UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DEL TRABAJO

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

LA MEDIACIÓN DEL INSPECTOR DEL TRABAJO EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO DEL SECTOR PÚBLICO ¿CONFLICTO DE INTERESES?

Presentado por
Loaiza Cano Maricruz

Para Optar al Título de
Especialista en Derecho del Trabajo

Asesor
Govea Urdaneta Luis Guillermo

Caracas, Septiembre de 2018

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACION DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Maricruz Loaiza Cano, para optar al Título de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título definitivo es: La Mediación del Inspector del Trabajo en los Conflictos Colectivos de Trabajo del Sector Público ¿Conflicto de Intereses?; y manifiesto que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los cuatro días del mes de junio de 2018.

Luis Guillermo Govea Urdaneta
C.I. 3.176.142

¿ A quién, sino a la vida…?

ADVERTENCIA

En el presente trabajo, con el fin de evitar una carga gramatical innecesaria, se dará uso genérico del masculino para referirse al sexo femenino y masculino sin distinción. Salvo en los casos de citas textuales.

RESUMEN

En la presente monografía se analiza la conciliación y la mediación que cumple el Inspector del Trabajo y su correspondencia con los principios y características que informan a estos medios de autocomposición de conflictos. En especial, la mediación en los conflictos colectivos de trabajo del sector público, toda vez que el rol que cumple el Inspector del Trabajo, es dual, pues ejerce funciones de mediación sin poder "despojarse" de su condición de representante del Ejecutivo Nacional, en conflictos donde el Ejecutivo es una de las partes. Por tal motivo es de suma importancia la búsqueda de una solución, que pudiera ser flexibilizar el "corsé" rígido, que traen consigo los principios de neutralidad e imparcialidad que informan la mediación, y ser, quizá, menos ortodoxos en la misma, lo que contribuiría a mitigar, en teoría, este advertido desequilibrio, para lo cual se haría necesario como un primer paso, dar vida a instituciones que se han quedado en letra muerta en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, como es el caso del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED) y la Comisión Nacional de Mediación (CONAMED). No obstante, pareciera, aún así, que los sujetos o al menos uno de ellos, seguirá condicionado por la voluntad-poder del Estado-Mediador. Esto nos conduce a pensar en una reforma radical, que aparte la mediación en los conflictos colectivos de trabajo del sector público, de la esfera del Inspector del Trabajo, opción ésta que pudiese poner el punto final a esto que nos conduce a pesar en un conflicto de intereses.

Descriptores: Conciliación, Conflicto, Conflicto de Intereses, Conflictos Colectivos de Trabajo, Desequilibrio, Imparcialidad, Inspector del Trabajo, Libertad Sindical, Mediación, Mediador, Neutralidad, Sector Público.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I
MEDIOS DE AUTOCOMPOSICIÓN DE CONFLICTOS 1

1. La conciliación 3

2. La mediación 5

   2.1 Coincidencias y Distinciones 6

3. Principios aplicables a cualquier tipo de mediación 8

4. El Mediador 10

5. La mediación en Venezuela 12

6. La mediación en los conflictos laborales 14

7. Qué dice la Organización Internacional del Trabajo ? 17

CAPÍTULO II
LOS CONFLICTOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO 19

1. El conflicto y su resolución. Desafío 19

2. Conflicto colectivo de trabajo en el sector público 20

   2.1. Funcionarios públicos y derecho al conflicto colectivo de trabajo 21

3. La mediación en los conflictos colectivos de trabajo en el sector público en Venezuela. Reflexiones 26

CAPÍTULO III
MINISTERIO DEL TRABAJO: MEDIADOR Y PATRONO 28

1. Inspector del Trabajo y mediador 28

2. Mediación del Inspector de Trabajo en los conflictos

colectivos de Trabajo del sector público. Caso Venezuela: Conflicto de intereses 31

3. El Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED) y la Comisión Nacional de Mediación (CONAMED) en tres tiempos: Pasado. Presente y Futuro 37

4. Opciones para dirigir procesos equilibrados ante el desequilibrio de poder 40

CONCLUSIONES 44

RECOMENDACIONES 45

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 46

LISTA DE SIGLAS

ATSSI	Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CONAMED	Comisión Nacional de Mediación
LOTTT	Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras
LOPT	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
MPPPS	Ministerio del Poder Popular para la Salud
MPPPST	Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo
MT	Ministerio del Trabajo
RLOTTT	Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo
SENAME	Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación
OIT	Organización Internacional del Trabajo

INTRODUCCIÓN

En Venezuela la mediación y la conciliación se encuentran reconocidos constitucionalmente como medios alternativos para la solución de los conflictos, de igual modo la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), promueve la "Mediación para la solución pacífica previa al conflicto", y en su articulado queda de manifiesto la intervención del Inspector del Trabajo en funciones conciliatorias. Por otra parte el reglamento de la ley laboral con el objeto de favorecer la autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo prevé la organización del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED) y la Comisión Nacional de Mediación (CONAMED).

Esto pone de manifiesto la importancia y alcance que dichos institutos, mediación y conciliación, tienen en nuestro ordenamiento jurídico y que en el campo del Derecho del Trabajo, se encuentran a cargo del Inspector del Trabajo, funcionario que forma parte de la estructura organizativa del Poder Ejecutivo Nacional, esto es, el Estado, es decir, el mediador-conciliador resulta en un empleado de una de las partes en conflicto.

En la presente monografía se advertirá, sobre la base de las consultas bibliográficas realizadas, que si atendemos a los principios de la mediación y por tanto de la actuación del mediador, donde la imparcialidad y la neutralidad, para detenernos sólo en los que consideramos principios esenciales de la mediación, representan una de las garantías que este medio de autocomposición ofrece a las partes para que éstas puedan participar en condiciones de igualdad de oportunidades y sobre todo manteniendo el equilibrio entre las mismas.

Con este antecedente no podemos sino plantearnos, que en la intervención del Ministerio del Trabajo por órgano del Inspector del Trabajo, como mediador-conciliador, en los

conflictos colectivos de trabajo del sector público, en concreto los conflictos de los trabajadores que prestan servicios en los ministerios y/o dependencias del Poder Ejecutivo, es inevitable que trascienda la condición preeminente de poder de quien es a su vez, representante del Ejecutivo Nacional; de tal modo que esa condición de desequilibrio, de superioridad, de *imperium*, va a prevalecer sobre los intereses de las propias partes, en teoría ambas partes, puesto que una de ellas, el patrono, podría verse beneficiado de esta circunstancia ya que igualmente forma parte del Ejecutivo Nacional, colocando al otro protagonista del conflicto, en este caso los trabajadores, por órgano de su representantes sindicales (sindicato o federación), en una posición de desventaja, contaminando el proceso de mediación *ab initio*.

Esto nos lleva a considerar, que quizá haya de flexibilizar un poco el "corsé" rígido que traen consigo estos principios de neutralidad e imparcialidad, o, ser menos ortodoxos en su concepción, para poder comprender el rol que vienen desempeñando los Inspectores del Trabajo en los conflictos del sector público, pero es de pensar también, y con fundadas razones, en la posibilidad de sustraer de la esfera del Ministerio del Trabajo la labor de mediación en este tipo de conflictos, toda vez que la frontera entre la imparcialidad y la neutralidad y el conflicto de intereses es casi imaginaria, y todo parece indicar que podría ser ésta la vía idónea para el ejercicio de una mediación y/o conciliación equilibrada.

Esta monografía no es más que una aproximación, unas reflexiones, una primera parte del tema del conflicto de intereses que se puede encontrar **en el objeto de estudio, esto es, la mediación,** que exige sin duda de mayor profundidad; así como es también una aproximación a la propuesta de opciones, que constituyan un aporte para equilibrar procesos ante el desequilibrio de poder.

Se utilizó como técnica o método el análisis de contenido, y a través del estudio de doctrina y artículos relacionados con el tema se arribó al objetivo planteado.

CAPITULO I

MEDIOS DE AUTOCOMPOSICIÓN DE CONFLICTOS

1. La Conciliación.

La Conciliación es una fórmula más de solución extrajudicial de conflictos y tiene sus características definitorias, no obstante, como todo, o al menos como ocurre en el Derecho, existen corrientes distintas al momento de definirla; de nuestro lado es un medio de autocomposición de conflictos promovido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), y se define en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) como el proceso donde "un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo" Art. 166.

> Describe Serrano (2014) que los conflictos han formado parte de la naturaleza humana y la conciliación ha sido uno de los mecanismos mas antiguos aplicados por el hombre para la solución de éstos. La conciliación es un medio de solución de conflictos de carácter autocompositivo, es decir, son las propias partes las que prevén las posibles soluciones, y se desarrolla con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como conciliador y que tiene entre sus funciones, proponer algunas propuestas conciliatorias, sin imponer su criterio, pues serán las propias partes en conflicto las únicas que podrán aportar las soluciones y tomar decisiones. En este método de solución el tercero trata de solventar o remediar el conflicto sin basarse en la autoridad ni en el poder público, sino en la autonomía de las partes (p. 255).

La Organización Internacional del Trabajo aconseja en su Recomendación número 92 de 1951 establecer organismos de conciliación voluntaria para contribuir a la prevención y solución de los

conflictos laborales; igual en el convenio 154 sobre la negociación colectiva refiere es a procedimientos y organismos de conciliación para el fomento de la negociación colectiva.

Se advierte al revisar los diferentes conceptos, que es mayoritariamente coincidente la característica definitoria de la conciliación, como medio de solución (y prevención) extrajudicial de conflictos con intervención de un tercero quien, según unas corrientes no realiza propuestas de solución, y para otras no, sino que sirve de vehículo de comunicación para acercar los intereses contrapuestos de las partes, corriente por la que nos inclinamos.

El conciliador, si bien limitada su acción por lo que respecta a la elaboración y proposición de fórmulas de posible arreglo, no lo está en cuanto a su facilitación para el entendimiento de las partes, esto es como se apuntó, un vehículo de comunicación; su accionar está vinculado estrechamente a la comunicación eficaz, activa, asegurarse que los intereses y necesidades de las partes sean expresadas de forma asertiva, para acercar las posturas de cada una, de tal modo que ello facilite que las mismas puedan construir sus propias propuestas, aportar soluciones y tomar sus decisiones.

Es decir, el conciliador es un facilitador activo, no es un "observador de palo", es una suerte de intérprete, de decodificador de la autonomía de la voluntad de las partes, en búsqueda de la armonización de sus intereses.

Sin duda esta actividad del conciliador, necesariamente, debe ser imparcial y despojada de todo tipo de autoridad pues ello desnaturalizaría por completo su condición de tercero imparcial.

Volviendo sobre la OIT, es de resaltar que pese a que en el convenio y resolución antes citada alude es a conciliación, debe entenderse que se extiende este procedimiento al de mediación también, tanto que en su Manual de Mediación de 1998, deja ver que la conciliación y la mediación la más de las veces se confunden en la práctica y es por ello que al centrar este

estudio un poco más sobre la mediación, se hará, a la inversa, extendiéndolo también a la conciliación.

Con todo, es definitivo que cada día, más y más la complejidades de las relaciones sociales y las laborales exige de formas, modos, procedimientos diversos para la solución (extrajudicial) de los conflictos, dejando a las partes el ejercicio de la autonomía de su voluntad y por tanto excluyendo, cada vez más, los modos autoritarios y legalistas, siendo que la conciliación viene al calce con tales exigencias, indistintamente de si el tercero que interviene coadyuvando a las partes, propone o no fórmulas de arreglo posible, o se limite a facilitar la comunicación entre las mismas y armonizar sus intereses contrapuestos. pues lo importante en si es que en este mecanismo el tercero trata de coadyuvar en el encuentro de soluciones, sin basarse en la autoridad, ni en **el poder**.

2. La Mediación

En el Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, Alfonso (2014) define la Mediación como:

> Un procedimiento realizado por un tercero ajeno a las partes que busca la solución del conflicto acercando las posturas de aquellas y proponiéndoles una propuesta de acuerdo sobre lo que les opone.
> Lo característico de la mediación es, precisamente, la realización de propuestas concretas pero sin imponer a las partes una solución del conflicto, que solamente se producirá mediante el acuerdo de las mismas sobre la propuesta efectuada o reelaborando la misma. (p. 1454)

El Diccionario de la Lengua Española, en su vigésima tercera edición (2014) define la mediación como "la actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio"

La definición de la Real Academia Española (RAE) contiene elementos básicos de la mediación clásica que la doctrina de los especialistas bien ha sabido ampliar, siendo lo más importante de este concepto, **la confianza** que deben tener las partes en el mediador .

Orientadora a los fines de esta investigación resulta la definición de Fernández-Ríos, 1995 quien sostiene que

> La mediación puede definirse como la intervención en una disputa de una tercera parte neutral que, no teniendo poder ni autoridad para tomar decisiones sobre el resultado final, colabora con las partes oponentes en la consecución voluntaria de un acuerdo aceptable en relación con los temas objeto de la disputa. (Citado por Vallejo, 2013, p. 20)

Esta definición sirve como punto de partida para lo que en lo adelante se estudiará sobre la mediación, sus principios, características y el rol del mediador; aun cuando se irán añadiendo elementos que llevarán a la construcción de un concepto más amplio ya seguramente esbozado por los diferentes autores consultados pero al que se desea llegar.

No se puede ignorar la definición que da la legislación venezolana a este procedimiento, donde el tercero interviene en la negociación, y somete a la consideración de las partes, fórmulas específicas de arreglo Art.166.c (RLOTTT, 2006).

Al igual que la conciliación se trata de un mecanismo, modo, medio de solución (extrajudicial de conflictos) del cual surgen coincidencias y caracteres distintivo.

2.1. Coincidencias y distinciones con la conciliación.

Se advierte al revisar ambos conceptos, que efectivamente hay razones para que a tales actividades se las tenga funcionalmente como sinónimas y en efecto tiendan a confundirse.

Incluso, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) que cuenta con un Manual de Mediación Laboral (1998), señala en el mismo que en la práctica la conciliación y la mediación la más de las veces se confunden.

> Aunque ambas figuras se suelen confundir en una misma en la práctica, la distinción alude, básicamente, a la capacidad del mediador para formular propuestas, que en principio se niega al conciliador. Como se verá más adelante, es preferible hablar de formas o estrategias de mediación para aludir a esa distinta manera de enfocar la intervención del tercero, que de dos figuras realmente distintas. Pese a ello, son muchos los sistemas jurídicos que prefieren mantener ambas instituciones como modalidades separadas. Al hacerlo, entienden que el conciliador es aquel tercero cuya función en el conflicto es acercar las posturas de las partes y actuar como vehículo de comunicación de las mismas, sin realizar propuestas de solución del conflicto, que vendrán siempre de las propias partes. El mediador, en cambio, tiene una función más dinámica, que le permite proponer acuerdos y soluciones directamente elaborados por él mismo. Como puede observarse, la distinción es más de grado que de naturaleza, ya que en ambas fórmulas la finalidad perseguida por el tercero es la solución del conflicto por acuerdo entre las partes. (p. 13).

En la LOTTT, pese a que en algunas de sus normas hace expresa distinción entre la conciliación y la mediación por lo que respecta a la actividad del funcionario del trabajo, como en el caso p.e. del Art. 479 cuando encomienda al funcionario que preside la Junta de Conciliación intervenir en sus deliberaciones con el propósito de armonizar el criterio de las partes o mediar para lograr acuerdos, en la mayoría de su articulado no se distingue, se confunde, se mezcla o se alterna el uso de la conciliación y la mediación de tal modo que, ambas figuras se confunden en la práctica, aun más cuando la experiencia ha dado cuenta de ello.

No obstante, el RLOT sí distingue entre conciliación y mediación y contiene una tímida definición de ambas figuras, evidenciándose lo tenue de la diferencia entre uno y otro medio.

En la práctica, dice Serrano (2014) "la frontera entre la conciliación y la mediación es muy tenue y movediza" (p.255) Algunos autores y en algunos sistemas como en Alemania, Inglaterra y Bélgica sostienen que ambas actividades son funcionalmente sinónimas y tienden a confundirse.

Siendo tan tenue la distinción, es importante resaltar que en la presente monografía se tratará la mediación y la conciliación como sinónimos, considerando que cuando se media, necesariamente se ha conciliado previamente, resaltando algunos principios o características definitorias de la mediación y del mediador.

3. Principios aplicables a cualquier tipo de mediación.

Carretero (2013) acude a la Directiva del Parlamento Europeo (2008/52/CE) y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación, y si bien ésta da escasas indicaciones sobre cuál debe ser el papel del mediador, sí enumera los principios que habrán de regir su conducta, esto es, **la imparcialidad, independencia y confidencialidad** (p.104). (resaltado de esta monografía).

Más adelante Carretero destaca que sorprendentemente en los Estados Unidos que es un ejemplo y paradigma del desarrollo y crecimiento de la mediación, no se incluye en la *Uniform Mediation Act*, (Ley Uniforme de Mediación) a la imparcialidad del mediador como requisito fundamental del mismo.

No obstante, la imparcialidad y la neutralidad son dos principios esenciales de la mediación, y con frecuencia incluso se les confunden o asimilan, lo que resulta comprensible

puesto que si bien es cierto teóricamente puede distinguírseles, en la práctica ello se complica un poco más.

Esa particularidad anglosajona, que llama la atención como lo señala Carretero (2013), es lo que pudiera considerarse una flexibilización de los principios o condición menos ortodoxa en la concepción de la mediación y ello es muy válido para el presente estudio, pues es sobre la base de estos principios que se consideran fundamentales en la conducta del mediador, que habrá de arribarse a conclusiones y hacer propuestas en el presente estudio y sobre lo que se profundizará más adelante.

La imparcialidad se entenderá como la abstención del mediador en hacer valoraciones o críticas a los planteamientos o posiciones de las partes y así habrá de mantenerse durante todo el proceso de mediación, no pudiendo actuar en beneficio o en contra de ninguna de ellas y sin tomar partido por ninguna de ellas.

La neutralidad se encuentra muy ligada a la escala personal de valores del mediador y a sus creencias, por lo que debe ser muy cuidadoso de que las mismas no afloren en el proceso de mediación, de modo tal que pueda comprometer su actividad al trascender o prevalecer sobre los de las propias partes.

Ya antes se apuntó a la similitud entre la imparcialidad y la neutralidad, pero ciertamente sí son diferentes y ambos son pilares o columnas independientes en un proceso de mediación; ambas sirven de fundaciones para preservar la naturaleza de la misma.

La confidencialidad es una garantía y un compromiso de las partes y el mediador, en el caso del mediador éste se constituye en depositario de relatos, documentos, informaciones, estrategias, intenciones, etc. y puede decirse incluso que este principio está interrelacionado al secreto profesional. De allí la importancia que este tercero que interviene en un conflicto, sea de la absoluta confianza de las partes y sean éstas, de común acuerdo, quienes lo designen. Para

poder, en consecuencia, sin reserva alguna, depositar en el mediador la mayor información, en aras de facilitar a éste el ejercicio de su función mediadora; para ello, una vez más, la confianza en la confidencialidad es fundamental pues como lo afirma Calcaterra (2012), "La información que maneja el mediador es el elemento clave para el manejo estratégico del conflicto ..." (p. 65).

Existen también otros principios que informan la mediación, tales como la voluntariedad, la igualdad y la buena fe. Estos principios, vale decir, han sido recogidos en legislaciones extranjeras como principios que afectan directamente la labor del mediador, y por tanto deben primar en la conducta del mismo pues están asociados sin duda a su ética, a sus deberes y a sus obligaciones, y si bien es cierto no existe una legislación o códigos de conducta del mediador en Venezuela, no menos cierto es, que la naturaleza de este procedimiento exige, *per sé,* una suerte de código de deontología que guíe al mediador en el ejercicio de su función, estableciendo las formas de comportamiento que debe seguir en el ejercicio de su actividad.

4. El Mediador.

Ya ha quedado establecido que la mediación implica la participación o intervención de un tercero para ayudar a las partes en conflicto a alcanzar un acuerdo de forma voluntaria; ese tercero, que es el mediador, debe **necesariamente** ser aceptado por las partes, debe ser imparcial, **carente de poder** de decisión y neutral.

Además, el mediador cumple una tarea que es particularmente fundamental, esto es, que ha de equilibrar la posición de las partes (y esta palabra, **-equilibrio-**, es para memorizarla), pues uno de sus objetivos es **evitar** que se den o perciban desigualdades y estas desigualdades, no refiere exclusivamente a los intereses contrapuestos, no, refiere también a la que pudieran advertir las partes frente a un mediador del que pudiera pensarse pueda sostener una actuación que a la postre favorezca a una de ellas.

> "...tal y como lo señala GONZÀLEZ PILLADO no podemos olvidar que, para que la mediación pueda cumplir sus objetivos esenciales, es necesario que el mediador cree un espacio de confianza en el que las partes, de forma libre y equilibrada puedan exponer sus posiciones a efectos de alcanzar un acuerdo que satisfaga a ambas. En este contexto, **se exige al mediador que, de un lado, esté muy atento a la existencia de situaciones que puedan dificultar o imposibilitar la igualdad de las partes, de tal forma que alguno de los participantes en el proceso no sea libre para negociar o se encuentre en situación de desventaja o sumisión con respecto al otro**" . (Citado por Carretero, 2013, p. 120). (resaltado de esta monografía).

Vallejo (2013) refiriéndose a la conducta del mediador, delimitando cuál debe ser su tarea y comportamiento durante la mediación dice que:

> "...el mediador no debe ostentar autoridad alguna para tomar decisiones, sino que deben ser las partes implicadas quienes lo hagan, siendo su tarea únicamente la de orientarlas para encontrar una solución favorable y aceptada por ambas. Su relación con las partes debe ser neutra, sin decantarse por ninguna de ellas. ..."(p. 21).

Estas exigencias que se hacen al mediador, se comparten plenamente y es clave a esta investigación, pues lo contrario daría al traste con los principios de la mediación, con la confianza necesaria de las partes hacia el mediador, con el equilibrio, y por sobre todas las cosas, hace sombra sobre el resultado de la mediación, incluso del acuerdo al que arriben las partes, por lo que de estar presente alguna circunstancia que de una forma u otra pudiera alterar la garantía de estas exigencias, el mediador está en la obligación de ponerlo en conocimiento a las partes y abandonar la mediación.

En síntesis, la mediación, debe estar a cargo de un tercero neutral, imparcial, sin poder de decisión, ni autoridad, que sea elegido por las partes de manera voluntaria, y que genere absoluta confianza para la confidencialidad; por lo que conviene entonces revisar algunas referencias sobre el rol de la Administración del Trabajo y específicamente del Inspector de Trabajo en los conflictos colectivos de trabajo del sector público en Venezuela, con especial énfasis en los conflictos colectivos de trabajo de los empleados (funcionarios u obreros) al servicio de uno cualquiera de los organismos dependientes del Ejecutivo Nacional. lo cual se desarrollará en otro punto.

5.- La mediación en Venezuela.

Desde la Constitución republicana de 1947, aún cuando con una vigencia muy breve, en Venezuela se establece a la conciliación como mecanismo de solución de conflictos colectivos de trabajo; La Constitución del 61 rescata los contenidos relativos a libertades sindicales que fueron excluidos por la Constitución de 1953, tales como la negociación colectiva y la huelga y por ende los mecanismo de solución de los conflictos. Hoy, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), -1999-, partiendo de su Exposición de Motivos, estimula los medios alternativos para la solución de conflictos y en particular en sus Arts. 96; 253, último aparte y 258, único aparte.

De su lado en la legislación estos contenidos han sido desarrollados, aunque muy tímidamente, inacabados podría afirmarse, en materia de negociación colectiva y conflictos colectivos de trabajo, pues la conciliación y la mediación son los medios que utiliza la Administración del Trabajo para atender derechos fundamentales de los trabajadores, como lo son la negociación colectiva, la resolución de los conflictos y por tanto la libertad sindical la cual se sustenta justamente en estos dos fundamentales derechos.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 aún con sus reformas, mantiene vigente, con el objeto de favorecer la autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo, la

organización del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED) Art. 174, y la Comisión Nacional de Mediación (CONAMED), Art. 188.

No se puede ignorar, aunque se trate de conflictos litigiosos, pero como un antecedente que destaca la importancia de la autocomposición de los conflictos en Venezuela, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2008 la cual incorporó, en desarrollo de la Exposición de Motivos de la CRBV, la Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, para estimular los medios alternos de solución de conflictos.

En otras disciplina tenemos el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje que pertenece a la Cámara Venezolana Americana y el dependiente de la Cámara de Comercio que el es Centro de Arbitraje y Mediación.

De igual modo en Venezuela se ha incrementado la justicia de paz orientada a la resolución extrajudicial de conflictos a través de la mediación y la conciliación.

Mención especial merecen los Inspectores Conciliadores, creados en la reorganización del Ministerio del Trabajo que se hizo en el año 1996 con el propósito de descontaminar a la conciliación de cualquier competencia decisoria de las que tienen los Inspectores del Trabajo. Una iniciativa extraordinaria que pone de manifiesto y confirma que mal puede coexistir en el Inspector del Trabajo el rol de tramitador, sustanciador y decisor, con el de mediador o conciliador.

En fin, no se cuenta con una legislación sobre mediación, y poco, se ha desarrollado esta disciplina pese a que la misma habría de considerarse de vital importancia, máxime en los momentos actuales de la Venezuela de hoy, allí, donde la conflictividad social está a la orden del día y de cara a lo que ocurre en el mundo en materia de resolución extrajudicial de conflictos donde cada vez adquiere mayor vigor e importancia la desjudicialización de los conflictos, creándose instancias y legislaciones de mediación y conciliación obligatoria.

6. La mediación en los conflictos laborales.

Se dará tratamiento a la mediación en los conflictos laborales en Venezuela bajo la concepción de asimilar mediación a la conciliación conforme a lo que precedentemente se ha mencionado. Así, la legislación laboral (LOTTT, 2012) en su Capítulo III, Del Conflicto Colectivo de Trabajo, Sección Primera: De los Pliegos Conflictivos. Art 473 **Mediación para solución pacífica previa al conflicto** expresa:

> "Los funcionarios y las funcionarias del trabajo procurarán la solución armónica de las diferencias que surjan entre patronos, patronas, trabajadores y trabajadoras, aún antes que las mismas revistan carácter conflictivo por hecho público o por la presentación del pliego correspondiente, sin que ello pueda ser alegado para negar su admisión."
>
> Las organizaciones sindicales llevarán a cabo los procedimientos previamente establecidos con miras a la solución de las diferencias que surjan entre las partes. y deberán cumplirlos antes de la iniciación del proceso conflictivo.

Al respecto dice el Profesor Carballo (2013)

> "...Se entiende que el legislador deba denominar *diferencia de naturaleza colectiva* a aquella misma situación de tensión concreta ante los interlocutores sociales *antes* de su exteriorización en sede administrativa (artículos 473 y 474 LOTTT). Dicho en términos simples, la *diferencia de naturaleza colectiva* no es otra cosa que el *conflicto colectivo de trabajo* aún *no exteriorizado* mediante la presentación del pliego de peticiones ante el funcionario administrativo competente; de allí que se imponga al inspector del trabajo interesarse por esta situación e iniciar las gestiones conciliatorias *aun antes que revistan carácter conflictivo*." (p. 210).

Ahora bien, la norma se titula "Mediación para la Solución Pacífica Previa al Conflicto" pero nada en concreto añade la norma, sobre el modo como procurarán los funcionarios la solución armónica; se debe entender entonces que es a través de la mediación, por el título que se le da a la misma; No obstante, la mediación (al menos la formal) supone un proceso, por cierto muy bien estructurado con reglas muy bien definidas, las cuales no se encuentran en dicha ley, en dicho procedimiento ni en otra que aún analógicamente pudiera aplicarse.

De su lado el Art 479 denominado "Junta de Conciliación" en su encabezamiento prevé:

> "Admitido el pliego, el Inspector o Inspectora del Trabajo solicitará de la organización sindical, por una parte, y del patrono o patrona, por la otra, la designación, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, de dos representantes principales y de un suplente por cada parte, para constituir la junta de conciliación, la cual estará presidida por el Inspector o la Inspectora del Trabajo o a quien éste o ésta designe, y funcionará de acuerdo a lo siguiente:... "

y en su tercer aparte:

> "El funcionario o la funcionaria del trabajo que preside la Junta de Conciliación, intervendrá en sus deliberaciones con el propósito de armonizar el criterio de las partes o mediar para lograr acuerdos."

Se advierte que en este caso se estructura el funcionamiento de la Junta de Conciliación y expresamente al funcionario del trabajo se le atribuye la facultad de mediar si no se logra el propósito de armonizar el criterio de las partes, por lo que, una vez más, se debe entender que antes de mediar, sus facultades son para conciliar y conciliar lo asimila a intentar armonizar el criterio de las partes, con lo cual, de algún modo, aunque muy tímidamente el legislador distingue entre conciliación y mediación.

Ahora bien, dentro de las facultades del funcionario cuando actúa como mediador, (en el procedimiento que se ha denominado de conciliación) está la de proponer el arbitraje si la junta no alcanza términos específicos de arreglo, es decir, **la propuesta del mediador viene impuesta por la Ley**. Art. 480. Cabría preguntarse entonces si ello se corresponde con los principios de la mediación. La respuesta parece sin discusión que es negativa.

De otro lado y en términos generales, la mediación en los conflictos laborales dice Gil (2013), no sería posible ni fructífera en el ámbito laboral, si el mediador no tiene cierto conocimiento de la técnica mediadora como de la relación laboral y de su problemática y para contextualizar su dicho, es oportuno textualmente citarle "*Aún cuando tuviera razón Heráclito al atribuir al conflicto la paternidad de todas las cosas, la relación laboral por cuenta ajena seguirá destacando como una de sus hijas más notorias, de las más parecidas a su progenitor....*" (p. 596).

Este señalamiento sobre la necesidad de los conocimientos necesarios que debe tener un mediador en un conflicto laboral, deviene de la naturaleza de este tipo de conflictos, que sin desmerecer de otros, éste en particular afecta valores vitales y de importancia pues se involucra la estabilidad social y económica, la calidad de vida, influido por circunstancias históricas, políticas, socioeconómicas y hasta psicológicas que se deben conocer para que se de una eficaz mediación, pero es que además y aquí se coincide con Gil (2013), el mediador debe conocer a **los actores patronales y sindicales, que son organizaciones complejas depositarias de una multitud de voluntades.** (Resaltado de esta monografía)

Todo este tejido si no es bien conocido por el mediador, corre el riesgo de ponerlo en evidencia frente a las partes y éstas **perder la confianza** y el respeto en sus interlocutores. Máxime hoy en día frente a los nuevos tipos de organización del trabajo.

Con esto se reconoce que un inspector del trabajo pueda por tanto ser un mediador natural en los conflictos colectivos de trabajo, pero ello no es suficiente si en dicho funcionario coincide

la condición de mediador y de patrono, o cuanto menos de representante de éste, peor aún, un subordinado dependiente por su condición de empleado, tal como ocurre en Venezuela cuando estos conflictos colectivos son del sector público, es decir, cuando los trabajadores en conflicto son igualmente dependientes, al servicio del Ejecutivo Nacional.

7.- Qué dice la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ?

Importante sin duda e imposible no comentar, es la atención dada por la OIT a la mediación más allá de lo establecido en los convenios y recomendaciones vinculados a la resolución de conflictos. Esta Organización con vista de las necesidades de sus mandantes consideró necesario y oportuno crear una guía práctica para quienes ejercen la mediación (y la conciliación). Es así como el Servicio de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la OIT, encargó a expertos en la materia de crear el Manual de Mediación (1998).

De amplio interés teórico, pero sobre todo práctico es dicho manual y de obligatoria consulta por parte de quienes tienen una participación activa en la mediación y la conciliación; instrumento en el cual la OIT señala que en la práctica la figura de la conciliación y la mediación la más de las veces se confunden y en sus conclusiones se da precisa respuesta a la interrogante planteada, de modo que basta limitarse a la siguiente cita, por su suficiencia y explicitud.

> La institución de la mediación se debe configurar como un instrumento más al que las partes, sujetos de un conflicto laboral y auténticos protagonistas del proceso negocial, pueden acudir cuando en la negociación directa, sin intervención de un tercero, se encuentra dificultades que les impidan alcanzar el acuerdo.
>
> Debe ponerse de manifiesto que la mediación no debe suplir la autocomposición de los conflictos laborales por los propios sujetos protagonistas de los mismos. En este sentido, no debe considerarse nunca

como un fin en sí misma, sino como un instrumento de ayuda a las partes, y como tal debe ser percibido por éstas.

Para que la mediación tenga este carácter se precisa que las instituciones que la alberguen cuenten con mediadores debidamente capacitados para la función que se les asigna, encarnando la imparcialidad y neutralidad necesaria para su desempeño. Esas características deben transmitirse a las partes en conflicto para que puedan depositar su confianza en este mecanismo de solución de conflictos, cuya eficacia se fundamenta, precisamente, en esa condición (p. 44).

CAPITULO II

LOS CONFLICTOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO

1. El conflicto y su resolución. Desafío.

Si bien es cierto como se vio, que la CRBV promueve la resolución extrajudicial de los conflictos; la legislación laboral establece modos de autocomposición; existe la justicia de paz así como dos centros de resolución extrajudicial de los conflictos, sin desmérito de cláusulas en algunas convenciones colectivas de trabajo que prevén la constitución de comisiones para la conciliación previa de los conflictos individuales o colectivos de trabajo, la cultura de resolución de conflictos en Venezuela se puede decir es fundamentalmente judicial.

En las universidades venezolanas la formación en resolución de conflictos, no forma parte de las asignaturas obligatorias, puede decirse donde las hay, que son optativas, ignorando, se puede afirmar, la importancia en el mundo de la resolución de los conflictos -extrajudicialmente-, pese a la alta judicialización de los mismos.

No cabe duda que ello responde a una falta de tradición social en soluciones autocompositivas . En el campo del Derecho se es conservador en cuanto a los principios y procedimientos, frente a los cambios que impone la dinámica conflictiva y que muy diferente sería si avanzare a la par de los cambios por ejemplo tecnológicos, gracias a los cuales felizmente muchos jóvenes tienen acceso a estudios e información *on line*, así como conexión con experiencias extranjeras que pueden permear e influir positivamente en el desarrollo y modernización de nuestra cultura en materia de resolución extrajudicial de conflictos, y por tanto impulsar reformas legislativas necesarias para el fomento y promoción de la resolución extrajudicial de los conflictos de cara a la importancia que revisten para la paz y la democracia, como lo afirma Mayer (2008).

> "El trabajo de los expertos en conflictos es clave para profundizar en la democracia y la lucha social en el mundo. Los mediadores en los conflictos son defensores y diseñadores de proceso prácticos democráticos. Estos procesos son la clave para transformar el mundo en el que vivimos y para manejar temas fundamentales como la paz, la democracia y la justicia social. " (p.196).

He allí el desafío.

2. Conflicto colectivo de trabajo en el sector público.

El conflicto en sí, sea público o privado encierra la necesidad de su resolución indistintamente de los actores involucrados y/o de los grados de dificultad o los intereses de las partes en disputa; no obstante, cuando se trata de conflictos colectivos de trabajo del sector público, han de tomarse en consideración factores o elementos que inciden de un modo particular en su resolución; podríamos mencionar por ejemplo, las prerrogativas y potestades de la administración pública, la libre disposición en caso de los privados vs. la materia no transigible en el caso de los públicos; las limitaciones presupuestarias, la posición de poder del Estado frente a los particulares y el ejercicio pleno de las libertades sindicales, por mencionar algunos.

En Venezuela la legislación laboral (LOTTT, 2012) en su Capítulo III, Del Conflicto Colectivo de Trabajo, Sección Primera: De los Pliegos Conflictivos. Art 475 Notificación a la Procuraduría General, expresa:

> "Cuando se plantee un conflicto colectivo relacionado con un servicio público u organismo del Estado, el Inspector o Inspectora del Trabajo, notificará de inmediato a la Procuraduría General de la República, a la Procuraduría Estadal o a la Sindicatura Municipal, según se trate en cada caso"

En estos caso se aplicarán las mismas normas del Capítulo III Del Conflicto Colectivo de Trabajo ya citadas en esta monografía, sólo que se cumplirán notificaciones a representantes legales de la Nación, los Estados o Municipalidades según sea el ámbito del conflicto.

Es decir, no existe distinción, y esto es importante resaltarlo, en el tratamiento o **procedimiento** conflictivo de trabajo, excepto por la división o separación que existe en la administración del trabajo para la **tramitación** de los conflictos de ámbito nacional, que deja a la Inspectoría Nacional del Trabajo **del Sector Público** el conocimiento y sustanciación de los conflictos de este sector.

Debe quedar claro también que es la Inspectoría del Trabajo el órgano natural, **único**, competente para conocer y tramitar los conflictos colectivos de trabajo del sector público (y del privado).

2.1.- Funcionarios públicos y derecho al conflicto colectivo de trabajo

No obstante que la presente investigación se centra es en la mediación y en el conflicto de intereses que surge cuando al ejercerse ésta se vulneran los principios que la rigen, como quiera el estudio involucra al sector público, se atiende a la recomendación de referirse al derecho que tendrían o no, los funcionarios públicos al conflicto colectivo de trabajo, ello en razón de estar regidos en su relación de empleo por un régimen especial que pudiera generar dudas sobre si tal derecho colectivo, alcanza los derechos de esta categoría de trabajadores o se encuentran excluidos.

El análisis se hace necesario, quizá, por la óptica de los *ius* administrativistas, pues queda claro para los *ius* laboralistas, el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva y a la resolución de sus conflictos laborales conforme lo establece el ordenamiento jurídico laboral, sin que por ello se trate de la laboralización de la función pública o huida de la administración.

La fundamentación es simple, la LOTTT regula la prestación de servicios personales bajo la dependencia de otros en su Art. 3; en su Art. 5 establece expresamente quienes quedan exceptuados de su ámbito de aplicación y en su Art. 6 trata lo relativo a los trabajadores al servicio de la administración pública:

> "Los funcionarios y funcionarias públicas nacionales, estadales y municipales se regirán por las normas sobre la función pública en todo lo relativo su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones, régimen jurisdiccional; y por los beneficios de esta ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.
> Los funcionarios públicos y las funcionarias públicas que desempeñen cargos de carrera, **tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a ejercer el derecho a la huelga, de conformidad con lo previsto en esta ley**, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. ..." (Resaltado de esta monografía)

Del precedente artículo se desprende con meridiana claridad el derecho que asiste a los funcionarios públicos, incluso que desempeñen cargos de carrera a la resolución de sus conflictos laborales con arreglo a las previsiones del Derecho del Trabajo.

Si bien existen corrientes administrativistas sobre el sistema bajo el cual se encuentran los funcionarios públicos, (abierto o cerrado), y reconoce la jurisprudencia patria que es cerrado ya que es lo que distingue al funcionario público como un grupo de trabajadores distinto a los del sector privado, no debe ello conducir a establecer una diferencia respecto de su condición de trabajador, toda vez que a la luz del Derecho del Trabajo y también del Derecho Administrativo, son trabajadores, esto es, individuos que prestan servicios subordinados a cambio de una remuneración.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en Sentencia No. 1596 de agosto de 2008 hace un estudio valioso de diferentes autores patrios y extranjeros que tratan lo relativo a la función pública y sus sistemas en varios países, y concluye, con lo cual hace doctrina, que

> "...en lo que atañe directamente a nuestro país, de la lectura concordada de las precitadas normas, se puede llegar a la conclusión de que, sin lugar a dudas, nuestro sistema de función pública es un sistema mayormente cerrado, que no admite la injerencia del derecho laboral, sino que se inclina hacia un sistema fundamentalmente estatutario, donde se reconoce tanto el ingreso a través de un concurso público, como la estabilidad a los funcionarios públicos que resulten acreditados en los correspondientes concursos para optar a cargos en la Administración Pública. ..."

Criterio que se comparte a cabalidad, la función pública no admite injerencia del Derecho del trabajo, pero ello debe contextualizarse y la propia sentencia lo aclara:

> "...para reafirmar más aún el sistema estatutario de la función pública venezolana, por lo cual, por interpretación a contrario, no admitiría laboralización alguna **en sus aspectos fundamentales (ingreso, ascenso, evaluaciones, retiro, reingreso, régimen disciplinario)**, tenemos que el primer párrafo del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo precisa claramente que **los funcionarios públicos se regirán por sus propias normas sobre carrera administrativa, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.**
> De allí, que de conformidad con dicha norma de naturaleza laboral, es enfática la existencia de normas propias a la materia funcionarial, es decir, de una regulación estatutaria para los funcionarios públicos que sólo se remitirá a la Ley laboral en casos excepcionales, donde no se encuentre regulado algún

> supuesto en el estatuto correspondiente, pero cabe destacar, que nunca podría haber injerencia de las normas procesales en cuanto a materias específicas como las que se tratarán infra, esto es, ingreso y estabilidad de los funcionarios públicos. ..." (Resaltado de esta monografía)

Queda claro entonces que aun en los sistemas cerrados, como el venezolano, los funcionarios públicos tienen derecho al ejercicio de los derechos colectivos previstos en los convenios internacionales **ratificados por Venezuela**, la constitución y las leyes, puesto que lo cerrado del sistema va referido a lo citado y resaltado en la sentencia supra transcrita (parcialmente).

Para mayor abundamiento y refuerzo de cuanto se afirma resulta oportuno citar a Carballo (2012)

> "... los funcionarios públicos son titulares de la libertad sindica, tal como lo dispone el artículo 2 del Convenio No. 87 OIT. También se ha sostenido que el artículo 95 CRBV, al referirse a todos los trabajadores "sin distinción alguna", estaría reconociendo la titularidad de la libertad sindical a los funcionarios públicos (...)
> En todo caso, en el plano legal **no cabe duda de que los funcionarios públicos que desempeñen cargos de carrera** (por contraposición a aquellos de libre nombramiento y remoción) **son titulares de la libertad sindical** en su más amplio sentido y, por tanto, han de gozar también de un eficaz régimen de tutela contra las conductas antisindicales (*componente inmunitario*)" (pp.213-214) (Resaltado de esta monografía)

Es claro el criterio del especialista en la materia, pero como se trata de posible disparidad de criterios de los especialistas (en Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo),

a la par de la sentencia de la Corte Segunda supra citada, conviene citar la Sentencia No. 787 del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de 27 de Abril de 2007;

> (...) la aplicación del procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Trabajo (para la autorización del despido, traslado o desmejora de condiciones del trabajador en goce de inamovilidad) no exime al órgano administrativo de la aplicación del procedimiento previsto en la norma estatutaria, la cual debe ser aplicada para el retiro, destitución o toma de alguna decisión que afecte la esfera de todo funcionario público amparado por la estabilidad funcionarial.
>
> (...) Si el dirigente tiene un régimen laboral funcionarial especial, debe respetarse, adicionalmente, la normativa pertinente para la terminación de la relación de trabajo.
>
> (...) Lo previsto en la citada Sección Sexta del Capítulo II del Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo debe entenderse exclusivamente como un procedimiento para el 'desafuero' sindical mas no para su despido o retiro, cuando se trata de un funcionario de carrera." (citada por Carballo 2013, pp 215-216)

En síntesis, el sistema cerrado de la función pública en Venezuela, no está reñido con la libertad sindical de los funcionarios públicos, siendo una de sus manifestaciones la negociación colectiva, **la solución pacífica de sus controversias** y el ejercicio del derecho a huelga, derechos éstos, fundamentales, reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico patrio y los convenios internacionales suscritos por Venezuela, con lo cual forman parte de su Derecho interno.

3. La mediación en los conflictos colectivos de trabajo en el sector público en Venezuela. Reflexiones.

El hecho de que un mediador deba necesariamente ser un tercero ajeno a las partes en conflicto, y además encarnar las características de la neutralidad, imparcialidad, y confidencialidad, nos lleva a reflexionar sobre si un representante del Estado, del Ejecutivo Nacional, un empleado de éste, pudiera efectivamente revestir tales características cuando le corresponde asumir el rol de mediador en un conflicto donde se encuentran involucrados indefectiblemente los intereses del mismo Estado.

A través del estudio de la conciliación y muy en especial de la mediación como medios de resolución de conflictos, sus principios; las características del mediador; la mediación en los conflictos laborales; las normas y procedimientos que rigen la mediación laboral en Venezuela en los conflictos colectivos de trabajo del sector público, -la cual cumple el Inspector del Trabajo-; las funciones y atribuciones de este, así como su participación en los mismos; el conflicto de intereses y el poder del Estado, se puede formar un criterio que permita al menos reflexionar acerca de la zona gris donde pareciera encontrarse la mediación cuando es ejercida por el Inspector del Trabajo en los conflictos colectivos de trabajo del sector público en Venezuela, y su incidencia o afectación de los derechos fundamentales, de los trabajadores en conflicto.

De manera que esta monografía puede contribuir en la formación de un criterio propio en el interesado sobre los diferentes puntos objeto de análisis y en general sobre el problema que está planteado, en particular, sobre los efectos o consecuencias de una mediación con desequilibrio de poder, tal como por adelantado puede afirmarse, ocurre en Venezuela.

Y se habla de reflexiones, puesto que hoy por hoy, la mediación se plantea si se ciñe y defiende de manera irrestricta sus principios, excluyendo ciertos tipos de conflictos como

aquellos donde hay desequilibrio de poder, o si por el contrario cede a lo que le da contenido a la misma, esto es, a la autodeterminación de las partes de elegir este medio de autocomposición.

Lo precedente apunta directamente a la convocada reflexión, puesto que en el caso estudiado hay un evidente desequilibrio de poder entre las partes, ya que el mediador es impuesto por la ley, con lo que se afecta la autodeterminación de las partes de elegir a quien va a mediar en sus diferencias y adicionalmente este mediador es a su vez un empleado, un subordinado, del Ejecutivo Nacional, lo que compromete, sin duda los principios que deben primar en una mediación poniendo de bulto un desequilibrio de poder ya que una de las partes en conflicto (el patrono-organismo del sector público) pertenece al mismo Ejecutivo Nacional y por tanto entrañan los mismos intereses.

Surgen por tanto unas interrogantes ¿hay posibilidades de equilibrar esa mediación?, o por el contrario ¿se están lesionando derechos de una de las partes en conflicto, a tal grado que imposibilitan, en estricto sentido, la mediación del Inspector del Trabajo en los conflictos colectivos de trabajo del sector público?.

Pueden anticiparse respuestas a las interrogantes planteadas: el equilibrio no luce posible si se mantiene la mediación en cabeza del Inspector del Trabajo, éste sigue siendo impuesto por la Ley (no hay autodeterminación) y es un empleado del Ejecutivo nacional con lo que los principios de confidencialidad, neutralidad, imparcialidad sin duda se ven comprometidos. Por más que se desee flexibilizar, en este caso tal parece se fuerza otro tipo de solución ¿cuál?, una que excluya al mediador natural (por imperio de la ley), en salvaguarda de **derechos fundamentales de los trabajadores en conflicto y respeto a los principios de la mediación, dado el conflicto de intereses que se presenta.**

CAPITULO III

MINISTERIO DEL TRABAJO: MEDIADOR Y PATRONO

1. Inspector del Trabajo y mediador.

Prácticamente (ya dicho antes) no distingue la legislación venezolana entre la función de conciliación del Inspector del Trabajo y la de mediación, y en la práctica así efectivamente ocurre, que su participación en los conflictos es prácticamente la de un mirón de palo, ya que poco o nada aporta a la solución del mismo, y si bien ello permite dejar a las partes el ejercicio de su autonomía, ello no lo es del todo así dadas las funciones características del Inspector del Trabajo a quien corresponde además del rol de mediador, también desempeñarse como titular de un órgano de decisión en materia de inspección de normas legales a las cuales están sometidas de ordinario las partes (ahora en situación de conflicto), esto es lo que el profesor Villasmil (2006) bien ha llamado "El Dirigismo de la Administración en Materia de Negociación y de la Solución de Conflictos".

> "Pero este dirigismo de la Administración es en ocasiones un dirigismo ciego y además inútil. Veamos dos ejemplos que lo confirman: es un dirigismo ciego porque muchas veces la conciliación del funcionario del trabajo que la ley, prácticamente, no diferencia de la mediación, le hace jugar un rol necesariamente pasivo en la solución del conflicto, por tanto de poca o ninguna iniciativa y deja la negociación, como debe ser, en manos de los interlocutores. Ello además tiene una razón que refiere a un problema de administración del trabajo, porque en el Inspector del Trabajo se confunden desde siempre –y esta ley no es la excepción- funciones de inspección, competencias sancionatorias, de conciliación de conflictos individuales y colectivos, etc. No parece necesario demostrar que el llamado a inspeccionar el cumplimiento de las disposiciones de orden legal o convencional, a imponer

> sanciones o a entender de los conflictos, difícilmente pueda ser el más idóneo interlocutor para la conciliación, a no ser, y eso tenemos, que de la conciliación se espere poco más que la transmisión de información o la inicial invitación a negociar; una *conciliación ciega* en una palabra. Pero además, una gestión de conciliación inútil en atención a la usual poca iniciativa del inspector en términos de la mediación en el conflicto, lo que le suponía ya no un mero estar en el medio de negociadores más o menos distantes, sino tomar la iniciativa en la solución haciendo propuestas que persigan el avenimiento. (p.71).

Claramente el profesor Villasmil trata el punto sobre lo distante que se encuentra el Inspector del Trabajo de lo que debe ser un conciliador o un mediador; a lo que debe añadirse, y es ese el central interés de la investigación; que a este funcionario en no pocas ocasiones le corresponde asumir dicho rol en conflictos donde se encuentran involucrados intereses del Estado, por ser una de las partes en conflicto trabajadores al servicio de algún ministerio u organismo público dependiente del Ejecutivo Nacional donde el mediador igualmente resulta en un dependiente del Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, si la Administración del Trabajo está a cargo del Ejecutivo Nacional, por Órgano del MPPPST y el Inspector del Trabajo (a quien corresponde la conciliación y la mediación) es un dependiente de dicho ministerio, necesariamente se encuentran en juego la neutralidad, la imparcialidad y además la confidencialidad características de cualquier mediador, toda vez que el mediador es un representante o subordinado de una de las partes en conflicto.

Los sujetos en un conflicto colectivo de trabajo del Sector Público serían: de un lado los trabajadores, representados por la organización sindical que puede ser de primer, segundo o tercer grado, titulares de la libertad sindical, de otro lado, su patrono (ministerio, empresa del Estado, organismos autónomos etc).

El tercero mediador, es decir, el Inspector del Trabajo, si bien ha de quedar claro no es un sujeto del conflicto, forma parte de la tríada objeto de esta investigación pues **por imperio de la Ley,** los conflictos colectivos de trabajo han de someterse a la instancia de la administración del trabajo (al Inspector del Trabajo) sin poder las partes elegir el tercero que intervendría para coadyuvarlos en la resolución de su disputa y por imperio de la ley este mediador a su vez, y además, cumple funciones decisorias en ejercicio de sus competencias.

Dos asuntos importantes de aclarar: 1) La vigencia de la Resolución N° 066 del MPPPST de fecha 08 de febrero de 2017 publicada en Gaceta Oficial Nro. 41.097 de fecha 16 de febrero de 2017, mediante la cual se crearon las Inspectorías del Trabajo de Sanción en los siguientes Estados: Amazonas, Apure, Cojedes, Vargas, Anzoátegui [dos sedes], Miranda [dos sedes], Guárico [dos sedes], Táchira, Mérida y Trujillo. Dicha Resolución estableció que las Inspectorías del Trabajo de Sanción tendrán como objetivo fundamental sustanciar y decidir los procedimientos administrativos sancionatorios incoados en contra de las entidades de trabajo que persistan con los incumplimientos de las normativas legales en materia Laboral, Empleo, Seguridad Social, Salud y Seguridad Laboral. De modo que cuando en el presente trabajo se hace referencia a las funciones sancionadoras de los Inspectores del Trabajo habrá de considerarse que las mismas les han sido eliminadas **en algunos Estados** por virtud de la presente Resolución; no obstante, ello no incide en el centro del conflicto de intereses que existe es su función mediadora en los conflictos de trabajo del sector publico, <u>conflicto de intereses que no se modifica por haberle quitado la función sancionadora.</u> 2) Para este estudio se ha considerado como titular de la libertad sindical sólo a los trabajadores subordinados o dependientes, ateniéndonos a la perspectiva del artículo 95 de la CRBV, pese a que el Convenio No. 87 de la OIT extiende dicha titularidad de la libertad sindical a los empleadores y no solo tutela a los trabajadores dependientes sino a los trabajadores en el sentido más amplio del término, esto es, también a los trabajadores autónomos o independientes.

2. Mediación del Inspector de Trabajo en los conflictos colectivos de Trabajo del sector público. Caso Venezuela: Conflicto de intereses.

La vigente Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (LOTTT), en su Capítulo III, Del Conflicto Colectivo de Trabajo. Sección Primera: De los Pliegos Conflictivos, promueve la "Mediación para la solución pacífica previa al conflicto", y en su articulado queda de manifiesto la intervención del Inspector del Trabajo en funciones conciliatorias, bien sea previo a la formalización del conflicto o una vez presentado formalmente el pliego de peticiones.

De igual modo en la LOTTT se determinan las funciones o potestades del Inspector del Trabajo en los conflictos colectivos de trabajo, limitándose las mismas a la mera tramitación y, una vez más, a promover (con su participación directa) los mecanismos de autocomposición.

Pero es que el Inspector del Trabajo, quien puede intervenir como mediador en el conflicto colectivo (aún antes de su exteriorización), y debe limitarse a la mera tramitación del pliego de peticiones con ocasión de la formalización del conflicto, es a quien corresponde también, pronunciarse o decidir sobre su admisión, por mencionar una sola de las potestades que tiene atribuidas, ya que le corresponde igual en el ejercicio de sus funciones, la de supervisión, la de sancionar, y la de conciliar, ya previamente apuntado.

En el caso de conflictos del sector público, esto es, los relacionados con un organismo dependiente del Estado, las potestades del Inspector del Trabajo son idénticas, sólo que deberá notificar de inmediato a la Procuraduría General de la República Art 475 LOTTT y otras actuaciones meramente formales inherentes al procedimiento conflictivo, pero en lo que hace a su rol de mediador o conciliador en nada cambia.

En estos casos, el mediador-conciliador, que a su vez debe pronunciarse sobre la admisión (o no) del pliego de peticiones, además, forma parte de la estructura organizativa del

Poder Ejecutivo Nacional, esto es, el Estado; funcionario cuyo superior jerárquico (jefe), y a cuyos mandatos se encuentra sometido, es el Ministro del Trabajo, que para mayores señas, en la reforma laboral de 2012 se le atribuye la potestad exclusiva para la fijación de los servicios de funcionamiento indispensables en caso de paralización de actividades que cause daños a la población, y que si bien han de considerarse indistintamente del ente prestador del servicio, se encuentran particularmente hoy día, involucradas un importante número de actividades en manos del Estado, tales como servicio eléctrico, salud, hidrocarburos, minería, producción y distribución de alimentos, telecomunicaciones, educación, y otras más, por sólo mencionar algunos que no sólo se consideran servicios públicos esenciales, sino que son actividades en manos de organismos dependientes del Ejecutivo Nacional. Así las cosas, el mediador-conciliador resulta en un dependiente de una de las partes en conflicto.

Ahora bien, y esto es muy importante, si atendemos a los principios de la mediación y por tanto de la actuación del mediador, donde la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad, para detenernos sólo en los que consideramos principios esenciales de la mediación, representan una de las garantías que este medio de autocomposición ofrece a las partes para que éstas puedan participar en condiciones de igualdad de oportunidades y sobre todo manteniendo el equilibrio de posiciones entre las mismas y frente al mediador, no podemos sino plantearnos, que en la intervención del Ministerio del Trabajo por órgano del Inspector del Trabajo, como mediador-conciliador, en los conflictos colectivos de trabajo del sector público. es inevitable que trascienda a su quehacer profesional, en este caso la mediación, la **condición preeminente de poder** por ser un representante del Ejecutivo Nacional; de tal modo que esa condición de desequilibrio, de superioridad, de *imperium*, va necesariamente a prevalecer sobre los intereses de las propias partes, en teoría ambas partes, pero en realidad sólo sobre una de ellas, en este caso el patrono, quien podría verse beneficiado de esta circunstancia ya que igualmente forma parte del Ejecutivo Nacional, colocando al otro protagonista del conflicto, en este caso los trabajadores, por órgano de su representantes sindicales (sindicato o federación), en una posición de desventaja, contaminando el proceso de mediación *ab initio*. Hay pues, pareciera, un despropósito de la institución mediadora o conciliadora en este caso.

Un recorrido por lo que se hace en la práctica, contribuirá, quizá a la mejor inteligencia del asunto, dejando a salvo que las partes que servirán para recrear los hechos son propias de esta monografía, a saber:

1.- Los trabajadores al servicio del Ministerio del Poder Popular para la Salud (MPPPS), (Ministerio adscrito al Poder Ejecutivo Nacional) los médicos en concreto, a través de la organización sindical que los representa, acuden a la Inspectoría del Trabajo (adscrita al MPPPT) a presentar un pliego de peticiones con carácter conflictivo.

2.- El Inspector del Trabajo recibe **el pliego de peticiones con carácter conflictivo,** no obstante, se pronuncia y **lo tramita con carácter conciliatorio**; allí su primera intervención, **modificando** el carácter, la naturaleza del pliego, decidiendo por tanto sobre la autonomía de la voluntad de los trabajadores.

Es de significar que si bien el Art. 474 de la LOTTT confiere al Inspector del Trabajo la facultad de abrir una etapa (breve) de negociaciones, esta facultad sólo puede ejercerla ANTES de la presentación del pliego, tal como se desprende del último aparte de dicho artículo: "… en ningún caso se coartará el derecho de la organización sindical a presentar el pliego de peticiones cuando lo juzgue conveniente"

3.- En la práctica tal como se relata, una vez presentado el pliego, el funcionario del trabajo modifica su naturaleza atentando abiertamente contra la voluntariedad de las partes en conflicto y ese inspector es el que ahora va a conciliar entre ambas partes.

4.- Aún en el caso que se designase un inspector conciliador, la instancia sigue siendo la misma, y ese inspector conciliador, es dependiente igualmente del Ministerio del Trabajo y por tanto del Ejecutivo Nacional.

5.- Para el patrono (MPPPS), esta es una decisión conveniente, puesto que ante un inminente conflicto, el propio Estado por órgano del Inspector del Trabajo le modifica la naturaleza a la acción (sindical) que va dirigida o es previa a una huelga, todo lo cual evidencia el desequilibrio de poder que se presenta, desde un inicio en la mediación planteada.

6.- Esta etapa de conciliación, ciertamente no es ilimitada y pueden los trabajadores de no lograrse algún acuerdo entre las partes, insistir si se permite la expresión, y modificar la naturaleza que le dio el Inspector del Trabajo a la naturaleza real del pliego, en este caso, el inspector, una vez más debe decidir, ahora sobre la admisión del pliego, la notificación al patrono (quien ya estaba a derecho), al Procurador General y solicitarles la designación de la Junta de Conciliación., la cual estaría presidida, por el mismo Inspector.

7.- Hoy por hoy, ni siquiera se designan los miembros de dicha junta, pues el pliego al decretarse como conciliatorio se remite a la Dirección de Mediación, dependiente igualmente del Ministerio del Trabajo, bajo la tutela, mando o supervisión del Ministro del Trabajo.

8.- El mediador decide, el mediador media, el mediador es representante o empleado del patrono, el mediador sanciona.

9.- El Poder Ejecutivo está representado por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, el Procurador General de la República y los demás funcionario que determine la constitución y las leyes, es decir, los Ministros son órganos directos del Presidente de la República.

10.- Del Despacho del Ministro del Trabajo depende directamente el Viceministro para Derechos y Relaciones Laborales y de este Despacho la Dirección General de Organizaciones Sindicales, Negociación Colectiva de donde dependen las Inspectorías del Trabajo, pareciera no ser necesario hacer esta descripción, pero no dejar dudas sobre el vinculo directo entre el mediador y los intereses del Estado, es el objetivo trazado.

En esos 10 puntos precedentes se contiene el caso Venezuela, el cual merece no solo una reflexión como se propuso, sino atención primaria puesto que de manifiesto está que el Inspector del Trabajo cumple y ejecuta las políticas e instrucciones del órgano del cual depende (en todo sentido, ideológicamente e incluso económicamente) y ello está absolutamente reñido con los principios de la mediación, ya que las partes, fundamentalmente a los trabajadores en conflicto se les afectan sus derechos fundamentales, (libertad sindical), al modificar su autodeterminación, que es la razón por la cual acuden al mediador que la ley les impone, pero demás, mal pueden confiar en la confidencialidad que debe primar en una mediación, esto sin dejar de lado, el manifiesto desequilibrio de poder donde mediador y patrono, están de un mismo lado o se puede decir, del lado de los mismos intereses (del Estado).

Presente el conflicto de intereses deviene además indefectiblemente, la violación de principios fundamentales de la mediación y además, de derechos fundamentales de los trabajadores, haya o no intención de hacerlo por parte del inspector, pues como dicen Olea y Bahamonde (2004) "... No es precisa la concurrencia del dolo o la culpa en la conducta del sujeto activo, bastando la existencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido" (p. 698), pues lo que se considera es el resultado evidentemente lesivo para el derecho de libertad sindical y como dice el Profesor Carballo (2012) "...1. Tratándose de un *derecho fundamental*, la libertad sindical goza de la *integridad* y *supremacía* del sistema constitucional. Por tanto, debe ser revestida de adecuados mecanismos que garanticen su eficaz ejercicio y repriman cualquier amenaza o lesión a sus contenidos" (citado por Carballo, 2013, p.157)

Una cosa es flexibilizar el corsé de la mediación , ya tantas veces mencionado. y otra es tener que someter las diferencias a la mediación de quien decide o puede hasta imponer los intereses de una delas partes.

Tanto es como se ha relatado, que en la actualidad en la Inspectoría Nacional del Trabajo del Sector Público (y del privado), **no se tramitan los pliegos de peticiones con carácter**

conflictivo , ya no bajo el argumento de abrir una etapa conciliatoria, sino bajo el criterio (en franca afrenta y violación de la libertad sindical), que los mismos sólo deben versar sobre el incumplimiento de la convención colectiva, y siendo así, por tratarse de un incumplimiento, ello se asimila a un reclamo y se tratará como tal, ante una sala de reclamos. Esto último abona para un estudio completo del tema sobre conflictos colectivos de trabajo, que no es objeto de esta investigación pero sirve para evidenciar, el abierto conflicto de intereses que se suscita cuando los trabajadores del sector público en el ejercicio de sus **derechos fundamentales** se encuentran frente al poderío del Estado, el cual se impone y decide según sus intereses e ideologías en un proceso donde el equilibrio de poder, la confianza, la neutralidad y la imparcialidad son sus pilares fundamentales.

Otros son también los principios y características de la mediación y del mediador, y quizá, como ya se apuntó, haya de flexibilizarse un poco el corsé rígido que traen consigo los principios de neutralidad e imparcialidad que informan la mediación, o ser menos ortodoxos en su concepción; no obstante, es de pensar en sustraer de la esfera del Ministerio del Trabajo la labor de mediación en este tipo de conflictos, dado el conflicto de intereses en la mediación que cumple el Inspector del Trabajo en los conflictos colectivos de trabajo **del sector público**, por las razones anteriormente expresadas donde la autonomía colectiva se ve disminuida por la autoridad del poder público, limitando por tanto el ejercicio de libertades fundamentales de los trabajadores.

Puede constatarse cuanto se afirma en todos los expedientes en las Inspectorías del Trabajo del país.

3. El Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED) y la Comisión Nacional de Mediación (CONAMED) en tres tiempos: pasado, presente y futuro.

Pasado:

Dos instituciones de importancia creadas por el reglamentista de 1999 y que no obstante las reformas parciales de las que ha sido objeto el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, las mismas no han sufrido -afortunadamente- modificaciones: El SENAMED y la CONAMED.

Su creación ha constituido un aporte importante en materia de Derecho Colectivo en Venezuela y nacen para responder a los retos por venir en una Venezuela en la que acababa de ocurrir uno de los hechos más importantes de los últimos años, el Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social y Política Salarial -ATTSSI- (1997).

El propósito de incorporar en el reglamento estas instancias de autocomposición de los conflictos de trabajo, respondió adicionalmente, a ciertas medidas que adelantó para entonces el Ministerio del Trabajo tendentes a establecer espacios orientados a la promoción de la autocomposición de los conflictos.

Ya para 1996 se habían creado los Inspectores Conciliadores en la reestructuración de dicho Ministerio y en 1997 se comenzó a ejecutar dicha reestructuración, incorporando a la administración del trabajo a los primeros de esta categoría de Inspectores previa formación especial en su área; así mismo se dictó entonces un Manual de Procedimiento para los Inspectores del Trabajo con claras instrucciones sobre la imparcialidad con la que debe actuar dicho funcionario del trabajo en los conflictos colectivos de trabajo, y propiciar que sean las mismas partes quienes de manera concertada encuentren el camino para la solución de los conflictos.

Para entonces igualmente se planteó la necesidad de un acuerdo que reconociese la necesidad de diferenciar en los conflictos colectivos de trabajo, los servicios que afecten los servicios públicos esenciales para la colectividad, de los que afecten actividades de interés particular y así a la práctica administrativa se fueron incorporando decisiones en desarrollo de esa propuesta del ATSSI del 97 y las derivadas de la reestructuración del Ministerio del Trabajo en 1996, que luego fueron recogidas en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999. Todo orientado al favorecimiento y fortalecimiento de las relaciones colectivas de trabajo y la libertad sindical. Es ésta la génesis de la Conamed y el Senamed.

Presente:

Hoy por hoy, se mantiene la vigencia tanto del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED) y de la Comisión Nacional de Mediación (CONAMED), los artículos 174 y 188 del RLOTTT (2006).

Ambas instancias de resolución de conflictos laborales cumplirían su objeto, fuera de la competencias del Inspector del Trabajo, no obstante estar creadas justamente para propiciar la autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo, y más concretamente la Conamed está concebida para el caso de los conflictos colectivos de trabajo del sector público y que si bien está adscrita al Ministerio del Trabajo y es potestativo (no obligatorio) del Ministro someter este tipo de conflictos a la Comisión, no menos cierto es que se integra la misma también por representantes del Servicio de Mediación y Arbitraje, lo cual significa que no es solo el Ministro o el representante que este designe quien ejercerá la mediación, sino que concurrirá su quehacer con el representante del Senamed, esto es, como lo denomina la doctrina una co-mediación, que si bien no excluye la intervención del Ministerio del Trabajo, al menos mitiga su influencia, sale de la esfera del mismo y transfiere o comunica mayor confiabilidad a las partes en conflicto, pues han ellos elegido al integrante del Senamed que cumplirá también el rol de mediador, es decir, la autodeterminación en la selección del mediador se ejerce.

Con todo, la Conamed como tal no ha tenido hoy por hoy un desarrollo bajo los términos precisos del reglamento, pero no se puede ignorar, que en la práctica el Ministerio del Trabajo, mantiene la figuras del Inspector Conciliador y la separación de las competencias de la Inspectoría Nacional del Sector Público de las del Sector Privado.

Es decir, hay una aproximación, muy temerosa, pero en fin aproximación, aunque sólo **teórica** a los medios de resolución de conflictos más cónsona, quizá, con lo que la realidad exige, pero es demasiado tímida aún y a nada sirve si no se pone en práctica.

Futuro:

Si se mira al pasado y se compara con el presente, es probable que se vislumbre el futuro de estas instancias, y todo parece indicar que van a permanecer tal cual como en la actualidad permanecen: letra muerta en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero ello no significa que así deba cumplirse, lo que antecede pone de manifiesto como se apuntó, que ha persistido la mirada hacia los medios de autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo; y aún cuando esa mirada pareciera en búsqueda del objetivo adecuado, no resulta así en la práctica.

Aquí quizá viene a calce de nuevo el punto 1 del Capítulo II de esta monografía, cuando se plantea el desafío del conflicto y su resolución, cifrando las esperanzas en los avances tecnológicos, en las nuevas generaciones que imponen el manejo de una información que terminará impulsando cambios acordes con los cambios que impone la dinámica conflictiva y que tal parece no así lo ven los legisladores patrios.

Otra realidad dentro de las frontera nacional es, que desde hace tiempo bastante no hay en Venezuela conflictos colectivos de trabajo del sector público: ¿paz laboral?.

Es sabido que la mayoría de los conflictos colectivos de trabajo en Venezuela no han sido, ni son, reivindicativos, sino por incumplimiento, una vez más la interrogante ¿hay hoy cumplimiento cabal de las cláusulas pactadas en las convenciones colectivas del sector público?, indiscutiblemente que no; y aún cuando se diera vida a la Conamed en los términos específicos del reglamento o de la forma como de hecho se viene cumpliendo la resolución de conflictos del sector público en la actualidad, no se puede vislumbrar un futuro como el que se desea ver a través de esta investigación, toda vez que sigue el Ministerio del Trabajo, órgano del Ejecutivo Nacional, estando a cargo de todo lo relativo a la conducción del conflicto colectivo de trabajo del sector público.

Si bien es cierto en el tiempo y por razones de orden cultural hay una percepción de los actores sociales (empleadores y trabajadores) de que es el Estado el que debe intervenir y solucionar los conflictos, no menos cierto es que lo que actualmente ocurre en el país, donde la libertad sindical se ha desdibujado de nuestras relaciones laborales, pudiera servir como acicate para, a través, eso sí, del diálogo social, concertar los interlocutores sociales un gran acuerdo sobre relaciones colectivas que sustraiga de la esfera del Ejecutivo Nacional la mediación en los conflictos colectivos de trabajo del sector público, respetando claro está, los lineamientos y garantías necesarias propias de dicho sector, pero no afectando la libertad sindical por el control e influencia, en una palabra, el poder del Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Trabajo.

Siendo la libertad sindical el derecho fundamental más afectado, el movimiento sindical tiene una palabra importante en este tema pudiendo impulsar las reformas necesarias en el sentido apuntado.

4. Opciones para dirigir procesos equilibrados ante el desequilibrio de poder.

A raíz de la constatación de que en los conflictos colectivos de trabajo del sector público se han perdido de vista los principios de los que surge o sobre los que se sostiene la mediación, producto de la posición de poder que ostenta el mediador y que trasciende a una de las partes en

conflicto, toda vez que dicho poder deviene de ser representante del Ejecutivo Nacional, y el patrono -en conflicto- es igual una dependencia del ejecutivo, es que surge la preocupación sobre cómo y qué hacer que permita equilibrar o rescatar, en este tipo de mediación, los valores o principios de los cuales la mediación surgió.

Indiscutiblemente que lo primero que ha de plantearse es que cualquier solución, respuesta u opciones debería generarse con sus protagonistas, esto no es otra cosa que a través del diálogo social tripartito.

Si bien como lo afirma Bernardoni (1998), "...hay una percepción tanto en el sector trabajador como del sector de los empresarios, en el sentido de que este Ministerio es el que debe regular y conducir el conflicto colectivo de trabajo..." (p. 267) valdría saber si esa cultura o tendencia se mantiene aún, considerando las excesivas limitaciones a la libertad sindical que en los últimos años han sufrido los trabajadores, e incluso las violaciones en contra de los derechos del sector empleador, al grado que por primera vez Fedecámaras introduce una Queja ante el Consejo de Administración de la OIT, que se fundamenta en la continuidad y gravedad de los incumplimientos por parte del Gobierno de Venezuela a los Convenios 26, 87 y 144 de la OIT, referidos a la fijación del salario mínimo, la **protección de la libertad sindical** y la **consulta tripartita**, respectivamente, artículos que promueven fundamentalmente el diálogo social tripartito, con la presencia de gobierno, trabajadores y empleadores, queja que derivó en una decisión del Consejo de Administración de nombrar una Comisión de Encuesta para Venezuela, que es el procedimiento de investigación de más alto nivel de la OIT, por violaciones a los convenios internacionales del trabajo suscritos por Venezuela, (Comunicado de prensa de la OIT de 28 de marzo de 2018 http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_622587/lang--es/index.ht).

Ni hablar de los pliegos de peticiones con carácter conflictivo congelados y desnaturalizados por decisión del inspector, en las oficinas de las Inspectorías del Trabajo, presentados por las organizaciones sindicales que representan a los trabajadores del sector público.

Esta realidad laboral exige cada vez con mayor vigor, de la mediación, pero de la mediación clásica, de aquella donde la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad son intrínsecos a este proceso.

Ello es posible si **a través de los actores sociales** se marca la dirección o el rumbo social al que el poder legislativo debe dar una respuesta. Esto es, una reforma laboral concertada que excluya de las competencias de la administración del trabajo la mediación en los conflictos colectivos de trabajo del sector público, ya que esta mediación pone en tela de juicio, se insiste, los principios de la mediación desde la concepción tradicional de este proceso y crear una instancia de mediación especial para el sector público. ¿CONAMED?. si, es posible, pero no tiene necesariamente que estar adscrita o vinculada al Ministerio del Trabajo.

Desde una óptica **flexible,** quizá sea necesario adaptarse a una reconceptualización de la mediación, y los mediadores innovar en técnicas y estrategias que aglutinen un concepto amplio, abierto y flexible de la mediación y que su responsabilidad profesional e intervención ética se centre en saber dar respuesta a las necesidades concretas de los actores sociales en conflicto, adaptándose plenamente al rol que desempeña.

Las opciones, con todo, siempre han de estar basadas en la necesidad de dar una respuesta responsable , coherente y ética a lo que la sociedad exige al acudir a una mediación, entendiendo en este caso a la sociedad como los actores sociales del sector público.

En términos generales y esto es muy importante, es posible, como dicen, Alzate, Merino y Méndez (2013).

> ...cohesionar la teoría y la práctica de la mediación, de tal modo que permita intervenir en las situaciones en las que la población elige este proceso. En caso contrario, si la mediación se limitara a defender a ultranza sus principios de neutralidad, imparcialidad o excluir determinados tipos de conflictos por desequilibrio de poder o por motivos ideológicos, estaríamos desvirtuando esta herramienta y la filosofía de la autodeterminación de las partes que da contenido a estos procesos de gestión de conflictos (p.278).

Esto, es posible, pues se adapta justamente a una realidad social dinámica, a nuevos contextos sociales y laborales que convocan a la flexibilización, pero cuando converge en el mediador, por muy ético e imparcial que fuere, la condición de parte y tercero, al problema hay que atacarlo de raíz, de allí el preferir o promover, la opción de excluir de la competencia de la administración del trabajo, la mediación en los conflictos colectivos de trabajo del sector público y entonces sí, ampliar el prisma de los principios que informan la mediación y los límites de su intervención.

CONCLUSIONES

El Inspector del Trabajo es un funcionario público, trabajador subordinado del Ministro del Trabajo quien a su vez es dependiente del Ejecutivo Nacional por lo que está al servicio de éste.

Aquél trabajador **es el mediador natural** en los conflictos colectivos del trabajo del sector público **por imperio de la Ley**, y a su vez es parte en dicha disputa, toda vez que en esta categoría de conflictos una de ellas también es dependiente o forma parte de la estructura organizativa del Ejecutivo Nacional.

En la labor de mediación del Inspector del Trabajo, en los conflictos colectivos de trabajo del sector público se **mezclan intereses que son excluyentes en todo proceso de mediación** pues un representante del patrono mal puede ser imparcial, neutral y garantizar la confidencialidad si la disputa en la que media están los intereses de su representado.

Un conflicto de intereses obliga al mediador a abandonar la mediación, puesto que sus acciones están indebidamente influenciadas sino por un interés secundario personal, sí por una política, instrucción, ideología o intereses de la estructura a la cual pertenece y esto no hace más que inficionar la mediación desde su inicio.

La autonomía de la voluntad de las partes y la libertad sindical son violados permanentemente en Venezuela cuando los sujetos en conflicto pertenecen al sector público y para dirimir su disputa acuden al ente mediador **que les impone la Ley**.

La modificación de la naturaleza conflictiva de los pliegos de peticiones en las Inspectorías del Trabajo, es posible por el *imperium* que tiene el Inspector del Trabajo y su subordinación a las políticas del Estado en esta materia.

La subordinación del mediador a las políticas del Estado cuando media en los conflictos colectivos de trabajo del sector público donde necesariamente están involucrados los intereses del mismo Estado, ponen de manifiesto el desequilibrio de poder en esta mediación, y una vez más **el conflicto de intereses.**

RECOMENDACIONES

Esta experiencia, que si bien no es nueva, pero sí hoy día sin precedentes, excepto cuando fueron excluidas las libertades sindicales por la Constitución de 1953, **exige** un rescate que impida ahora **y en el futuro,** que derechos fundamentales como lo es la libertad sindical sean vulnerados bajo el amparo de la legalidad y por lo que respecta al modo de solución de los conflictos colectivos de trabajo.

Ese rescate debe arribar a través del diálogo social, donde los actores sociales se planteen la necesidad de **sustraer** de la competencia del Ministerio del Trabajo, **la mediación y/o la conciliación** en los conflictos colectivos de trabajo del sector público y acuerden que de ello se ocupe una instancia integrada por **mediadores sin poder ni vinculación al Estado**, marcando la dirección o el rumbo social al que el poder legislativo debe dar una respuesta, esto es, **una reforma laboral concertada en el sentido apuntado.**

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social y Política Salarial (1997)

ALFONSO MELLADO, Carlos L (2014) ***Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Madiación***. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch..

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE María E. (2004). ***Derecho del Trabajo***, 22ª ed. Madrid . Civitas Ediciones.

Alzate, R., Merino, C., y Méndez, (2013). Generando Opciones en Mediación En H. Soleto (Directora) Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos (pp 269-278) Madrid. Ed Tecnos. 2da e.

BERNARD S., Mayer (2008) ***Más Allá de la Neutralidad. Cómo superar la crisis de la resolución de conflictos*** 1ª ed. Barcelona. Editorial Gedisa

BERNARDONI, María, (1998) *Medios de Solución de los Conflictos Colectivos de Trabajo.*) En **Jornadas Internacionales *Diálogo Social y Tripartismo.***. Caracas. Ed. Minsterio del Trabajo

CALCATERRA, Rubén A. (2012) ***Mediación Estratégica***. Barcelona. Editorial Gedisa

CARBALLO MENA, César Augusto (2012) ***Libertad Sindical.*** **La Perspectiva de los Derechos Fundamentales.** Caracas. CACM Edi.

CARBALLO MENA, César Augusto (2013) ***Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento Parcial Sobre el Tiempo de Trabajo***. Caracas. Ed. Jurídica venezolana

CARRETERO, E. (2013). El Papel del Mediador Tras la Aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. En H. Soleto (Directora) Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos (pp103-126) Madrid. Ed Tecnos. 2da e.

CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA (1947) Gaceta Oficial Extraordinaria n. 194 Julio 07, 1947

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA (1953) Asamblea Nacional Constituyente. Abril 11, 1953

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999) Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5.453 (Extraordinario) Marzo 24, 2000.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Sentencia No. 2008-1596 de 14 de agosto de 2008. Recuperado de http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/agosto/1478-14-AP42-R-2007-000731- 2008-1596.html

DECRETO No. 4.447 (2006, Abril 28) **Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.** Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.426 abril 28

Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Antonio BAYLOS G., Candy FLORENCIO T., Rodrigo GARCÍA S, coordinadores. (2014) Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch.

GIL, A. (2013). Mediación Laboral: Concepto y Técnica de la Mediación en el Conflcicto Laboral En H. Soleto (Directora) Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos (pp 595-614) Madrid. Ed Tecnos. 2da e.

LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS (2012) Decreto no. 8.938. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela no. 6.076 Extraordinario, 2012 mayo 07

LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO (2002) Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.504 Extraordinario, 2002 agosto 13

Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos. 2ª ed. Helena SOLETO, Emiliano CARRETERO Morales y Cristina RUIZ López. (2013). Madrid. Editorial Tecnos.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comunicado de Prensa. Recuperado de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_622587/lang--es/index.htm

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1998) Servicio de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.. ***Manual de Mediación.***. Edi en castellano. Manual Recuperado de www.diba.cat/cemical/publicacions/fitxers/manual_mediacion_oit.pdf.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (2014) 23 ed. Tomo I. **Diccionario de la Lengua Española.** Madrid. Ed. Espasa Calpe, S.A.

REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO (1999) Gaceta Oficial No. 5.292, 1999 Enero 26

RESOLUCIÓN N° 066 del Ministerio del Poder Popular Para el Proceso Social del Trabajo. de fecha 08 de febrero de 2017 . Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 41.097 de fecha 16 de febrero de 2017.

Sector Público. Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Sector_público

SERRANO GARCÍA, Juana María (2014) 1ª ed. **Conciliación**. Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch

VALLEJO, Raúl de Diego y GUILLEN G. Carlos (2013) 3ª ed. ***Mediación. Proceso, tácticas y técnicas.*** Madrid. Editorial Pirámide

VILLASMIL PRIETO, Humberto y CARBALLO MENA, César Augusto. (1999) ***Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento: Anotado y concordado***. Caracas. UCAB

VILLASMIL PRIETO, Humberto (2006). ***Estudios de Derecho del Trabajo*** 2ª ed. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello