe ignorar que la regla conecta bien

²⁹ Parte de la doctrina ya defendía esta solución en especial en atención a la facilidad probatoria, entre otros, Mellado A., C. L., “Responsabilidad civil por accidente de trabajo: estado actual de la cuestión”, en Romero Ródenas, M. J. (Coord.), *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 300; Aramendi Sánchez, P., “Responsabilidad contractual por accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998, pp. 97 ss.

³⁰ STS 30 junio 2010 (RJ 6775).

³¹ Entre otras, SS.TS 16 enero 2011 (n. rec. 4142/2010), 18 mayo 2011 (n. rec. 2621/2010), 16 enero 2012 (n. rec. 4142/2010), 24 enero 2012 (n. rec. 813/2011), 30 enero 2012 (n. rec. 1607/2011), 1 febrero 2012 (n. rec. 1655/2011), 14 febrero 2012 (n. rec. 2082/2011), 18 abril 2012 (n. rec. 1651/2011), 17 julio 2012 (n. rec. 1841/2012), 18 julio 2012 (n. rec. 1653/2011), 10 diciembre 2012 (n. rec. 226/2012); 5 marzo 2013 (n. rec. 1478); 5 junio 2013 (n. rec. 1160/2012).

con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la necesidad de un proceso con igualdad de medios y de armas entre los litigantes, que no se quiebra cuando la diferencia está justificada objetiva y razonablemente, corrigiéndose la inferioridad material en que pueda estar alguna de las partes³². En esta línea, sin necesidad de profundizar ahora en esta cuestión, no podemos olvidar la finalidad compensadora e igualadora, tendente a corregir los desequilibrios entre empresario y trabajadores propia del Derecho del Trabajo y que, como no podía ser de otra manera, afecta también al proceso laboral, ámbito, además, más inmune a los embates de la flexibilidad laboral³³.

Por todo ello, la regla no denota, a nuestro juicio, ni un desequilibrio, ni una presunción de culpabilidad del empresario ni un trato de favor injustificado al trabajador y no rompe, en absoluto, con la neutralidad propia que debe presidir el ordenamiento procesal, siendo necesaria para el reequilibrio de ambas partes, con respeto al principio de proporcionalidad entre la diferencia de trato y el fin perseguido y justificada por las especiales dificultades procesales para el trabajador, por su situación de subordinación³⁴, patente en el ámbito que nos ocupa. Es una garantía que viene a hacer efectivo el derecho a la tutela judicial, pues una distribución distinta sitúa al trabajador ante una dificultad extraordinaria, que haría muy difícil la obtención de una sentencia favorable. De todas formas, tampoco cabe ignorar que, como se ha sostenido, “la existencia de una importante documentación inercial (compuesta por informes de la Inspección de Trabajo así como organismos especializados en materia preventiva) que relativiza en alguna forma la medida ya que, normalmente, la prima de veracidad que aquellos elementos de prueba ostentan les lleva a dirimir un buen número de estos procedimientos, haciendo prácticamente ociosa la aportación de otras evidencias”³⁵.

³² Por todos, López Balaguer, M., “Actos procesales y principios inspiradores del proceso laboral”, en Blasco Pellicer, A. (Dir.) y Alegre Nuño, M. (Coord.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch tratados, Tomo I, Valencia, 2013, p. 147.

³³ Sobre estas y otras cuestiones resulta de interés el estudio de Gorelli Hernández, J., “La carga de la prueba y la tutela del trabajador”, *Relaciones Laborales* n. 20, 2009, pp. 599 ss.

³⁴ En tal sentido, Gorelli Hernández, J., “La carga de la prueba...”, *óp. cit.*, p. 602.

³⁵ Segalés Fidalgo, J., “El juicio oral”, en Blasco Pellicer, A. (Dir.) y Alegre Nuño, M. (Coord.), *El proceso laboral, óp. cit.*, Tomo I, p. 534. Puede verse, por todas, la STS 2 febrero 1998 (RJ. 3250), que aun considerando la responsabilidad subjetiva y culpabilista en sentido más clásico y tradicional, entiende la actuación culposa acreditada a la vista de que la resolución administrativa sancionadora se hizo firme al haber sido consentida por la empresa, sin que haya habido prueba alguna de descargo sobre el particular.

Por tanto, en resumida síntesis, el fundamento del Tribunal Supremo para la alteración de las reglas de la prueba se basaría en tres pilares básicos: la posición de deudor del empresario, la configuración legal de la deuda y la facilidad probatoria. Quitando esta última regla de tipo procesal, presente de forma indubitada en el texto de la LEC (art. 217.7) y esgrimida ya por los tribunales con anterioridad a la hora de interpretar el art. 1214 Cc, el argumento gira en torno a la configuración sustantiva de la posición de garante del empresario y los términos en que el legislador ha configurado su deuda. Y a esta misma conclusión había llegado ya de algún modo parte de la doctrina científica y ahora se ha plasmado en el texto del art. 96.2 LRJS que exige de modo indubitado que en todos los procesos derivados de responsabilidad por accidente de trabajo o enfermedad profesional, los deudores de seguridad y quienes hayan concurrido en la producción del resultado lesivo, prueben que adoptaron las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como los factores que puedan excluir o minorar su responsabilidad. Junto a la anterior atribución de la carga probatoria, viene a añadir el precepto que la imprudencia no temeraria del trabajador o la que responda al ejercicio habitual del trabajo o la confianza que el mismo inspira no serán causa de exoneración de la responsabilidad de los anteriores. Estas afirmaciones denotan, sin lugar a dudas, que no estamos ante una responsabilidad objetiva, en tanto se puede probar tanto la satisfacción de la deuda como la concurrencia de factores excluyentes de la responsabilidad. La propia referencia a estos mismos viene condicionada por el texto sustantivo (art. 15.4 LPRL) que hace una delimitación en positivo de la deuda incluyendo la previsión de las imprudencias no temerarias del trabajador. Así ya el informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley, de fecha 10 de septiembre de 2010, afirmaba que el precepto contempla dos aspectos distintos. Una disposición de carácter eminentemente procesal, conteniendo un especial régimen probatorio en materia de accidente de trabajo. Pero, por otra parte, las referencias a que la culpa no temeraria del trabajador no podrá apreciarse como elemento exonerador de responsabilidad son un trasunto de lo previsto en los arts. 115.4 b) y 115.5 LGSS y su naturaleza es eminentemente sustantiva, dado que los preceptos citados tienen por objeto delimitar los casos en que una determinada conducta es o no constitutiva de accidente de trabajo. Si bien puede coincidirse plenamente con el carácter sustantivo de la norma, no sólo conecta con la LGSS, sino más estrictamente, por hablar de exención de responsabilidad, con la regla contenida en art. 15.4 LPRL, de correosa interpretación y que, como se sabe, no opera en referencia a la consideración o no del suceso como accidente de trabajo, sino en relación al alcance de la obligación de seguridad del empresario y, más

concretamente, la obligación de prever las imprudencias no temerarias, que ahora encuentra su plasmación legal, seguramente reiterativa, aunque mejor delimitada en lo que hace a las imprudencias “profesionales”, en sede rituaría. La prescripción legal es muestra indubitada de que los litigios en la materia vienen centrándose en un único elemento: el nexo causal entre el incumplimiento y el daño y su posible ruptura y, más concretamente, la participación del trabajador en la causación o la agravación del daño.

4. Las nuevas reglas sobre la carga de la prueba: ¿presunción de culpabilidad o lógico corolario de la configuración legal de la deuda de seguridad?

A tenor de lo dispuesto en el actual art. 96.2 LRJS, tenemos unas reglas específicas para la carga de la prueba pero no una presunción de culpabilidad ni una vulneración de la presunción de inocencia, aunque así lo haya podido entender un sector de la doctrina³⁶. A nuestro juicio, la culpa pasa a un segundo plano siendo los elementos esenciales el incumplimiento (en especial, de la obligación general de seguridad), el daño y la relación de causalidad. Aunque, a la postre, no está de más recordar el cambio importante sufrido por la norma en su tramitación. Así, en el Anteproyecto de Ley reguladora del procedimiento laboral elaborado por el Ministerio de Justicia, se podían apreciar diferencias importantes en los aspectos que ahora más nos interesan. En primer lugar, cabía constatar la existencia de una presunción legal que seguía la estela de la presunción contenida en el art. 115.3 LGSS sobre la existencia del propio accidente de trabajo, pero ésta no sólo presumía la culpabilidad sino la propia existencia de la omisión de medidas de seguridad. Planteamiento que sí parecía llevar a una responsabilidad prácticamente objetiva, aunque se permitía al empresario probar la existencia de factores excluyentes o minoradores de la responsabilidad. Pues bien, el cambio en la redacción legal resulta esencial y es positivo, habida cuenta que la presunción podía conducir con facilidad a la creencia de la existencia de una responsabilidad automática, basada en el riesgo, del empresario, y a entender al trabajador liberado de cualquier esfuerzo probatorio. Pero, en

³⁶ Para Fernández-Costales Muñoz, J., “Las responsabilidades empresariales en materia de riesgos profesionales”, en AA.VV., *La responsabilidad del empresario*, AESS.S-Laborum, Madrid, 2012, p. 123, “se presume su culpabilidad en tanto en cuanto no demuestre lo contrario, de forma tal que se le impone una nueva obligación, que no es otra que la de probar su inocencia”.

esencia, el mecanismo sobre el que gira el precepto legal es el mismo: la simplificación de la posición del trabajador en orden a la carga de la prueba. El legislador se deshace ahora de la presunción, refiriéndose exclusivamente a la carga de probar. Junto a ello, aunque podría pensarse que la responsabilidad se ha visto suavizada o atenuada al desaparecer la referencia a “todas” las medidas necesarias, tal elusión no parece muy significativa a la vista de las normas sustantivas que marcan el alcance de la obligación de seguridad.

Baste ahora señalar que el legislador no distingue el tipo de responsabilidad y, por tanto, al igual que viene haciendo el Tribunal Supremo, la regla resulta de aplicación tanto a la responsabilidad por daños y perjuicios como al recargo³⁷ que, en puridad, se enjuician con unos criterios muy parecidos en lo que hace a la culpabilidad, al nexo causal y a su ruptura. La cada vez mayor proximidad entre ambas figuras plantea de nuevo la sombra de la duplicidad existente y la necesidad de una reforma integral en esta materia que permita una reparación íntegra del daño, pero elimine solapamientos y puntos de fricción seguramente innecesarios.

Enlazando con la interrogante lanzada para intitular este punto del trabajo, es evidente que la norma no alude, en modo alguno, a la culpabilidad, ahora bien, cabe deducir con meridiana claridad que viene, al menos aparentemente, a alinearse con dos reglas básicas ya contenidas en el ordenamiento. En primer lugar, con la propia configuración legal de la obligación de seguridad, su amplio alcance y su evidente naturaleza contractual. Y en segundo, en concordancia con este carácter, parece desterrar como línea de principio cualquier enlace con el art. 1902 Cc y la naturaleza extracontractual de la responsabilidad³⁸, centrándose en los correspondientes arts. 1101 y ss. del mismo texto legal. Como consecuencia lógica de lo anterior, el juego de la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual no deriva tanto de la prueba del incumplimiento culpable, como ocurre en el 1902 Cc, como del incumplimiento injustificado. O, lo que es tanto como decir que, de

³⁷ No nos parece, en cambio, tan evidente la aplicación de la regla a los actos administrativos no prestacionales (sanciones), como afirma algún autor, Segalés Fidalgo, J., “El juicio oral”, *óp. cit.*, p. 534, puesto que no son responsabilidades por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en tanto la responsabilidad surge del mero incumplimiento sin necesidad ni exigencia de daño que, en su caso, actuará como un mero criterio de graduación de la sanción.

³⁸ Como es sabido, la doctrina laboral casi unánimemente considera este tipo de responsabilidad como contractual, en consonancia con la naturaleza de la obligación, entre otros, Mellado A., C.L., “Responsabilidad civil por accidente de trabajo...”, *óp. cit.*, p. 284.

conformidad con los arts. 1101 y 1105 Cc el deudor de una obligación contractual “responde porque debe” y, aun debiendo, sólo dejará de responder si el incumplimiento se produjo por caso fortuito o fuerza mayor³⁹. En esta línea, en trabajos anteriores habíamos venido señalando la trascendencia de partir del propio Cc, donde resulta patente que en el art. 1104 (y su transformación en el “buen empresario” en el ámbito que nos ocupa) se parte de patrones objetivos de conducta que son los que fundamentan una posible imputación de responsabilidad. En definitiva, “la responsabilidad civil derivada del contrato, aun entendida con criterios de responsabilidad subjetiva, puede ser exigida y deriva del solo hecho de contravenir la obligación siempre que exista relación de causalidad entre deuda e incumplimiento, sin la exigencia de prueba alguna en el incumplimiento, dejando a salvo el 1105 Cc”⁴⁰. O, en otros términos, “el deudor no puede alegar que el no está personalmente en condiciones de prestar esa diligencia”⁴¹. Y ello porque la objetividad implica no sólo prescindir de las capacidades del sujeto sino ignorar por completo la intención del sujeto deudor⁴². Por su parte, la presunción de culpa, sostenida a veces por la jurisprudencia civil, es bien distinta, pues el argumento reside en que aun cuando el empresario cumpla toda la normativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo, el propio accidente demostraría su insuficiencia y por tanto la omisión de algún grado de diligencia⁴³.

³⁹ Moliner Tamborero, G., “Responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo. Culpa y valoración del daño. Doctrina jurisprudencial”, en Sala Franco, T., (Coord.), *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 378, quien sigue en este punto a civilistas como Montés Penadés, entre otros. Pero también son significativas las palabras de Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo III, Derecho de Obligaciones*, Reus, Madrid, 1992, p. 251, cuando afirma que es doctrina corriente que, a diferencia de la culpa extracontractual o aquiliana (en la que la prueba es obligación del acreedor), en la culpa contractual el acreedor tiene una situación más ventajosa, pues existe la presunción de que el deudor que no cumple la obligación lo hace porque quiere y, por tanto, es responsable de la falta de cumplimiento, sin que el acreedor tenga que probar otra cosa más que la existencia de la obligación; de tal modo que será el deudor el que habrá de probar para eximirse de responsabilidad, que si dejó incumplido el contrato, no fue por culpa suya.

⁴⁰ Moliner Tamborero, G., “Responsabilidad civil...”, *óp. cit.*, p. 379.

⁴¹ Carrasco Perera, A., “Comentario al artículo 1104 Cc”, en AA.VV. (Albaladejo, M., Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Vol 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 609-610.

⁴² Jordano Fraga, F., “Las reglas particulares de la responsabilidad contractual”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, p. 727.

⁴³ Marín Castán, F., “Jurisprudencia civil sobre accidentes de trabajo”, en Moreno Martínez, J. A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 486.

Pues bien, afirmado lo anterior, si completamos el texto legal con los argumentos esgrimidos de forma magistral por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2010 ya citada, y reiterada con posterioridad, podemos reafirmar en las próximas líneas que no estamos más que ante la traslación al plano procesal a través de la carga de la prueba de la posición de deudor de seguridad ostentada por el empresario, en los amplísimos términos previstos en la LPRL. Son tres los puntos en los que hemos de centrar nuestra atención.

4.1. El grado de diligencia exigible

Al decir del Alto Tribunal, la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT o EP), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá, incluso, de las exigencias reglamentarias. Reconoce de este modo abiertamente la virtualidad de la obligación general de seguridad y que, en esencia, las dificultades probatorias derivan de ésta y no tanto de incumplimientos de obligaciones específicas y determinadas legal o reglamentariamente. Habida cuenta esta consideración, acude analógicamente a la aplicación del art. 1183 Cc, del que deriva la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario, prueba que correspondería al empresario en función a la disponibilidad y facilidad probatoria (es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta).

En este sentido, y lejos de acudir solamente a los preceptos contenidos en el Cc, considera que el grado de diligencia exigible al empresario deriva también del dato indubitado de que la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (arts. 14.2⁴⁴, 15 y 16 LPRL), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo⁴⁵. Así, el Tribunal Supremo pone en el centro del

⁴⁴ En relación con este precepto, se ha considerado que no debe flexibilizarse la diligencia cualificada que el art. 14 LPRL exige al empresario. En este sentido, Ginès i Fabrellas, A., *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 302-3.

⁴⁵ El alcance de esta diligencia del “buen empresario”, caracterizada por las notas de especialidad, carácter técnico y máximo, tuvimos ocasión de analizarlo en profundidad en nuestro trabajo *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en

sistema tanto la obligación genérica como la evaluación de riesgos, en tanto evaluar supone conocer la situación de riesgos y elegir y disponer las medidas que garanticen el mayor nivel de protección. Y en este sentido ya se había sostenido que “sólo una demostración o prueba de una evaluación de riesgos sumamente diligente, técnica y permanente, permitirá al empleador eludir su posible responsabilidad contractual alegando la imprevisibilidad del hecho ocasionante del riesgo”⁴⁶. Como resulta evidente, son conocimientos técnicos los que marcan la realización de la evaluación y la específica situación de riesgos determinará la necesidad de adoptar medidas preventivas con independencia de que vengan expresamente recogidas en la norma legal o deriven de normas de común prudencia, diligencia o pericia, buscando la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores. En cuanto a la evitabilidad del riesgo, hemos de reconducirla a la posibilidad técnica independientemente del coste, si ésta no es posible, procede su disminución y la adopción de medidas protectoras.

A la vista de lo anterior, es preciso asumir que, finalmente, el Tribunal Supremo ha tenido que afrontar el problema de la carga de la prueba a partir del momento en que ha ido admitiendo con asiduidad la plena aplicabilidad de la obligación general de seguridad y su especial significado⁴⁷. No en vano se había sostenido que la jurisprudencia en parte venía soslayando o silenciando este problema y ello quizás como consecuencia de que si el deber genérico fuese plenamente eficaz, habría una responsabilidad *quasi* objetiva, pues la prueba del probable incumplimiento se deduciría del hecho del daño de origen profesional; o, en su caso, la existencia del daño haría presumir el incumplimiento de la obligación general cuando menos, debiendo invertirse la carga de probar, que habría de recaer sobre el empresario⁴⁸. Definitivamente los Tribunales han descartado que estemos ante una declaración programática y han reafirmado el carácter preceptivo del enunciado, dado que una enumeración, por exhaustiva que sea, no puede comprender todos los comportamientos debidos por el empresario. Y el precepto legal obliga a adoptar todas las medidas necesarias, pero que además sean las adecuadas

especial p. 229 ss., a cuya consulta nos permitimos remitir al lector.

⁴⁶ Calvo Gallego, J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 80; González Labrada, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 475.

⁴⁷ Aunque ya en 2001 (Sentencia 8 octubre, RJ 2002/1424) había reconocido que el deber de seguridad era incondicionado y prácticamente ilimitado, obligando a la adopción de las medidas necesarias, cualesquiera que ellas fueran.

⁴⁸ Gorelli Hernández, J., *Responsabilidad patrimonial*, *óp. cit.*, p. 33.

tanto a las características de la empresa, centro de trabajo, proceso productivo y trabajador.

Esta remisión a los preceptos contenidos en la LPRL es perfectamente coherente con las previsiones contenidas en el art. 1104 Cc que reconduce la culpa o negligencia del deudor a la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y el lugar. De la conjunción de ambos órdenes normativos se extrae con meridiana claridad la conclusión de una diligencia máxima, técnica y objetiva, que entra en juego desde el momento en que el empresario pudo y debió evitar o prever y controlar un determinado riesgo y no lo hizo, y ello con independencia de motivaciones subjetivas, de su intencionalidad y de su puro desconocimiento. En la medida en que el ordenamiento laboral también le impone suplir sus carencias en cuanto a especialización y capacitación con el recurso a terceros. La demostración del elemento de consciencia del incumplimiento propio del dolo, sin duda, es más difícil de demostrar en la práctica, pero es que, en puridad, resulta indiferente e innecesario. De ahí que lo que se pide al empresario es que demuestre su diligencia o que cumplió las medidas necesarias, con todo lo que eso conlleva.

De lo anterior, la doctrina colige que “el criterio de responsabilidad sigue siendo el subjetivo en cuanto que sólo se responde por negligencia; la diligencia exigible en este caso al empresario no se limita al cumplimiento de las normas de protección legal o reglamentariamente establecidas y el empleador podrá eximirse de responsabilidad cuando acredite que el accidente por el que se reclama se produjo por caso fortuito o por fuerza mayor, o sea, por circunstancias imprevisibles o inevitables”⁴⁹.

En realidad, habida cuenta la configuración legal de la diligencia exigible tanto en el Cc como, específicamente, en la LPRL, lo de menos es la voluntariedad de la conducta, el dato esencial es la obligación de prever, evitar y evaluar todos los riesgos, de dotarse de asesoramiento y asistencia técnica y de lograr la máxima seguridad técnicamente posible, librando al trabajador hasta de su propia imprudencia y, por tanto, comportarse con un grado de diligencia máximo, difícil de alcanzar, y cuya prueba corresponde al garante de la seguridad.

⁴⁹ Moliner Tamborero, G., “Responsabilidad civil”, *óp. cit.*, p. 381.

4.2. La configuración legal de la obligación de seguridad como de resultado

Siguiendo con la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo, los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL – “(...) deberá garantizar la seguridad...en todos los aspectos relacionados con el trabajo (...) mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad” – y 15.4 LPRL – “la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador” –, que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado⁵⁰, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera – como veremos – la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención. Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar – se ha dicho – el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable), como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL). Resultados de la investigación que, además,habrán de verse reflejados en la correspondiente revisión de la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo que se hayan visto afectados de conformidad con lo previsto en el art. 6.1 RSP⁵¹.

Hace ya bastante tiempo que, aunque tendíamos a calificarla de resultado, tampoco veíamos descabellado una caracterización mixta o un *tertium*

⁵⁰ Como es bien sabido, la doctrina se ha mostrado dividida en este punto. Niegan la consideración de obligación de resultado, entre otros, García Murcia, J., “La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Temas Laborales* n. 50, 1999, p. 231. Posicionamiento avalado por el TJCE (Sentencia de 14 junio 2007 citada), que no impone un deber de resultado aunque pueda estar formulada en términos absolutos. Vid. Con más detalle sobre esta postura de considerarla de medios, Fernández Ramírez, M., “La configuración de la obligación de seguridad...”, *óp. cit.*, p. 39. En cambio, se inclinan hacia su consideración como de resultado, González Labrada, M., *Seguridad y salud en el trabajo...*, *óp. cit.*, pp. 357 ss.; González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, p. 107. Más recientemente, Álvarez de la Rosa, M., “La responsabilidad civil en la prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Tres años de cambio laboral*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 1551.

⁵¹ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31 enero).

*genus*⁵², puesto que si bien se exige el resultado, la vigilancia y la diligencia en el actuar del agente ocupan un lugar destacadísimo en la LPRL. Esta configuración implica previamente un necesario comportamiento diligente del empresario que se identificaría con la adopción de todas las medidas necesarias, único medio de alcanzar un resultado positivo. Este planteamiento permite afirmar que el daño supone un primer “indicio” del incumplimiento, siendo de cuenta del empresario dar la prueba liberatoria, es decir, demostrar que el riesgo era imprevisible o bien que era inevitable y se adoptaron todas las medidas posibles técnicamente para atenuarlo. De esta forma, si el empresario no prueba estos extremos será responsable contractualmente de la deuda de seguridad que tiene contraída con el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo⁵³.

4.3. Desequilibrio de las posiciones empresario/trabajador en relación al control de los riesgos profesionales

En último lugar, hemos de hacer referencia a que el TS ha venido a sostener que la imposibilidad de mantener una exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio se basa sobre todo en que no son parejas las posiciones de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral. Como es bien sabido, el fundamento de la deuda de seguridad y la imposición al empresario del deber de proteger al trabajador radica en la desigual posición de las partes y en los poderes organizativos y directivos que ostenta el empresario. Resulta patente que al ser el empresario quien decide todos los aspectos de desenvolvimiento de la relación laboral y, en concreto, el encargado de disponer cómo, cuándo, dónde y bajo qué condiciones se trabaja, en justa correspondencia, es también él la persona encargada de disponer y controlar los mecanismos de seguridad que eviten que el trabajador sufra daño alguno derivado del trabajo. En cambio, las obligaciones del trabajador son más matizadas y menos enérgicas sin obligación de aportar estos medios ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada⁵⁴.

⁵² Igartua Miró, M. T., *La obligación general*, *óp. cit.*, pp. 206 ss.

⁵³ Igartua Miró, M. T., “Responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo: una aproximación en clave jurisprudencial”, *Revista peruana de Jurisprudencia*, n. 46, 2004, p. XLVIII.

⁵⁴ Folguera Crespo, J. A., “Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo”, en Folguera Crespo, J. A., Salinas Molina, F. y Segoviano Astaburuaga, M. L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2011,

Esta desigualdad de posiciones y la atribución de poderes de control y organización al empresario conllevan un efecto “multiplicador” de la diligencia, de modo que siendo el empresario el encargado de evitar, prever, evaluar y controlar las situaciones de riesgo, es a él también a quien toca demostrar, en su caso, que desplegó la diligencia exigible o que concurren circunstancias atenuatorias o exoneratorias de su responsabilidad.

5. Efectos de la aplicación de la alteración de la carga de la prueba: luces y sombras

5.1. Superación del debate sobre el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad y renovado protagonismo de la norma sustantiva

Vista la evolución reseñada, y la plasmación definitiva de la regla de alteración de la carga probatoria en el texto legal, podemos decir que el debate sobre el carácter objetivo, cuasi objetivo o subjetivo de la responsabilidad se desplaza del centro del sistema, carece de virtualidad práctica y cobra un protagonismo del que anteriormente había carecido la configuración legal de la obligación de seguridad⁵⁵, en sus amplísimos términos, como hemos visto y, en última instancia, en la prescripción contenida en el art. 15.4 LPRL, delimitador del alcance de la obligación empresarial. En este sentido, y lejos de atrincherarse en la exigencia de culpa, el art. 96.2 LRJS se centra en la prueba del agotamiento de la diligencia o en la concurrencia de factores de exoneración y se posiciona en una tesitura de responsabilidad contractual basada en el incumplimiento de una deuda previamente contraída con el trabajador. Por tanto, la responsabilidad viene a ser valorada conforme a los parámetros de los arts. 1101 y ss. Cc y, con ello, de acuerdo con un modelo objetivo de conducta. La conclusión, ya patente a la vista de lo enormemente exigente que se muestra la normativa preventiva con el empresario, que debe evitar y prever todos los riesgos, es que se reduce considerablemente el número de supuestos en los que el empresario podrá eximirse de su responsabilidad. Aunque, lógicamente, tal y como señala el

p. 423.

⁵⁵ Ya se había adelantado que el acento había que ponerlo en especial en la obligación general de seguridad y en la especial diligencia exigible, entre otros, Igartua Miró, M. T., *La obligación general*, *óp. cit.*, p. 81; Gorelli Hernández, J., *Responsabilidad patrimonial*, *óp. cit.*, p. 89.

art. 1105 Cc, nadie responderá de aquellos supuestos que no hubieran podido preverse o que, previstos fueran inevitables. Pero téngase en cuenta que, aun en este último supuesto de riesgos inevitables, la LPRL impone una serie de obligaciones que comienzan con la evaluación del riesgo y la adopción de medidas preventivas. Sin lugar a dudas, como han mantenido con reiteración la doctrina y los Tribunales de Justicia, la obligación incluye, además, la adopción de medidas exigidas por la diligencia, y aun no expresamente previstas normativamente, y en este campo, lógicamente, es donde crecen enormemente las dificultades para determinar cuándo se ha incumplido la obligación⁵⁶, que se formula en la LPRL de forma muy amplia, casi integral, al venir referida a todos los aspectos relacionados con el trabajo.

Por su parte, si nos asomamos ahora al contenido del art. 15.4 LPRL, resulta patente que estamos ante un precepto que obliga al empresario a prever las distracciones e imprudencias no temerarias de los trabajadores. La norma, aunque ha pasado relativamente desapercibida a la doctrina, plantea enormes dificultades interpretativas y de facto, desde hace ya algún tiempo, centra de modo prevalente el razonamiento de los pronunciamientos judiciales. Ahora bien, ello ha convertido su exégesis en una cuestión especialmente controvertida, caracterizada por un alto grado de indeterminación, donde las interpretaciones tienen a ser muy casuísticas, con frecuencia algo inseguras y en la que resulta enormemente difícil realizar afirmaciones categóricas.

En la mayor parte de los supuestos la discusión girará sobre los posibles incumplimientos del trabajador, que siempre han de tener un menor peso que los del empresario⁵⁷, pero que en la práctica le llevan a una casi total desresponsabilización en este ámbito. Aspecto que quizás debía ser objeto de una revisión legal, otorgándole un papel proactivo en materia preventiva. Téngase en cuenta que para el TS, por ejemplo, el desconocimiento por el trabajador del riesgo implícito de la operación que estaba realizando o la creencia de que aún en tales condiciones no existía un riesgo vital excluyen la calificación de imprudencia temeraria⁵⁸. De esta manera, recaerían sobre el empresario deberes de previsión del comportamiento del trabajador, estando dentro de su esfera de control el adoptar medidas para evitar el accidente. Pues bien, de conformidad con

⁵⁶ En esta misma línea, por todos, Ginés i Fabrellas, A., *Instrumentos de compensación*, *óp. cit.*, 294.

⁵⁷ STS 26 mayo 2009, n. rec. 2304/2008. Vid. también STS 16 enero 2006, n. rec. 3970/2004.

⁵⁸ STS 22 julio 2010, n. rec. 3516/2009. Además, SS.TS 12 julio 2007, n. rec. 938/2006 y 22 julio 2010, n. rec. 1241/2009.

estas obligaciones harto incisivas y en atención a las enormes dificultades probatorias que encontraría el trabajador si hubiera de demostrar que el empresario no cumplió, se ha producido este crucial cambio normativo.

5.2. ¿Mayor conflictividad o avances hacia la “indemnidad” del trabajador?

Es ya casi un lugar común en foros especializados y en algunas publicaciones el señalar el aumento de la conflictividad que puede derivarse del cambio legal que comentamos. Así, hay quien sostiene que ante esta nueva presunción de culpabilidad que recae sobre el empresario, cabe colegir como, sin lugar a dudas, se producirá una enorme litigiosidad en torno a la materia (simplemente, y de inicio, por entender la norma contraria al principio constitucional de la presunción de inocencia y por la inversión de la carga de la prueba) ante unos Tribunales ya bastante sobrecargados, que fácilmente verán aumentados los procesos en sus salas⁵⁹. A nuestro juicio, esta premisa aunque posible no tiene por qué cumplirse pero es que, además, resulta lógico que ante el padecimiento sufrido por el trabajador a consecuencia de un accidente o una enfermedad en los que pueden haber concurrido defectos de seguridad éste acuda a recabar la tutela de los tribunales.

Ahora bien, más allá de este posible aumento de carga de trabajo para los Tribunales del orden social, lo que debemos hacer notar es que sólo un cumplimiento cabal y exacto de la normativa preventiva va a librar al empresario de posibles imputaciones, más aún cuando el art. 2 e) LRJS se encarga de atribuir expresamente al orden social de la jurisdicción el conocimiento de las acciones para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones legales y convencionales en materia preventiva, frente al empresario y otros sujetos obligados. Camino que aunque poco seguido hasta la fecha, podría incentivar las demandas de este tipo que son las únicas que, en puridad, lograrán garantizar que el trabajador salga indemne de su puesto de trabajo. Y ello desde el momento en que se erige al orden social en garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos de los incumplimientos. A nuestro entender, resulta sumamente positivo que la LRJS no fortalezca exclusivamente los instrumentos judiciales para

⁵⁹ Fernández-Costales Muñoz, J., “Las responsabilidades empresariales”, *óp. cit.*, p. 124. De todas formas, autorizada doctrina ya venía constatando el fuerte crecimiento de las acciones en reclamación de responsabilidad civil, por todos, vid. Alfonso Mellado, C.L., “Responsabilidad civil por accidente de trabajo”, *óp. cit.*, p. 273.

proteger a las víctimas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Hasta tal punto ello es así que su Exposición de Motivos viene a añadir que modernizar la normativa procesal laboral facilita, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo. Qué duda cabe, además, que la distribución de la carga de la prueba contenida en el art. 96.2 LRJS resulta más protectora para el trabajador⁶⁰ y compagina bien con la posición de garante de seguridad atribuida por la LPRL al empresario.

Debido a todo lo anterior, va a resultar esencial que los Tribunales del orden social hagan una interpretación razonable y moderada del precepto legal, en especial en lo relativo al comportamiento del trabajador, y constriñan la responsabilidad empresarial a supuestos de distracciones o imprudencias fruto de la práctica y a comportamientos previsibles, pero analizados a la luz también de las propias obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos, a su formación, capacitación y a las instrucciones e informaciones recibidas. Aspecto crucial en aquellos casos en que el empresario haya cumplido con sus obligaciones en materia de seguridad. De lo contrario llegaremos a un resultado contrario a la finalidad perseguida, pues se instalará la idea de que, de todos modos, el empresario ha de responder siempre, salvo imprudencia temeraria, afirmación que, a buen seguro, no beneficia a las necesidades preventivas de la empresa y sus trabajadores. Como ha sostenido el Tribunal Supremo “la responsabilidad civil no constituye un sistema de aseguramiento universal que permita a todos quienes han sufrido un daño obtener una compensación, independientemente del origen del mismo”⁶¹.

5.3. ¿Repercusión positiva en la eficacia de las políticas preventivas o desincentivo al cumplimiento empresarial?

Uno de los aspectos que tendríamos que destacar del régimen de responsabilidades en la materia, sin ocasión de entrar ahora en cuestiones como la dificultad de afrontar esta cuestión desde un único prisma, la multiplicidad normativa, la complejidad, la diversidad, el solapamiento y la falta de coordinación, sería el necesario enlace entre responsabilidad y

⁶⁰ Entre otros, puede verse Chocrón Giráldez, A. M., “La carga de la prueba en accidentes de trabajo”, en AA.VV., *La responsabilidad...*, *óp. cit.*, p. 319.

⁶¹ STS (civil) 14 noviembre 2005, rec. 1135/1999, inexistencia de negligencia empresarial puesto que la causa del accidente no es otra que la culpa exclusiva de la víctima.

prevención. O, de forma más concreta, constatar la falta de repercusión del régimen de responsabilidades, de cualquier tipo, en la eficacia de las políticas de prevención de riesgos profesionales. Esto es, como se ha podido constatar⁶², la complejidad y el amplio cuadro de responsabilidades empresariales en nada ayudan a la mejora de los resultados de la acción preventiva y, sin embargo, suele acudir al argumento contrario para considerar que un incremento de la responsabilidad o un cambio en las reglas del juego de la misma van a significar un retroceso en el cumplimiento obligatorio o un perjuicio para la eficacia de la prevención en la empresa.

Hemos de tener presente que tampoco es ajeno a esta preocupación el Tribunal Supremo (STS 10 junio 2010), puesto que ha venido a descartar de forma expresa la aplicación en el ámbito laboral de una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas en el apartado 4 del FJ anterior, sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto “desmotivador” en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención.

Con la solución adoptada por la LRJS se pretende, aunque no sabemos qué resultados tendrá en la práctica aplicativa, precisamente lo contrario. Se busca que el empresario aplique las normas de prevención de riesgos laborales con la mayor de las diligencias y, además, que sea consciente de que, en su caso, si quiere eximirse de su responsabilidad, deberá dar cuenta de este cabal cumplimiento, comportamiento que le exonerará de toda responsabilidad. Por ello, en puridad, el resultado de la medida debía ser precisamente el inverso, de forma que podemos coincidir con quien sostiene que, “en todo caso, y en contra de lo que ahora viene sucediendo, o se produce un verdadero, completo y efectivo cumplimiento de la normativa preventiva o, a priori, parece que las empresas podrán verse

⁶² Autorizada doctrina ha reconocido que en ningún otro modelo de responsabilidad analizado la respuesta punitiva es tan amplia como la española, de lo que se deduce que no es cierta la premisa según la cual un sistema más represivo genera menor siniestralidad, Del Rey Guanter, S. (Dir.) y Luque Parra, M. (Coord.), *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008, p. 222.

seriamente sancionadas tanto administrativa como civil y penalmente (...)⁶³.

5.4. Algún interrogante adicional: ¿Cuál sería el fundamento de la extensión de la regla a terceros?

Muy brevemente, para concluir estas líneas, baste ahora con hacer también somera referencia a un aspecto sumamente llamativo, que no es otro que la extensión de la regla a otros sujetos operada en el art. 96.2 LRJS. Esto es, si la alteración de la carga de la prueba, a la vista de los argumentos esgrimidos, en especial la configuración legal de la obligación de seguridad, resulta lógica en el caso del empleador, deudor de seguridad por excelencia, no está tan claro ni a quién se refiere la norma ni en base a qué criterio impone también la carga de probar la adopción de las medidas necesarias a “los concurrentes en la producción del resultado lesivo”. Entre éstos, sin ánimo de ser exhaustivos, podríamos situar a la ETT, a la empresa principal, a las empresas concurrentes, a los servicios de prevención o trabajadores designados, a los recursos preventivos, a los coordinadores de seguridad, a los delegados de prevención, fabricantes, importadores y suministradores y así sucesivamente, donde quiebra el presupuesto de aplicación de la norma que es la propia posición de garante ostentada por el empresario.

Como es sobradamente conocido, aunque el empresario es el principal responsable en materia de seguridad, puede no ser el único. Ahora bien, las posibles obligaciones de los terceros y los criterios de imputación de la responsabilidad no coinciden, en lo más mínimo, con aquéllos previstos para el empresario; incluso en algunos de los casos tampoco parecería lo más adecuado el recurso a los arts.1101 ss. Cc. Con ello lo que queremos señalar es que los argumentos analizados en el epígrafe anterior quiebran en relación a los posibles terceros. La única justificación a tal extensión seguramente puede hallarse en que la LRJS no hace más que reafirmar el planteamiento del art.14.4 LPRL, esto es, la no exención de responsabilidad empresarial por “la intervención” de terceros y la consideración como tesis aplicable la de los auxiliares en el cumplimiento, de forma que éstos, con independencia del alcance de sus obligaciones, se ven obligados, caso de ser codemandados a probar en los mismos términos que el empresario, cosa que en la práctica puede resultar harto difícil, en particular en relación con algunos sujetos, donde las

⁶³ Fernández-Costales Muñoz, J., “Las responsabilidades empresariales...”, *óp. cit.*, p. 124.

obligaciones son incluso dudosas, o donde se considera la responsabilidad extracontractual. Parece ser, por tanto, que dado que es el empresario quien va a responder, a pesar de no haber cometido el acto que genera el daño⁶⁴, también va a ser él quien “cargue” con las consecuencias de una falta de prueba de la adopción de las medidas necesarias, con independencia de que pudiera corresponder su adopción o su ejecución a otro sujeto o la forma en que haya intervenido en la causación del daño. En este punto, no hay que olvidar que la doctrina considera que cuando el empresario responde por los actos de sus auxiliares estamos ante una responsabilidad de carácter objetivo⁶⁵. Teniendo en cuenta, además, el planteamiento legal donde la solidaridad propiamente dicha solamente aparece prevista de modo expreso para las contratas o subcontratas de la propia actividad, esta referencia a terceros puede llevar a que se generalicen condenas de este tipo (solidaridad si bien impropia)⁶⁶ con el servicio de prevención externo u otros sujetos, desde el momento en que la LRJS ha traído al proceso social y a sus reglas de enjuiciamiento las reclamaciones del trabajador contra estos terceros. A diferencia de lo que ocurre, como hemos visto, con las acciones que se planteen entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas de riesgos laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención, que quedan fuera de la jurisdicción social ex art. 3 b) LRJS⁶⁷.

⁶⁴ Gorelli Hernández, J., *Responsabilidad patrimonial...*, *óp. cit.*, p. 33. Sobre la atracción de la naturaleza contractual de la responsabilidad del obligado a otros sujetos, puede verse Alfonso Mellado, C. L., *Prevención de riesgos laborales...*, *óp. cit.*, pp. 16 ss.

⁶⁵ Por todos, Gorelli Hernández, J., *Responsabilidad patrimonial...*, *óp. cit.*, p. 43; Herrero García, M. J., “La responsabilidad civil de los servicios de prevención”, *Actualidad Laboral* n. 10, 1998, p. 190; Luque Parra, M., *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES, Madrid, 2002, pp. 122 ss. Vid. STS (social) 26 mayo 2009 (n. rec. 2304/2008); STSJ (social) Castilla y León (Valladolid) 5 mayo 2010 (n. rec. 385/2010).

⁶⁶ Algunas sentencias admiten la responsabilidad directa del servicio ajeno frente al trabajador dañado de forma solidaria; entre otras, STS (civil) de 11 de abril de 2011, n. rec. 1731/2006; STSJ-social de Castilla y León (Valladolid) de 18 de noviembre de 2009 (n. rec. 1709/2009); SAP Valencia de 26 de julio de 2006 (n. rec. 373/2006). Otras veces aceptan una suerte de solidaridad impropia entre el Servicio de Prevención ajeno y la empresa en el accidente de trabajo ocasionado, así la STSJ-social de Madrid de 6 de junio de 2002 n. rec. 4454/2001.

⁶⁷ La posibilidad de que los empresarios puedan ejercitar frente a los servicios de prevención externos acciones de repetición por su incorrecta actuación profesional ha venido siendo admitida hasta la fecha tanto por el orden social de la jurisdicción (por todas, SS.TSJ País Vasco 14 junio 2011, n. rec. 1083/2011 y Navarra 16 noviembre 2012,

6. Bibliografía

- Aguilar Fernández, C. e Yzquierdo Tolsada, M., “¿Principio del fin de la pugna jurisdiccional para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera) de 15 de enero de 2008”, en *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, Mayo, 2010, La Ley 12153/2011.
- Agustí Juliá, J., “Algunas propuestas -para el debate- en materia de accidentes de trabajo y prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*, CGPJ, Madrid, 2009.
- Álvarez de la Rosa, M., “La responsabilidad civil en la prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Tres años de cambio laboral*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- Aramendi Sánchez, P., “Responsabilidad contractual por accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998.
- Botana García, G. A., “Jurisdicción competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidente de trabajo”, *Práctica de Derecho de Daños*, n. 59, 2008.
- Calvo Gallego, J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Carrasco Perera, A., “Comentario al artículo 1104 Cc”, en AA.VV. (Albaladejo, M., Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.
- Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, Derecho de Obligaciones, Reus, Madrid, 1992.
- Chocrón Giráldez, A. M., “La carga de la prueba en accidentes de trabajo”, en AA.VV., *La responsabilidad del empresario*, AESSS-Laborum, Madrid, 2012.

n. rec. 390/2012) como por el civil, que se ha encargado de conocer las reclamaciones de este tipo. Entre otras, SAP Burgos de 26 de noviembre de 2001, n. rec. 85/2001; SAP Murcia de 24 de junio de 2003, n. rec. 94/2003; SAP Alicante 14 marzo 2007 (n. rec. 2002/2007); SAP Barcelona 26 abril 2010, n. rec. 562/2009; también implícitamente la admite la SAP Madrid de 29 de abril de 2013, n. rec.559/2012, aunque no proceda en el caso concreto).

- Del Rey Guanter, S. (Dir.) y Luque Parra, M. (Coord.), *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, La Ley, Madrid, 2008.
- Desdentado Bonete, A., “Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2008-II.
- Fernández-Costales Muñoz, J., “Las responsabilidades empresariales en materia de riesgos profesionales”, en AA.VV., *La responsabilidad del empresario*, AESSS-Laborum, Madrid, 2012.
- Fernández Ramírez, M., “La configuración de la obligación de seguridad y salud empresarial y el sistema de responsabilidad en materia preventiva (A propósito de la Sentencia del TJCE, de 14 de junio de 2007, sobre la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo)”, *Tribuna Social*, n. 223, 2009.
- Folguera Crespo, J. A., “Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo”, en Folguera Crespo, J.A., Salinas Molina, F. y Segoviano Astaburuaga, M.L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2011.
- Garberí Llobregat, J., *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- García Murcia, J., “La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Temas Laborales*, n. 50, 1999.
- Ginès i Fabrellas, A., Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, *La Ley*, Madrid, 2012.
- González Labrada, M., Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario, *Cedecs*, Barcelona, 1996.
- González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.
- Gorelli Hernández, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Tecnos, Madrid, 2006.
- Gorelli Hernández, J., “La carga de la prueba y la tutela del trabajador”, *Relaciones Laborales* n. 20, 2009.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B., “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo: ¿es la limitación de la responsabilidad extracontractual un criterio adecuado para determinar el orden jurisdiccional competente? (Comentario a la STS 1ª de 15 de enero de 2008)”, *Relaciones Laborales*, 2008-I.

- Herrero García, M. J., “La responsabilidad civil de los servicios de prevención”, *Actualidad Laboral*, n. 10, 1998.
- Igartua Miró, M. T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Igartua Miró, M. T., “Responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo: una aproximación en clave jurisprudencial”, *Revista peruana de Jurisprudencia*, n. 46, 2004.
- Jordano Fraga, F., “Las reglas particulares de la responsabilidad contractual”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995.
- López Balaguer, M., “Actos procesales y principios inspiradores del proceso laboral”, en Blasco Pellicer, A. (Dir.) y Alegre Nuevo, M. (Coord.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch tratados, Tomo I, Valencia, 2013.
- Luque Parra, M., *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES, Madrid, 2002.
- Marín Castán, F., “Jurisprudencia civil sobre accidentes de trabajo”, en Moreno Martínez, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Marín Castán, F., “Aspectos civiles (jurisdicción, naturaleza de la responsabilidad, criterios de imputación y sujetos responsables)”, en AA.VV., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*, CGPJ, Madrid, 2009.
- Martínez Garrido, L., “Tutela judicial de la salud laboral: responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio *non bis in idem* y la problemática de su aplicación”, en AA.VV., *Estudios de la prevención de riesgos laborales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999.
- Mellado A., C. L., *Prevención de riesgos laborales y accidente de trabajo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- Mellado A., “De nuevo sobre la competencia del orden social para conocer de las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y otras cuestiones en la materia”, *Aranzadi Social*, n. 16, 2011, BIB 2011/605.
- Mellado A., “Responsabilidad civil por accidente de trabajo: estado actual de la cuestión”, en Romero Ródenas, M. J. (Coord.), *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- Moliner Tamborero, G., “Responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo. Culpa y valoración del daño. Doctrina jurisprudencial”, en Sala Franco, T., (Coord.), *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

- Molins García-Atance, J., “La elección del orden jurisdiccional en las acciones indemnizatorias derivadas de accidentes laborales”, *Práctica de Derecho de Daños nº 86*, La Ley 13031.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F., “La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro”, *Diario La Ley nº 6895*, 2008 ref. D-65.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente”, *Relaciones Laborales*, 2007-II.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador”, *Relaciones Laborales*, 2008-I.
- Segalés Fidalgo, J., “El juicio oral”, en Blasco Pellicer, A. (Dir.) y Alegre Nueno, M. (Coord.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch tratados, Tomo I, Valencia, 2013.
- AA.VV., Hacia una Ley Integral en materia de accidentes de trabajo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII, 2005.

La representatividad del sindicato minoritario

Juan RASO DELGUE*

RESUMEN: El autor nos lleva de la mano para razonar respecto a la representatividad sindical, la libertad sindical y demás derechos de los que es partícipe el sindicato unitario, así como los mecanismos de los que debe allegarse para ser portavoz de sus agremiados, quienes son los actores que le dan razón de ser, todo ello con un fundamento en la normatividad internacional y la propia armonización de la legislación nacional uruguaya ante estos actores sociales en el mundo colectivo del trabajo.

A través de la lectura del presente artículo se busca hacer un estudio respecto a la pluralidad sindical y la unicidad, temas poco tratados en la doctrina, pero que han abarcado gran parte las actividades colectivas en el mercado de trabajo en los últimos tiempos.

Palabras clave: Sindicato, representatividad, afiliados/agremiados, legitimidad, unicidad sindical, pluralidad sindical.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La legitimidad del sindicato minoritario. 3. Unicidad y pluralidad sindical. 4. Los derechos del sindicato minoritario. 5. La pluralidad sindical en la Ley 18.566. 6. Representación plural: convivencia de las normas de la Ley n. 18.566 y del Convenio Internacional del Trabajo n. 135. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Relaciones Laborales de la Universidad de la República – Montevideo, Uruguay.

1. Introducción

A partir del año 2005 con la convocatoria de los Consejos de Salarios y la aprobación de las leyes de promoción/protección de la actividad sindical, se multiplicaron las organizaciones sindicales y aumentaron exponencialmente las afiliaciones a las mismas. Aunque no hay datos precisos, es posible afirmar que se pasó de 120.000 afiliados en el 2004 a un colectivo que hoy supera los 400.000 afiliados.

Como nos gusta afirmar, “se re-oxigenó el sistema de relaciones laborales”, pero es evidente que un desarrollo tan importante ha planteado nuevos problemas que pueden analizarse desde diversas perspectiva. En este breve trabajo queremos referirnos a una cuestión muy puntual y casi excepcional en el pasado (en ese pasado que comienza en 1964 con la conformación de la Convención Nacional de Trabajadores): la aparición de nuevas unidades gremiales en la actividad pública y privada, que no logran alcanzar la condición de “más representativas”, pero que sin embargo rompen esa tradicional idea de unidad sindical. Ello no debe escandalizar y menos debe ser interpretado como un hecho patológico o una señal de crisis: la existencia de diversos sindicatos es la regla en los sistemas de pluralidad sindical y son expresión de democracia sindical, y no de crisis. Los ejemplos europeos nos sirven de referencia sobre este punto.

La existencia de dos sindicatos lleva implícito el problema de la representatividad: ¿quién representa el colectivo de trabajadores, cuando los sindicatos son más de uno? ¿Debe cada sindicato negociar separadamente por sus afiliados o uno de ellos es el que negocia por todos? La cuestión está vinculada al concepto de “organización más representativa” ampliamente decantado en la historia del derecho del trabajo y de las relaciones laborales a partir del caso *Serrarens* sobre la representatividad de las organizaciones sindicales de Holanda, dictaminado por la Corte Suprema de Justicia Internacional a comienzo de la década de los ‘20.

El modelo tradicional de “unidad sindical en un espacio de pluralidad sindical” ha determinado que no existen muchos estudios que profundicen en nuestro país el relacionamiento entre sindicato más representativo, sindicato minoritario y empleador. Es más, en nuestra opinión el sindicato minoritario en el marco de una “cultura sindical unitaria” es considerado disfuncional, visto con desconfianza y recelo y, muchas veces, marginado por el sindicato más representativo. Es hasta posible que las estrategias sindicales de la organización más representativa apunten a establecer “alianzas” transitorias con su empleador para

desactivar al sindicato minoritario. Desde esta visión, somos conscientes que el hecho de plantear la pregunta que hoy hacemos – ¿cuál es la representatividad del sindicato minoritario? – puede volvernos objeto de esa misma desconfianza. Éste no es un “tema cómodo” para quien lo exponga.

De todos modos nos vamos a referir a esta cuestión con el mismo interés que hemos volcado en nuestros estudios sobre la libertad sindical en general y consideramos que la existencia de un régimen de pluralidad sindical – como la democracia – se reafirma (y no se cuestiona o entra en crisis) cuando se comprueba la presencia de nuevos actores, tendencias diversas y espacios de debate originales, que el intérprete debe investigar, para promover la discusión.

2. La legitimidad del sindicato minoritario

Si bien nadie en el derecho comparado duda sobre la legitimidad del sindicato minoritario, es necesario abrir en nuestro país una discusión sobre la representatividad que puede tener el mismo. En otras palabras – y como nos gusta decir cuando planteamos cuestiones de derecho del trabajo – el sindicato minoritario ¿es un “saludo a la bandera”? o ¿es una organización sindical con los amplios derechos que a toda organización otorga la libertad sindical? Y de admitirse que el sindicato minoritario es titular de los derechos que conforman la libertad sindical, ¿cuáles son las diferencias y o los límites con relación a la organización más representativa?

3. Unicidad y pluralidad sindical

Los modelos de relaciones laborales – con referencia al actor trabajador – se dividen en dos categorías básicas: modelos de unicidad sindical y modelos de pluralidad sindical. En los sistemas de unicidad sindical (los casos más notorios son Argentina y Estados Unidos) solo es posible la presencia de un sindicato, que representa a todos los trabajadores (afiliados o no). En estos casos la unidad no está dada por la voluntad de los propios trabajadores, sino que es impuesta por mandato legal: el sindicato con mayor número de afiliados es el único sindicato legitimado al ejercicio de los derechos sindicales.

Los sistemas de pluralidad sindical implican la convivencia de diversos sindicatos y la actuación de los mismos se define a través de reglas, de las

cuales la más importante, – pero no la única – es la de la “organización más representativa”. La peculiaridad de nuestro país – como adelantamos – es que en un sistema de pluralidad sindical, ha actuado desde hace cinco décadas una única organización sindical, denominada a nivel de cúpula PIT/CNT. Esto obliga a expresar algunas ideas, para no caer en confusiones o en conclusiones erróneas, que podrían proyectar nuestro país hacia un régimen de unicidad sindical.

La idea que nuestro sistema responde a un modelo de pluralidad sindical tiene amplio sustento en las normas y la doctrina más recibida.

En primer lugar, debe recordarse que el art. 57 de la Constitución, al afirmar que la huelga es un derecho “gremial”, adhiere a un concepto amplio de organización de trabajadores, donde cualquier grupo – aún sin especiales estructuras formales – accede por mandato constitucional al ejercicio de los derechos sindicales.

Otro aspecto que identifica nuestro sistema de relaciones laborales es el compromiso asumido desde siempre por los actores sociales de respetar la Constitución de la OIT, sus Declaraciones, los Convenios ratificados (entre los cuales el 87 y el 98 desde antigua data) y la opinión del Comité de Libertad Sindical, recogida en numerosos fallos jurisprudenciales.

Otro elemento que importa destacar es que la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo n. 87 (Ley n. 12.030 de 27.11.1953), ha reafirmado el valor de la pluralidad sindical en el sistema colectivo, ya promovida por el art. 57 de la Constitución. La opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical es que la idea de “pluralismo sindical” reposa en “el art. 2 del Convenio n. 87, que garantiza a los trabajadores el derecho de constituir sin autorización previa las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas”. En tal sentido el Comité ha indicado dos claras reglas que marcan el modelo de pluralidad sindical estatuido por el Convenio n. 87:

a) “Las disposiciones que exigen un solo sindicato por empresa, oficio o profesión, son incompatibles con el artículo 2 del Convenio”⁶⁸.

b) “La existencia de una organización sindical en un sector determinado no debería constituir un obstáculo para la constitución de otra organización si los trabajadores así lo desean”⁶⁹.

Ermida Uriarte, uno de los mayores expertos latinoamericanos en materia de derecho colectivo del trabajo, confirma lo expresado al indicar que “la pluralidad sindical es esencial a las relaciones entre sindicatos

⁶⁸ Véase Recopilación de 1996, párrafos 282, 222 y 592 y Recopilación de 2006, Quinta Edición revisada, párrafo 316 y 317.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafos 276 y 691; *Ibidem*, párrafo 313.

concurrentes, en cuanto asegura la posibilidad de que se constituyan varios sindicatos si así lo deciden los interesados, evitando la unicidad sindical, entendida como unidad impuesta desde afuera del movimiento sindical”⁷⁰.

Por otra parte el criterio de la libertad sindical es reafirmado por la Ley n. 18.566 de 11.09.2009 cuando indica en su art. 14 que “Son sujetos legitimados para negociar y celebrar convenios colectivos un empleador, un grupo de empleadores, una organización o varias organizaciones representativas de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones representativas de los trabajadores, por otra”. Es decir, que la norma indica claramente que pueden negociar y celebrar convenios colectivos una o varias organizaciones representativas de los trabajadores. Rosenbaum expresa en tal sentido que “la ley reconoce como principio la pluralidad sindical, al enunciar que la concertación del convenio puede ser efectuada por una o varias organizaciones representativas de los trabajadores involucrados. En síntesis: varios sindicatos, pero procurándose la celebración de un único convenio colectivo (porque se supone que medió acuerdo de aquellos sujetos colectivos para negociar conjuntamente)”⁷¹.

La idea del pluralismo sindical reposa en una profunda concepción democrática, la misma que otorga legitimidad a una pluralidad de partidos políticos. El pluralismo sindical significa en definitiva el derecho del trabajador a afiliarse o no a un sindicato, a reconocerse en la representatividad de una organización o preferir constituir con otros trabajadores otra organización. Como ha expresado la doctrina italiana, el pluralismo sindical acepta como una práctica elemental el derecho a discrepar, al menos en aquellos sistemas de valores constitucionales que se fundan en la idea de un sindicalismo voluntarístico y que garantizan la posibilidad del pluralismo organizativo.⁷² Ello es así – expresa Giugni – porque “el interés de la libre elección de los trabajadores se considera preferente respecto del interés del fortalecimiento de la organización gremial”⁷³.

⁷⁰ Uriarte, E., *Sindicatos en Libertad Sindical*, 2a edición, Montevideo 1988, p. 59.

⁷¹ Rosenbaum Rimolo, J., “Los sujetos y su estructuración según los niveles de desenvolvimiento de la negociación colectiva - un estudio comparado sobre la realidad americana”, *Revista Relaciones Laborales*, n. 17, agosto de 2008, pp. 72 y 73.

⁷² Carinci, F., De Luca, R., Tosi P. y Treu T., *Diritto del Lavoro*, Tomo 1, Turín, Ed. 2, 1987, p. 78. Cfr. Rosenbaum Rimolo, J., “Conflicto Colectivo y Ocupación de los lugares de trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, n. 21, abril de 2010.

⁷³ Giugni, G., *Derecho Sindical*, Ed. Del IELSS, Madrid, 1983, p. 76. Cfr. Rosenbaum Rimolo, *Idem*.

El prestigioso laboralista peruano Alfredo Villavicencio, expresa que la configuración de un modelo democrático de relaciones laborales trae consigo que los sujetos colectivos deben tener un papel protagónico, que tiene resonancias claras en la configuración democrática-pluralista de la sociedad; puesto que así como los partidos políticos son la expresión de la democracia política, las organizaciones sociales lo son del pluralismo social, lo que les permitirá hacer llegar sus demandas y velar por los intereses de los colectivos que representan incluso en la esfera política, como sucede en los procesos de concertación social general o sectorial o de la participación institucional de estos sujetos en instancias de gobierno vinculadas a la temática laboral⁷⁴.

4. Los derechos del sindicato minoritario

La afirmación que el sistema uruguayo se afilia al modelo de pluralidad sindical, reenvía al planteo central de este breve trabajo: ¿Cuál es el grado de representatividad, cuáles los derechos sindicales de la organización sindical minoritaria, en caso de existir dos o más sindicatos en una misma empresa o sector de actividad?

A estas preguntas contesta el Comité de Libertad Sindical, cuando opina sobre la diferencia entre la organización más representativa y las minoritarias. El Comité afirma que “es necesario que una distinción de este género (entre organización más representativa y organización minoritaria) no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas – carácter que se deriva de un número más elevado de afiliados – privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. En otras palabras, tal distinción no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio n. 87”⁷⁵.

A la luz de las expresiones del Comité de Libertad Sindical, los privilegios de la organización más representativa son tres:

⁷⁴ Villavicencio, A., *La Libertad Sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*, Lima, abril de 2010.

⁷⁵ Comité de Libertad Sindical, *óp. cit.*, 2006, párrafo 346.

- a) suscribir los convenios colectivos con carácter *erga omnes*;
- b) poder ser órganos de consulta del gobierno;
- c) integrar delegaciones ante organismos internacionales.

Por exclusión, esto significa que toda organización sindical (independientemente de su grado de representatividad) tiene derecho – según la normativa de la OIT, nuestra Constitución y las reglas vigentes en materia de negociación colectiva en nuestro país – a ser reconocida en el ejercicio de los siguientes derechos:

- Derecho al ejercicio de toda actividad sindical;
- Derecho a organizar su sindicato;
- Derecho a elegir sus autoridades según los criterios que considerará más oportunos;
- Derecho a la comunicación y discusión con el empleador y/o el Estado;
- Derecho a representar a sus afiliados ante la dirección de la empresa o de la organización de empleadores o ante el Estado;
- Derecho de huelga;
- Derecho de reivindicación;
- Derecho al fuero sindical (art. 1, 2 y 3 de la Ley 17.940);
- Derecho a no ser objeto de prácticas desleales y actos de injerencia;
- Derecho a la retención de la cuota sindical de sus afiliados (art. 6, Ley 17.940);
- Facilidades para el ejercicio de la actividad sindical (art. 8, Ley 17.940)
- Licencia sindical (art. 4, Ley 17.940);
- Derecho de información;
- Derecho a tener facilidades para el ejercicio de la libertad sindical.

Concluimos que la organización minoritaria, aunque pueda quedar excluida de algunos derechos por no ser la más representativa, siempre es titular – con relación al empleador y al Estado – de una vasta gama de derechos colectivos que incluyen el derecho a recibir información, participar en las negociaciones para plantear sus reivindicaciones, no ser discriminada. La posibilidad que el sindicato más representativo tiene de firmar convenios colectivos *erga omnes*, no vacía a los demás sindicatos del derecho a mantener un activo diálogo con sus interlocutores. Debe considerarse en tal sentido un acto de violación de la libertad sindical si el empleador o el Estado rechazan sistemáticamente mantener una comunicación fluida con el sindicato minoritario, bajo pretexto que no es el más representativo. Recordamos nuevamente un pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical de la OIT, que expresa: “Las organizaciones sindicales minoritarias, a las cuales se niegan los derechos de negociación colectiva, deben poder desempeñarse y tener por lo menos el derecho de hacerse portavoces de sus miembros y de representarlos en caso de

reclamación individual”⁷⁶.

También debe señalarse que puede ser una grave forma de discriminación sindical y por lo tanto de violación de la libertad sindical, el hecho que el empleador – a partir del concepto de sindicato más representativo – manifieste un favoritismo hacia el sindicato mayoritario, discriminando al sindicato minoritario. En tal sentido el Comité de Libertad Sindical ha puesto de relieve “la importancia que atribuye a la resolución de 1952 relativa a la independencia del movimiento sindical, y exhortó al gobierno a que se abstenga de manifestar favoritismo hacia determinados sindicatos o discriminación en contra de otros y a que adopte una actitud neutral en sus relaciones con todas las organizaciones de trabajadores y de empleadores a fin de que todas ellas se hallen en un pie de igualdad”⁷⁷.

Finalmente nos permitidos recordar la Declaración de la Conferencia General de la OIT de 1998 la Conferencia Internacional del Trabajo, en la cual la Organización reafirmó su adhesión a los ideales fundacionales de la OIT y manifestó que los Estados Miembros deben asumir el compromiso de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, los principios y derechos relativos en especial a “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”. Con ese mismo criterio la Memoria Anual de 1999 contiene la denominada “Declaración sobre Trabajo Decente” que precisamente entre los requisitos de un modelo social con trabajo decente incluye la promoción del diálogo social y la creación de un ambiente acogedor, en el cual se solicite y aprecie la aportación de los empleadores, de los trabajadores y de otras categorías sociales. Para ello es indispensable respetar los principios de libertad sindical y de asociación, con relación a todas las organizaciones sindicales, independientemente de sus dimensiones y/o representatividad.

5. La pluralidad sindical en la Ley 18.566

El criterio de la libertad sindical en régimen de pluralidad sindical es reafirmado por la Ley n. 18.566 de 11.09.2009 cuando indica en su art. 14 que “Son sujetos legitimados para negociar y celebrar convenios colectivos un empleador, un grupo de empleadores, una organización o varias organizaciones representativas de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones representativas de los trabajadores, por otra”. Es

⁷⁶ Comité de Libertad Sindical, *óp. cit.*, 2006, párrafo 359.

⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 341.

decir que la norma indica claramente que pueden negociar y celebrar convenios colectivos una o varias organizaciones representativas de los trabajadores.

La ley se refiere solo en dos oportunidades a la organización más representativa. En el primer caso lo hace, cuando regula conformación del Consejo Superior Tripartito (art. 6). Allí se indica que el Poder Ejecutivo designará los delegados de los trabajadores y empleadores “en consulta con las organizaciones más representativas de los respectivos grupos de actividad”. Se aclara también en el art. 8 que los delegados en el CST tienen que pertenecer a las organizaciones más representativas. El segundo caso está indicado en el citado art. 14, en el que luego de reafirmar el carácter pluralista de la negociación, se indica que “cuando exista más de una organización que se atribuya la legitimidad para negociar y no medie acuerdo entre ellas, la legitimación para negociar se reconoce a la organización más representativa, en atención a los criterios de antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados de la organización. En la negociación colectiva de empresa, cuando no exista organización de los trabajadores, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior”.

Debe por lo tanto concluirse que la Ley n. 18.566 adhiere al principio de la pluralidad sindical como regla, de la que se aparta solo en el caso de la integración del CST y de la negociación de un convenio colectivo, únicos casos en que se aplicará el criterio de la organización más representativa.

6. Representación plural: convivencia de las normas de la Ley n. 18.566 y del Convenio Internacional del Trabajo n. 135

Nos interesa además destacar el cambio cualitativo producido en el sistema de relaciones laborales nacional a partir de la aprobación casi simultánea de dos leyes que refieren a la negociación colectiva en el ámbito de la empresa. Nos referimos a la Ley n. 18.566 de 11.09.2009 y a la Ley n. 18.608 de 2.10.2009 que ratifica el Convenio Internacional del Trabajo n. 135.

El Convenio, aprobado por la Conferencia General de la OIT en el año 1971, tiene por finalidad complementar los Convenios n. 87 y 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. La principal finalidad del Convenio n. 135 es la de proteger a los representantes de los trabajadores a nivel de la empresa. Su art. 1 expresa: “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz

contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical”. A su vez el art. 2 agrega: “Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones”.

El Convenio es preciso al indicar quienes deben ser considerados “representantes de los trabajadores” a nivel de la empresa. En efecto, el art. 3 indica: “la expresión *representantes de los trabajadores* comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate: a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”.

Es decir que, el Convenio se inscribe en la línea de reconocer una libertad sindical amplia y plural, en la que pueden convivir a nivel de la empresa sindicatos formalmente constituidos y “representantes electos” libremente por los trabajadores. Y en su art. 5 precisa el deber del Estado de “fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes”.

Podría suponerse que existe una discordancia entre las previsiones del Convenio y el art. 14 *in fine* de la Ley n. 18.566. Esta última norma indica que “en la negociación colectiva de empresa, cuando no exista organización de los trabajadores, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior”. La norma internacional expresa por su parte que no es incompatible la existencia de representantes de empresa electos libre y directamente por los trabajadores (art. 3) con representantes de las organizaciones sindicales, debiéndose fomentar la colaboración entre los mismos (art. 5).

Solo es posible superar esa discrepancia a través de una de estas dos opciones:

a) Considerar que el Convenio Internacional del Trabajo n. 135 ha derogado el art. 14 *in fine* de la Ley n. 18.566. Esta conclusión se fundamentaría en el hecho que la ratificación del Convenio 135 es posterior en el tiempo a la Ley 18.566 y por lo tanto la ley posterior deroga la anterior. También debe reconocerse que un Convenio ratificado tiene una jerarquía que muchos autores consideran aún superior a la ley nacional y ello sería un segundo argumento para afirmar la derogación del

art. 14 *in fine* de la Ley 18.566.

b) Considerar que el Convenio ha venido a complementar y no a derogar la Ley 18.566. En efecto, no existen indicadores parlamentarios que permitan argumentar que el legislador quiso a través de la ratificación del Convenio Internacional n. 135 derogar la norma de la Ley 18.566. Las dos normas – la del Convenio y la de la Ley – leídas atentamente no son por otra parte incompatibles entre sí y simplemente expresan la realidad de aquellas empresa en que conviven sindicatos formales y coaliciones de trabajadores que eligen a sus representados.

Consideramos que esta segunda argumentación es la que corresponde aplicar y que por lo tanto las normas de la Ley 18.566 conviven con aquellas del Convenio 135. A ello contribuye la amplitud y el pluralismo del modelo sindical uruguayo ya reseñado en los puntos anteriores, que permite la convivencia en un mismo espacio laboral de diferentes “gremios”, y por lo tanto – precisamente en virtud de la ya expresada amplitud del término “gremio” – la convivencia de sindicatos, grupos, coaliciones, etc. Por lo tanto entendemos que el art, 14 *in fine* de la Ley n. 18.566 debe armonizarse con los arts. 3 y 5 del Convenio Internacional del Trabajo n. 135, por lo que en las negociaciones de empresa, cuando no existe organización de trabajadores, pero hay representantes electos de la misma, estos tendrán derecho a participar en las negociaciones promovidas por la organización más representativa de nivel superior.

7. Conclusiones

De lo expuesto, queremos destacar a modo de conclusión los siguientes conceptos:

1. El sistema de relaciones laborales de nuestro país adhiere al modelo de pluralidad sindical, que implica la convivencia de diversos sindicatos, con diverso grado de representatividad. Esta afirmación encuentra su confirmación en la propia Constitución que reconoce los derechos sindicales aún a los “gremios” no organizados.
2. La adhesión al modelo plural encuentra un segundo fundamento en la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo n. 87 (Ley n. 12.030 de 27.11.1953), que reafirma el valor de la pluralidad sindical en el sistema colectivo. La opinión de la doctrina más prestigiosa y la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical consideran que las normas que imponen un solo sindicato por empresa, oficio o profesión, son incompatibles con el artículo 2 del Convenio.
3. La posibilidad que coexistan en una misma realidad laboral más de un

sindicato no debe interpretarse como un hecho patológico o una señal de crisis: la existencia de diversos sindicatos es la regla en los sistemas de pluralidad sindical y son expresión de democracia sindical, y no de crisis.

4. La existencia de dos o más sindicatos lleva implícito el problema de la representatividad y plantea la cuestión de quien representa al colectivo de trabajadores y cuáles son los derechos de las organizaciones minoritarias en un sistema genuino de libertad sindical.

5. Compartiendo los criterios del Comité de Libertad Sindical, los privilegios de la organización sindical más representativa son tres: a) suscribir los convenios colectivos con carácter *erga omnes*; b) poder ser órganos de consulta del gobierno; c) integrar delegaciones ante organismos internacionales. El sindicato minoritario conservará todos los demás derechos que conforman la libertad sindical y que hemos individualizado en este trabajo.

6. Reconocer y respetar la autonomía de los sindicatos minoritarios significa *respetar, promover y hacer realidad*, de buena fe, los principios y derechos relativos en especial a “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” (Declaración de la Conferencia General de la OIT de 1998). En un sistema democrático y plural de libertad sindical el respeto al sindicato minoritario tiene como natural consecuencia la valoración de la noción de “trabajo decente” y al mismo tiempo refuerza el rol de las organizaciones más representativas en un sistema democrático.

8. Bibliografía

Plá Rodríguez, A., *Curso de Derecho Laboral*, T. 1, Vol. 2, Ed. Acali, Montevideo, 1979, p. 45.

Rosenbaum Rimolo, J., “Los sujetos y su estructuración según los niveles de desenvolvimiento de la negociación colectiva - un estudio comparado sobre la realidad americana”, *Revista Relaciones Laborales*, n. 17, agosto de 2008, pp. 72 y 73.

Rosenbaum Rimolo, J., “Conflicto Colectivo y Ocupación de los lugares de trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, n. 21, abril de 2010.

Villavicencio A., *La Libertad Sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*, Lima, abril de 2010.

Uriarte, E., *Sindicatos en Libertad Sindical*, 2a edición, Montevideo, 1988, p. 59.

El Derecho Administrativo, bajo la perspectiva del Derecho del Trabajo y la Seguridad y Salud Laboral, como Derechos Humanos Fundamentales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Christian Thomson VIVAS GARCÍA*

RESUMEN: El siguiente papel de trabajo, describe una realidad judicial que atenta contra el Derecho Humano a la Salud y al Trabajo, en específico, al derecho a los trabajadores y trabajadoras de ser garantizados con condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados en cada uno de las entidades de trabajo donde labora, producto de una arraigada costumbre del derecho público y administrativista, con sesgo procedimental, alejada del respeto de las normas fundamentales, por parte de quien tiene el deber de impartir justicia. De tal suerte, que en materia de salud y seguridad en el trabajo, se ha generado un temor latente para los trabajadores y trabajadoras que han sido certificados con enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo, que ven como sus certificaciones médicas que califican el origen ocupacional de sus padecimientos, son borrados de un plumazo, como si sus padecimientos desaparecieran también, bajo argumentos positivistas que centran su debate en aspectos del derecho administrativo, obviando el ámbito de protección del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. En ese sentido, el análisis jurisprudencial y de los textos legales que tratan la materia, permitirán contribuir en la mejor defensa de los derechos humanos laborales.

Palabras clave: Salud y seguridad laboral, Derechos Humanos Laborales, Derecho Contencioso Administrativo Laboral.

SUMARIO: 1. El Derecho Administrativo, bajo la perspectiva del Derecho del Trabajo y la Seguridad y Salud Laboral, como Derechos Humanos Fundamentales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 2. Aproximación procesal al tema. 3. El nuevo contencioso administrativo laboral 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Abogado Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Docente de la Escuela de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela. Siempre Pro Operario. Correo electrónico: vivas.christian@gmail.com

1. El Derecho Administrativo, bajo la perspectiva del Derecho del Trabajo y la Seguridad y Salud Laboral, como Derechos Humanos Fundamentales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Los derechos humanos laborales y de seguridad social, se encuentran incardinados en los artículos 87 al 97 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, muy especialmente la mención expresa que hizo el Constituyente en cuanto a la obligación de todo patrono o patrona a garantizar a sus trabajadores y trabajadoras las condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados, así como al Estado a adoptar medidas y crear instituciones que permitan su control y promoción de las mencionadas condiciones de trabajo, otorgándole importancia de carácter constitucional, que otros textos fundamentales no le habían dado a la vida, salud y seguridad de los trabajadores y trabajadoras, en el marco de sus relaciones con el patrono o patrona. De allí que es innegable afirmar que al referirnos al tema de la salud y seguridad en el trabajo, a lo largo del presente escrito, estaremos contribuyendo a la protección de derechos humanos fundamentales.

2. Aproximación procesal al tema

Para hablar del Derecho Contencioso Administrativo Laboral, es preciso aclarar que eran los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo quienes conocían las acciones de nulidad de las decisiones administrativas de los entes que conforman la Administración del Trabajo, todo ello bajo la llamada premisa que es la naturaleza del órgano del cual emana el acto administrativo, y no la naturaleza jurídica de la relación, la que confiere la competencia. Así las cosas, los juicios contenciosos administrativos se guiaban bajo parámetros obviamente de derecho administrativo en estricto sentido, a veces adjetivo menos que sustantivo, sin realizar siquiera miramientos a la relación laboral que se encontraban en juego, o las consecuencias de su reconocimiento y su protección constitucional.

Hoy día, la jurisdicción con competencia en lo laboral, conocerá de los recursos de nulidad contra las decisiones administrativas que amparen a trabajadores y trabajadoras con ocasión a la inamovilidad laboral o las demandas de nulidad contra las decisiones administrativas emitidas por el

Instituto de Prevención, Salud y Seguridad Laborales¹ (INPSASEL).

En suma, serán los jueces laborales quienes se encargarán de ejercer el control jurisdiccional de los actos administrativos en cuanto a su constitucionalidad y legalidad. Con la participación en el contradictorio tanto del ente que emite la decisión administrativa, como del recurrente o quejoso y del tercero interesado o beneficiario del acto, con la particular característica de la existencia o presunción de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras².

Sin embargo, no fue un camino fácil para hacer entender que el derecho del trabajo deberá ser regulado a nivel jurisdiccional por sus jueces naturales, tal como lo describe la garantía constitucional de la *perpetuatio jurisdictionis*, o la especialidad de la materia a la que infieren los artículos 87 y 89 de la Constitución. De allí la necesidad de citar la doctrina judicial en cuanto al control jurisdiccional de las decisiones administrativas de las Inspectorías del Trabajo y del INPSASEL, las cuales definieron el ámbito de competencia de los juzgados en materia del trabajo.

En el caso especial de las decisiones administrativas dictadas con ocasión de la protección constitucional a la estabilidad laboral, encontramos que a través de la sentencia número 925, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³, de fecha 23 de septiembre de 2010, (caso: Bernardo Jesús Santeliz Torres y otros) se estableció que la competencia para conocer de los recursos contenciosos administrativos donde se pretenda la nulidad de las providencias administrativas dictadas por la Inspectoría del Trabajo (Derecho al Trabajo y a la Estabilidad en el Trabajo), debe atribuírsele como una excepción a la norma general contenida en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los Tribunales del Trabajo, la cual dispuso:

“(…) Ese deber del Estado se ha traducido en la creación de una jurisdicción especial – la laboral –, que conoce las normas sustantivas dictadas en la materia y los procedimientos especialmente creados para resolver las controversias surgidas con ocasión de relaciones laborales.

De lo anterior se colige que aun cuando las Inspectorías del Trabajo sean órganos administrativos dependientes – aunque desconcentrados – de la

¹ El Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, es un organismo autónomo adscrito al Ministerio del Trabajo, creado según lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, promulgada en el año 1986. <http://www.inpsasel.gob.ve/>

² Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinaria n. 6.076, del 07 de mayo de 2012.

³ <http://www.tsj.gov.ve>

Administración Pública Nacional, sus decisiones se producen en el contexto de una relación laboral, regida por la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual debe atenderse al contenido de la relación, más que a la naturaleza del órgano que la dicta, para determinar que el juez natural en este caso no es el contencioso administrativo, sino el laboral. Una relación jurídica denominada relación de trabajo, expresada y manifestada por la fuerza de trabajo desplegada por los trabajadores, que exige un juez natural y especial, para proteger la propia persona de los trabajadores. En fin, la parte humana y social de la relación.

En efecto, los órganos jurisdiccionales especializados en los conceptos debatidos en las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo (derecho al trabajo y a la estabilidad en el trabajo), sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado – el patrono o el trabajador – para su ejecución o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos; son los tribunales del trabajo. Así se declara”.

En lo relacionado a las decisiones administrativas dictadas con ocasión de la protección constitucional a la salud y seguridad en el trabajo, encontramos que a través de la sentencia número 27, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de mayo de 2011, (caso: Agropecuaria Cubacana C.A, publicado en la página del TSJ en fecha 27 de julio de 2011), se estableció la competencia de los juzgados superiores del trabajo, habida cuenta de la inexistencia de la jurisdicción especial en esta materia.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la demanda fue propuesta contra el acto administrativo emanado del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), dictado con ocasión del procedimiento administrativo instruido contra la empresa Agropecuaria Cubacana C.A., que determinó la imposición de una sanción pecuniaria por el accidente laboral sufrido por el ciudadano José Rafael Castrillo, como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo, supuesto de hecho previsto en el artículo 129 la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Al respecto, se advierte que el referido dispositivo legal prevé, expresamente, que las acciones derivadas “(...) de lo regulado por este

artículo conocerán los tribunales de la jurisdicción especial del trabajo, con excepción de las responsabilidades penales a que hubiera lugar. (...) En este mismo orden de ideas, debe acotarse que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no incluyó dentro de los asuntos que deben conocer los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, las acciones de nulidad contra los actos administrativos emanados del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) o de los órganos adscritos al mismo, con ocasión de la aplicación de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

No hay duda pues de que la voluntad del legislador, en absoluta concordancia con las disposiciones constitucionales sobre la protección del hecho social trabajo y el entramado de relaciones jurídicas que del mismo deriva, tal como el régimen de seguridad y salud en el trabajo y las condiciones idóneas para el desempeño del mismo en protección de las condiciones físicas y mentales del trabajador, atribuyen – de forma expresa y exclusiva – a los órganos que integran la jurisdicción laboral, la competencia relativa al conocimiento de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), pues lo relevante para determinar cuál es el juez natural que ha de conocer este tipo de pretensiones no es la naturaleza del órgano del cual emana sino la naturaleza jurídica de la relación.

Así las cosas, atendiendo la reciente doctrina vinculante emanada de la Sala Constitucional, en la que destaca la importancia de que la jurisdicción laboral conozca de las controversias que se deriven del hecho social trabajo y el entramado de relaciones jurídicas que del mismo derivan, por la relevancia que tiene en el Estado Social de Derecho y de Justicia, así como la propia Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo que establece los criterios atributivos de competencia en esta materia, debe determinarse que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir situaciones como la de autos, son los de la jurisdicción laboral. Así se decide”.

Con lo anterior, se pretende dar un pequeño bosquejo de la actuación procesal en esta materia y que coadyuvaran a entender lo que de seguidas se busca analizar.

3. El nuevo contencioso administrativo laboral

En el nuevo Derecho Contencioso Administrativo Laboral en Venezuela,

los administradores de Justicia de la jurisdicción especial del Trabajo, deberán sujetar su actuación durante el proceso, bajo los principios señalados no sólo en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁴, sino además de lo contemplado en los artículos 23 y 24 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual se intitula como la “Correcta aplicación de esta ley”, y ordena que dicha aplicación, “tiene como esencia la concepción constitucional sobre el trabajo como proceso social fundamental para alcanzar los fines esenciales del Estado”, esto implica para el juez o jueza, que la concepción tradicional que regula el Derecho Contencioso Administrativo, deberá armonizarse con la función del estado tutelar del hecho social trabajo, en los términos señalados en los artículos 87, 88 y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto las manifestaciones de voluntad de la administración del trabajo, se encuentran sujetas a un marco referencial de tipo constitucional en protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, y bajo las premisas contempladas en la legislación laboral, inclusive la derogada.

Para tal labor, se constituye el proceso, como instrumento para impartir justicia, fundamentada en la uniformidad, brevedad, gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad, rectoría del juez en el proceso, sencillez, eficacia, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, atendiendo el debido proceso, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Es pertinente así, analizar la evolución que ha surgido desde el punto de vista jurisprudencial la noción de orden público en materia del trabajo, la cual busca orientar la protección constitucional de los derechos humanos a la salud y seguridad en el trabajo, en razón a ello, es oportuno traer a colación lo dispuesto en sentencia número 2762, de fecha 20 de noviembre de 2001, emitida por la Sala Político Administrativa, en el expediente 16.491, la cual recordó en su momento a los administradores de justicia, el carácter tuitivo de las mismas, no sólo por disponerlo así la normas de rango legal, sino por el alto interés desde el punto de vista constitucional, de su protección:

“(…) Dicho lo anterior, debe observarse, que las disposiciones laborales se encuentran enmarcadas dentro de los derechos de rango social y, por ende, corresponde al Estado – en sentido amplio – velar por su cumplimiento, instaurando el sano equilibrio entre partes manifiestamente

⁴ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n. 39.451, del 22 de junio de 2010.

desiguales (patrono-operario), lo que les arroga el carácter de orden público, comportando la irrenunciabilidad de los beneficios que las mismas otorgan al operario, y concibiéndose a la relación laboral, como un auténtico hecho social, objeto de una indiscutible protección o tutoría”.

Si bien el texto constitucional y la legislación laboral venezolana, ya entendía dicho carácter, así como los operadores de justicia, tanto judiciales como administrativos, en materia del trabajo, no es menos cierto, que en el campo del derecho administrativo, los jueces que regulan dicha materia, no les resulta o resultaba cómodo aceptar la teoría de ajeneidad de los riesgos, el riesgo objetivo del patrono o patrona, el principio de irrenunciabilidad, de la primacía de la realidad y demás principios que inspiran los derechos humanos laborales, aplicados en sede administrativa por mandamiento de la norma, los cuales nutren los procesos de formación de la voluntad de la administración pública en materia del trabajo, elementos estos que han sido los focos de atención entre los *ius administrativistas* y los *ius laboralista*s.

De allí que resulta idóneos traer a colación, la formación de la noción de orden público, bajo la perspectiva de la Sala de Casación Social, la cual se podría aseverar sin temor a miramientos, que fue la sentencia que inspiró los postulados dispuestos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁵, así como en la reforma de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo⁶.

“(…) Al considerar que para la procedencia del daño moral reclamado era menester la demostración del hecho ilícito por parte del patrono, el *ad-quem* consideró criterios pertenecientes al ámbito del Derecho Civil cuya aplicación se justificaba cuando la prestación del trabajo remunerado estaba regulada bajo la forma del contrato de arrendamiento de servicios y la responsabilidad del arrendatario del servicio estaba sometida a las reglas de la culpa *aquiliana*.

Al adquirir el Derecho del Trabajo su autonomía y diferenciarse del Derecho Civil, estos criterios de raigambre netamente civilista fueron superados tanto en la doctrina laboral, donde frente a la responsabilidad prevista en el artículo 1.185 del Código Civil (responsabilidad subjetiva) se le opone la responsabilidad objetiva del guardián de la cosa, prevista en el artículo 1.193 *eiusdem*, como en las normas que conforman nuestra

⁵ Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n. 37.504, del 13 de agosto de 2002.

⁶ Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n. 38.236, del 26 de julio de 2005.

legislación del trabajo, ejemplo de ello es el propio contenido del artículo 140 de la Ley del Trabajo vigente para la fecha en que ocurrió el accidente, cuyo texto es similar al del artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo, que recoge la teoría de la responsabilidad objetiva, según la cual el patrono siempre responde independientemente de su culpa o dolo.

Ahora bien, estos principios y normas del Derecho del Trabajo, disciplina autónoma e independiente del Derecho Civil, están inspirados en la justicia social y la equidad, así vemos como en el artículo 1º de la Ley Orgánica del Trabajo se enuncia el trabajo como un hecho social, es decir influido por factores de orden ético, sociológico, psicológico y físico que necesita de normas de orden público que protejan el esfuerzo humano desplegado en el ejercicio de la actividad laboral, por lo que los jueces laborales, para la resolución de un caso determinado deben observar lo ordenado por el artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo que establece: «Además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, para la resolución de un caso determinado se aplicarán, en el orden indicado:

- a) La convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral, si fuere el caso;
- b) El contrato de trabajo;
- c) Los principios que inspiran la Legislación del Trabajo, tales como los contenidos explícita o implícitamente en declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia y doctrinas nacionales;
- d) La costumbre y el uso, en cuanto no contraríen las disposiciones legales ni los principios a que se refiere el literal anterior;
- e) Los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo;
- f) Las normas y principios generales del Derecho; y
- g) La equidad».

El Juez de la Alzada violó la mencionada disposición, norma de orden público, cuando decidió el presente caso, por cuanto lo hizo con prescindencia de los principios de equidad que inspiran la legislación laboral, contenidos en la jurisprudencia y doctrina nacionales, observando esta Sala que no es de reciente aplicación la teoría de la responsabilidad objetiva en los casos de accidentes de trabajo y prueba de ello lo constituyen los criterios y citas jurisprudenciales que se mencionan en la sentencia de fecha 17 de mayo del año 2000, transcrita parcialmente en este fallo, por lo que los principios que inspiran a esta teoría han debido ser aplicados por el Juez Superior.

En consecuencia, apoyada en la noción de orden público de las normas laborales, en la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios

laborales, y en la irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorecen a los trabajadores, principios éstos siempre vigentes en el ámbito del Derecho del Trabajo y de rango constitucional por cuanto la Constitución abrogada, vigente para la fecha en que ocurrió el accidente, ya consagraba esta protección en el artículo 86 y nuestra novísima Constitución en el artículo 89 con más fuerza los reafirma, esta Sala CASA DE OFICIO la sentencia recurrida, por haber infringido por falta de aplicación, la norma contenida en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que dada su naturaleza de norma adjetiva vigente para la fecha en que se dictó el fallo objeto del presente recurso, era de aplicación inmediata. En consecuencia, se ordena al Juzgado Superior que resulte competente dicte un nuevo fallo considerando los principios que informan la teoría del riesgo profesional, que tuvo su origen en la conocida responsabilidad objetiva por la guarda de la cosa, desarrollada en la decisión parcialmente aquí transcrita de fecha 17 de mayo de 2000". (Sentencia número 50, de la Sala de Casación Social de fecha 22 de marzo de 2001).

En tal sentido, cuando se inician los debates de legalidad y debido proceso en la formación de actos administrativos, específicamente cuando se certifica través del INPSASEL una enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, padecida por un trabajador o trabajadora en la sede de la empresa, se deben analizar ciertos requisitos señalados en la Ley; así las cosas, en la Ley Orgánica de Condiciones, Prevención y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), se establecen una serie de obligaciones para los sujetos que intervienen en los procesos productivos, conjugando las mismas en los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme lo prevén los artículos 39 y 40 de la LOPCYMAT, con lo cual se generan responsabilidades a los patronos y patronas en cada entidad de trabajo, al respecto los números 5 y 14 del artículo 40 *ejusdem*, señala que dentro de las funciones de estos servicios, tendrá lo referido a vigilar la salud de los trabajadores y trabajadoras en relación con el trabajo, pero además, investigar los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales a los solos fines de explicar lo sucedido y adoptar los correctivos necesarios, destacando la norma in comento sin que dicha actuación interfiera con las competencias de las autoridades públicas.

Lo anterior, señala la obligación por parte del patrono o patrona en su situación de responsable objetivo frente a los trabajadores y trabajadoras, de los hechos o situaciones que ocurren con ocasión de la relación de trabajo, específicamente, las enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo, imponiéndolo de un conjunto de medidas que no sólo se encuentra sujeto a realizar en función de proteger a sus trabajadores y

trabajadoras, sino que además, deberá informar al INPSASEL, cuando ocurra alguna situación que comprometa la salud de sus trabajadores o trabajadoras, todo ello con el objeto de disminuir los niveles de siniestralidad a lo que están expuestos éstos en la entidad de trabajo, requiriéndose entonces, la conformación y constitución de los Comité de Salud y Seguridad Laboral, órgano paritario éste que se encargara de todo lo relacionado a la salud y seguridad en el trabajo, conforme lo prevén los artículos 46, 47 y 48 de la LOPCYMAT.

Estas obligaciones, en materia de accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, encuentran fundamento en lo dispuesto en el número 11 del artículo 56 *ejusdem*, al obligar al patrono o patrona, informar de la ocurrencia de los mismos, a tal efecto tanto la ley como el Reglamento de Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, señalan lo conducente a efectos de realizar dicha notificación. De tal manera, que nos encontramos ante un sistema que busca minimizar los riesgos a los que están expuestos los trabajadores y trabajadoras, que obliga en consecuencia al patrono o patrona a cumplir con una serie de pasos para la mejor defensa de sus derechos en cuanto al origen u ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional, bien sea motivado a los mal llamados actos inseguros o a la inobservancia del patrono o patrona en los mecanismos para evitarlos.

En lo referido a los informes periciales y las subsiguientes certificaciones médicas de carácter ocupacional, las cuales a tenor de lo dispuesto en el artículo 76 de la LOPCYMAT, son documentos públicos. Sobre este punto ya la legislación en materia de seguridad social plasmó en el artículo 147 de la Reforma Parcial del Reglamento General de la Ley del Seguro Social⁷, lo siguiente: “El derecho a la indemnización diaria nacerá el día en que la incapacidad sea certificada por el médico tratante del asegurado y que esté al servicio del Instituto”, con ello se infiere con meridiana claridad que la certificación médica de las enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo, deberán ser realizadas por funcionario debidamente certificado en razón de su profesión, que haya sido designado expresamente para desempeñar dichas funciones o delegadas las mismas, conforme prevén los numerales 15, 16 y 17 del artículo 18 de la LOPCYMAT, y que dicha calificación la haga previa investigación. El quid del asunto se centra en conocer, si durante esa previa investigación, deberá el “Médico Especialista en Medicina Ocupacional” requerir del

⁷ Reforma Parcial del Reglamento General de la Ley del Seguro Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n. 39.912, del 30 de abril de 2012.

patrono o patrona alguna prueba que pueda, en principio cambiar la calificación de “enfermedad ocupacional o accidente de trabajo” para que sea denominada enfermedad o accidente común, habida cuenta de la responsabilidad objetiva que pecha al dueño o dueña de los medios de producción, que como ya se indicó supra, es un criterio ya firme en sede jurisdiccional, el cual se encuentra plasmado en la LOPCYMAT y suficientemente claro en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras; o por el contrario, es menester para la entidad de trabajo coadyuvar, conforme se lo ordena el artículo 73 de la LOPCYMAT y artículos 83 y 84 de su Reglamento.

En razón de ello, pretender esbozar la violación al debido proceso en el informe pericial de certificación, es permitir que la inobservancia de las obligaciones de la entidad de trabajo en materia de salud y seguridad, sean encubiertas bajo el alegato de la violación al derecho a la defensa, en abuso de la facultad jurisdiccional de revisar los actos de la administración. Al respecto, la Sentencia n. 01698 de Sala Político Administrativa, Expediente n. 8639 de fecha 19/07/2000, señala lo siguiente:

“(...) tanto el procedimiento administrativo como las formas que deben guardar los actos administrativos son simples instrumentos destinados a contribuir en que la exteriorización de la voluntad de la administración se haga de forma válida, es decir, ni el procedimiento administrativo ni las formalidades de los actos administrativos son fines en sí mismos, sino canales a través de los cuales son dictados los actos administrativos. Así, sólo si tales canales o formas fallan de manera tal que alteren la voluntad de la Administración o creen algún tipo de indefensión al administrado, acarrearán la nulidad del acto administrativo correspondiente”.

En atención a ello, debe el sujeto obligado (entidad de trabajo), consignar ante el Instituto Nacional de Previsión Salud y Seguridad Laborales el informe de investigación de ocurrencia de la enfermedad ocupacional o del accidente del trabajo, posterior a ello deberá recurrir del informe pericial que determina la ocurrencia, motivo y tipo de discapacidad que conllevaría a la certificación de la misma, no sin antes recordar que en materia de salud y seguridad en el trabajo opera la responsabilidad objetiva del patrono o patrona, lo que conlleva a que la misma sea calificada como una presunción iure et de iure, en este sentido, el tratadista Francesco Messineo, (Derecho Civil y Comercial, tomo II, Editorial Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1954, p.525), sostiene que la presunción legal puede ser iuris et de iure o iuris tantum. Expresa que la primera es aquella sobre cuyo fundamento la ley declara nulos ciertos actos, o no admite acción en juicio, dicha presunción dispensa de toda prueba a aquel a cuyo favor está establecida, reposa entonces sobre una ficción legal, verbigracia

los hijos o hijas nacidos en el matrimonio, para lo cual la única prueba a favor de quien alega dicha presunción, es la constancia del matrimonio y el nacimiento del hijo o hija. Al explicar la segunda, dice que también ella dispensa de la prueba a aquellos a quienes beneficia, en los casos establecidos por la ley, pero permite la prueba contraria por parte de aquel que tiene interés en negar la fuerza probatoria de la presunción; sobre éste, pues recae la carga de la prueba (inversión de la carga de la prueba).

Vale decir, que si el recurrente o afectado por lo señalado en la certificación de enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, emitido por el INPSASEL, acude a la vía administrativa o a la judicial para rebatir el documento público que emite la voluntad de la administración pública, éste deberá consignar en su escrito recursivo no sólo los alegatos de su inconformidad, sino a su vez, el informe de investigación al que hace mención el numeral 14 del artículo 40 de la LOPCYMAT, en razón de la obligación de la entidad de trabajo de disponer los servicios de seguridad y salud en el trabajo conforme lo ordena la norma especial. De tal manera que los medios probatorios se encuentran delimitados por la actuación del Comité de Salud y Seguridad Laboral en la procura de la seguridad y salud en el trabajo. De no existir este sistema integral de seguridad y salud en el trabajo en la entidad de trabajo, se estarían generando consecuencias fácticas y jurídicas en contra de ésta última y que deberán ser evaluadas en razón de la sana crítica por el juzgador o juzgadora, con el conjunto de pruebas que se aportan, así como las afirmaciones del recurrente en cuanto a la existencia del contrato de trabajo y en consecuencia de la relación laboral.

En lo referido a los informes periciales y las subsiguientes certificaciones médicas de carácter ocupacional, las cuales a tenor de lo dispuesto en el artículo 76 de la LOPCYMAT, son documentos públicos. Sobre este punto ya la legislación en materia de seguridad social plasmó en el artículo 147 de la Reforma Parcial del Reglamento General de la Ley del Seguro Social, lo siguiente: “El derecho a la indemnización diaria nacerá el día en que la incapacidad sea certificada por el médico tratante del asegurado y que esté al servicio del Instituto”, con ello se infiere con meridiana claridad que la certificación médica de las enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo, deberán ser realizadas por funcionario debidamente certificado en razón de su profesión, que haya sido designado expresamente para desempeñar dichas funciones o delegadas las mismas, conforme prevén los numerales 15, 16 y 17 del artículo 18 de la LOPCYMAT, y que dicha calificación la haga previa investigación. El quid del asunto se centra en conocer, si durante esa previa investigación, deberá el “Médico Especialista en Medicina Ocupacional” requerir del

patrono o patrona alguna prueba que pueda, en principio cambiar la calificación de “enfermedad ocupacional o accidente de trabajo” para que sea denominada enfermedad o accidente común, habida cuenta de la responsabilidad objetiva que pecha al dueño o dueña de los medios de producción, que como ya se indicó supra, es un criterio ya firme en sede jurisdiccional, el cual se encuentra plasmado en la LOPCYMAT y suficientemente claro en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras; o por el contrario, es menester para la entidad de trabajo coadyuvar, conforme se lo ordena el artículo 73 de la LOPCYMAT y artículos 83 y 84 de su Reglamento.

En razón de ello, pretender esbozar la violación al debido proceso en el informe pericial de certificación, es permitir que la inobservancia de las obligaciones de la entidad de trabajo en materia de salud y seguridad, sean encubiertas bajo el alegato de la violación al derecho a la defensa, en abuso de la facultad jurisdiccional de revisar los actos de la administración. Al respecto, la Sentencia n. 01698 de Sala Político Administrativa, Expediente N° 8639 de fecha 19/07/2000, señala lo siguiente:

“(...) tanto el procedimiento administrativo como las formas que deben guardar los actos administrativos son simples instrumentos destinados a contribuir en que la exteriorización de la voluntad de la administración se haga de forma válida, es decir, ni el procedimiento administrativo ni las formalidades de los actos administrativos son fines en sí mismos, sino canales a través de los cuales son dictados los actos administrativos. Así, sólo si tales canales o formas fallan de manera tal que alteren la voluntad de la Administración o creen algún tipo de indefensión al administrado, acarrearán la nulidad del acto administrativo correspondiente”.

En atención a ello, debe el sujeto obligado (entidad de trabajo), consignar ante el Instituto Nacional de Previsión Salud y Seguridad Laborales el informe de investigación de ocurrencia de la enfermedad ocupacional o del accidente del trabajo, posterior a ello deberá recurrir del informe pericial que determina la ocurrencia, motivo y tipo de discapacidad que conllevaría a la certificación de la misma, no sin antes recordar que en materia de salud y seguridad en el trabajo opera la responsabilidad objetiva del patrono o patrona, lo que conlleva a que la misma sea calificada como una presunción iure et de iure, en este sentido, el tratadista Francesco Messineo, (Derecho Civil y Comercial, tomo II, Editorial Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1954, p.525), sostiene que la presunción legal puede ser iuris et de iure o iuris tantum. Expresa que la primera es aquella sobre cuyo fundamento la ley declara nulos ciertos actos, o no admite acción en juicio, dicha presunción dispensa de toda prueba a aquel a cuyo favor está establecida, reposa entonces sobre una ficción legal, verbigracia

los hijos o hijas nacidos en el matrimonio, para lo cual la única prueba a favor de quien alega dicha presunción, es la constancia del matrimonio y el nacimiento del hijo o hija. Al explicar la segunda, dice que también ella dispensa de la prueba a aquellos a quienes beneficia, en los casos establecidos por la ley, pero permite la prueba contraria por parte de aquel que tiene interés en negar la fuerza probatoria de la presunción; sobre éste, pues recae la carga de la prueba (inversión de la carga de la prueba).

Vale decir, que si el recurrente o afectado por lo señalado en la certificación de enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, emitido por el INPSASEL, acude a la vía administrativa o a la judicial para rebatir el documento público que emite la voluntad de la administración pública, éste deberá consignar en su escrito recursivo no sólo los alegatos de su inconformidad, sino a su vez, el informe de investigación al que hace mención el numeral 14 del artículo 40 de la LOPCYMAT, en razón de la obligación de la entidad de trabajo de disponer los servicios de seguridad y salud en el trabajo conforme lo ordena la norma especial. De tal manera que los medios probatorios se encuentran delimitados por la actuación del Comité de Salud y Seguridad Laboral en la procura de la seguridad y salud en el trabajo. De no existir este sistema integral de seguridad y salud en el trabajo en la entidad de trabajo, se estarían generando consecuencias fácticas y jurídicas en contra de esta última y que deberán ser evaluadas en razón de la sana crítica por el juzgador o juzgadora, con el conjunto de pruebas que se aportan, así como las afirmaciones del recurrente en cuanto a la existencia del contrato de trabajo y en consecuencia de la relación laboral.

De manera que la relación de trabajo se encuentra íntimamente ligada a la calificación que hará el especialista médico en materia ocupacional, si la enfermedad o accidente tiene como origen o fue realizado con ocasión o en ejecución del trabajo (incluye los accidentes itínere), tal como lo describe la norma sustantiva del trabajo, en materia de la disposición del trabajador o trabajadoras, así como lo dispone la LOPCYMAT en los siguientes artículos:

Artículo 69. Definición de Accidente de Trabajo. Se entiende por accidente de trabajo, todo suceso que produzca en el trabajador o la trabajadora una lesión funcional o corporal, permanente o temporal, inmediata o posterior, o la muerte, resultante de una acción que pueda ser determinada o sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo.

Artículo 70. Definición de Enfermedad Ocupacional. Se entiende por enfermedad ocupacional, los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador o la

trabajadora se encuentra obligado a trabajar, tales como los imputables a la acción de agentes físicos y mecánicos, condiciones disergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes. Se presumirá el carácter ocupacional de aquellos estados patológicos incluidos en la lista de enfermedades ocupacionales establecidas en las normas técnicas de la presente Ley. Aunado a ello, el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, expresamente señala en su artículo 35, lo siguiente:

Artículo 35. Historia de salud en el trabajo de los trabajadores y trabajadoras: “Los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo deberán llevar una historia médica, ocupacional y clínica bio-psico-social de cada trabajador y trabajadora, desde el momento del inicio de la relación de trabajo. Esta historia deberá permanecer en el servicio de seguridad y salud en el trabajo bajo la custodia de los profesionales de la salud, hasta los diez (10) años siguientes a la terminación de la relación de trabajo. Vencido este lapso la historia deberá ser consignada ante el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales para el registro nacional de historias de salud ocupacional a cargo del Instituto.

Cuando no existan las historias médica, ocupacional y clínica bio-psico-social o no se suministren oportunamente las mismas a las autoridades competentes, se presumen ciertos los alegatos realizados por el trabajador o la trabajadora, hasta prueba en contrario”.

Presunciones que describen la responsabilidad objetiva del patrono o patrona, sobre la base del principio de ajeneidad de los riesgos que gozan los trabajadores y trabajadoras, como consecuencia de la subordinación en materia del contrato del trabajo, al respecto nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 87, dispone la obligación del patrono o patrona de garantizar condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados, por lo cual esta protección tiene un rango constitucional, de eminente orden público.

En concordancia con lo anterior, para el caso específico – sede administrativa – de los informes periciales que determinan el origen ocupacional del accidente o enfermedad, resulta preciso la formación de un segundo acto administrativo que permita atenuar o agravar la responsabilidad objetiva de la entidad de trabajo e inclusive exonerarla de la misma, de esta manera la doctrina de la sala constitucional, emitida en Sentencia N° 130 de Sala Constitucional, Expediente n. 07-1482 de fecha 20 de febrero de 2008, deber ser revisada en materia de salud y seguridad

en el trabajo, por cuanto la entidad de trabajo, como administrado que es, pudiere resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, es decir, a través del ejercicio de los recursos administrativos, generar una pronta conciliación, si ello es posible, entre el afectado por el acto y la administración. En este sentido resulta oportuno puntualizar que el uso de la vía administrativa no corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional, sin olvidar en consecuencia el orden público de la salud y seguridad en el trabajo.

Ello obedece al interés que se implementen mecanismos que permitan la solución no contenciosa de los conflictos que puedan surgir en un momento determinado entre los particulares y los intereses del Estado, con el fin último de garantizar de una manera efectiva la tutela de dichos intereses y la participación ciudadana en el marco de la resolución de los conflictos.

Como refiere Sánchez Morón, “la vía administrativa previa encuentra su sentido institucional adecuado si constituye también una forma de garantía de los derechos e intereses de los particulares, sencilla y efectiva, de manera que ahorre la necesidad del proceso judicial, que suele ser lento y costoso, contribuyendo de paso a reducir la avalancha de recursos contencioso-administrativos”.

Lo anterior, tiene su fundamento en el hecho de que la propia administración tiene facultad de revisar sus actos, bien sea de oficio o a solicitud de partes, pues como quedó establecido, no es posible controlar, de una manera efectiva y rápida todos los actos administrativos por vía judicial. De allí que la solución en cuanto a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no se encuentra en la eliminación de los recursos administrativos, sino en mantenerlos para que no se cercene la posibilidad de que el administrado obtenga rápidamente una decisión respecto a su planteamiento.

En consecuencia, no se pudiere afirmar a priori que existe violación al debido proceso o el derecho a la defensa, en el acto denominado informe pericial, por cuanto desde el momento de la visita del funcionario público encargado de inspeccionar el puesto de trabajo, el representante de la entidad de trabajo, deberá consignar la respectiva investigación de la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, realizado por los integrantes de los servicios de seguridad y salud en el trabajo, de dicha entidad de trabajo.

Es por ello que dicho informe pericial que se resume en la denominada “Certificación”, se constituye en un documento público administrativo el

cual al emanar de un órgano de la Administración Pública contiene una declaración de voluntad, conocimiento o certeza, que goza de una presunción de veracidad, legitimidad y autenticidad, hasta prueba en contrario (véase, entre otras, SPA sentencia n. 6556 del 14 de diciembre de 2005), en consecuencia, con la expedición de esta clase de documentos públicos administrativos a la empresa no se le menoscaba el derecho a la defensa y al debido proceso porque siempre podrá desvirtuar la presunción de veracidad, legitimidad y autenticidad que goza tal documento administrativo declarativo mediante prueba en contrario, que no será otra que la investigación que realice la entidad de trabajo a través de los servicios de seguridad y salud en el trabajo, conforme lo preceptúan los artículos 39 y siguientes *ejusdem*, de tal manera que inclusive en procesos ordinarios laborales no impide al quejoso del informe pericial (bien sea trabajador o trabajadora o entidad de trabajo), ejercer su derecho a desvirtuar la presunción de legitimidad del mencionado documento público administrativo mediante prueba en contrario ante cualquier instancia administrativa o judicial. Al respecto, resulta necesario traer a colación lo señalado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en fecha 26 de julio de 2011, expediente AP42-R-2011-000561, en cuanto a la formación de los informes periciales:

“(...) Asimismo, observa la Corte que de las citadas disposiciones jurídicas se desprende el procedimiento legalmente establecido para la expedición de la certificación del origen del accidente de trabajo o enfermedad ocupacional; a saber: i) instancia de parte, todo trabajador o trabajadora al que se la haya diagnosticado una enfermedad ocupacional, deberá acudir al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales para que se realicen las evaluaciones necesarias para la comprobación, calificación y certificación del origen de la misma, es decir, debe existir una solicitud previa del trabajador o trabajadora; ii) investigación del accidente o enfermedad; iii) expedición de la certificación la cual tendrá carácter de documento público administrativo.

Razones estas que abonan en cuanto a la presunta violación del debido proceso, como garantía constitucional del derecho a la defensa, establecida en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sobre lo cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 05, del 24 de enero de 2001 (caso: Supermercado Fátima, S.R.L.), y en sentencia de fecha 28 de septiembre de 2001 (caso: Josefa Otilia Carrasquel Díaz), ha aclarando de manera enfática que los mismos deben ser respetados no sólo en sede judicial sino también en las instancias administrativas.

Manifestándose la violación al debido proceso, conforme enseña la

Sentencia número 80, de fecha 01 de febrero de 2001 (caso: José Pedro Barnola y Otros), cuando:

“(…) 1) cuando se prive o coarte alguna de las partes la facultad procesal para efectuar un acto de petición que a ella privativamente le corresponda por su posición en el proceso; 2) cuando esa facultad resulte afectada de forma tal que se vea reducida, teniendo por resultado la indebida restricción a las partes de participar efectivamente en plano de igualdad, en cualquier juicio o en el que se ventilen cuestiones que les afecte. Bajo esta óptica la violación al debido proceso y la consecuente indefensión operará, en principio, dentro de un proceso ya instaurado, y su existencia será imputable al Juez que con su conducta impida a alguna de las partes la utilización efectiva de los medios o recursos que la ley pone a su alcance para la defensa de sus derechos”.

Al respecto la LOPCYMAT y su Reglamento, establecen una serie de condiciones-obligaciones que deberá cumplir la entidad de trabajo a efectos de informar al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, sobre la ocurrencia de enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo, todo ello sobre la presunción de responsabilidad objetiva del patrono o patrona, consagrada constitucionalmente, así como en las normas laborales, debiendo pues la entidad de trabajo, reportar la ocurrencia de dicho evento (numeral 11, artículo 56 *ejusdem*), en los plazos y modos que señala el artículo 83 y siguientes del Reglamento de la Ley, aunado a ello, la conformación del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme lo preceptúan los artículos 39 y siguientes de la LOPCYMAT, permitirán a la entidad de trabajo, ejercer su derecho a la defensa al momento de ser visitado por el funcionario o funcionaria encargada de practicar la previa investigación en los términos del artículo 76 *ejusdem*, entregando o consignado como se señaló supra la investigación del hecho ocurrido en perjuicio de la salud del trabajador o trabajadora, o utilizar los recursos que dispone el artículo 77 *ejusdem* para la impugnar dicho documento de carácter público, utilizando como medio idóneo de prueba, lo recabado en la investigación del Comité de Seguridad y Salud Laboral conforme a la atribución del número 7 del artículo 48 de la mencionada Ley.

En el mismo sentido, no pudiere señalarse la existencia del denominado vicio de falso supuesto de hecho, cuando las condiciones que califican la ocurrencia de un suceso bien sea accidente o enfermedad, se deriven de la consecuencia jurídica consagrada en el derogado artículo 189 de la Ley Orgánica del Trabajo⁸, hoy día 167 de la Ley Orgánica del Trabajo, los

⁸ Ley Orgánica del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela,

Trabajadores y las Trabajadoras, la cual se refiere a la disposición del trabajador o trabajadora en la entidad de trabajo, todo ello como parte de la subordinación laboral que caracteriza la relación de trabajo en nuestros días, aunado a la presunción *iuris et de iure* que contienen los artículos 69 y 70 de la LOPCYMAT, normas estas que permitirán al funcionario competente, emitir pronunciamiento acerca de la calificación del accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, con la debida descripción de las causas que generaron la enfermedad o el accidente, bajo una relación de causalidad.

No puede ser olvidado por los jueces con competencia en materia del trabajo, la importancia y relevancia del acervo probatorio que deben acompañar los recurrentes al momento de atacar la veracidad del documento público que certifica la enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, todo ello en relación a las premisas señaladas supra, en cuanto al 35 del Reglamento de la LOPCYMAT, así como el ofrecimiento de una prueba de tipo técnica, como es un médico ocupacional que pueda ilustrar al juez en cuanto a la relación de causalidad entre lo investigado por el funcionario o funcionaria y la consecuencia que se le atribuye.

Posterior a la redacción del presente documento, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 0328, expediente 12-1640, del 29 de mayo de 2013, caso Trevi Cimentaciones contra Inpsasel, debatió los temas aquí resumidos, causando asombro a los *ius administrativistas* que litigan en los juzgados laborales, por la similitud de los criterios arriba expresados.

4. Conclusiones

El proceso de formación del acto administrativo por parte de Autoridad Administrativa del Trabajo, que certifica la enfermedad ocupacional o el accidente de trabajo, es un acto que se encuentra ajustado a las garantías constitucionales y legales previstas en el ordenamiento jurídico venezolano (verbigracia, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁹), en cumplimiento de los fines del Estado y la protección integral de los trabajadores y las trabajadoras, razones suficientes para que su tratamiento en sede judicial por vía de impugnación, no pierda de vista las disposiciones constitucionales.

Extraordinaria n. 5.152, del 19 de junio de 1997.

⁹ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Extraordinaria n. 2.818, del 1 de julio de 1981.

La excesiva recurribilidad ante los juzgados en materia laboral, contra los actos administrativos que certifican las enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo, sobre la base de la violación al debido proceso y al derecho a la defensa, indican, que existe una considerable laguna jurídica, en saber y entender el tipo de acto administrativo emitido por el INPSASEL, así como su proceso de formación, por cuanto como se dijo, las responsabilidades en esta materia por parte de la entidad de trabajo, no pueden ser solapadas aduciendo una violación constitucional en el proceso de emisión del acto administrativo en perjuicio del trabajador o trabajadora, tal como informa el precepto latino *ignorantia legis neminem excusat*.

Por supuesto, el desinterés manifiesto por parte del Estado, de activar las políticas en materia de seguridad social, tal como lo refiere la Ley Orgánica de Seguridad Social¹⁰, que garanticen tanto a una parte como a la otra, que el régimen prestacional cubrirá la contingencia derivada de dicho acto administrativo y en consecuencia no impondría carga económica excesiva a la entidad de trabajo, más allá de las contribuciones a las que estuviere obligada.

Resultaría idóneo, uniformar en esta materia, el proceso contencioso administrativo laboral venezolano, en busca de resolver, no sólo la legalidad y legitimidad del acto administrativo, sino a su vez, si fuere el caso, lograr la condena por el riesgo subjetivo en que incurrió la entidad de trabajo (daño emergente, lucro cesante). Deslindando las responsabilidades que recaen sobre el Estado a través del organismo de seguridad social y su cobertura en términos de prestaciones dinerarias (riesgo objetivo cubierto), por una parte, y por la otra, la responsabilidad subjetiva de la entidad del trabajo e inclusive la del trabajador o trabajadora afectado.

4. Bibliografía

Araujo Juárez, J., *Derecho Administrativo General – Actos y Contrato Administrativo*, Librería Jurídica Venezolana, 2001.

Blanco-Uribe Quintero, A., “La Tutela Procesal del Administrado en la Nueva Constitución. En Libro homenaje a Tomas Polanco Alcantara”, *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela, Estudios del Instituto de Derecho Público UCV*, 2005.

¹⁰ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n. 39.912, del 30 de abril de 2012.

Messineo, F., *Derecho Civil y Comercial*, Editorial Jurídicas Europa América, Tomo II, 1954.

Naranjo Flórez, C., “Principio Constitucional de la *Perpetuatio Jurisdictionis* y el Debido Proceso en Colombia”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*.

Peña Solís, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, 2008.

Procuraduría General de la República Bolivariana de Venezuela, *Estudios sobre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela X aniversario*, 2009.

Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo: Parte General*, Tecnos, 2009.

**Solidarity Transformed: Labor Responses to
Globalization and Crisis in Latin America,**
por **Mark S. Anner**
*Una reseña**

Solidaridad Transformada: Respuestas Laborales a la Globalización y la Crisis en América Latina (en adelante, Solidaridad Transformada) es producto de las experiencias vividas y de una cuidadosa investigación académica realizada por Mark S. Anner, Profesor Adjunto de Estudios Laborales y Ciencias Políticas en la Universidad Estatal de Pensilvania (EE.UU.), en el campo de la organización sindical y la solidaridad en Centroamérica.

Mark Anner desarrolló su interés por los sindicatos en América Latina durante sus años de universidad, cuando cursó estudios de Historia Latinoamericana y clases de español. Después de su graduación, colaboró primero con un sindicato local del área de Boston, y luego con sindicalistas en El Salvador que buscaban alguna forma de solidaridad con los sindicatos y organizaciones internacionales de derechos humanos. Desde entonces, el autor ha estado varios años trabajando con sindicatos en la comunicación con activistas extranjeros y la recaudación de fondos internacionales para mantener huelgas locales y otras actividades sindicales. Este fue un largo período largo durante el cual el autor ha tenido la oportunidad de experimentar directamente la actividad sindical y encontrarse con los representantes para América Latina de la Confederación noruega de Sindicatos (de aquí sobre la LO-NORUEGA), que después de 1991 le dio la posibilidad para supervisar los programas financiados por Noruega con enfoque sobre el crecimiento sindical y el desarrollo de actividades y campañas internacionales en El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guatemala, República Dominicana, Perú, Bolivia, y

* Traducido del inglés al español por Miguel Basterra.

Brasil. Fue durante este período que el autor se centró en documentar los abusos sobre los derechos laborales en las fábricas de marcas norteamericanas para la exportación de ropa para consumidores norteamericanos. A través de incontables visitas a la fábrica, numerosas entrevistas y largas negociaciones, Mark Anner aprendió como ciertas dinámicas – tales como la dirección de la cadena de suministro, los ciclos productivos, el papel de los consorcios de proveedores y el impacto de las complejas reglas comerciales – influyen trascendentalmente en las condiciones de trabajo, y las relaciones laborales y sindicales.

Esta breve referencia a la experiencia de diez años en América Central es fundamental para comprender los orígenes de este libro y los fundamentos de las ideas y argumentos que se implementaron durante los años de estudio del autor.

Partiendo de sus dos principales temas de investigación – por qué la organización sindical ha sido tan difícil después de los regímenes autoritarios en América Latina, y qué estrategias sindicales se han adoptado frente a un escenario desestatizado y globalizado – su estrategia de investigación combina el estudio en profundidad de caso concretos y el análisis de un gran número de campañas. El autor seleccionó una industria impulsada por los intermediarios, la fabricación de prendas de vestir, y una industria impulsada por el productor, la del montaje de automóviles. Eligió dos países, El Salvador y Honduras, donde la fabricación de prendas de vestir era la industria principal y, dos países, Brasil y Argentina, donde la producción de automóviles era la principal industria. En cada país, se seleccionó al principal sindicato de trabajadores de orientación izquierdista y al principal sindicato de corte moderado.

“Solidaridad Transformada” comienza examinando la transformación de la solidaridad en el trabajo – definida en términos de “cómo los trabajadores y sus organizaciones se apoyan el uno en el otro en la búsqueda de los objetivos comunes” – desde el final de la guerra fría en América Latina. Dos cambios han contribuido a esta transformación: la disminución del nivel de protección estatal en el trabajo y la reestructuración internacional de las industrias. El capítulo 2 traza un mapa del impacto de estos dos cambios en las industrias de la fabricación de ropa y el ensamblaje de automóviles en estos cuatro países. En particular, se ilustra cómo la creación de áreas de procesado y exportación –polígonos industriales en los cuales los materiales importados son procesados y exportados de nuevo – y la producción modular – un proceso en el cual la producción es dividida en subsistemas autónomos, módulos, que son desarrollados y premontados separadamente por compañías independientes localizadas en el área de influencia de la

compañía de ensamblaje final – no condujo a salarios más altos ni a una representación colectiva más fuerte. Al contrario, los salarios medios eran un 38.58 por ciento más bajo en regímenes de producción segmentados que en regímenes de producción tradicionales y las tasas de sindicación eran de un 61.25 menos en los regímenes de producción segmentados. En otras palabras, estos cambios en la producción fragmentaron la solidaridad en el trabajo y redujeron la capacidad de los trabajadores de presionar en la obtención de salarios más altos y sindicatos más fuertes. Todo esto pasó a pesar del hecho que estos países surgían a partir de las décadas de regímenes autoritarios y comenzaban un proceso de democratización.

Mark Anner argumenta que, para responder con eficacia a estos cambios, no existe un único camino predeterminado, si no que se trata más bien una gama de diferentes respuestas ofrecidas por estructuras económicas e institucionales y laborales, retos políticos y oportunidades. Los datos de los países observados sugieren que donde los estados son capaces de proporcionar al trabajo al menos algunas protecciones, se mitiga la necesidad de ofrecer nuevas estrategias frente a las amenazas de la economía globalizada. Y donde la industria se encuentra centralizada y controlada por los productores (como el caso del automóvil) la actividad laboral tiende a mantenerse. Donde la industria está descentralizada y controlada por los intermediarios (como en la fabricación de ropa) aumentan las alianzas con ONGs y las campañas esporádicas. En combinación con estas influencias que actúan recíprocamente aparecen dos tipos de respuestas internacionales a la transformación política y económica del trabajo: el activismo internacional a través de campañas (TACs), que se construye sobre el trabajo a corto plazo, y las alianzas fronterizas con ONGs y redes internacionales de trabajo (TLNs), que se caracterizan por una solidaridad estable.

Las TACs han sido analizadas en El Salvador y Honduras (los Capítulos 3 y 4), en los que esta publicación observa cómo la transformación de las estrategias de trabajo ante la reestructuración industrial comenzó con la modificación de la táctica local. Los sindicatos llegaron a la conclusión de que, para ser efectivos, tenían que centrarse en cada uno de los puntos de “el triángulo de poder” de nueva industria (en este caso la fabricación de ropa): corporaciones multinacionales, proveedores locales, y el estado. El objetivo debía, por una parte, convencer a las corporaciones para adoptar normas transparentes y significativas globales y no desplazarse a otras regiones donde el derecho laboral es más liviano; y, por otra parte, organizarse en las fábricas locales y presionar al estado en la mejora de las regulaciones de trabajo. La inclinación política también desempeñó su papel. Mientras los sindicatos de izquierdas apuntaron a las nuevas formas

de organización local y el activismo internacional en campañas de concienciación al consumidor y a la implementación de las organizaciones locales, los sindicatos moderados evitaron la internacionalización a cambio de pactos a nivel de empresa.

Como los trabajadores de ropa en El Salvador y Honduras, los empleados de la industria automotriz en Brasil (el Capítulo 5) han experimentado cómo la reestructuración de la producción global ha forzado un replanteamiento de estrategias de trabajo: gradualmente giraron hacia la internacionalización (TLNs) para complementar las estrategias locales. A diferencia de la experiencia con las TACS, aquí el nódulo de poder se encontraba principalmente en la sede central del productor multinacional. Por esta razón los sindicatos locales han buscado apoyo de aliados transnacionales. Algunas actividades internacionales dieron pie a comités de empresa más fuertes, un nivel más alto de protección en el trabajo, y la negociación de acuerdos básicos internacionales.

Sin embargo, la internacionalización no ha sido la respuesta exclusiva. En Brasil y Argentina los sindicatos moderados, teniendo sus raíces en tradiciones corporativistas donde el trabajo se organizaba conjuntamente entre el estado y las organizaciones patronales, comenzaron a colaborar en el desarrollo nacional y a presentar alternativas más flexibles que las de los principales sindicatos rivales (el Capítulo 6). Esto causó pactos micro corporativistas a nivel de empresa, basados en nuevas ideas de gestión, como relaciones de trabajo flexibles, horarios de trabajo flexibles y complementos salariales vinculados a la productividad, lo que encajó muy bien en las nuevas ideas económicas.

Por lo tanto, nuevas estrategias de trabajo han surgido y han madurado en el nuevo contexto de industrias globalizadas y estados débiles. La transformación de la solidaridad en el trabajo, sin embargo, puede tener formas diferentes según el contexto de trabajo, sector de producción y estado. Además, hay pruebas que sugieren que no existe una mejor estrategia, y, cuando son exitosos, los sindicatos y sus aliados tienen potencial para intervenir en los procesos de reestructuración y mejorar las condiciones de trabajo.

“Solidaridad Transformada” es una valiosa contribución para investigar cómo las relaciones industriales y movimientos obreros se han desarrollado con la globalización y cómo ha cambiado el papel del estado en el mundo del trabajo. La exposición de los datos y la presentación de los argumentos principales, además de la experiencia personal de Anner, hacen de “Solidaridad Transformada” un libro de obligada lectura para quien quiera entender la situación actual de la industria y relaciones laborales en América Latina y Central desde una perspectiva internacional y comparada.

Francesca Sperotti*

* ADAPT Senior Research Fellow y Responsable de las Relaciones Internacionales de ADAPT.

**Representación y libertad sindical.
Presente y futuro, por Julio Vega López,
María Fernanda Fernández López y
Carlos L. Alfonso Mellado**
Una reseña

La representación sindical es el instrumento garante de los derechos de los trabajadores, es por esto que su uso se encuentra regulado y es también una fuente de debate social y judicial. La obra se enfoca en la cuestión de la representación sindical dentro y fuera de la empresa, e intenta dar respuesta a varios problemas que el sistema jurídico español ha dejado sin solución. El libro está estructurado en tres capítulos que tratan del derecho de participación de los representantes de los trabajadores, de la representación sindical en la pequeña empresa y del crédito horario y su uso. En el libro se encuentra el cuadro judicial de la representación, de los problemas y de las posibles soluciones propuestas por parte de los autores.

El reforzamiento del derecho de participación de los representantes de los trabajadores

El primer capítulo refiere como la representación sindical ha conseguido una mayor importancia en la legislación española. En efecto, fue el desarrollo de la comunidad europea que llevó a obtener un nuevo modelo de empresa, el cual está fundado sobre la transparencia de la información, la competitividad, la flexibilidad en la producción, la responsabilidad social y la del medio ambiente y, respecto al área laboral refiere que se tiene que respetar: la igualdad, la no discriminación, la seguridad y la estabilidad. Se debe destacar que el compartir la información es la característica principal de este modelo de empresa, sin embargo, se evidencia que por parte de las empresas hay una fuerte resistencia a compartir la información con los representantes sindicales. Lo anterior propicia el fenómeno llamado “feudalismo industrial”, no obstante que la constitución española y la ley

ordinaria sean favorables al compartir la información con los representantes. Otro obstáculo para el acceso a la información en la empresa es la Ley Orgánica 15/1999 (sobre la protección de los datos de carácter personal): es el verdadero problema que radica en la mala aplicación de la normativa, utilizada como una justificación para eludir o restringir la obligación de brindar la información a los representantes de los trabajadores. El capítulo hace referencia también a los derechos que funcionan como herramientas para los representantes. En primer lugar al derecho de información que consiste en la transmisión de datos, por parte del empresario, a los trabajadores o a sus representantes, acerca de los aspectos que afectan a la empresa. Después está el derecho de consulta que es la apertura de un diálogo y de un intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la empresa, de un modo que permita a los representantes expresar una opinión sobre las medidas previstas por la empresa en la toma de decisiones. Además encontramos el derecho a la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de la empresa. La “congestión” es la manera que permite a los trabajadores para participar en los órganos de gobierno de la empresa, el derecho de participación a través de la presencia institucionalizada de sus representantes en los órganos de control de las sociedades. Por último, el derecho de participación de los trabajadores en la prevención de los riesgos laborales.

Sobre la representación sindical en las pequeñas empresas en el marco de la legislación española

En el segundo capítulo del libro se expone problema de la estructura empresarial en el país, ya que en España la mayoría de las empresas son medianas y pequeñas, lo cual está relacionado con el número de empleados presentes en cada actividad. La ley permite a las empresas tener representación sindical solo si hay más de 6 trabajadores, por lo que éstas empresas no tienen derecho a la representación sindical, pero tampoco la tienen las empresas con 6 o 10 trabajadores. Considerando que en España el 89,05% de las empresas tienen menos de 10 empleados, podemos ver como es difícil contar con una representación sindical justa en el territorio nacional y de esta manera podríamos imaginar el conjunto de trabajadores que no están representados, lo que conlleva a afrontar dos problemas: por un lado se crea una insuficiencia del marco real en que operan los órganos de representación de los trabajadores (no se puede hacer una evaluación efectiva del tamaño de la empresa solo con el número de los trabajadores y relacionar este tamaño a la representación sindical), y, por otro lado existe el problema de los umbrales normativos relacionados al número de los trabajadores que dejan fuera de cobertura representativa la mayoría de

las empresas. Esta falta de representación sindical lleva a la ausencia de tutela legal y colectiva. No obstante existe la posibilidad de auto representarse por parte de los trabajadores, pero, tenemos que considerar la gran diferencia que existe entre el poder contractual entre el empresario y el trabajador. La autora del capítulo nos da algunas posibles soluciones para la falta representatividad.

Formulas externas al sindicato: especial referencia a las secciones sindicales de ámbito territorial (sector). La solución a la falta de representación está en una acción por parte de los sindicatos. Dada la estructura empresarial española debería ser el sindicato el que debe adaptar su estructura a las exigencias de los trabajadores y por eso tener un ámbito territorial con la Sección Sindical de Sector (SSS) que podría ser formada por los trabajadores que se encuentren o no afiliados. La SSS tendría que representar a todos los trabajadores. El convenio número 87 OIT afirma que el sindicato tiene que desarrollarse libremente y formular su programa de acción. Esto significa también que el sindicato debe adaptar su estructura a la garantía y cobertura representativa de todos los trabajadores. Las competencias de las SSS serían las mismas de los sindicatos. A través de ese tipo de estructura se podría garantizar por cada nivel dimensional de empresa, la tutela de los trabajadores con sus representantes.

Formulas externas al sindicato: elecciones sindicales en microempresa

El convenio colectivo reconoce la posibilidad de elegir representantes sindicales como está establecido en el artículo 72 del convenio estatal de centros de asistencia y educación infantil, es decir, elegir un representante entre los trabajadores que tenga un número de competencias y facultades para desarrollar una actividad representativa pero que no sea conectada a los sindicatos.

Formulas internas a los sindicatos: la creación de órganos específicos

Existe la posibilidad de optar por una solución interna para los sindicatos, es decir elegir un cargo electivo cuya competencia sea coordinar y potenciar la acción sindical en las microempresas con una dimensión territorial y sectorial.

Algunas reflexiones sobre el crédito horario

En el tercer capítulo hay un retrato de un instrumento utilizado por los sindicatos para ejercer sus funciones: el crédito horario. En la última parte de la obra el autor empieza a explicar esta facilidad para los representantes. El crédito horario es una herramienta que es concedida a los representantes de los trabajadores y que permite de disponer de un determinado número de horas de permiso retribuidas para el ejercicio de sus funciones representativas. Los trabajadores (representantes) que gozan

del crédito horario tienen derecho por el art. 37.3 ET a ausentarse del trabajo con derecho de remuneración para realizar las funciones de representación, el crédito horario es regulado por el artículo 68 ET y el artículo 10.3 LOLS respectivamente por los representantes unitarios y los delegados sindicales. El crédito representa una tutela por los representantes y por los representados, por eso tiene una doble dimensión: individual y colectiva. En el pasado el número de representantes cambiaba según la dimensión de la empresa en términos de trabajadores presentes, pero no cambiaba el número de horas concedida por cada representante. Hoy cambia el número de representantes y las horas según la medida de la empresa. El tercer capítulo establece las reglas para la utilización del crédito y sobre quién lo controla. En efecto el empleador no puede decidir sobre la utilización de este crédito, y tampoco puede condicionar o impedir su uso de parte de los representantes, por ejemplo forzando a la firma de un permiso para obtener el crédito, pero la normativa condiciona al representante a dar un preaviso al empresario, esto como una mera comunicación de ausencia. El representante no tiene que justificar y detallar sus actividades, ni tiene que comunicar la duración de su ausencia. Pero hemos de decir que existe práctica de anticipar al empresario el número de horas de ausencia por parte del representante para facilitar la organización de las actividades. La comunicación puede hacerse de cualquier forma, pero es preferible que sea por escrito y que realice una genérica especificación de la razón por la que será utilizado el crédito horario. El control del uso del crédito es otorgado a los trabajadores representados y que pueden controlar la efectiva actividad representativa de los representantes porque son los que gozan directamente de la representación. El crédito se puede destinar a diferentes actividades, internas y externas, en diferentes lugares, públicos y privados, y de varias formas. Por esa variedad de utilización es que es difícil controlar su uso. La ley limita el control por parte del empresario, pero el sindicato puede efectuar el control. Hoy día el uso del crédito horario es más fuerte que en el pasado, por ejemplo:

En la grande empresa hay el cargo del representante “liberado” que se crea a través de la acumulación del crédito horario.

La ley deja que los representantes desarrollen las sus funciones de manera más eficaz posible. Hay que partir el utilizo del crédito en horas de actividad sindical y en horas de formación.

El autor al final del capítulo nos indica que hay dos problemas que afectan el sistema de representación y la posibilidad de usar de manera más eficaz el crédito horario: El primero afecta la microempresa: las empresas con menos de 6 trabajadores no tienen representantes y las empresas con

trabajadores entre 6 y 10 son representadas solo en parte. El segundo problema es la descentralización de los procesos productivos, este impide una justa representación porque las grandes empresas se descomponen en empresas pequeña sin posibilidad de representación.

El crédito horario podría ser utilizado a nivel sectorial para cubrir la falta de representación. Un uso racional del crédito horario derivaría del equilibrio entre aspectos colectivos e individuales. Para alcanzar este objetivo hay que desarrollar las siguientes funciones: actividad interna en la empresa (los representantes siguen el contacto con la empresa), Solidaridad en el uso del crédito horario y mayor “profesionalización” de la actividad sindical, es decir, más coordinación y planificación.

El fin de la obra es individuar las faltas que se encuentran en el sistema de representación, formar una lectura consciente sobre los errores que han llevado a esa condición ofreciendo algunas posibles soluciones, que faltan en el sistema, y algunas mejoras, por los instrumentos ya presentes. Todo eso puede realizarse a través de una nueva normativa que pueda aumentar y rendir más flexible el poder sindical, sin olvidarse del control el cual es una variable que da garantía para todo el sistema.

Vincenzo Costantino*

* ADAPT Junior Fellow.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo