

**FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
(FUNEDA)**

**Constitución, Potestades
Administrativas y Derechos
Fundamentales en la Ley Orgánica
del Trabajo, los Trabajadores y las
Trabajadoras (LOTTT)**

Ramón Alfredo Aguilar C.

Caracas, 2014

© **CONSTITUCIÓN, POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS (LOTTT)**
Ramón Alfredo Aguilar C.¹

FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA)

Impreso en Venezuela

DEPÓSITO LEGAL: l.f. xxxxxxxx

ISBN: 978-xxxxxxx

DISEÑO GRÁFICO: *Lic. Fredy N. Calle. (0416) 376 83 99*

DISEÑO DE PORTADA:

IMPRESO EN: *Lito-Formas - julio de 2014*

Calle 13 Esq. Carrera 15 - Barrio Obrero - Telfs: (0276) 3438334 - 3429314

San Cristóbal - Táchira - Venezuela

CANTIDAD: *1.000 ejemplares - Impresos en papel Bond base 20*

¹ Abogado (UCV). Especialista en Derecho Procesal (UCV). Especialista en Derecho Laboral. Tesista (UCAB). Doctorando en Derecho (UCV). Profesor de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil categoría Agregado. Escuela de Derecho FCJP UCV. Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD). Subdirector de la Revista de Derecho Funcionario (Fundación Estudios de Derecho Administrativo. FUNEDA).

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
ABREVIATURAS	3
PLANTEAMIENTO	
CAPÍTULO I	
DE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
CAPÍTULO II	
DE LA INCONSTITUCIONALIDAD ABSOLUTA DEL “DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS”	
1. Reserva legal, Derechos Fundamentales y Decretos Leyes....	
2. La LOTT no es ley formal ni cumple con los requisitos para restringir válidamente derechos fundamentales.....	
a. Arrebató de poderes constitucionales de la Asamblea Nacional electa para el período 2011-2015.....	
b. La Ley Habilitante no facultó al Presidente de la República para decretar o reformar la Ley Orgánica del Trabajo...	
c. Violación del Principio de Pluralismo Político.....	
d. Violación de tratados internacionales de rango constitucional. Exclusión de la participación ciudadana y de los representantes de trabajadores y empleadores.....	
CAPÍTULO III	
DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ESPECÍFICAS DISPOSICIONES DEL “DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS”. INFRACCIÓN MATERIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES	

1. Violación de la reserva legal. Creación de figuras indeterminadas y atentatorias contra el debido proceso, la propiedad privada y la libertad de empresa. Inconstitucionalidad de los artículos 10, 148 y 149 de la LOTTT.....
2. Violación al Debido Proceso. Uso indiscriminado de la Fuerza Pública. Amenaza a la libertad personal e integridad física. Inconstitucionalidad de los artículos 12 y 512 de la LOTTT.....
- 3.- Violación al Debido Proceso, derecho de Acción y a la Tutela Judicial Efectiva por exacerbación de los poderes de la autoridad administrativa y arrebato de funciones jurisdiccionales. Inconstitucionalidad de los artículos 23, 507, 509 y 513 LOTTT. Los Procedimientos de “reclamo”
4. Estabilidad e Inamovilidad laboral. Violación de los derechos y garantías de Debido Proceso, Libertad Personal, y Tutela Judicial Efectiva. *Solve et repete* y posibilidad de “prisión por deuda”
- a. Estabilidad laboral.....
 - a.1. Tratamiento de la Estabilidad en la LOTTT.....
 - a.2. Necesidad de diferenciar la Estabilidad de la Inamovilidad.....
 - a.3. La LOTTT no se ajusta al mandato Constitucional del artículo 93
- b. Inamovilidad Laboral.....
5. Violación del derecho a la libertad personal. Otra forma de Criminalización de la actividad Patronal. Conversión de multa en arresto.....
6. Violación del derecho de propiedad y del derecho a la seguridad social. Pago “Doble de Prestaciones Sociales” en casos distintos al Despido Injustificado. Inconstitucionalidad de parte del artículo 92 LOTTT.....
7. Violación del derecho de propiedad y del derecho a la seguridad social. Pago de indemnizaciones por incapacidades. Inconstitucionalidad del artículo 73 LOTTT.....

CAPÍTULO IV
DE LOS BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES
CONTEMPLADOS EN EL DECRETO-LEY.....

CONCLUSIONES.....

ABREVIATURAS

APUCV	Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela
AVAL	Asociación Venezolana de Derecho Laboral
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CTV	Confederación de Trabajadores de Venezuela
IVSS	Instituto Venezolano de los Seguros Sociales
LOPT	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
LOT	Ley Orgánica del Trabajo (1997)
LOTTT	Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras
LOPT	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
UCV	Universidad Central de Venezuela

PLANTEAMIENTO

En fecha 7 de mayo de 2012 entró en vigencia el Decreto No. 8.938¹ dictado por el Presidente de la República, contenido del *“Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”* (en lo sucesivo LOTTT), que derogó la Ley Orgánica del Trabajo de 1997², y consecuentemente pasó a regular uno de los más relevantes y trascendentes aspectos de la vida del hombre, el “hecho social trabajo”³; reglando aspectos fundamentales como el régimen de remuneraciones, jornada laboral, condiciones de trabajo, estabilidad, libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga), y otros tantos aspectos vinculados a las relaciones laborales consideradas tanto individual como colectivamente. Por supuesto, esta ley (o Decreto en este caso) regula y está llamada a reglar, desarrollar e instrumentar múltiples normas, principios y garantías constitucionales consagradas en el texto fundamental en favor de los trabajadores, especialmente en lo que concierne a los denominados “derechos sociales”, y además, a disponer y regular las garantías y requisitos materiales, sociales, económicos y morales, necesarios para la sustentabilidad de las relaciones laborales –en tanto que relaciones humanas–, así como también, los derechos que corresponden a los empleadores dentro de la vinculación bilateral, sus libertades y ámbito de acción lícita en el marco de las garantías de libertad económica, derecho de propiedad y del Estado democrático y social, de Derecho y de Justicia, que promueve la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴.

1 Publicado en esa misma fecha en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.076 Extraordinario, de fecha 7 de mayo de 2012.

2 Publicada en Gaceta Oficial del República de Venezuela Extraordinaria No. 5.152, de fecha 19 de junio de 1997.

3 Tal y como lo denomina la norma del artículo 89 Constitucional.

4 Publicada originalmente en Gaceta Oficial No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa con modificaciones en Gaceta Oficial N° 5.453 (Extraordinaria) de fecha 24 de marzo del 2000, y enmendada y publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinaria del 19 de febrero de 2009

Al momento de la entrada en vigencia de la referida normativa (mayo de 2012), de forma sumaria y dentro del ejercicio de nuestro quehacer profesional, nos propusimos la revisión y análisis preliminar de los principales aspectos modificados, eliminados o innovados, a los fines de determinar las implicaciones jurídicas y prácticas de la nueva legislación laboral, destacando desde ese mismo momento -no obstante el carácter práctico del texto producido⁵- nuestro criterio sobre la inconstitucionalidad del Decreto-Ley en análisis, así como la posible vulneración de derechos fundamentales a través de algunas de sus regulaciones. Ahora, a más de un año de su vigencia y habiendo apreciado en la práctica forense la ejecución y consecuencias prácticas de la ley en comentario, presenciamos la efectiva y flagrante vulneración de derechos y garantía constitucionales en ocasión de su ejecución; evidenciando con asombro que la academia y los especialistas en la materia –con singulares excepciones- parecen limitar sus esfuerzos a bizantinos análisis sobre fórmulas de cálculo de beneficios, aspectos relacionados a la jornada laboral⁶ u otros aspectos prácticos, sin que más allá de las defensas casuísticas impulsadas por los litigantes, hayamos podido verificar algún esfuerzo gremial o académico⁷ para contrarrestar aquellas gruesas infracciones al texto y garantías constitucionales.

En atención a la significación jurídica que puede representar el desconocimiento de derechos fundamentales a través de una ley que más bien debe estar orientada a ordenar la convivencia social en el quehacer ordinario de la mayoría de los individuos conformado por el desempeño de una actividad productiva lícita, nos planteamos la revisión científica de la normativa en referencia, a los fines de constatar la inconstitucional restricción de derechos y

5 www.progente.com.ve/media/progente-analisis-lottt-2012.pdf. (consultado junio 2013).

6 En foro electrónico abierto de la “**UCV-CATEDRA LIBRE DEL MUNDO DEL TRABAJO**” (<http://es.groups.yahoo.com/group/ucvCATEDRALIBREDELMUNDODELTRABAJO>), importante foro vinculado con la Asociación Venezolana de Derecho Laboral (AVAL) hemos podido apreciar que la mayoría de las discusiones se centran en aspectos “prácticos” sobre la aplicación de la Ley, siendo que apenas algunos colegas se han manifestado planteando las graves violaciones verificadas en la realidad sobre los derechos de sus patrocinados.

7 En este trabajo se destacan las posiciones doctrinarias que abierta o incidentalmente han denunciado la inconstitucionalidad de algunas normas, o han referido su desacuerdo con algunas disposiciones fundamentados en razones de desproporcionalidad.

garantías fundamentales, circunscribiéndonos en este trabajo a destacar las que consideramos más evidentes en relación a las garantías individuales, exclusión hecha de los aspectos sindicales o colectivos donde también podría sostenerse la vulneración de derechos y garantías.

CAPÍTULO PRIMERO

De la legislación laboral y el respeto a los Derechos Fundamentales

La especialidad de la materia laboral impulsa y hace suyas las fórmulas necesarias para equilibrar las connaturales diferencias económicas y jurídicas entre empleadores y trabajadores, creando medios de protección y ordenación de la relación laboral que deben adaptarse a las garantías y derechos de todo trabajador consagrados en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales que poseen el mismo rango. El trabajo como hecho social requiere de una especial protección y regulación, que garantiza la vida y la integridad física y moral del trabajador, al tiempo que debe procurar en todo momento la ordenación de la vida en sociedad, en tanto rige el quehacer humano más común y ordinario: la prestación de un esfuerzo físico y/o intelectual en procura de los medios de subsistencia. Se trata pues de la convivencia, de la subsistencia, de la vida del hombre común y de la conformación de un estatus colectivo, que debe conducir al bienestar general. En palabras de Caldera:

“El trabajo es un hecho social básico. Mediante él se hace posible, no tanto la vida del individuo que lo presta, como la vida social misma. Sin el trabajo no hay progreso, no hay posibilidad de desarrollar la técnica al servicio de la vida humana, no existe la división de tareas mediante la cual algunos hombres pueden dedicar su vida a luchar por el mejoramiento de la situación general de los asociados. Por él viven los trabajadores y sus familiares, que componen la inmensa mayoría de los seres humanos. De él depende, no sólo la subsistencia del trabajador sino la existencia

de la familia, célula social por excelencia. Y si el trabajo es condición tan esencial de la vida colectiva, también en él influyen los otros factores sociales: es un fenómeno social sometido a las normas morales y jurídicas tanto como a los principios económicos y exige justa regulación para que el mundo encuentre fecundo equilibrio, indispensable para una convivencia armónica”.⁸

De allí que la legislación laboral debe estar construida sobre la idea de regular algo que vas más allá de un proceso productivo o una simple relación de intercambio de bienes y servicios. Implica la ordenación de la sociedad misma, disponiendo un complejo sistema de situaciones jurídicas de insoslayable naturaleza moral, que llega incluso a invadir espacios que pertenecen más a la intimidad de cada individuo que al propio mundo de las normas positivas. Un deber ser ético, moral y social, que eventualmente no alcanza a ser regulado por la rigidez del ordenamiento positivo.

En el desenvolvimiento histórico de estas relaciones sociales, obviamente se ha presenciado y dejado nota de las amplias posibilidades de abuso y desventajas que afectan al trabajador, al tiempo que por ser éste el verdadero sujeto de derecho, la persona “humana” que interviene en la relación, es para él a quien se dirigen las normas, especialmente las que implican su protección y garantizan sus derechos, procurando el equilibrio necesario para objetivizar dicha protección. Es tal la importancia y entidad de estos principios y garantías construidos universalmente a favor de los trabajadores, que se consideran como derechos fundamentales, y se disponen como “mínimos” exigibles, a través de disposiciones improrrogables por la voluntad de las partes, incluso, irrenunciables por parte de los mismos trabajadores. Del otro lado de cada relación de trabajo subordinado, sin embargo, se encuentra otro sujeto de derecho, a veces deshumanizado bajo el velo de la corporación, pero que en definitiva, es o está también conformado por seres humanos, que a pesar de su mejor posición económica, tecnológica o social, participan con vital importancia en la dinámica sinalagmática de la relación. Personas que también “trabajan”, aportando capital, ideas,

8 CALDERA. Rafael. *Derecho de Trabajo*. 2ª Edición. Librería El Ateneo. Argentina, 1960. p. 79.

conocimientos, emprendimiento, y lo más importante, generan y mantienen fuentes de empleo.

Debe entenderse en consecuencia, que el carácter tuitivo propio de la legislación laboral que protege o desarrolla derechos fundamentales en pro de los trabajadores, de forma alguna puede justificar que al mismo tiempo se infrinjan o desconozcan otras garantías y derechos constitucionales que corresponden a toda persona, incluyendo a quienes asumen el rol de empleadores o su representación. Corresponde al legislador, armonizar, ponderar y delimitar en justa medida, los derechos de los trabajadores y de los empleadores, equilibrar el juego de intereses comunes y contrapuestos, propios y privativos de cada una de las partes, lo que implica la compleja labor de regular derechos fundamentales que a primera vista pudieran mostrarse o pensarse como antinómicos. La justicia hallase entonces en la preservación de la dignidad de ambas partes, en la garantía de condiciones sustentables de calidad de vida para el prestador de servicios, y el mantenimiento de la rentabilidad de la empresa de forma tal que garantice la conservación de los puestos de trabajo. Todo dentro del ideal objetivo de paz social y seguridad jurídica, como fines últimos de cualquier ordenamiento.

Esta regulación de derechos fundamentales previstos o reconocidos Constitucionalmente, implica la posibilidad lícita de delimitación o restricción parcial de dichos derechos, en atención a establecer su verdadero contenido y alcance, y principalmente, para su ponderación y convivencia con otros derechos e intereses también constitucionalmente protegidos. Tal regulación, por supuesto no puede realizarse de manera arbitraria, ni implicar la ablación total de alguno de los derechos aparentemente contrapuestos, sino que está o debe estar en todo caso ceñida a principios propios del Derecho Constitucional moderno, que han sido recogidos por las Cortes y Tribunales Constitucionales de distintos países (incluso cortes supra nacionales), así como por la Doctrina especializada⁹.

⁹ Para el tema: CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Legis. Caracas, 2010. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid, 2010. ÁLVAREZ, Julio César. *Restricciones de los Derechos*

En nuestro caso, nos hemos propuesto el estudio científico del “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”, a los fines de constatar en dicho instrumento normativo, el cumplimiento (o incumplimiento) de las condiciones formales y materiales que debe o debería satisfacer dicho Decreto y algunas de sus normas -en específico-, para la válida y lícita restricción de derechos fundamentales.

Es necesario entonces verificar, por una parte, la presencia de “**Condiciones formales**”, necesarias para que se acepte como lícita cualesquiera restricciones de derechos fundamentales, lo que implica determinar si se ha cumplido con los requisitos de: 1) la estricta reserva legal y 2) precisión de la regulación. Esto es, si el instrumento normativo se corresponde con la exigencia de haber sido dictado por el órgano y a través del mecanismo Constitucional correspondiente, y si la configuración de la regulación se ha construido de manera rigurosa o cuando menos con suficiente claridad que permita determinar el alcance preciso de los límites o delimitación del derecho fundamental, lo que además permitiría conocer si la restricción en cuestión, se erige en nugatoria del derecho mismo.

Por otra parte, debe constatarse el cumplimiento de “**Condiciones materiales**”, requeridas para la lícita limitación o restricción de derechos fundamentales, lo que está conformado por el respeto a: 1) observancia del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto); 2) la intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental; 3) el principio del Estado de Derecho y principio democrático, y 4) los principios de igualdad, irretroactividad de la ley y protección de la confianza (respeto de la Constitución en su conjunto)¹⁰.

Fundamentales. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2010. **ALEXY, Robert**. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª. Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. **BERNAL PULIDO, Carlos**. *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la Aplicación de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. *Argumentación Jurídica. El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*. Autores varios. **CARBONELL, Miguel** (Coordinador). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2012.

10 CASAL H. Jesús María. Ob. Cit. p. 139-149.

Entendemos así, que aquellas restricciones o limitaciones de derechos y garantías constitucionales derivadas del Decreto-ley, que irrumpen con las referidas condiciones formales o materiales, implican la inconstitucionalidad del instrumento normativo y/o de la norma que delimite o menoscabe garantías o principios constitucionales, lo que consecuentemente en un acto írrito, nulo de nulidad absoluta, que bien puede ser invocada por cualquier particular por vía de acción principal, defensiva o incidental, y declarado por cualesquiera órganos de la administración de justicia a través del control difuso de constitucionalidad¹¹, o por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través del control concentrado que de manera exclusiva le concede la norma del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Pasamos de seguidas a la revisión del Decreto, en su aspecto formal, y también en específicos aspectos sustantivos.

CAPÍTULO SEGUNDO

De la inconstitucionalidad absoluta del “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”.

1. Reserva legal, Derechos Fundamentales y Decretos Leyes.

La legislación del trabajo constituye o debe constituir uno de los principales instrumentos normativos para la regulación de la vida en sociedad, en tanto que el trabajo es el medio lícito por excelencia para la subsistencia del hombre, más aún, para su “digna” subsistencia. Por demás, al someter el hombre su libertad individual para prestar servicios remunerados a favor de otro (empleador), no cabe dudas que se convierte en sujeto de especial protección, fundamentalmente para garantizar que en el desarrollo de esa relación sinalagmática se satisfagan y aseguren valores

¹¹ Artículo 334 Constitucional.

inmanentes a su condición humana, como la vida, salud e integridad física, igualdad, libre desenvolvimiento de la personalidad, y en fin, todos los aspectos que conforman ese preciado y omnipresente bien superior: la “dignidad”¹². Resulta así, innegable la vinculación y conformación del derecho laboral, y su contenido esencial, con lo que denominamos “derechos fundamentales”, actual y generalmente reconocidos o consagrados en los textos constitucionales¹³. Tal es el caso de Venezuela, siendo nuestra Constitución Nacional prolija en la consagración de principios y garantías en favor de los trabajadores¹⁴ y en la regulación de la relación laboral, seguridad social y libertad sindical (derecho a sindicación, negociación colectiva y huelga)¹⁵, en lo que modernamente se conoce como “derechos sociales”¹⁶.

12 Reconocida como valor intrínseco de todo ser humano, y por tal, instituida su protección como garantía general en el artículo 3º Constitucional. De este valor o cualidad propia del ser humano ha devenido –quizás tarde- el reconocimiento de la igualdad, la libertad y el respeto de los demás derechos que se consideran como innatos e inalienables.

13 En tanto que derechos correspondientes a todo hombre por el sólo hecho de serlo, los derechos humanos modernamente han sido reconocidos y sistematizados en los textos constitucionales, adquiriendo también la característica de universalidad y de normas de máximo rango. Sin embargo, la falta de mención expresa en una Constitución o su consagración en textos normativos de menor jerarquía, en nada desdican de su nivel como normas supremas de cualquier ordenamiento. Por ello, se prevé su reconocimiento y protección incluso en caso de colisión con el propio texto constitucional, como lo dispone el artículo 23 de nuestra Constitución Nacional.

14 “la Constitución venezolana de 1999 (CRBV 1999) especifica los derechos sociales y de las familias (Título III, capítulo V), correspondiendo a los del trabajo, los enunciados entre los artículos 87 y 97, ambos inclusive. Los tres primeros consagran los principios generales de la disciplina; los cinco siguientes (del 90 al 94, ambos inclusive) regulan en derecho individual del trabajo; y los tres finales, el derecho colectivo.” **PARRA ARANGUREN, Fernando**. *La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada*. En “I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico”. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005.

15 Tal es el contenido del Capítulo V (De los Derechos Sociales y de las Familias), del Título III (De los derechos humanos y garantías, y de los deberes).

16 La Concepción moderna de Derechos Fundamentales o Derechos Humanos, no solo reconoce las garantías de los denominados derechos “de libertad”, sino que abarca una concepción más amplia que forza también el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, “[d]e modo que la ampliación de los derechos humanos implica una nueva concepción del Estado, según la cual éste no puede ser concebido como Estado mínimo con obligaciones puramente de protección, sino que tienen que tener una función positiva: la de proveer las bases mínimas de una vida respetable”. “...el Estado no solo debe proteger sino también ayudar al ciudadano... La ayuda del Estado debe consistir no en la simple provisión económica, sino en la creación de oportunidades para que el individuo se pueda ayudar a si mismo”. **TUGENDHAT, Ernst**. *Justicia y Derechos Humanos*. Universitat de Barcelona. Barcelona, 1993. pp. 23-24.

Estas materias por su especial relevancia y por estar comprendidas dentro del concepto de derechos humanos, por expreso mandato de la propia Constitución sólo pueden ser reguladas por la “ley”, o técnicamente “ley formal”, entendida como la normativa producida por el órgano legislativo (Asamblea Nacional) a través del procedimiento previsto en la Constitución¹⁷, contemplándose su estricta reserva legal por la norma de los artículos 156, numeral 32 Constitucional, en concordancia al artículo 187, numeral 1, *eiusdem*. Por demás, tal ordenación obedece a la consagración constitucional del principio republicano y democrático de partición o separación de poderes, contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde el nacimiento de la República en nuestra primera Constitución de 1811¹⁸.

Añadidamente, la legislación en materia del trabajo, precisamente por tratarse de derechos constitucionales, debe ser regulada a través de “ley orgánica” como lo prevé la norma del artículo 203 Constitucional. En consecuencia, no sólo debe tratarse formalmente de una “ley”, sino que además debe poseer el rango de “orgánica”, lo que patentiza la importancia que el constituyente ha dispuesto a estas regulaciones¹⁹, al exigir mecanismos de mayor participación política y ciudadana (requeridos para la aprobación de este tipo de leyes²⁰) e

17 **Artículo 202 CRBV:** La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos

18 La Constitución Venezolana de 1811 es la primera Constitución de una Nación escrita en idioma Español, y a diferencia de la Constitución Francesa de 1791, no sólo disponía la separación de poderes y la garantía de reserva legal, sino que además contemplaba la supremacía de la Constitución y las garantías en ella contenida, aún por sobre la ley. Para el texto de la Constitución de 1811 ver: **BREWER-CARIAS, Allan R.** *Las Constituciones de Venezuela*. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.

19 “... la calificación de una ley como orgánica tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema”. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 2573, de fecha 16 de octubre de 2002.

20 Debemos destacar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en polémica decisión contenida en sentencia No. 34, de fecha 26 de noviembre de 2004, concluyó que: “*será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la*

investirlas de la supremacía o prevalencia que éstas poseen respecto de las demás leyes y cuerpos normativos.

Adicionalmente, en el caso específico de la Ley Orgánica del Trabajo, el propio Constituyente en la Disposición Transitoria Cuarta, ordenó:

Disp. Trans. Cuarta. Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:

(...)

3. Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez años. (Resaltado y subrayado nuestro).

Con lo cual queda claro el mandato constitucional para que la “Asamblea Nacional” – y no otro órgano o poder público- dictara la “reforma” de la Ley Orgánica del Trabajo²¹. Lo que de suyo hace pensar en la ilicitud de la reforma o derogación del instrumento original (Ley Orgánica del Trabajo de 1997) a través de un instrumento emanado del Poder Ejecutivo.

República Bolivariana de Venezuela, cualquiera sea su categoría”. Esta decisión absolutamente parcializada y de notable corte político, desvirtuó completamente el sentido, carácter y valor histórico democrático de las leyes orgánicas. En contrario, consideramos que conforme a la tradición histórica constitucional venezolana, en aplicación del principio del paralelismo de las formas, y en atención a la importancia y trascendencia de esta categoría “superior” de leyes, la única interpretación válida, es la propuesta por los voto salvantes de la misma sentencia, vale decir, exigir la aprobación de este tipo de leyes a través del voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes. Más aún cuando la propia norma constitucional del artículo 203 prevé exegéticamente que *“Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas”* (Subrayado nuestro).

21 “No obstante la promulgación de la LOTT, el mandato constitucional era para la Asamblea Nacional, no para el Ejecutivo Nacional; la forma en que se promulgó la ley, sin agotar todo el procedimiento que merece una ley de esta envergadura –prácticamente la más importante luego de la Constitución- imposibilitó las discusiones y confrontaciones a nivel de los representantes del pueblo; no hubo participación de todos los sectores laborales del país. La ley se preparó en el Ejecutivo Nacional, con la colaboración de una comisión designada también por el Ejecutivo Nacional, sin participación del legislativo, de los representantes del pueblo”. **GARCIA VARA, Juan.** *Sustantivo Laboral en Venezuela*. Ediciones Liber. Caracas, 2012. p. 11.

Ahondando en el tema de la restricción lícita de derechos fundamentales, ponemos de manifiesto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ley vigente en Venezuela²² de rango constitucional e incluso de aplicación preferente en el orden interno por mandato del artículo 23 de la Constitución Nacional, prevé:

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. (Subrayado nuestro).

No queda duda sobre la exigencia formal de que la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo debe o debía realizarse a través de una “ley” dictada por la Asamblea Nacional, así como la exigencia supranacional de que la limitación o restricciones de derechos fundamentales –como ocurre en este instrumento– sólo proceden o pueden ser instituidas lícitamente conforme a “leyes”²³. Ahora bien, el caso es que el instrumento dictado por el Presidente de la República no es ni puede ser considerado como “ley”, pues no fue dictado por el órgano o poder público legislativo, sino que se trata de un “Decreto-Ley”, supuestamente sustentando en una ley habilitante, lo que obliga a constatar si tal instrumento, su fuente y su proceso de formación, cumplen con los parámetros constitucionales y supranacionales, antes descritos.

22 Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 31.256 en fecha 14 de junio de 1977.

23 Dicho de otra forma, todas las decisiones sobre las cuestiones fundamentales que conciernen al individuo de manera directa deben provenir de la ley. Esta teoría se ha desarrollado de la mano del principio democrático y tiene en cuenta la significación del procedimiento parlamentario, que proporciona una mayor publicidad a la discusión y a la búsqueda de la decisión, así como más posibilidades para hallar un equilibrio entre las diversas posiciones defendidas. La reserva de ley se erige así en reserva de parlamento, dado que una actividad normativa pura o principalmente ejecutiva sobre estos temas básicos queda excluida. CASAL H. Jesús María. *Ob. Cit.* p. 140.

2. La LOTTT no es ley formal ni cumple con los requisitos para restringir válidamente derechos fundamentales.

Conforme al texto constitucional, la función legislativa (formación de instrumentos normativos de carácter general: “leyes”) está atribuida a la Asamblea Nacional (art. 187, num. 1), quien excepcionalmente puede delegar tal función en el Presidente de la República a través de una “Ley Habilitante” (arts. 203 y 236, num. 8), siempre indicando en la respectiva habilitación *“las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente”*.

Como se ha referido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el citado artículo 30 que sólo en los casos permitidos y por medio de “leyes”, pueden crearse restricciones a los derechos fundamentales²⁴, habiendo entendido la referida Corte que *“la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, **norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado (...)** son actos normativos enderezados al bien común, **emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”**²⁵ (Subrayado y resaltado nuestro). Sin embargo, en la misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana consideró que la exigencia de ley formal, *“no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos**

24 “18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a ‘razones de interés general’ y no se aparten del ‘propósito para el cual han sido establecidas’. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”.

Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Corte I.D.H. Ser. A, No. 6. 1982. www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf (Consultada en julio de 2013).

25 Ibidem

***por ella y por la ley delegante**, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención” (Resaltado y subrayado nuestro).*

En consecuencia, si bien se ha entendido que también es posible la restricción de derechos fundamentales a través de fórmulas de “delegación legislativa”, en nuestro caso “ley habilitante”, no es menos cierto que se trata de un mecanismo de excepción²⁶, y en consecuencia, expresamente circunscrito a las normas constitucionales que lo regulan y limitado por los términos expresos de la habilitación concedida, de manera que no pueden existir delegaciones genéricas o “en blanco”, tal como puede apreciarse en la exigencia del artículo 203 Constitucional, que no sólo dispone que se exprese en la ley habilitante la determinación del tiempo en que se ejercerá la delegación, sino “*las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente*” (Subrayado nuestro).

En el presente caso, la ley habilitante aprobada por la Asamblea Nacional²⁷, no cumple en absoluto con los requerimientos exigidos por la Constitución Nacional ni por la citada Convención sobre Derechos Humanos, en tanto posee las siguientes vicios de inconstitucionalidad:

a. Arrebató de poderes constitucionales de la Asamblea Nacional electa para el período 2011-2015.

En primer lugar, debe observarse que la referida ley habilitante en su artículo 3 dispone que la habilitación concedida “*tendrá un lapso de duración de dieciocho meses para su ejercicio*”, con lo

²⁶ “Sin embargo, de la misma opinión se desprende el carácter excepcional de esta normativa ejecutiva y de la misma cabe inferir la exigencia de que la ley precise suficientemente los parámetros materiales que tal normativa debe seguir. La citada teoría de la esencialidad puede ser de utilidad para articular técnicamente este aire de excepcionalidad, de tal forma que las decisiones esenciales sobre los temas relevantes para el ejercicio de los derechos fundamentales sean tomadas por la ley y no por los decretos ejecutivos dictados con base en la correspondiente habilitación”. (Subrayado nuestro). CASAL H. Jesús María. *Ob. Cit.* p. 141.

²⁷ Publicada en la Gaceta Oficial No. 6.009 Extraordinario de fecha 17 de diciembre de 2010.

cual la delegación de la facultad legislativa y la habilitación dada al Presidente de la República se extendería o extendió más allá de las propias facultades y poderes legislativos de los miembros (Diputados) de la Asamblea que aprobaron la habilitación, cuyas funciones cesarían el 4 de enero de 2011. Nótese que para el momento de dictarse la ley habilitante (10 de diciembre de 2010), ya el pueblo soberano en ejercicio del derecho al sufragio había elegido a nuevos integrantes de la Asamblea Nacional quienes entrarían en funciones el 5 de enero de 2011. Así las cosas, resulta claro que tal habilitación, concedida para extenderse en el tiempo hasta más allá de los poderes y funciones de los diputados habilitantes, implica un desconocimiento de la legitimación atribuida por el pueblo soberano a los nuevos diputados electos, quienes en todo caso serían los únicos legitimados por la Constitución para legislar dentro de su respectivo período o mandato constitucional, que sería del 5 de enero 2011 al 4 de diciembre de 2015²⁸, siendo los Diputados elegidos para este mandato, los únicos legitimados para legislar y consecuentemente para dictar leyes habilitantes en dicho período.

Conforme a lo expresado, la actuación de la Asamblea Nacional y de los diputados actuantes para la fecha de la ley habilitante, constituye una violación flagrante y directa de normas y principios constitucionales y democráticos, en desconocimiento de la soberanía y voluntad popular y en claro fraude de la disposición constitucional que prevé que al dictarse la ley habilitante debe fijarse el plazo de su ejercicio. Este plazo, en respeto de la voluntad popular y de los poderes legislativos limitados en el tiempo por cada período constitucional, jamás puede solapar o pasar por encima de los poderes legislativos de los “nuevos” Diputados designados por el pueblo, únicos llamados a legislar (o habilitar) dentro del período de su mandato (art. 192). En consecuencia, mal podían los diputados cuyo período vencería en pocos días, extender una habilitación para legislar más allá de los poderes que ellos mismos ostentaban

²⁸ Conforme al artículo 219 Constitucional, las secciones ordinarias de la Asamblea serían hasta el 4 de diciembre de 2015, no obstante estos mismos Diputados estarían formalmente en funciones hasta el 4 de enero de 2016, pues la nueva Asamblea se constituirá el 5 de enero del mismo año.

en el tiempo, menos aún en desconocimiento de los poderes atribuidos a los nuevos Diputados en funciones a partir de enero de 2011²⁹. Considérese además, que el Decreto-Ley contentivo de la LOTT fue dictado por el Presidente de la República en fecha 7 de mayo de 2012, es decir, más de un año (1) y cinco (5) mes después de estar constituida una nueva Asamblea Nacional y de haber cesado el período constitucional de los diputados habilitantes, por lo que el señalado Decreto constituye una gruesa usurpación de los poderes legislativos de la Asamblea Nacional y de los diputados electos para el período 2011-2015.

En conclusión, la ley habilitante en cuestión resulta en una usurpación de autoridad que la propia Constitución sanciona con la nulidad e ineficacia absoluta del instrumento producido (arts. 136, 137 y 138), que por vía de consecuencia, también conlleva a la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos-leyes que dictó el Presidente de la República con fundamento en dicha habilitación, incluyendo la analizada legislación laboral (LOTT).

b. La Ley Habilitante no facultó al Presidente de la República para decretar o reformar la Ley Orgánica del Trabajo

Aún en el supuesto de que se entendiera o declarara la constitucionalidad y validez de la referida ley habilitante, debe apreciarse que dicho instrumento no facultó, autorizó o habilitó al Presidente de la República para dictar una nueva Ley Orgánica del Trabajo, es decir, dentro de las “materias” delegadas al Presidente de la República no se incluyó la materia de legislación laboral.

La Ley habilitante adolece de “Exposición de Motivos”, sin embargo constituye un hecho público y notorio³⁰ que la habilitación

29 Por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cursan tres (3) acciones de nulidad por inconstitucional de la Referida Ley Habilitante, acumulados en la causa expediente No. 11-0143. (<http://www.tsj.gov.ve/sr/default.aspx?QueryText=11-043&ExecuteQuery=Buscar>. Consultado en Julio de 2013).

30 En tal sentido puede apreciarse en las notas de prensa: *Chávez pide Ley Habilitante para legislar la emergencia* (http://www.eluniversal.com/2010/12/10/pol_ava_chavez-pide-ley-

supuestamente se habría concedido con motivo de la emergencia derivada de “*las lluvias*³¹, *derrumbes, inundaciones y otros eventos producidos por la problemática ambiental*”³² acaecidos en diciembre de 2010, lo que de suyo no guarda ningún tipo de relación ni puede sustentar una reforma, derogación o sustitución de la Ley Orgánica del Trabajo. Añadidamente, resulta patente que en ninguna parte de la referida ley habilitante se atribuyó (delegó) facultades al Presidente de la República para dictar una reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, ni mucho menos para dictar otra ley (decreto) orgánica que la derogue y sustituya. En tal sentido, resaltamos que de la lectura de la Ley Habilitante se desprende que se autorizó al Presidente de la República para dictar normas:

- 1.- En el ámbito de la atención sistematizada y continua a las necesidades humanas vitales y urgentes derivadas de las condiciones sociales de pobreza y de las lluvias, derrumbes, inundaciones y otros eventos producidos por la problemática ambiental.
- 2.- En el ámbito de la infraestructura, transporte y servicios públicos.
- 3.- En el ámbito de la vivienda y hábitat.
- 4.- En el ámbito de la ordenación territorial, el desarrollo integral y del uso de la tierra urbana y rural.
- 5.- En el ámbito financiero y tributario.
- 6.- En el ámbito de la seguridad ciudadana y jurídica.
- 7.- En el ámbito de seguridad y defensa integral.

habi_10A4840371); *Presidente Chávez promulgó Ley Habilitante* (http://www.eluniversal.com/2010/12/17/pol_ava_presidente-chavez-pr_17A4870851); *La Ley Habilitante ha sido aprobada: Chávez podrá gobernar mediante Decretos hasta junio del 2012* (<http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/185848/%C2%BFan-le-dara-hoy-la-habilitante-a-chavez-parlamento-inicia-segunda-discusion-del-tema/>)

31 “Debe observarse que la razón por la cual se dio esa facultad al Presidente de la República era para remediar los problemas que causaron las lluvias de diciembre de 2010. Pero lo aprovechó para legislar por decreto en infinidad de asuntos que nada tenían que ver con dichos fenómenos naturales, como esta Ley del Trabajo”. **ROSELL SENHENN, Jorge**. *Principios de Derecho Penal laboral con referencia a los delitos previstos en la LOTT*. En “Derecho del Trabajo. Número 15/2013”. Fundación Universitas. Barquisimeto, 2013. p. 273.

32 Art. 1.1 de la referida Ley habilitante.

8.- En el ámbito de cooperación internacional.

9.- **En el ámbito del sistema socioeconómico de la Nación.**

Siendo que sólo en este último aspecto se incluyó la expresión “laboral”, señalando:

“Dictar o reformar normas que desarrollen los derechos consagrados en el **Título VI** de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para erradicar las desigualdades entre los ciudadanos y ciudadanas que se derivan de la especulación, la usura, la acumulación del capital, los monopolios, oligopolios y latifundios y para crea las condiciones de igualdad en el acceso a las riqueza nacional, y la construcción del buen vivir de los pueblos urbanos, rurales y de las comunidades indígenas, **a través de políticas** culturales, ambientales, industriales, mineras, turísticas, alimentarias agrícolas, de salud, educativas y laborales en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica y la mayor suma de felicidad social posible”. (Resaltado y subrayado nuestro).

Como se aprecia, únicamente en lo relativo al “ámbito del sistema socioeconómico de la Nación”, se incluye la palabra “laborales”, pero en relación a las “*políticas*” vinculadas a los “*derechos consagrados en el título VI de la Constitución*”, es decir, dentro de la noción de “*Sistema Socio Económico*”, concerniente a la erradicación o disminución de las desigualdades derivadas de la “*especulación, la usura, la acumulación del capital, los monopolios, oligopolios y latifundios*”, lo que con palmaria claridad denota que la materia delegada al Presidente de la República no guarda relación directa con los derechos laborales que están expresamente regulados en otro título distinto de la Constitución (Título III) que en su Capítulo V regula los “Derechos Sociales”. Por demás, la ley habilitante no contiene mención alguna sobre la Disposición Transitoria Cuarta Constitucional, que prevé la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo en materia de Prestaciones Sociales (lapso de prescripción y retroactividad), misma norma que implica un mandato expresamente di-

rigido a la “Asamblea Nacional” (no al Presidente de la República) para que realice la reforma, por lo que bien puede sostenerse que por tratarse de una designación directa del Constituyente, tal materia resulta indelegable.

Según lo expuesto, aún en el inaceptable supuesto de que la ley habilitante resultare válida a pesar de haber solapado y arrebatado las atribuciones de los diputados electos para el período 2011-2015, es claro que en su contenido no se habilitó al Presidente para dictar normas en materia laboral, y menos aún para “reformular la Ley Orgánica del Trabajo”, ni muchos menos para “derogarla”, lo cual sólo sería posible con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes de la Asamblea Nacional, conforme a la antes referida norma del artículo 203 Constitucional. Por lo que, el instrumento normativo (Decreto Ley) a todas luces se traduce en una usurpación de autoridad en violación además de la reserva legal en materia del trabajo y de estabilidad laboral, prevista en el artículo 156, num. 32, en concordancia al 187, num. 1, de la Carta fundamental, todo lo cual implica su “Inconstitucionalidad”, al tiempo que convierte en ilícita cualquier regulación que pueda contener restricciones o limitaciones de derechos fundamentales.

Así mismo, debemos recordar que aun apreciando la “amplia” facultad de delegación legislativa que parece prever la Constitución, sus mismos postulados y principios se convierten en límites razonables y necesarios de dicha delegación³³, no sólo en cuanto a las materias que han sido o deben ser expresamente contempladas en la ley habilitante, sino de aquellas garantías y principios inherentes a derechos humanos que no podrían suprimirse ni siquiera

33 “... a pesar de la aparente ausencia de límites a la delegación legislativa, el régimen de los derechos constitucionales previstos en la Constitución, que tiene prevalencia sobre cualquier otro, impone una limitación esencial a la delegación legislativa, de manera que tal delegación no es posible en materias que impliquen limitación o restricción a los derechos y garantías constitucionales”. **BREWER-CARIAS, Allan.** *Apreciación General sobre los Vicios de Inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados.* En “Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes”. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”. Serie Eventos. Caracas, 2002. p. 84.

en casos de declaratoria de estados de excepción, entre los que destaca el derecho al debido proceso³⁴, y dentro de éste, la garantía de reserva legal penal, como se dispone en el artículo 49, numeral 6° Constitucional. Entendiendo así, que la delegación legislativa tiene como límites, la imposibilidad lícita y constitucional de autorizar al Presidente de la República para que dicte normas penales, para tipificar delitos y crear penas privativas de la libertad personal. En consecuencia, amén de no haberse autorizado al Presidente de la República para reformar la Ley Orgánica del Trabajo, ni para legislar en materia laboral, tampoco, podía dentro de ninguno de los decretos-leyes promulgados, incluirse o disponerse la creación de tipos delictivos, tal y como efectivamente se verificó en la LOTTT, con lo que una vez más el referido instrumento obra contrario a la Constitución³⁵.

c. Violación del Principio de Pluralismo Político.

Por demás está señalar que al dictarse el Decreto, en su encabezado se indica como principio de la nueva ley, la *“voluntad de lograr la mayor eficacia y calidad revolucionaria en la construcción del Socialismo”* (subrayado nuestro), lo que también obra inconstitucional, por infringir abiertamente el principio de *“pluralismo político”* preceptuado en el artículo 2 del texto fundamental. Huelgan comentarios.

34 **Artículo 337 CRBV.** “El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”. (Subrayado nuestro).

35 “Los tres órganos de mayor relevancia en el Estado venezolano son cómplices en la violación flagrante de disposiciones constitucionales, fundamentalmente de aquellas que prevén la reserva legal propia del Poder Legislativo en lo que atañe a la creación de delitos y faltas. Efectivamente, el Poder Legislativo le dio al Ejecutivo en la persona del Presidente de la República en Consejo de Ministros, autorización para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, y creado el Decreto con fuerza de Ley Orgánica, se elevó la consulta al tercer cómplice: la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano que complacidamente le dio su bendición”. **ROSELL SENHENN, Jorge.** *Ob. Cit.* p. 273.

d. Violación de tratados internacionales de rango constitucional. Exclusión de la participación ciudadana y de los representantes de trabajadores y empleadores.

Amén de las directas violaciones a la Constitución verificadas en el proceso de creación de la nueva normativa, también puede concluirse que al haberse elaborado el Decreto-Ley de manera inconsulta, excluyendo del proceso de discusión a los factores de producción (empresarios y trabajadores) y al haberse eliminado la figura de las comisiones tripartitas, la ley viola de forma absoluta todos los tratados y convenios celebrados por Venezuela en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo OIT), mismos que al versar sobre derechos humanos, ostentan rango Constitucional y cuyas normas incluso pueden resultar de aplicación preferente dentro del orden interno, conforme a la previsión del artículo 23 Constitucional.

Tanto la Constitución de la OIT, como sus diversos tratados reconocen la obligatoria participación de los representantes de trabajadores y de patronos en la adopción, formación e implantación de normas y políticas en materia laboral objeto de los diversos tratados (libertad sindical, negociación colectiva, condiciones de trabajo, jornada, salario mínimo, etc.). De forma tal que la OIT, que en sí misma es un órgano tripartito y no sólo de Gobiernos³⁶, propugna y ha establecido en todos sus convenios, la necesaria u obligatoria participación tripartita para la implementación de los convenios y creación de las normas internas respectivas, tal y como puede verificarse a título de ejemplo, en el “Convenio sobre los métodos para

³⁶ “El tripartismo de la OIT constituye su verdadera fuerza, en vista de la autoridad con la que son unguidas las decisiones de sus órganos, adoptadas generalmente con el apoyo mayoritario de los tres sectores. (...) La Evolución de la OIT permite comprobar que el tripartismo no sólo constituye un elemento esencial de su estructura, sino que existe la preocupación permanente de reafirmarlo y de potenciar su aplicación práctica. Son las organizaciones de empleadores y de trabajadores las que tienen un interés especial en vigorizar este sistema, y defienden colosalmente la autonomía de los grupos respectivos dentro de la Organización”. **VON POTOBOSKY, Gerardo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor.** *La Organización Internacional del Trabajo*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002. pp. 14 -17. En relación al Tripartismo, ver: Convenio No. 144 y la Recomendación No. 152.

la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26)³⁷, conforme al cual la decisión del método para establecer el salario mínimo se realizará *“previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores”*.

Aun cuando miembros de la comisión que redactó el Decreto, e incluso Magistrados de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, insistieron públicamente³⁸ en que se realizó una amplia consulta nacional, constituye un hecho notorio que nunca se conoció oficialmente de algún proyecto de ley³⁹, que no hubo consulta con las Cámaras o Federaciones de Empresarios, como tampoco se consultó a las Universidades o Colegios de Abogados, ni mucho menos a los trabajadores. Todo lo cual, irrumpe el mandato constitucional contenido en los artículos 3, 187(num. 4) y 299, y además contradice los referidos convenios internacionales en materia laboral, constituyendo el instrumento normativo en inconstitucional.

En tal sentido, destacamos que recientemente la Comisión de Expertos de la OIT, atendiendo a quejas formuladas por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) y por la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (APUCV); ha propuesto al Consejo de Administración del mismo Organismo que apruebe la siguiente recomendación:

a) lamentando que en la Comisión encargada de redactar la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) se haya excluido a las organizaciones de trabajadores y

37 www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312171:NO (consultado en Marzo de 2013)

38 En nota de prensa contenida en la página web del Tribunal de Justicia se reseñó: “Mora descartó que, tal como han señalado algunos sectores, la ley haya sido elaborada de manera inconsulta. ‘A mí me consta que desde hace seis años la Comisión de Desarrollo Social Integral de la Asamblea Nacional venía trabajando este proyecto, recibiendo más de veinte mil propuestas’, labor que - afirmó - luego fue completado por la Comisión Presidencial, revisando los aportes que hizo la clase trabajadora, el sector empresarial, los sectores académicos, especialistas en derecho laboral, los jueces laborales, entre otros. ‘Ha sido una de las leyes más consultadas, y por lo mismo con mayor protagonismo y participación del pueblo’.” <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=9316> (Consultado junio 2012).

39 GARCÍA VARA, Juan. *Sustantivo Laboral*. Ob. Cit. p. 11.

de empleadores más representativas, el Comité pide al Gobierno que someta a un diálogo tripartito con las organizaciones más representativas de trabajadores y de empleadores, las disposiciones de la LOTTT en materia de libertad sindical y de negociación colectiva criticadas por la Comisión de Expertos a efectos de poner tales disposiciones en plena conformidad con los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT y que le mantenga informado al respecto. El Comité pide al Gobierno que en el futuro respete los principios señalados en las conclusiones en materia de consulta y de diálogo social, (...) ⁴⁰.

Como se observa, el propio organismo internacional del trabajo ha constatado la violación de los tratados internacionales, resultando posible que el Consejo de Administración acoja y apruebe estas “recomendaciones”, que en el ámbito de la Organización tienen el mismo carácter y fuerza normativa que los Convenios.

En conclusión, el Presidente de la República no se encontraba constitucional ni lícitamente habilitado para dictar una Ley en materia laboral, ni muchos menos para reformar ni derogar la vigente Ley Orgánica del Trabajo de 1997, siendo que al producirse este espurio instrumento dimanado del Poder Ejecutivo, se violentó flagrantemente el principio y garantía Constitucional de la reserva legal que inviste las regulaciones sobre derechos humanos, en desconocimiento del principio democrático de separación de poderes, lo que redundaba en la absoluta inconstitucionalidad del instrumento normativo. Lo que también implica que cualquier limitación o restricción de derechos fundamentales que se haya verificado a través de este instrumento se traduce formalmente en ilícita, inaceptable y violatoria de los referidos derechos y principios.

Lamentablemente en nuestro país, posiblemente por la sucesiva cadena de leyes habilitantes y multiplicidad de “decretos-leyes” producidos bajo el imperio de la vigente Constitución⁴¹, al parecer

⁴⁰ <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/> (Consultado en Julio de 2013).

⁴¹ **Año 1999:** La primera Ley Habilitante fue solicitada en el año 1999 y otorgada por un lapso de seis meses. Se aprobaron 53 Decretos-leyes. **Años 2000 - 2001:** La segunda Ley Habilitante fue

nos hemos acostumbrado a esta forma de pseudo-legislación de talante dictatorial⁴², soslayando u olvidando que las “formas” son expresión de garantía de los derechos individuales y colectivos, y que la Constitución existe para ser cumplida, por ser precisamente la base y la garantía de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, de la seguridad jurídica y del estado social y democrático de derecho, consolidado en lo que desde la Revolución Francesa y nuestra primera Constitución Nacional de 1811, se conoce como “Contrato Social”.

CAPÍTULO TERCERO

De la inconstitucionalidad de específicas disposiciones del “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”. Infracción material de Derechos Fundamentales.

Según se ha concluido en el capítulo precedente, cualquier restricción de derechos fundamentales que se verifique a través del novel instrumento resultará a todas luces ilícita, en tanto se han violentado los requisitos formales de procedencia o posibilidad de restricción, al no provenir el instrumento del órgano legislativo natural, ni haber contado el Presidente de la República con una forma

requerida al Parlamento en el año 2000 y concedida por un lapso de un año. Se dictaron 49 textos legales. **Años 2007-2008:** La tercera Ley Habilitante fue solicitada en el 2007 y otorgada para un período de 18 meses. Se crearon 59 Decretos leyes. **Años 2010-2012:** La cuarta Ley Habilitante fue solicitada por el presidente Chávez en el año 2010, otorgándole la Asamblea Nacional poderes especiales por 18 meses. Fueron aprobados 54 Decretos-Leyes. En total, en doce (12) años se concedieron cuatro (4) habilitantes y se dictaron un total de doscientas quince (215) leyes (decretos-leyes). Huelgan comentarios.

42 En relación a los Decretos leyes dictados con fundamento en la Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000, se verificó un amplio rechazo nacional, produciendo incluso la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, un texto colectivo con importantes trabajos que denunciabas abiertamente la inconstitucional de los referidos instrumentos (Serie Eventos, Caracas 2002). Igualmente, en Revista de Derecho Público. Estudios sobre los decretos leyes. No. 115. (BREWSTER-CARIAS, Allan. Editor. Editorial jurídica venezolana. Caracas 2008.), se concentraron trabajos académicos en relación a los Decretos leyes del año 2008. Sin embargo, a la fecha, según hemos advertido desde nuestra introducción, son escasas las manifestaciones en relación a esta nueva vulneración del principio de reserva legal y a la garantía y principio constitucional de separación de poderes.

válida (constitucional) de delegación. Ello es suficiente para afirmar la inconstitucionalidad e ilicitud de cualesquiera limitaciones o restricciones. Sin embargo, no limitaremos este trabajo a la revisión del aspecto formal, sino que también constataremos la infracción o rebasamiento de los límites materiales para la restricción de los derechos fundamentales, que se perfilan claramente en diversas normas contenidas en el analizado Decreto-Ley.

Nos concentraremos en esta obra a la revisión de algunas potestades concedidas a los órganos administrativos del trabajo; los procedimientos relativos a “reclamos”; estabilidad e inamovilidad laboral; la criminalización de la actividad patronal; atentados contra el derecho de propiedad al establecer el pago de indemnizaciones sin causa jurídica; y la creación de indeterminadas figuras de intervención u ocupación de empresas. Advertimos que en nuestro criterio existen otras previsiones del texto legal que también obran inconstitucionales, y que no serán objeto de análisis en este trabajo que hemos enfocado, por ahora, a aspectos y garantías individuales⁴³.

Veamos.

1. Violación de la reserva legal. Creación de figuras indeterminadas y atentatorias contra el debido proceso, la propiedad privada y la libertad de empresa. Inconstitucionalidad de los artículos 10, 148 y 149 de la LOTT.

En el plano sustantivo, toda la normativa en comentario contiene una marcada propensión a conceder poderes y atribuciones a los órganos administrativos del trabajo (Ejecutivo Nacional, Ministerio del Trabajo e Inspectorías del Trabajo y sus funcionarios) con facultades para invadir la esfera de derechos de los administrados –espe-

⁴³ Consideramos que existen otras previsiones que implican el desconocimiento de derechos y garantías constitucionales, específicamente relativas a la libertad sindical y la ilícita intervención del Poder Ejecutivo en la formación de Sindicatos, homologación de convenciones colectivas, así como la creación de figuras colectivas “paralelas” a las organizaciones sindicales.

cialmente de los patronos- con prescindencia absoluta de procedimientos administrativos o judiciales previos, a través de remisiones “en blanco” o cláusulas generales de apoderamiento.

En primer lugar, el Decreto-ley atribuye o parece atribuir amplias facultades al poder ejecutivo para crear “normas” en materia laboral, lo cual obviamente vulnera la disposición constitucional que determina la reserva legal de las materias “del trabajo” y “estabilidad laboral”⁴⁴. En tal sentido, la norma del artículo 10 LOTTT dispone:

“Artículo 10. El Ejecutivo Nacional tendrá las más amplias facultades para desarrollar las disposiciones legales en materia de trabajo, y a tal efecto podrá dictar Reglamentos, Decretos o Resoluciones especiales y limitar su alcance a determinada región o actividad del país.” (Subrayado nuestro).

Con esto, no sólo se infringe la Constitución sino que se institucionaliza en materia laboral la ya marcada tendencia del gobierno nacional de dictar normas a su sólo juicio y conveniencia, lo que ostensiblemente redundaría en inseguridad jurídica y arbitrariedad. La norma se asemeja a la disposición previamente contemplada en el artículo 13 de la hoy derogada Ley Orgánica del Trabajo de 1997⁴⁵, sin embargo, la norma derogada refería o limitaba las facultades del Ejecutivo Nacional a la potestad de “reglamentar”, lo que ínsistemente comprende los límites constitucionales de dicha potestad, mientras que la novel norma faculta al Ejecutivo Nacional para “desarrollar” las disposiciones legales, lo que en una sana interpretación debería implicar lo mismo, pero que en sesgado análisis exegético, podría conllevar la ampliación de las potestades, al desbordar los límites constitucionales de la reglamentación (no alteración del espíritu, propósito y razón de la ley)⁴⁶.

⁴⁴ Artículo 156, num. 32 Constitucional.

⁴⁵ **Artículo 13.** El Ejecutivo Nacional tendrá las más amplias facultades para reglamentar las disposiciones legales en materia de trabajo, y a tal efecto podrá dictar Decretos o Resoluciones especiales y limitar su alcance a determinada región o actividad del país.

⁴⁶ Artículo 236,10 CRBV.

Adicionalmente, el mismo Decreto-ley crea figuras indeterminadas y altamente atentatorias contra la propiedad privada, la libertad de empresa y la seguridad jurídica, al instituir indefinidos mecanismos y potestades de “*intervención*” u “*ocupación*” de empresas, tal y como se dispone en los artículos 148 y 149, que establecen:

“...el Ministerio del poder popular con competencia en materia de trabajo podrá, por razones de interés público y social, interve-
nir de oficio o a petición de parte, a objeto de proteger el proceso social de trabajo, garantizando la actividad productiva de bienes o servicios, y el derecho al trabajo...” (Subrayado y resaltado nuestro).

“...el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social podrá... (omisis)... ordenar
la ocupación de la entidad de trabajo cerrada y el reinicio de las actividades productivas...” (Subrayado y resaltado nuestro).

Se trata de conceptos vagos e imprecisos, sin determinación legal de los alcances de tales figuras de “*intervención*” u “*ocupación*”. No se precisan las condiciones de tiempo, causas, ni mucho menos un procedimiento administrativo o judicial previo, lo que implica o podría implicar la “*toma*” abusiva o arbitraria de empresas so pretexto de las supuestas condiciones allí señaladas. Aunado a esto, la ley no prevé los recursos legales ni plazos para oponerse o actuar en contra de estas inconstitucionales formas de violentar la propiedad privada, la libertad de empresa, y las garantías constitucionales de derecho a la defensa, debido proceso, y de no ser sancionado sino por delitos tipificados por ley previa.

Esto es, sin necesidad de procedimiento, sin poder ejercer derecho a la defensa (presentar argumentos y pruebas), y sin estar delimitada la justificación legal para tales actuaciones, puede el Ejecutivo Nacional “*apoderarse*” de una empresa y/o su administración, por tiempo indefinido, y sin que medie siquiera un proceso expropiatorio -único mecanismo constitucional- que permitiría la

vulneración lícita de la propiedad privada,⁴⁷ a través de un mecanismo confiscatorio también proscrito por el texto constitucional⁴⁸.

Indistintamente que las normas se utilicen o no para cometer excesos como los enunciados, lo cierto es que la sola falta de precisión normativa, la no exigencia de justificación legal y la indeterminación de los alcances de la injerencia que pueda realizarse sobre la propiedad privada, constituye en si mismo una ilícita restricción de derechos fundamentales⁴⁹.

Cabe insistir: las normas en comentarios no aclaran “cómo” se desarrollarán estos procesos de “intervención” u “ocupación”, no disponen quién ejercerá la dirección y administración de la empresa, cómo se manejarán los recursos económicos o financieros, quién movilizará las cuentas bancarias, dispondrá de los bienes muebles o inmuebles, o cómo se garantizarán los derechos de los trabajadores. Mucho menos se hace referencia a rendición de cuentas o supervisión de estos procesos. En fin, como se ha expresado, se puede llegar a la ablación absoluta de todo derecho sobre la empresa misma, su administración o sus bienes, sin proceso, sin garantías, y sin indemnización.

47 **Artículo 115 CRBV.** “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

48 Artículo 116 CRBV.

49 “La ley no puede incurrir en una simple remisión genérica o en blanco al poder reglamentario. (...) Una manifestación de la exigencia constitucional de la seguridad jurídica y de los mismos principios que soportan la reserva de ley es el requisito de que la disposición restrictiva de derechos fundamentales ostente una suficiente precisión y claridad, lo cual suele englobarse bajo el mandato de precisión o determinación normativa (*Bestimmtheitsgebot*). (...) La precisión de las disposiciones legales comprende como mínimo la explicitación de la medida que puede ser tomada para afectar algún derecho fundamental, en particular de su alcance sobre el ejercicio del derecho, y la determinación de sus motivos o presupuestos. Normalmente se exige también el señalamiento de la finalidad general perseguida, con base en la cual pueden circunscribirse, de la mano del principio de proporcionalidad, los efectos restrictivos de una norma”. CASAL H. Jesús María. *Ob. Cit.* pp. 142 y 146.

2.- Violación al Debido Proceso. Uso indiscriminado de la Fuerza Pública. Amenaza a la libertad personal e integridad física. Inconstitucionalidad de los artículos 12 y 512 de la LOTTT.

Aunado a lo anterior, el Decreto-ley habilita el uso prácticamente irrestricto (y también sin control) de la fuerza pública para sustentar las actuaciones de los funcionarios del Ministerio del Trabajo. En tal sentido, los artículos 12 y 512, disponen:

Artículo 12 LOTTT. Para la restitución de derechos infringidos o bajo amenaza de serlo y en caso de necesidad, las autoridades civiles, policiales y militares tomarán las medidas que les soliciten los funcionarios y funcionarias del trabajo en el cumplimiento de sus deberes, y dentro de sus atribuciones legales.”

Artículo 512 LOTTT. “...A los efectos de ejecutar las previsiones mencionadas y en caso de necesidad, cuando exista obstrucción por parte del patrono o patrona o de sus representantes, los Inspectores e Inspectoras de Ejecución podrán solicitar el apoyo de la fuerza pública que estará en la obligación de prestarlo.”

Estas normas invocan y permiten el uso de la fuerza pública, exigiendo solamente el requisito de que el funcionario actúe “dentro de sus atribuciones legales”, ante lo cual cabe preguntarse: ¿Quién determinará a la hora de la ejecución de un acto de las Inspectorías del Trabajo, si el funcionario actúa o no en el ámbito de sus atribuciones? ¿Los funcionarios policiales presentes?, ¿el propio funcionario de la Inspectoría? Es claro que las acciones podrán ejecutarse *manus militari*, y que sólo *a posteriori*, podría intentar la empresa o empresario, impugnar los actos o actuaciones, ello por supuesto, después de haber sido despojado de un bien, o incluso de haber sido privado de la libertad. Así mismo, las referidas normas no presuponen la existencia o agotamiento de un procedimiento previo con las debidas garantías, sino que de manera amplia y sin previsión que permita el ejercicio del derecho a la defensa⁵⁰, autorizan a los órganos administrativos

50 “El derecho de defensa se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso. Este derecho concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el

a la utilización de la fuerza pública, conformándose así un absoluto desconocimiento y atentado contra los derechos de libertad, integridad física y dignidad de los administrados (empleadores).

Las referidas normas implican un evidente desconocimiento de los derechos civiles de los empleadores y la atribución de un poder abusivo, discrecional y sin control previo ni inmediato de las actuaciones de los funcionarios administrativos del trabajo, lo que ya ha generado severos abusos en contra de la actividad empresarial⁵¹.

Para establecer si efectivamente se ha verificado la “infracción de un derecho”, y la existencia de un infractor y un afectado, es menester la verificación de un procedimiento judicial en el que, con respeto de las garantías al debido proceso, un juez dicte un pronunciamiento que resuelva la respectiva controversia. Es por ello, que para afectar los derechos de libertad o de propiedad de cualquier ciudadano, aún para el respeto de los derechos o intereses lícitos de otro, es necesaria la intervención judicial. Sin que pueda sustituirse tal garantía o derecho fundamental al “debido proceso”, con la habilitación genérica a las autoridades administrativas, para que “restituyan” derechos supuestamente infringidos, a través del uso de la fuerza pública. Se atribuye así, a los funcionarios de las Inspecciones del Trabajo, tanto o más poder que los órganos jurisdiccionales, pero sin requerimiento de procesos previos, sin instancias y sin controles. Se trata de la creación de un poder absoluto, únicamente amparado en el uso de la fuerza. Por supuesto, contrario a la concepción mismo de Estado de Derecho.

discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentos y pruebas. (...)

Es preciso resaltar que una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho a la defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las actuaciones y las pruebas que allí obren. (...). **BERNAL PULIDO, Carlos.** *Ob. Cit.* p. 368

51 Ver casos: Jeaneth del Valle Prepo Rivas contra Funeraria Isabel XXI, C.A. (Exp. 079-2012-01-00947, seguido ante la Inspectoría del Trabajo Pedro Ortega Díaz. Caracas); y Alirio José Sousa contra Clínica Atías Hospitalización y Servicios, C.A. (Exp. 079-2013-01-01205, seguido ante la Inspectoría del Trabajo Pedro Ortega Díaz. Caracas).

3.- Violación al Debido Proceso, derecho de Acción y a la Tutela Judicial Efectiva por exacerbación de los poderes de la autoridad administrativa y arrebato de funciones jurisdiccionales. Inconstitucionalidad de los artículos 23, 507, 509 y 513 LOTTT. Los Procedimientos de “reclamo”.

Entendemos la Jurisdicción⁵² como la potestad-deber del Estado de dirimir las controversias surgidas entre los particulares o entre éstos y el Estado u entre órganos y entes del mismo Estado, a través de la declaración de la voluntad de la ley al caso concreto⁵³. La Jurisdicción “constituye una potestad del Estado, *atributo de la soberanía y dimanante de ella*. Esta potestad comprende tanto la emisión del juicio jurisdiccional como la ejecución de lo juzgado, *y se actúa exclusivamente por los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establezcan (...)* La potestad jurisdiccional es, además, única e indivisible: se tiene o no se tiene”⁵⁴. Esta potestad-función es distinta y separada de las otras funciones o poderes públicos, específicamente de las funciones legislativas y ejecutivas⁵⁵, en tanto la independencia y separación enunciada constituyen presupuesto fundamental del sistema democrático, surgido -históricamente- en contra del absolutismo que implicaba la concentración del poder en manos del monarca. Así, en los sistemas democráticos y garantistas de los derechos fundamentales, la administración de justicia y la prosecución de los procesos jurisdiccionales se encomiendan

52 Esta concepción no se separa en nada de las de corte moderno que la definen como “La función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de interés y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada.”(RENGEL ROMBERG, *Aristides*. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Volumen I, Editorial Ex libris, Caracas 1991. p. 61).

53 AGUILAR C., *Ramón Alfredo*. *Estudio sobre la proponibilidad de la Cuestión de Falta de Calidad*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Caracas, 2013. p. 18.

54 Cortés Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, citados por CARIDAD MOSQUERA, *Freddy*. *La prestación social de antigüedad, según la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*. En: “VASQUEZ, Magaly (Coordinadora). Jornadas LOTTT. Evaluación del primer año de vigencia. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013. p. 239 (Cursivas de la cita).

55 Y en el caso venezolano, de las funciones y poderes electoral y ciudadano.

exclusivamente a los órganos del Poder Judicial⁵⁶, con exclusión de los otros poderes públicos, por lo que constitucional y lícitamente existe imposibilidad de atribuir a los otros poderes tales potestades jurisdiccionales.

Contrario al deber ser, el Decreto-Ley analizado contempla normas que permiten que las autoridades administrativas del trabajo “creen” o sigan procedimientos y dicten órdenes de “ejecución”, sin disponer parámetros para ello, en arrebato de las potestades jurisdiccionales de los órganos de justicia. Observemos:

Artículo 507. Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones:

(...)

3. Mediar en la solución de los reclamos individuales de trabajadores y trabajadoras y ordenar el cumplimiento de la ley o la normativa correspondiente cuando se trate de reclamos sobre obligaciones taxativas de la ley. (subrayado y resaltado nuestro)

Artículo 509. Son obligaciones del Inspector o Inspectora del trabajo para el cumplimiento de la ley dentro de su jurisdicción:

1. Dictar las Providencias Administrativas que la normativa indique que son de su competencia, y aquellas que sean necesarias para cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las leyes, reglamentos, decretos y resoluciones laborales.

(...)

4. Decidir y hacer cumplir la norma en los casos de reclamos interpuestos por trabajadores y trabajadoras por incumplimiento de la ley. (Subrayado nuestro).

Como se aprecia, las citadas normas no sólo disponen la potestad conciliatoria que históricamente se ha atribuido a las autoridades

⁵⁶ Artículos 26, 49, 253 y 257 Constitucionales. **Artículo 253CRBV.** “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. (...)”.

administrativas del trabajo (conciliación y arbitraje)⁵⁷, sino que sustancialmente atribuyen potestades “jurisdiccionales”, al permitirles conocer, decidir y ejecutar, sobre conflictos intersubjetivos de intereses. Las normas en comentario, prescinden y soslayan la potestad jurisdiccional que está atribuida a los órganos de administración de justicia⁵⁸, y su correlativo derecho de acceso a la justicia, que no es otra cosa que el llamado “derecho de acción”, entendido modernamente como “*el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar del juez, la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante en contra del demandado*”⁵⁹, o en forma más explícita, como: “*el derecho subjetivo de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional para la resolución de una controversia jurídica mediante la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto*”⁶⁰. De forma tal, que el referido derecho de acción, y con él, la tutela judicial efectiva garantizada por las normas de los artículos 26, 49 y 257 Constitucionales, han sido completamente soslayados al atribuirse las referidas potestades decisorias de conflictos jurídicos (interpretación y aplicación de normas jurídicas para resolver una controversia) a las Inspectorías del Trabajo⁶¹, ello además, sin precisión alguna en cuanto a procedimiento, lapsos, ni recursos.

En el mismo ámbito de restricciones y práctica abolición de las referidas garantías constitucionales, consideramos que merece especial atención la norma del artículo 513, que dispone el “procedimiento para atender reclamos de trabajadores”:

57 Artículo 592 Ley Orgánica del Trabajo de 1997.

58 Artículo 253 CRBV.

59 **RENGEL ROMBERG, Aristides**. *Ob. Cit.* p.117. (Subrayado nuestro).

60 **PESCI FELTRI, MARIO**. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000. p. 242 (Subrayado y resaltado nuestro).

61 “Este ultraje a la división de los Poderes Públicos sucede cuando la Ley Laboral le da a las Inspectorías del Trabajo, como se adelantó, potestades que son exclusivamente atinentes a la función de la jurisdicción social, esto es, no se trata de un problema de falta de competencia, eso es otro asunto, sino de un asunto de mayor monta pues en este caso estamos frente a falta de jurisdicción, porque las Inspectorías del Trabajo, primero que nada, no tienen función jurisdiccional, y además, a partir de lo ordenado por el artículo 253 de la Carta Política, repito, queda sumamente claro y explícito que la función jurisdiccional es exclusiva y excluyente en nuestra disciplina laboral, insisto, del *uffici giudiziari*, de los Tribunales especiales del Trabajo.” **CARIDAD MOSQUERA, Freddy**. *Ob. Cit.* p. 241

Procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras

“**Artículo 513.** El trabajador, trabajadora, o grupo de trabajadores y trabajadoras, podrán introducir reclamos sobre condiciones de trabajo, por ante la Inspectoría del Trabajo de su jurisdicción. Los reclamos interpuestos serán atendidos por la Inspectoría del Trabajo de acuerdo al siguiente procedimiento.

(...)

3. Si el patrono o patrona, o su representante no asiste a la audiencia de reclamo se presumirá la admisión de los hechos alegados por el trabajador o trabajadora reclamante y el inspector o inspectora del trabajo decidirá conforme a dicha confesión en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante.

(...)

6. El funcionario o funcionaria del trabajo, al día siguiente de transcurrido el lapso para la contestación, remitirá el expediente del reclamo al Inspector o Inspectora del Trabajo para que decida sobre el reclamo, cuando no se trate de cuestiones de derecho que deben resolver los tribunales jurisdiccionales.

7. La decisión del inspector o inspectora del trabajo que resuelva sobre cuestiones de hecho, dará por culminada la vía administrativa y solo será recurrible por vía judicial previa certificación del inspector o inspectora del trabajo del cumplimiento de la decisión.”

Esta norma, al igual y en peores condiciones que las anteriores, dispone un procedimiento de “reclamos”, que no sólo excede de las potestades conciliatorias de las Inspectorías, sino que instituye la figura de la confesión ficta, dando potestades para que el órgano administrativo *juzgue* si la petición es o no “*contraria a derecho*”, en lo que conforma claramente el ejercicio propio de la potestad jurisdiccional. La norma flagrantemente entra en colisión con la prevista en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁶² (creada por mandato constitucional⁶³), que atribuye a los Tribunales del

62 En lo sucesivo denominada “LOPT”. Publicada en Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2.002.

63 Disposición Transitoria Cuarta, numeral 4, Constitucional.

Trabajo, la jurisdicción y competencia “para sustanciar y decidir los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje”⁶⁴.

Adviértase que el numeral 7 transcrito, pareciera respetar o separar la actuación de la administración de las potestades de los órganos judiciales, al señalar que el Inspector decidirá “cuando no se trate de cuestiones de derecho que deben resolver los tribunales jurisdiccionales”, pero lo cierto es que tal previsión resulta falaz, en tanto que para resolver cualquier “reclamo” sobre incumplimiento o cumplimiento de obligaciones laborales (legales) por parte de los patronos, sería imposible atender exclusiva o separadamente a las cuestiones de hecho (prescindiendo de las de derecho), pues para determinar la procedencia o existencia de una obligación, siempre debe atenderse a la estructura básica de la norma jurídica, es decir, debe verificarse la existencia de la premisa menor (los hechos) y luego subsumirlo para obtener la conclusión o consecuencia jurídica que dispone la premisa mayor (el derecho), en lo que constituye el silogismo⁶⁵ propio de la actividad jurisdiccional. Así, la norma no sólo contempla una posibilidad que adolece de toda lógica o sentido jurídico (resolver un asunto jurídico atendiendo sólo a los hechos), sino que en la práctica conlleva a dotar a las Inspectorías del Trabajo con amplias facultades decisorias, pudiendo incluso declarar la confesión ficta y condenar a los patronos al cumplimiento (pago) de cualesquiera supuestas obligaciones legales, lo que incluye erogaciones pecuniarias.

En relación a este aspecto, alguna doctrina proclive a la constitucionalidad de tan falta previsión, entiende que “no existe ninguna norma específica que confíe al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente, la solución de los conflictos intersubjetivos del trabajo”⁶⁶, y así mismo sostiene que “si la competencia –jurisdicción- para co-

64 Artículo 29 LOPT.

65 CALAMANDREI, Piero. *La Génesis Lógica de la Sentencia Civil*, en *Estudios sobre el Proceso Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliografía Argentina. Buenos Aires, 1.945. pp. 367 a 417.

66 ARRÁIZ CABRICES, José Manuel. *Procedimiento de reclamo en el artículo 513 de la nueva Ley Laboral venezolana*, en: “Revista Derecho del Trabajo No. 16”. Fundación Universitas. Barquisimeto, 2014. p. 285.

nocer de los asuntos, por orden Constitucional se confió en la Ley; y ésta –a su vez– la atribuye a la autoridad administrativa del trabajo, no pareciera existir ningún vicio de inconstitucionalidad”⁶⁷ (Subrayado nuestro). Obviamente, disentimos de tan erradas conclusiones. En primer lugar, si existen normas expresas en nuestra Constitución que atribuyen la potestad jurisdiccional a los órganos del Poder Judicial, específicamente las disposiciones de los artículos 26, 253 y 257 Constitucionales, y más aún, en materia laboral la Disposición Transitoria Cuarta, que ordenó la creación de “una jurisdicción laboral autónoma y especializada” y que a tal efecto se dictará la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por otra parte, debe repararse que la “jurisdicción” no se ha confiado constitucionalmente a la ley, como sostiene erradamente este autor; la jurisdicción constitucionalmente se ha confiado al Poder Judicial, y lo que el artículo 253 Constitucional asigna al legislador es la determinación de los “procedimientos”, por ello, la ley mal puede atribuir tal potestad a los órganos del Poder Ejecutivo.

La norma en comentario que pretende regular un “procedimiento” que culmina en una “providencia” (sentencia) declarativa de derechos, adolece además de toda previsión sobre algún trámite de admisión o evacuación de pruebas, no contempla lapsos, ni posibilidad de recusación del funcionario, ni mucho menos trámites o recursos impugnativos⁶⁸. Y en mayor perjuicio a las garantías constitucionales, consagra una suerte de *ejecución forzosa e insalvable* de lo decidido por el órgano administrativo, sin que la parte afectada pueda acudir a los órganos jurisdiccionales para impugnar y revisar la legalidad de la decisión administrativa, además bajo apercibimiento de privación de la libertad, como se insistirá segui-

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Ante la absoluta falta de normas de procedimiento en el texto de la LOTT, el mismo autor citado (ARRÁIZ CABRICES), pretende crear un procedimiento para este trámite de “Reclamos”, proponiendo la utilización de normas de distintos textos legales, para suplir las regulaciones sobre admisión, citación, pruebas, etc. Con lo cual obvia que la creación de procedimientos no corresponde a la doctrina, sino que corresponde a la estricta reserva legal, por mandato del artículo 156, num. 32, Constitucional. No se trata de una “laguna” que pueda ser llenada por analogía, se trata de absoluta falta de previsión legal del respectivo trámite procedimental.

damente. La norma en referencia, dispone que:

“La decisión del inspector o inspectora del trabajo que resuelva sobre cuestiones de hecho, dará por culminada la vía administrativa y solo será recurrible por vía judicial previa certificación del inspector o inspectora del trabajo del cumplimiento de la decisión”.

Con lo cual se impide el acceso a la justicia, a la Jurisdicción contencioso administrativa especialmente dispuesta por la Constitución Nacional⁶⁹, y consecuentemente a la tutela judicial efectiva, volviendo a la proscrita fórmula del *solve et repete*, reiteradamente desechada por el Tribunal Supremo de Justicia⁷⁰. En adición, siendo que la “certificación” debe ser expedida por el mismo organismo administrativo, resulta posible –como de hecho ocurre en la práctica- que aun habiendo cumplido el patrono con la orden o providencia administrativa dictada, se vea impedido de acudir a los órganos jurisdiccionales como consecuencia de la contumacia de la Inspectoría en expedir dicha certificación.

Por demás, el decreto ley –seguramente por su írrita fuente (Poder Ejecutivo)- no sólo consagra esta inconstitucional atribución de potestades jurisdiccionales a órganos administrativos a través de las delatadas normas de los artículos 507, 509 y 513, sino que además de forma general pretende incluir a los órganos de administración del trabajo como parte de la jurisdicción laboral, al equiparlos en la norma del artículo 23 LOTTT. La disposición en referencia contempla:

69 **Artículo 259 CRBV.** “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

70 Entre otras: sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, dictada el 24 de octubre de 1984; sentencia N° 321/2002 de la Sala Político Administrativa; sentencias de la Sala Constitucional: No. 379 de fecha 7 de marzo de 2007, Exp.- N°: 06-1488; y No. 920 de fecha 18 de mayo de 2004.

Artículo 23. La legislación procesal, la organización de los tribunales y la administración del trabajo, se orientarán con el propósito de ofrecer a los trabajadores y a las trabajadoras, patronos y patronas, la solución de los conflictos sobre derechos individuales o colectivos que surjan entre ellos, **mediante una administración de justicia** orientada por los principios de uniformidad, brevedad, gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad, rectoría del juez en el proceso, sencillez, eficacia, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, atendiendo el debido proceso, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. (Subrayado y resaltado nuestro).

En palabras del profesor Freddy Caridad,

“[e]n otros casos la ilegalidad o la inconstitucionalidad, según fuere, es por incurrir la nueva Ley Laboral en un lenguaje sibilino (por encerrar un sentido oculto), como por ejemplo acontece con el artículo 23 ejúsdem, pues además de establecer la legislación procesal y la organización de los tribunales, de inmediato agrega ‘y de la administración del trabajo’, para imponer –de conjunto– que esa institución, la legislación procesal, y todos esos organismos jurisdiccionales, los Tribunales del Trabajo, incluyendo los organismos de la ‘administración del trabajo’, como si ésta, y particularmente las Inspectorías del Trabajo, se vuelve a repetir, fueran lo mismo que la jurisdicción, o más exactamente, como si las inspectorías del trabajo fueran similitud a los Tribunales Jurisdiccionales del Trabajo.”⁷¹

Como se aprecia, todas estas disposiciones implican al arrebato o usurpación de funciones jurisdiccionales, constituyendo flagrante irrupción del Estado de Derecho y del democrático principio de separación de poderes, amén de otras garantías constitucionales, como el debido proceso, el derecho al juez natural y la garantía de acceso a la justicia.

71 CARIDAD MOSQUERA, Freddy. *Ob. Cit.* p. 243.

4. Estabilidad e Inamovilidad laboral. Violación de los derechos y garantías de Debido Proceso, Libertad Personal, y Tutela Judicial Efectiva. *Solve et repete* y posibilidad de “prisión por deuda”.

a. Estabilidad laboral.

a.1. Tratamiento de la Estabilidad en la LOTTT.

En relación a la estabilidad laboral⁷² se han verificado sustanciales cambios en la nueva normativa, siendo uno de los más relevantes la obligatoriedad del reenganche (imposibilidad de insistir en el despido a través del pago de indemnización), con lo cual la estabilidad pasa a ser “absoluta”⁷³; a lo que debe adicionarse la penalización (criminalización) de la negativa del patrono a proceder a la efectiva reincorporación del trabajador. La norma del artículo 91 LOTTT, dispone:

“Artículo 91. Definitivamente firme la sentencia del Juez o Jueza de Juicio que declaró con lugar la solicitud de calificación de despido incoada por el trabajador o trabajadora, se procederá a su reenganche y al pago de los salarios caídos durante el procedimiento y hasta la efectiva reincorporación del trabajador o trabajadora a su puesto de trabajo.

El patrono o patrona deberá cumplir voluntariamente con la sentencia dentro de los tres días hábiles siguientes a su publicación, si no lo hiciere a partir del cuarto día hábil el Juez o Jueza de

72 Se entiende por Estabilidad: “(...) la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización”. GARCÍA VARA, Juan. *Estabilidad Laboral en Venezuela*. Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30. En el mismo sentido, se sostiene que: “[e]l conjunto de reglas jurídicas destinadas a propiciar la preservación del vínculo laboral, en particular frente a la voluntad arbitraria del patrono, configuran el régimen de estabilidad en el empleo, el cual se desgaja del más amplio derecho al trabajo”. CARBALLO MENA, César. *Régimen de Estabilidad en el Empleo*. En “Derecho del Trabajo. Número 15/2013”. Fundación Universitas. Barquisimeto, 2013. p. 63.

73 “La infracción del régimen de *estabilidad absoluta* supondría la nulidad de la medida extintiva del vínculo laboral y el consecuente deber patronal de reparar de modo perfecto el daño causado, es decir, restituir la situación jurídica infringida mediante la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo”. CARBALLO MENA, César. *Ob. Cit.* p. 65.

Sustanciación, Mediación y Ejecución, procederá a la ejecución forzosa de la sentencia, embargando, en vía ejecutiva, bienes del patrono o patrona para satisfacer el pago de los salarios caídos causados o que se causaren, hasta el reenganche efectivo del trabajador o trabajadora demandante.

Si el demandado o demandada se negare a cumplir con la orden judicial de reenganche, incurrirá en el delito de desacato a la autoridad judicial con pena de prisión de seis a quince meses.

A los fines de establecer las responsabilidades penales a que haya lugar, el Juez o Jueza del Trabajo oficiará al Ministerio Público.” (Resaltado nuestro).

La norma prevé la obligación ineludible de incorporar al trabajador que ha sido despedido injustificadamente, sin permitir fórmulas alternativas de ejecución o indemnización, y penalizando con privación de la libertad el desacato de la orden de reenganche.

Inconstitucionalmente se está convirtiendo el incumplimiento de una obligación civil (laboral) en un delito, al tiempo que se desatiende al carácter eminentemente social y humano de toda relación laboral. Considérese que incluso el Convenio de la OIT que regula la materia (Convenio 158)⁷⁴, prevé en su artículo 10, la procedencia del “pago” de una indemnización en aquellos casos en que *no sea posible la readmisión del trabajador*, de manera que es ese (el pago de una indemnización) el mecanismo lícito alternativo para satisfacer el derecho de estabilidad, y no, pretender en todos los casos la ejecución forzosa del reenganche bajo pena de privación de la libertad. Adicionalmente, al tipificarse la negativa de reenganche como constitutiva del delito de “desacato a la autoridad judicial”, hasta ahora sólo dispuesta legalmente en caso de incumplimiento de amparos constitucionales, conlleva a considerar que todo incumplimiento de alguna sentencia judicial implicaría tal delito, obviando todas las formas de ejecución forzosa y abriendo la posibilidad de retroceder en el tiempo para volver al sistema de “prisión por deudas”, definitivamente proscrito de nuestro sistema constitucio-

74 <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm> (consultado en marzo de 2013).

nal conforme al artículo 7,7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José)⁷⁵.

Se verifica a través de esta normativa una gruesa violación de los principios de proporcionalidad⁷⁶ y del carácter subsidiario del derecho penal⁷⁷, imponiendo la criminalización de la actividad patronal sin que en la realidad, ni en la conciencia social exista la convicción sobre la nocividad de la conducta sancionada, ni sobre la necesidad de penalizar de tal forma a un empleador por resistirse a la reincorporación de un trabajador.

Las relaciones laborales son de carácter “humano”, por lo que deben tratarse en el contexto del “derecho social”⁷⁸, ateniendo la circunstancia común de que en múltiples ocasiones el deterioro de las relaciones interpersonales entre trabajadores y empleadores (o sus representantes) pueden llevar a la necesidad de poner fin a la relación, con el objeto de preservar el ambiente laboral, la dignidad de ambas partes e incluso prevenir acciones o vías de hechos entre ellas, especialmente en aquellas entidades de trabajo con pocos tra-

75 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

76 “Pero un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de -nocividad social- del ataque al bien jurídico”. **MIR PUIG, Santiago**. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta Edición. Editorial B de f. Barcelona. 1998. p 100-101

77 “Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una *ultima ratio*. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción como una adecuada Política social. Seguirán a continuación no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.) Solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil -huida al Derecho penal- pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción – técnica ésta característica del Estado liberal clásico!”. **MIR PUIG, Santiago**. *Ob. Cit.* p. 90

78 “...el trabajo humano es un hecho influido por factores de muy diferentes órdenes: ético, sociológico, psicológico, físico, jurídico, etc, que determinan la inclinación y el aprecio de la sociedad hacia el trabajo, el respecto a los valores morales que su práctica entraña, la duración y condiciones en que esa actividad debe prestarse”. **CARIDAD MORQUERA, Freddy Orlando**. *Ob. Cit.* p. 198.

bajadores o en las que el quehacer diario implica constante y cercano contacto entre empleador y trabajador⁷⁹. En estas situaciones, muy comunes en la práctica laboral, lo cónsono dentro de la noción de Estado Social es establecer las indemnizaciones a que haya lugar (en caso de que no exista causa justificada para el despido), pero en ningún caso someter a patronos y trabajadores a mantener una relación insostenible y que solo generará mayor conflictividad. En este sentido, y a título de ejemplo, podemos citar algunas legislaciones foráneas que regulan realidades sociales similares a la nuestra, y que en ningún caso han asumido soluciones tan irracionales como la que analizamos. Antes bien, en todos los casos se ha recurrido a mecanismos alternativos de indemnización:

La legislación Mexicana⁸⁰ dispone casos específicos en los que por la naturaleza de la relación resulta inconveniente la reinstalación, al tiempo que faculta al órgano decisorio (Junta de Conciliación y Arbitraje) para que verifique los supuestos en que por razón del trabajo que desempeña el trabajador o por las características de sus labores, “*está en contacto directo y permanente*” con el patrono, así como otras circunstancias, que permitan determinar que “*no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo*”. Supuestos en los cuales lo que procede es el pago de una indemnización económica, como forma típica de pago o cumplimiento de la obligación “en equivalente”, propio de la ejecución forzosa de obligaciones de hacer.

79 Tal era el fundamento de la previsión del Parágrafo único del artículo 117 de la LOT, que preveía la no obligación de reenganche para los “*patronos que ocupen menos de diez (10) trabajadores*”. Y en igual sentido, la previsión del artículo 191 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

80 “**Artículo 49 Ley Federal del Trabajo.- El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar** al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes:

I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año;

II. Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo;

III. En los casos de trabajadores de confianza;

IV. En el servicio doméstico; y

V. Cuando se trate de trabajadores eventuales.” (Subrayado y resaltado nuestro). <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>. (Consultado mayo 2013).

En el mismo sentido, en Uruguay se dispone indemnización por despido injustificado a través del pago de suma de dinero tarifada⁸¹, disponiéndose sólo la reincorporación efectiva del trabajador en los casos de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical⁸², así como una protección especial (también dineraria, pero de mayor cuantía)⁸³, para las “situaciones de mayor vulnerabilidad” (en casos de accidentes y enfermedades profesionales; en ocasión de la maternidad; reposos o incapacidad médica; y de los trabajadores que hayan fungido como testigos en contra del patrono en casos de acoso sexual en el ámbito laboral)⁸⁴.

En Colombia, la posibilidad de reintegro efectivo en casos de despidos injustificados (estabilidad) fue suprimida del Código Sustantivo del Trabajo a través Ley 50 de 1990, disponiéndose únicamente las indemnizaciones dinerarias previstas en el artículo 64 del referido Código, sobreviviendo solamente tal derecho a la reincorporación, para aquellos trabajadores que el momento de la reforma legal (1990) tuvieran diez o más años de servicios cumplidos. Cabe destacar, que aún bajo la vigencia de la legislación reformada, y también para el caso de los referidos trabajadores amparados por el régimen transitorio, la posibilidad de reintegro constituía una

81 *“Protección General contra el despido en el Ordenamiento Jurídico Nacional*

La reparación de los daños producto del despido, se tarifican mediante el pago de una ‘indemnización por despido’ por el hecho de rescindir el contrato, con abstención de toda valoración del comportamiento del empleador; que se cuantifica conforme a los criterios de antigüedad y remuneración que establece la ley; siendo el límite máximo de la indemnización monetaria de despido para un trabajador con remuneración mensual, el equivalente a seis mensualidades”. (Cursivas del texto original) **NIMO CABRERA, Pedro**. *Derecho al trabajo y permanencia en el empleo como expresión de dignidad laboral*. En “Derecho del Trabajo. Número 15/2013”. Fundación Universitas. Barquisimeto, 2013. p.55.

82 La excepción al régimen de reparación imperfecta establecido por las leyes citadas; se consagró mediante la Ley N° 17.940, cuando el legislador patrio en el año 2006 consagró la nulidad absoluta de “cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo”. *Ibidem*. p. 55.

83 *“Tutela especial en situaciones de mayor vulnerabilidad*

Siempre dentro del sistema de reparación imperfecta; existen en nuestro país algunas normas específicas que atienden situaciones de ‘despidos especiales’ de aquellas personas que, trabajando, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y donde el legislador estableció una mayor protección contra el despido, imponiendo al empleador el pago de indemnizaciones superiores a la tarifada con las excepciones establecidas en cada una de las normas”. *Ibidem*. p. 56

84 *Ibidem*. p. 57.

potestad del juez, quien dependiendo de las circunstancias de cada caso, podía escoger entre el reintegro del trabajador al cargo y la indemnización de perjuicios en dinero. Para tal apreciación, el juez debía determinar los casos en que resultaba desaconsejable el reintegro, debido a las incompatibilidades presentadas⁸⁵, especialmente cuando dicho reintegro “no es conveniente para el propio trabajador”, como lo ha precisado la Corte Constitucional de dicho País⁸⁶.

La misma Corte Constitucional de Colombia ha concluido que la estabilidad no implica inamovilidad, y aun cuando el referido derecho de estabilidad también en dicho país posee rango Constitucional (art. 53 de la Constitución Política), se ha entendido que su protección se produce a través de la imposición de una obligación secundaria al empleador (pecuniaria), como consecuencia de su responsabilidad⁸⁷.

También es pertinente referirnos al sistema Español, en el que claramente se distingue entre Despido “Nulo”, tal y como aquí lo denomina nuestra Constitución, y el despido “improcedente”. El primero (despido Nulo) corresponde al que tiene por causa la discriminación o violación de derechos fundamentales; y el segundo, es aquel no amparado en causas legales, que en nuestro país denominamos despido injustificado y se corresponde con la noción de estabilidad laboral.

En los casos de despidos improcedentes se prevé para el patrono la alternabilidad de las obligaciones de readmitir (reenganchar) al trabajador o dar por terminada la relación laboral, pagando una indemnización adicional a los salarios de tramitación (caídos), cuyo importe es superior al venezolano, pues se contemplaba el pago de 45 días de salario por año de servicios, hasta un máximo de cuaren-

85 **OBANDO GARRIDO, José María.** *Derecho Laboral*. Ediciones Doctrina y ley, Ltda. Bogotá, 2007. p. 551.

86 El Principio de Estabilidad Laboral en los Pronunciamientos de la Corte Constitucional 1992-2005. Obra Colectiva. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p. 20.

87 *Ibidem*. p. 17.

ta y dos mensualidades⁸⁸. Diferenciadamente en el caso de los despidos “nulos”, se da lugar a la orden de reincorporación efectiva, sin posibilidad de pago alternativo (inamovilidad), estableciéndose para los casos de ejecución forzosa, por incumplimiento de la orden de reenganche -por tratarse de una obligación personalísima de hacer- la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, a través de la continuidad de pago de salarios, con sus incrementos ulteriores, por medio de mandatos consecutivos de pagos equivalentes a seis meses, hasta la readmisión, o hasta tanto otras circunstancias determinen el fin de la relación (renuncia del trabajador a su derecho a reincorporarse, o cuando la readmisión sea imposible por cese o cierre de la empresa)⁸⁹.

Como se aprecia, la protección de la Estabilidad se verifica a través de indemnizaciones para el pago de los salarios caídos, siendo que la orden de reincorporación, reenganche o reinserción, puede sustituirse por el pago de otras indemnizaciones dinerarias de mayor o menor cuantía dependiendo de cada ordenamiento, tal y como se disponía en nuestra legislación, antes de la existencia de la comentada regulación del artículo 91 LOTT. La LOT consagraba un sistema general de “estabilidad relativa”⁹⁰, obviamente más sano y a tono con la paz social, conforme al cual el empleador podía “*jurídicamente, rescindir, sin justa causa, la relación laboral mediante un pago indemnizatorio previsto en la ley*”⁹¹. Ahora, la nueva pseudo legis-

88 Debido a la crisis económica sufrida en España, en el año 2012 se modificaron estas indemnizaciones –pero sin efecto retroactivo- disminuyendo la indemnización a 33 días de salario por cada de servicios y hasta un máximo de 24 mensualidades. Véase **ORTEGA PRIETO, Eduardo y ORTEGA FIGUERIAL, Eduardo**. *La Reforma Laboral 2012. La Ley*. Madrid, 2012. p. 173.

89 **ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia**. *Derecho del Trabajo*. Thomson Civitas. Madrid, 2005. pp. 507-520.

90 Artículo 112 LOT y artículos 187 y ss LOPT

91 **PARRA ARANGÜREN, Fernando**. *Ob. Cit.* p. 163. El autor en relación al régimen vigente en la LOT refiere: “[e]fectuado el despido, el trabajador puede de solicitar la calificación del mismo ante el órgano jurisdiccional y éste, si no existe causa que lo justifique, emite una orden de reenganche que el dador de trabajo está autorizado para incumplir mediante el pago de una suma de dinero. Además, si cancela la indemnización en la oportunidad del despido, por considerarlo de antemano injustificado, puede evadir el procedimiento de calificación. Cuando se estipula convencionalmente, por lo general, ambos hechos-procedimiento de calificación u obligación de reenganche, según el caso- pueden no actualizarse abandonándose al asalariado la cantidad pactada, normalmente por una superior a la legal.” *Ibidem*. p. 163-164.

lación prevé una suerte de estabilidad general y absoluta⁹², conforme a la cual debe siempre procederse a la reincorporación efectiva del trabajador, salvo que éste, a su solo criterio, opte por exigir la indemnización dineraria. La norma además, apercibe al empleador de la sanción penal por desacato a la autoridad judicial en caso de contumacia en la ejecución de la orden de reincorporación.

En consideración de que para algunos (incluidos los redactores del Decreto-ley), la Constitución Nacional prevé un mandato de “Estabilidad Absoluta”, que podría justificar esta forma radical de protección (sanciones penales por negativa de reincorporación), se hace necesario la ponderación entre derechos constitucionales garantizados y que posiblemente estarían en colisión, en este caso, el derecho a la estabilidad y la nulidad de despidos contrarios a la Constitución (artículo 93 Constitucional), de un parte, y por la otra, el derecho a la libertad personal de los patronos o sus representantes (artículos 44 y 49 Constitucional), para lo cual debe realizarse previamente una tarea interpretativa dirigida a determinar lo que cada precepto establece, de manera de definir con certeza si existe o no dicha colisión, o si por el contrario es posible una interpretación armonizadora⁹³.

Comencemos por denotar que los despidos que la Constitución proscribe de manera absoluta y consecuentemente califica como “nulos” son aquellos que se verifiquen en violación o trasgresión de las garantías constitucionales, y especialmente en violación de los derechos humanos que la misma constitución reconoce. Como en otras legislaciones, esto se circunscribe a los despidos que obedezcan o se conviertan en una forma de discriminación o los que atenten contra bienes jurídicos protegidos por el texto fundamental,

92 Con la nueva concepción impuesta por la Ley, resulta inútil la distinción entre estabilidad absoluta o propia o estabilidad relativa o impropia, porque ahora rige una estabilidad absoluta; ya el patrono no puede zafarse de la obligación de reenganchar pagando a su voluntad, de manera facultativa, una cantidad de dinero por concepto de los derechos laborales del trabajador, no puede ahora resarcir económicamente al trabajador para impedir el reenganche. **GARCIA VARA, Juan.** *Sustantivo Laboral. Ob. Cit.* p. 202.

93 **CASAL H. Jesús María.** *Ob. Cit.* p. 150.

como la igualdad, la dignidad, las libertades políticas, la libertad sindical o la maternidad, todos los cuales dan lugar a la denominada “estabilidad absoluta” de carácter temporal, especial y excepcional, que conlleva la nulidad del acto de despido y acarrea la orden de reincorporación, reinstalación o reenganche *efectivo* del trabajador, sin que ésta obligación pueda suplirse –en principio– con el pago de una indemnización dineraria.

Sin embargo, la misma norma constitucional prevé otras formas de despido injustificados, y en tal sentido, la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (hoy derogada) y la también derogada Ley contra Despidos Injustificados de 1975⁹⁴, disponían otras formas de protección de la estabilidad (contra los despidos injustificados), conformada por el pago de una indemnización dineraria en los casos en que el patrono no deseaba ejecutar el reenganche⁹⁵. Incluso la misma LOTTT, así lo dispone en su artículo 92⁹⁶ (pago doble de la antigüedad), pero circunscribiendo su procedencia a la sola voluntad del trabajador. Lo que implica que el análisis científico de la norma constitucional en referencia, conlleva a destacar el verdadero contenido y alcance de dicha disposición a través de su exégesis literal, sistemática y teleológica.

a.2. Necesidad de diferenciar la Estabilidad de la Inamovilidad.

Partiendo de la referida norma del artículo 93 Constitucional, y de su desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial, debe verificarse la naturaleza propia de cada una de las instituciones laborales que se analizan. De una parte, la “Inamovilidad” entendida como una forma de protección temporal que inviste de un privi-

94 Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 1.736 Extraordinaria del 5 de mayo de 1975.

95 Artículo 6 de la Ley Contra Despidos Injustificados (publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 30.468 del 8 de agosto de 1974) y 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.

96 **Artículo 92 LOTTT.** En caso de terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador o trabajadora, o en los casos de despido sin razones que lo justifiquen cuando el trabajador o la trabajadora manifestaran su voluntad de no interponer el procedimiento para solicitar el reenganche, el patrono o patrona **deberá pagarle una indemnización equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales.** (Resaltado nuestro).

legio (fuero) especial a determinada categoría de trabajadores por la especial condición que ostentan, y conforme a la cual no pueden ser despedidos, trasladados ni desmejorados sin la previa autorización de la autoridad competente⁹⁷. Se trata de una institución originada o propia del derecho sindical⁹⁸, inicialmente concebida para la protección de los representantes sindicales y luego extendida al derecho colectivo para los trabajadores involucrados en acciones o situaciones propias del ejercicio de la libertad sindical (discusión de contratos colectivos o huelga, elecciones sindicales, etc.), por lo que se requiere garantizar no sólo su permanencia en el trabajo (estabilidad), sino prevenir y contener cualesquiera prácticas discriminatorias que pueda desarrollar el empleador en contra del ejercicio de los derechos colectivos en juego. De allí que el bien jurídico inmediatamente tutelado no es el empleo, sino los derechos inherentes a la libertad sindical, que se verían conculcados si el patrono arremete contra los líderes representantes de los trabajadores o amedrenta a los miembros de la masa laboral en momentos en que se está verificando un conflicto, exigiendo reivindicaciones o ejerciendo la democracia sindical. Conforme a esto, resulta acertada la apreciación de Parra Aranguren⁹⁹, en distinguir la inamovilidad de la estabilidad absoluta, pues si bien ambas disponen como forma de protección la reincorporación efectiva del trabajador afectado, se diferencian en que la inamovilidad pertenece al derecho colectivo (protege intereses generales), mientras que la estabilidad pertenece al derecho individual, pues sólo protege el derecho de cada trabajador¹⁰⁰. Considérese igualmente, que la estabilidad sólo protege

97 Por tratarse de un conflicto intersubjetivo de intereses consideramos que este asunto es de carácter jurisdiccional y consecuentemente su tramitación y conocimiento debe corresponder a los órganos judiciales o como mínimo, por tratarse de una institución laboral, a tribunales especiales o árbitros tripartitos, como se preveían en la Ley contra Despidos Injustificados de 1974, o como se regula en el sistema mexicano.

98 “Originado como instituto propio del derecho sindical, devino perteneciente del derecho colectivo del trabajo, en lo cual se diferencia del de la estabilidad, conforme a la señalado. Consiente de un privilegio mediante el cual sus titulares no pueden “ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el inspector del Trabajo.” **PARRA ARANGUREN, Fernando**. *Ob. Cit.* p. 165.

99 **PARRA ARANGUREN, Fernando**. *Ob. Cit.*

100 En el mismo sentido se pronuncia **PRÓ-RÍSQUEZ, Juan Carlos**. *Comentarios sustantivos y procesales a la Estabilidad a la Inamovilidad en el Derecho del Trabajo Venezolano*. En “I

contra el despido arbitrario, es decir contra la pérdida del empleo, mientras que la Inamovilidad por pretender repeler la discriminación, también ampara contra otras formas de afectación, como la desmejora de condiciones o el traslado injustificado¹⁰¹.

La doctrina nacional mayoritaria y la jurisprudencia, concibe la Inamovilidad como una forma de Estabilidad (absoluta), seguramente afianzados en la conceptualización legal que ha ampliado irracionalmente la utilización de la expresión “inamovilidad”, no sólo para la protección de materias colectivas, sino a diversos casos de verdadero y exclusivo contenido individual, sin reparar en que la naturaleza de la protección es la que en todo caso puede justificar la necesidad y existencia de una forma obligatoria de reincorporación efectiva del trabajador en caso de despido injustificado¹⁰², o más precisamente en los casos de despido “nulo” que es lo que dispone nuestra Constitución.

Desde esta perspectiva, la protección o fuero de inamovilidad de carácter colectivo (íntimamente vinculada al ejercicio de la libertad sindical) bien puede extenderse a la mujer embarazada, también sujeto de protección constitucional y ubicada en una situación (maternidad) que comprende intereses generales, que al implicar mayores, distintas, temporales y adicionales cargas para el emplea-

Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico”. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005. p. 209.

101 “No se circunscribe a la imposibilidad del despido injustificado únicamente, sino que amplía su espectro y prohíbe los traslados o desmejoras sin justa causa, con el adicional de que si existiera ésta, debe ser previamente calificada por el órgano respectivo, en caso venezolano, la Inspectoría del Trabajo.” **BONTES CALDERON, Irma**. *Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores (LOTTT)*. En VASQUEZ, Magaly (Coordinadora). *Jornadas LOTTT. Evaluación del primer año de vigencia*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013. p. 37.

102 “El despido o traslado, materializado sin la calificación previa del inspector del trabajo, se considera irritó y, por tanto, el dador de trabajo no podrá rescindir la relación laboral mediante un pago indemnizatorio (LOT, artículo 449). Ello en razón de su objeto: el de la inamovilidad -a diferencia del de la estabilidad, (garantizar al trabajador, individualmente considerado, su derecho al empleo)- es, reza el texto constitucional permitir al colectivo de asalariados “constituir libremente las organizaciones sindicales (derecho de sindicación) que estimen convenientes para la mejor defensa y derecho de sus intereses.” *Ibidem*. p. 166

dor¹⁰³, bien pueden generar en éste la idea de prescindir de la trabajadora, despidiéndola por su especial condición (discriminándola), o someterla a otros tratos discriminatorios (traslado o desmejora) con la intención de que renuncie. Así mismo, consideramos que tal protección de inamovilidad podría extenderse -como se ha verificado - a la protección del colectivo de trabajadores en determinadas circunstancias temporales o en otras situaciones en las que se pretenda proscribir o contrarrestar la discriminación (delegados de seguridad, representantes laborales en junta directivas de empresas estatales, etc.), es decir, siempre que no se trate de la protección individualizada de un trabajador, y siempre circunscrito a situaciones excepcionales y temporales. Tal es el sentido que se ha concebido a la protección en el sistema de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyas decisiones y recomendaciones, el criterio reiterado ha sido la verificación de la “discriminación” como forma de violación de la garantía a la libertad sindical¹⁰⁴.

Diferenciadamente, la Estabilidad tiene como objetivo la protección o conservación del empleo, de carácter individual¹⁰⁵, y de allí que la protección generalmente se entienda como de tipo

103 La protección de la mujer embarazada o en puerperio, no tiene ni puede tener como fundamento la necesidad de conservar el empleo, pues siendo así la misma correspondería a todo trabajador con hijos y hasta tanto éstos tengan edad para sostenerse por sí mismos. El fundamento lógico de dicha protección es impedir la discriminación de la mujer en esta condición, habida cuenta que a diferencia de otros trabajadores representa una carga mayor para el empleador, en tanto debe disfrutar un extenso período de descanso o licencia pre y postnatal (art. 336 LOTTT), en el cual no presta servicios pero igualmente recibe beneficios a cargo del patrono como el ticket de alimentación (art. 6 Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras); al tiempo que una vez reincorporada goza de jornada laboral reducida hasta tres (3) horas por días a los fines de la lactancia (art. 345 LOTTT); y posteriormente tendrá derecho al pago de guarderías (art. 344 LOTTT). Todo lo cual implica onerosidad, que puede producir en el empleador el ánimo de discriminación que amerita la especial protección.

104 La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta Edición (Revisada). Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2006.

105 “Entendida como ‘garantía contra la privación injustificada del empleo’ mediante la cual se considera ‘dotada la relación laboral de un atributo de permanencia a favor del trabajador’, es un institución propia del derecho individual del trabajo, según se desprende tanto de la normativa constitucional que la consagra como de la doctrina nacional.” **PARRAARANGUREN, Fernando.** *Ob. Cit.* p. 161.

“relativo”¹⁰⁶, es decir que permite sustituir la reincorporación del trabajador por el pago de una indemnización dineraria, y por ello los supuestos de estabilidad absoluta, deben ser limitados, o cuando menos permitir en determinadas situaciones su relativización, dando lugar a la posibilidad de sustituir la reincorporación efectiva con el pago de una indemnización prevista en la ley. Todo ello con especial atención a las exigencias actuales de una economía globalizada¹⁰⁷ y al entendimiento del carácter humano propio de las relaciones laborales, que más de una vez implicará la auténtica imposibilidad de la reincorporación, incluso en beneficio o protección del mismo trabajador. Esta diferencia ha sido reconocida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, al concluir:

Ahora bien, es fundamental para la Sala precisar a fines estrictamente pedagógicos, que bajo la concepción ideológica de nuestro legislador, e incluso del constituyente -el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone el que la “Ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente **para limitar** (fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de **uno**; Diccionario de la lengua española; Espasa, 2001) toda forma de despido no justificado”-; la permanencia o estabilidad en el trabajo se garantiza conforme al sistema o régimen consagrado en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo (estabilidad relativa), y sólo en situaciones de protección especial -individual o colectiva- decae tal régimen general para ceder ante

106 Ver Sentencia de la Sala Constitucional TSJ Nro. 1076 de fecha 02 de junio de 2005.

107 “En gran parte de los países latinoamericanos, Venezuela entre ellos, existe una economía cerrada, caracterizada por la homogeneidad de la fuerza de trabajo y un estigmatizador intervencionismo del estado, que debe transformarse y dar paso a un nuevo mercado laboral: el propio de una economía abierta donde existan tecnologías flexibles, una fuerza asalariada heterogénea, profesionales altamente calificados y una menor intervención del estado.

Ante estas circunstancias cabe preguntarse si el espíritu profesionalista propio del derecho del trabajo debe dejar de ser el centro alrededor del cual gira esta disciplina. En Venezuela, y en los otros de Hispano América, no parece lógico por razones obvias, lo cual lleva a plantearse ¿Qué se debe proteger? y ¿cómo?

En virtud de los costos que implica, luce razonable el desconocimiento de la estabilidad, en el sentido de permanencia en la empresa, para aceptar el derecho del empleador de rescindir unilateralmente la relación de trabajo mediante el pago de una indemnización cuantificada. Se discute, sin embargo, si el monto debe aumentarse o, por el contrario, reducirse.” **PARRA ARANGUREN, Fernando**. *Ob. Cit.* p. 181.

otro delimitado en la Ley (supuestos de inamovilidad contemplados en la Ley Orgánica del Trabajo).

Siendo que nuestra Constitución postula los dos elementos esenciales que integran la construcción teleológica de la estabilidad en el trabajo, a saber, la permanencia y la justa causa, entonces, y en aras de garantizar el primero de estos elementos, delegó en la Ley la función de definir conceptualmente, el sistema o modelo de permanencia en el empleo que imperaría en el ámbito de las relaciones jurídicas objeto del hecho social trabajo.

De allí, el que la Ley deba establecer los límites bajo los cuales se tolera el despido sin causa, si tal fuere el caso, lo cual, actualmente se encuentra zanjado al adoptar la vigente Ley Orgánica del Trabajo, el sistema de estabilidad relativa.

Por tanto, ciertamente, la consecuencia jurídica directa de calificar la jurisdicción del trabajo al despido como injustificado, es la nulidad del mismo y en consecuencia, la obligación de reinstalación y cancelación de los salarios dejados de percibir -garantía legal-, solo que tal obligación es limitada, ello, en el entendido de que el deudor (empleador) detenta la facultad de subrogarse en una prestación facultativa, a saber, el resarcimiento pecuniario del daño generado.

Finalmente, nuestra Carta Magna igualmente propugna la nulidad de cualquier despido contrario a los postulados esenciales que ella misma desarrolla, esencialmente, en materia de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo, credo, o cualquier otra condición que afecte la dignidad humana". (Subrayado y resaltado nuestro)¹⁰⁸

Planteamos esta necesaria diferencia y alcance de las instituciones, pues entendemos que la interpretación del artículo 93 Constitucional, exige de una precisa lectura en el contexto de lo que efectivamente habría sido la intención del constituyente y las facultades dejadas en manos del legislador en el tratamiento de la Estabilidad prevista por la norma.

108 Sentencia No.1192 de fecha 22 de septiembre de 2004.

a.3. La LOTTT no se ajusta al mandato Constitucional del artículo 93

Debe verificarse que la norma en comentario (art. 93 Constitucional) no dispone la nulidad de “toda” forma de despido, ni sanciona la nulidad de “toda forma de despido injustificado”, sino que delegó en el legislador el establecimiento de las formas para “garantizar” la estabilidad en el trabajo y “limitar” los despidos injustificados, declarando “nulos” solamente a aquellos despidos contrarios a sus expresas disposiciones. La norma textualmente indica:

Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos. (Subrayado nuestro).

La exégesis del dispositivo constitucional permite comprender que el constituyente diferencia dos tipos de despido, los “injustificados”, es decir los arbitrarios o sin justa causa, que deben ser “limitados” legalmente¹⁰⁹; y los despidos “nulos”, que se definen como aquellos contrarios a la constitución, es decir “*todo aquel que se basa en causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o que viola los derechos fundamentales del trabajador*”¹¹⁰, o al decir de Carballo Mena, los que implican una discriminación presunta.¹¹¹

109 “Establecer la garantía de estabilidad en el trabajo ordenando al legislador que limite toda forma de despido injustificado, no proscribire de manera absoluta la posibilidad de los mismo, solo, tal y como el termino lo refiere, los limita, restringe o circunscribe (...) caso contrario pasa con los despidos efectuados en contravención a la Constitución, los cuales efectivamente están expresamente vedados.” BONTES CALDERON, Irma. *Ob. Cit.* p. 30)

110 FÁBREGA TRUEBA, Ramón. Aproximación a la definición de despido nulo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras. En “Derecho del Trabajo. Número 15/2013”. Fundación Universitat. Barquisimeto, 2013. p. 360. El mismo autor refiere: “Por lo que somos de la opinión que el Despido Nulo debería de limitarse a situaciones distintas a las del despido injustificado, y tratar de enmarcarlas a situaciones menos compatibles con las del artículo 79 de la LOTTT y más hacia situaciones que vulneren a profundidad los derechos humanos. Ibidem.

111 “La inamovilidad entraña, de una parte, la estabilidad absoluta del titular, y de la otra, la intangibilidad de los contenidos de la aludida relación jurídica pues impide tanto el traslado como la alteración de sus condiciones de trabajo, salvo que mediare justa causa para ello y fuere así previamente declarado por el funcionario administrativo competente. En otras palabras, insertando el régimen de inamovilidades dentro del perímetro de las discriminaciones presuntas, se proscribire

En este sentido se ha pronunciado calificada doctrina nacional¹¹² para la cual, la norma del artículo 93 Constitucional no consagra una fórmula de estabilidad absoluta, sino que claramente distingue entre los despidos nulos, y los despidos injustificados, que deben ser delimitados por el legislador.

Contrariamente a lo distinguido por el Constituyente, se aprecia que la LOTTT ha inadvertido la verificada diferencia, ya reconocida en la citada sentencia de la Sala de Casación Social, e incluso por la Sala Constitucional del máximo tribunal¹¹³, exacerbando el alcance y protección contra los despidos injustificados en abuso de las facultades concedidas por la Constitución, pues al disponer una suerte de estabilidad absoluta general, no ha diferenciado las formas de despido que sí distinguió el Constituyente, al tiempo que al coaccionar la reincorporación con sanciones penales que criminalizan la omisión patronal, ha rebasado ostensiblemente los límites de “necesidad” de la restricción y la ponderación en sentido estricto, que se exigirían como requisitos para restringir lícitamente el derecho fundamental a la libertad personal.

Cabe insistir en que, la norma del artículo 91 LOTTT obvia la diferencia entre la Inamovilidad (estabilidad absoluta en términos de la doctrina) y la estabilidad relativa, soslayando el carácter temporal y excepcional que corresponde a la primera. En este sentido

toda conducta patronal que tenga por objeto o efecto anular o alterar arbitrariamente el goce y disfrute de los derechos del trabajador inamovible”. **CARBALLO MENA, César**. Ob. Cit. p. 68.

112 “Con Ortiz-Ortiz y Cesar Augusto Carballo Mena, en su ponencia Despido Nulo por Discriminación, hubo coincidencia con la interpretación de la norma constitucional, pues aun cuando utilizan caminos distintos, lo cierto es que para todos, incluyendo a quien suscribe ‘...la protección contra el despido injustificado y/o sin causa, y el despido nulo por inconstitucional, es y debe ser distinta porque son dos supuestos de hechos diferentes, el primero tiene que ver con la legalidad o no del mismo y el segundo con la constitucionalidad, es decir con la trasgresión o no de los derechos y garantías constitucionales del trabajador en su condición de ciudadano dentro de la relación laboral’ ”. *Ibidem*. p. 33. En contraposición, otro sector de la doctrina entiende que la norma del artículo 93 Constitucional implica la consagración de la Estabilidad Absoluta. En tal sentido: **MILE MILE, Gerardo**. *Temas Laborales*. Volumen XX, Paredes, Caracas, 2006. pp 179 y s; **ESPINOZA PRIETO, Antonio**. *Derecho Laboral. Vivencia de la Estabilidad en el Trabajo*. Buchivacoa. Caracas, 2000, y **SAINZ MUÑOZ, Carlos**. *Lineamientos prácticos de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT)*. Tipografía Olimpia, Caracas, 2012.

113 Sentencia 1076 de fecha 02 de junio de 2005.

recordamos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹¹⁴, ha establecido:

De acuerdo con el criterio jurisprudencial transcrito *supra*, la “*estabilidad absoluta o propia*”, está concebida como **una protección temporal** de permanencia del trabajador en su empleo **por circunstancias especiales o excepcionales** que origina, en su favor, **el derecho a no ser despedido del trabajo sino por las causales establecidas en la ley y con la autorización previa del Inspector del Trabajo**, mientras que la “*estabilidad relativa o impropia*”, esta ideada como un sistema de protección básico, similar al de la estabilidad absoluta aplicable a la generalidad de los trabajadores, *el cual se diferencia en que la obligación del patrono de reenganchar al trabajador es de carácter facultativo*; por lo tanto, al momento de ordenarse la reincorporación y pago de salarios caídos de un trabajador despedido de manera injustificada, el patrono puede liberarse de dicha carga resarciendo pecuniariamente el daño generado, a través del pago de una indemnización por el despido.

La noción de **estabilidad absoluta** se consolida como una modalidad del régimen de permanencia en el trabajo **que autoriza la ley en supuestos que requieren de una tutela especial** y, por tanto, en ausencia de norma expresa que confiera dicho alcance, la regla aplicable para garantizar la persistencia en el puesto de trabajo será la que orienta a la estabilidad relativa; en consecuencia, la regla general en las relaciones laborales es que los trabajadores gozan de una estabilidad relativa y la excepción es que disfrutan de estabilidad absoluta. (Resaltado y Subrayado nuestro).

Quedando claro, como se ha dicho, que la Inamovilidad (estabilidad absoluta) es un régimen *temporal, excepcional* y para proteger supuestos que requieren una tutela *especial*, como serían los casos en que el despido pueda ser considerado como discriminatorio debido a las especiales condiciones que en un momento determinado invisten a un trabajador (fuero sindical o fuero maternal por ejemplo), o los casos en que el despido obedezca a razones de raza, sexo,

114 Sentencia No. 1952 de fecha 15 de diciembre de 2011.

condición política u orientación sexual, etc.¹¹⁵, lo que constituirían los despidos que la Constitución sanciona como “nulos”.

Por demás el constituyente, no sólo diferencia estas instituciones en el analizado artículo 93, donde consagra la garantía de Estabilidad general y luego (de forma distinta) regula los despidos “nulos”, sino que, seguidamente ex artículo 95, instituye la garantía de “inamovilidad” a favor de los promotores y directivos de las organizaciones sindicales, lo que no deja dudas de que en la Constitución se han diferenciado ambas instituciones¹¹⁶.

Según se ha referido previamente, incluso el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158 de la OIT), así como la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm.166 del mismo organismo), prevén la procedencia del “pago” de una indemnización en aquellos casos en que *no sea posible la readmisión del trabajador*, e igualmente conforme al artículo 2,5 del Convenio, *“cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea”*¹¹⁷ (subrayado y resaltado nuestros). Lo que evidencia que internacionalmente se ha reconocido la posibilidad –acaso la necesidad- de excluir a ciertas categorías de trabajadores, que por la actividad realizada, por el

115 “Ortiz-Ortiz señalaba que era una ‘estabilidad especial frente a determinados trabajadores que representan un bien jurídico superior que al estado y a la sociedad democrática le interesa proteger (libertad sindical, maternidad, salud y la vida)’; y Carballo Mena refería que la inamovilidad pertenecía a un régimen superior, pues su inobservancia conllevaba a un despido nulo al igual que ocurre con la trasgresión de los derechos fundamentales del trabajador.” **BONTES CALDERON, Irma.** *Ob. Cit.* p. 36.

116 “El argumento económico (o ‘hipótesis del legislador no redundante’) es aquel por el cual se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya es atribuido a otro enunciado normativo, que es respecto al primero preexistente o jerárquicamente superior o más general; y ello así porque si esa atribución de significado no fuera excluida, nos encontraríamos frente a un enunciado normativo superfluo”. **TARELLO, Giovanni.** *La interpretación de la Ley.* Palestra Editores. Lima, 2013. p. 333.

117 Convenio 158 OIT. <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> (consultado en marzo de 2013).

tipo o tamaño de la empresa empleadora, o por las peculiaridades de cada caso, no estarían amparados de la misma forma que el resto de los trabajadores. Conforme a estas lógicas nociones, en el derecho comparado “[l]as disposiciones generales en materia de terminación, ya se trate de la legislación general del trabajo o de disposiciones específicas, no se aplican a veces a determinadas categorías de trabajadores que pueden en algunos casos regirse por disposiciones especiales. Se trata de los trabajadores domésticos, los trabajadores agrícolas, los trabajadores familiares, los trabajadores de la construcción o la gente de mar. En algunos países, se excluyen las personas que ocupan puestos directivos de confianza”¹¹⁸. Diferenciadamente en la LOTTT, se ha concebido irracionalmente una especie de estabilidad absoluta general, que en todos los casos pretende forzar la reincorporación efectiva del trabajador, ser permitir forma alternativa de cumplimiento, ni distinguir los casos en que el reenganche afectaría sustancialmente la relación interpersonal, la producción, la empresa misma, y/o la dignidad de las partes.

En conclusión, al disponerse la obligación de reincorporación en todos los casos de despido injustificado (a decisión del trabajador) y criminalizarse la contumacia del patrono disponiendo sanciones privativas de la libertad, se ha desconocido el propósito y distinción realizadas por el constituyente en materia de Estabilidad y despidos nulos, vulnerando al mismo tiempo el derecho a la libertad personal y atentando incluso contra la dignidad de trabajadores y empleadores, al forzar en todos los casos la efectiva reanudación de la relación laboral previamente terminada por la voluntad del patrono. Como colofón, podemos advertir que conforme al artículo 87 de la LOTTT, estarían dotados de estabilidad (y derecho efectivo al reenganche), los otrora denominados “trabajadores de confianza”¹¹⁹, así como los empleados domésticos¹²⁰, y los emplea-

118 Conferencia Internacional del Trabajo (OIT). *Protección contra el Despido Injustificado*. Informe de la Comisión de Expertos. Ginebra, 1995. pp. 32-33.

119 **Artículo 45.** Se entiende por trabajador de confianza aquel cuya labor implica el conocimiento personal de secretos industriales o comerciales del patrono, o su participación en la administración del negocio, o en la supervisión de otros trabajadores.

120 “Al solo quedar expresamente excluidos del régimen los trabajadores de dirección, debe entenderse por interpretación en contrario que el resto de las categorías están protegidas, por

dos temporeros, eventuales u ocasionales, antes excluidos por la norma del artículo 112 LOT; de manera que podría un patrono ser compelido coactivamente bajo este nuevo mecanismo a reincorporar a un empleado de confianza (un gerente que maneja dinero o lo representa frente a terceros, por ejemplo), o una familia, forzada a aceptar en su vivienda a la persona de servicio (mucama, chofer, jardinero, etc.)¹²¹ cuya relación habría terminado precisamente por considerar el empleador que ya no existía la confianza suficiente y necesaria para sostener este tipo de vínculo laboral¹²².

Hemos dejado de último estos ejemplos, precisamente para exaltar la imposibilidad racional y lógica de pretender imponer una forma de estabilidad absoluta y permanente para todas las categorías de trabajadores, lo que contrasta con el carácter social del derecho laboral y con la necesidad de resguardar la dignidad tanto de trabajadores como de los empleadores, al tiempo que desborda y contraría la concepción constitucional de la institución de la Estabilidad “general” que corresponde a todo trabajador y la diferenciada proscripción de los despidos nulos, es decir, los contrarios a las garantías constitucionales.

tanto los trabajadores temporeros, eventuales, ocasionales y domésticos, son beneficiarios ahora de la estabilidad prevista en la LOTT, siendo que antes estaban expresamente excluidos, a consideración de quien suscribe por razones obvias, pues por ejemplo darle estabilidad absoluta a un trabajador doméstico cuya labor y a veces la pernocta es dentro de la casa del empleador, no luce coherente.” **BONTES CALDERON, Irma**. *Ob. Cit.* p. 44.

121 Con respecto al régimen de estabilidad consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo debe ratificarse que por disposición de la parte *in fine* del Parágrafo Único del Artículo 112, (los trabajadores domésticos) se encuentran excluidos de dicha protección; además por ser una institución que resulta incompatible con la naturaleza de la relación de suprema confianza que debe existir entre las partes, no pudiendo concebirse estar obligado a permitir que coactivamente un trabajador se reintegre al entorno familia del patrono que consideró necesario terminar con esta vinculación. **CARBALLO MENA, César**. *Ob. Cit.* p. 73

122 En Sentencia de fecha 14 de abril de 2009 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia concluyó que “Con respecto al régimen de estabilidad consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo debe ratificarse que por disposición de la parte *in fine* del Parágrafo Único del Artículo 112, se encuentran excluidos de dicha protección; además por ser una institución que resulta incompatible con la naturaleza de la relación de suprema confianza que debe existir entre las partes, no pudiendo concebirse estar obligado a permitir que coactivamente un trabajador se reintegre al entorno familiar del patrono que consideró necesario terminar con esta vinculación”. No obstante este importante precedente judicial, el Decreto-Ley nada previó al efecto, y por el contrario suprimió de la norma respectiva la exclusión de este tipo de trabajador, que si se verificaba en la legislación precedente.

b. Inamovilidad Laboral.

Si resulta grave la situación antes denunciada en relación a la Estabilidad Laboral, en materia de Inamovilidad nos encontramos en un estadio igualmente inconstitucional pero aún más preocupante y de riesgo. Señalamos esto, pues el proceso de Estabilidad es seguido ante un órgano judicial (juez), quien siempre podrá ponderar mejor las situaciones y llamar a la conciliación de las partes¹²³, al tiempo que la persecución penal por el desacato a la orden de reenganche no implica detención en flagrancia. En aquél supuesto (desacato al juez) el proceso penal se inicia una vez que se ha verificado previamente todo el proceso judicial laboral y se ha dictado una sentencia definitivamente firme por el juez del trabajo, siguiéndose luego el proceso penal (sin detención física), en el cual el investigado podrá ejercer su defensa, existiendo también la posibilidad de que el Fiscal del Ministerio Público desestime el asunto, debido a una causa de justificación (cierre de la empresa, inexistencia del puesto de trabajo, por ejemplo)¹²⁴.

De manera distinta, los conflictos relativos a Inamovilidad laboral son conocidos por las Inspectorías del Trabajo, órganos “administrativos”, no independientes ni imparciales, que además no cuentan con las condiciones de infraestructura, personal, ni técnicas necesarias para resolver satisfactoriamente estos asuntos¹²⁵. Todo lo

123 Tal es el espíritu de la fase conciliatoria previa prevista en los procesos laborales por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

124 El fiscal pudiera desestimar el asunto no imputando al investigado conforme al artículo 283 del COPP, o bien, en vez de acusar luego de la investigación preliminar y preparatoria, recurrir en la oportunidad de los actos conclusivos, a otras formas procesales como sería el archivo fiscal del asunto o solicitar el sobreseimiento, como lo prevé los artículos 297 y 299 del COPP. Esto estaría justificado en los casos de que no se haya cometido el delito, es decir, el desacato, o bien que habiendo incurrido el investigado en la conducta prevista en el artículo 91 de la LOTT, ésta no revista carácter punible, por ejemplo, debido a una causa de justificación o bien porque prescribió la acción penal. Suponga el caso de que el patrono no pueda reenganchar al trabajador debido al cierre justificado de la empresa, en este caso faltaría la antijuricidad en la acción del patrono, no pudiendo ser punible dicha conducta. **ROSELL SENHENN, Jorge**. Ob. Cit. p. 279

125 Tanto en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, como en el proyecto original de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo elaborado por magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, se propuso que el conocimiento de estos procedimientos se encomendara a los Tribunales del Trabajo, atendiendo así a su naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, hasta la fecha se ha mantenido

cual se ve además empeorado actualmente por la existencia de una inamovilidad prácticamente general y permanente (decretada por el Ejecutivo Nacional)¹²⁶ que desnaturaliza la condición de fuero especial, extraordinario y temporal que debe poseer la institución, aunado a los nefastos cambios introducidos por la nueva ley en materia de procedimiento y ejecución de las providencias dictadas por la referida autoridad administrativa del trabajo.

Como se ha manifestado previamente, debe distinguirse entre Estabilidad e Inamovilidad, entendiendo que esta última debe limitarse a los Despidos Nulos a que se refiere la Constitución, únicos que justifican la efectiva reincorporación del trabajador despedido utilizando incluso medios coactivos, por lo que, extender dicha protección especial a prácticamente todo tipo de trabajadores dependientes, forzando la reincorporación en todos los casos, y aperciendo al patrono de sanciones penales, ostensiblemente constituye una desproporción inaceptable en el marco de un Estado de Derecho, como ya se ha puesto de manifiesto en el acápite precedente. A lo que cabe agregar, que fue tal la improvisación de los redactores del Decreto-ley, que se obvió por completo disponer los casos en que efectivamente se estaría en presencia de auténticos despidos nulos, es decir, los que se verifican de manera discriminatoria o en violación de derechos humanos (contrarios a la Constitución), lo que ha llevado a la doctrina a concluir que en tales supuestos lo precedente para salvaguardar los derechos conculcados sería recurrir a

esta espuria “competencia” administrativa en franco desconocimiento de los derechos de acción y tutela judicial efectiva. Respecto a la ilicitud de esta atribución de funciones jurisdiccionales a los órganos de administración del trabajo, presentamos acción de inconstitucionalidad contra las respectivas normas de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, siendo declarado sin lugar dicha pretensión constitucional, por sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 1889 de fecha 17 de octubre de 2007.

¹²⁶ Conforme al vigente Decreto de Inamovilidad, gozan de este beneficio o protección virtualmente todos los trabajadores, en tanto no existen –como otrora– parámetros salariales, ni se excluye al personal de confianza –cuya calificación no se contempla en la LOTTT–, de manera que en la práctica sólo estarían excluidos del fuero “especial”, los empleados de Dirección y los trabajadores que tengan menos de 30 días de antigüedad. Con lo cual, se violenta las ya citadas cualidades de temporalidad, excepcionalidad y especial protección, propios del sistema de estabilidad absoluta. Ver: Decreto Presidencial N° 639 de fecha 6 de diciembre de 2013 publicado en Gaceta Oficial N° 40.310 de la misma fecha.

la acción de amparo constitucional, por no haber sido regulados por la ley un mecanismo idóneo de protección¹²⁷. Pasemos a la revisión detalla del supuesto normativo en materia de Inamovilidad:

En esta materia, la LOTTT en franca violación de los principios y garantías constitucionales del debido proceso, derecho a la defensa y de acceso a la justicia, ha dispuesto un seudo procedimiento conforme al cual, sin haberse citado al patrono, ni haber sido oído, sin presentar alegatos, defensas o pruebas, *inaudita alteram parte*, y con el sólo dicho del trabajador reclamante; se ordena el reenganche de éste y pago de salarios caídos, lo que además debe ser acatado inmediatamente por el patrono, bajo apercibimiento de que en caso de negativa, éste o sus representantes pueden ser aprehendidos en flagrancia (hecho preso) y puestos a órdenes de la Fiscalía del Ministerio Público¹²⁸.

Así mismo, y por si fuera poco, la ley impide el acceso a la justicia, hasta tanto no se demuestre haber ejecutado la orden de reenganche. Las írritas normas disponen:

Artículo 94. Los trabajadores y trabajadoras protegidos de inamovilidad no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin una causa justificada la cual deberá ser previamente calificada por el inspector o inspectora del trabajo.

El despido, traslado o desmejora de un trabajador o trabajadora protegido de inamovilidad son contrarios a lo previsto en la Constitución y en esta Ley.

El Ejecutivo Nacional podrá ampliar la inamovilidad laboral pre-

¹²⁷ FÁBREGA, Ramón. *Ob. Cit.* p. 359.

¹²⁸ “En todo caso, la negativa a acatar la orden de reinstalación y pago de los salarios dejados de percibir, así como cualquier conducta obstructiva, hará incurrir al patrono en el delito de desacato a la autoridad administrativa, sancionado con arresto policial de seis (6) a quince (15) meses. Expresamente la LOTTT advierte que el desacato administrativo frente a algún representante de las “fuerzas de orden público” será considerado como *flagrancia* (artículo 425.6 LOTTT). Esta circunstancia resulta violatoria del derecho fundamental a la defensa y al debido proceso, toda vez que en definitiva será el inspector del trabajo quien determine libérrimamente si se produjo el desacato, configurándose de este modo un mecanismo indirecto de imposición administrativa de medidas privativas de libertad”. CARBALLO MENA, César. *Ob. Cit.* p. 72.

vista en esta Ley como medida de protección de los trabajadores y trabajadoras, en el proceso social de trabajo.

La protección de la garantía de inamovilidad de los trabajadores y trabajadoras amparados por ella, se realizará mediante el procedimiento contenido en esta Ley, que es gratuito, accesible, transparente, expedito, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles. El mismo expresa la autoridad del poder popular en materia del trabajo y seguridad social, y sus actos, resoluciones o providencias se ejecutarán efectivamente y **no serán objeto de impugnación en vía jurisdiccional**, sin previo cumplimiento del acto administrativo.

Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos

Artículo 425. Cuando un trabajador o una trabajadora amparado por fuero sindical o inamovilidad laboral sea despedido, despedida, trasladado, trasladada, desmejorado o desmejorada podrá, dentro de los treinta días continuos siguientes, interponer denuncia y solicitar la restitución de la situación jurídica infringida, así como el pago de los salarios y demás beneficios dejados de percibir, ante la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción correspondiente. El procedimiento será el siguiente:

1. El trabajador o trabajadora o su representante presentará escrito que debe contener: la identificación y domicilio del trabajador o de la trabajadora; el nombre de la entidad de trabajo donde presta servicios, así como su puesto de trabajo y condiciones en que lo desempeñaba; la razón de su solicitud; el fuero ó inamovilidad laboral que invoca, acompañado de la documentación necesaria.

2. **El Inspector o Inspectora del Trabajo examinará la denuncia dentro de los dos días hábiles siguientes a su presentación, y la declarará admisible si cumple con los requisitos establecidos en el numeral anterior. Si queda demostrada la procedencia del fuero o inamovilidad laboral, y existe la presunción de la relación de trabajo alegada, el Inspector o la Inspectora del Trabajo ordenará el reenganche y la restitución a la situación anterior, con el pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir. Si hubiese alguna deficiencia en la solicitud o documentación que la acompaña, convocará al trabajador o a la trabajadora para que subsane la deficiencia.**

3. Un funcionario o funcionaria del trabajo se trasladará inmediatamente, acompañado del trabajador o la trabajadora afectado o afectada por el despido, traslado o desmejora, hasta el lugar de trabajo de éste o ésta, y procederá a notificar al patrono, patrona o sus representantes, de la denuncia presentada y de la orden del Inspector o Inspectora del Trabajo para que se proceda al reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, así como al pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir.

4. El patrono, patrona o su representante podrá, en su defensa, presentar los alegatos y documentos pertinentes.

En la búsqueda de la verdad, el funcionario o la funcionaria del trabajo deberá ordenar en el sitio y en el mismo acto cualquier prueba, investigación o examen que considere procedente, así como interrogar a cualquier trabajador o trabajadora y exigir la presentación de libros, registros u otros documentos. La ausencia o negativa del patrono, patrona o sus representantes a comparecer en el acto dará como validas las declaraciones del trabajador o trabajadora afectado o afectada. El funcionario o funcionaria del trabajo dejara constancia en acta de todo lo actuado.

5. Si el patrono o patrona, sus representantes o personal de vigilancia, impiden u obstaculizan la ejecución de la orden de reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, el funcionario o funcionaria del trabajo solicitará el apoyo de las fuerzas de orden público para garantizar el cumplimiento del procedimiento.

6. Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica **infringida, será considerado (sic) flagrancia** y el patrono, patrona, su representante o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente.

7. Cuando durante el acto, no fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o la solicitante, el funcionario o funcionaria del trabajo informara a ambas partes el inicio de una articulación probatoria sobre la condición de trabajador o trabajadora del solicitante, suspendiendo el procedimiento de reenganche o de restitución de la situación jurídica infringi-

da. La articulación de pruebas será de ocho días, los tres primeros para la promoción de pruebas y los cinco siguientes para su evacuación. Terminado este lapso el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá sobre el reenganche y restitución de la situación jurídica infringida en los ocho días siguientes.

8. La decisión del Inspector o Inspectora del Trabajo en materia de reenganche o restitución de la situación de un trabajador o trabajadora amparado de fuero o inamovilidad laboral será inapelable, quedando a salvo el derecho de las partes de acudir a los tribunales.

9. En caso de reenganche, los tribunales del trabajo competentes no le darán curso alguno a los recursos contenciosos administrativos de nulidad, hasta tanto la autoridad administrativa del trabajo no certifique el cumplimiento efectivo de la orden de reenganche y la restitución de la situación jurídica infringida. (Resaltado y subrayado nuestro).

Artículo 538. El patrono o patrona que desacate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, **será penado con arresto policial de seis a quince meses.** Esta pena, tratándose de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o estas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El inspector o inspectora del trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente. (Resaltado y subrayado nuestro).

Estas disposiciones legales violan de manera grotesca y flagrante los enunciados principios y garantías constitucionales al debido proceso, la defensa, tutela judicial efectiva y atentan contra la libertad personal, pues nuevamente criminalizan actos o hechos de naturaleza civil (laboral)¹²⁹, al tiempo que **la providencia de**

¹²⁹ “Finalmente, se debe insistir que tanto en materia de estabilidad como de inamovilidad, la sanción penal que involucra una medida privativa de libertad luce excesiva para el tipo de incumplimiento referido en estos sistemas de protección; una ley o norma puede ser suficientemente coercitiva con el establecimiento de sanciones administrativas y/o pecuniarias, de manera de inhibir a los posibles infractores. ‘El legislador no debe proponerse la felicidad del cierto orden de ciudadanos con exclusión de los demás, sino la felicidad de todos’. Platón (427 AC-347AC)

reenganche se dicta sin procedimiento previo, citación, alegatos o pruebas¹³⁰, limitando (negando) luego el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva. Adicionalmente, nótese que se hace referencia a que se considera un delito “flagrante” por supuesta desobediencia o desacato, empero, no repara la norma en que el delito de desacato normalmente se prevé por el incumplimiento de sentencias de órdenes de la autoridad “judicial”, siendo que en este caso quien actúa es un órgano “administrativo”, creándose así una peligrosísima figura que afecta los derechos ciudadanos y potencia exacerbada e inconstitucionalmente el poder de los órganos administrativos.

Por otra parte, al penalizarse con la privación de libertad el incumplimiento de la orden de reenganche y “pago” de salarios caídos, se está retrocediendo en la imposición de la proscrita “prisión por deuda”, en violación tajante del núcleo esencial de la garantía y derecho a la libertad personal¹³¹.

Filósofo griego.” (Cursivas de la cita). BONTES CALDERON, Irma. Ob. Cit. p. 57. En el mismo sentido el Profesor Ramón Fábrega sostiene: “Aunado a lo anterior y habiéndose instaurado un procedimiento administrativo de reenganche y pagos de la salarios caídos por un trabajador amparado con inamovilidad laboral que fue despedido sin justa causa y al ser declarado con lugar por el Inspector del Trabajo, la solicitud administrativa, el no acatar tal medida, por desacato el patrono sería arrestado, tal y como lo dispone el artículo 538 LOTTT, el empleador al desacatar la orden de reenganche y pago de salarios caídos del Inspector, surge una problemática, en un país donde la impunidad cabalga a sus anchas por todo el territorio y al patrono que no reenganche lo arrestamos. Consideramos una extralimitación legislativa no acorde con la realidad”. (Subrayado nuestro). FÁBREGA, Ramón. Ob. Cit. p.360.

130 “La Garantía de la defensa asegura a las partes la posibilidad de intervenir desde que se inicia el proceso.

Atendido el carácter genuinamente procesal de esta garantía, su vigencia y con ello **la posibilidad de las partes de intervenir, comienza desde el instante mismo en que surge el proceso**, lo que a nuestro entender, ocurre en el momento en que se presenta la demanda, según se desprende del tenor literal del artículo 524 LEC: ‘El juicio principiará por demanda’. Desde ese mismo instante cobran plena virtualidad las garantías constitucionales del proceso y, en particular, la defensa, que lo hace protegiendo, en primer lugar, el otorgamiento a la persona contra la que va dirigida la demanda, de la posibilidad y oportunidad de contestar aquella o, en general, de adoptar la actitud que estime conveniente. Por lo tanto, lo primero que garantiza, al menos en la estructura de la mayoría de los procedimientos, es que presentada la demanda, se tomen las medidas necesarias para darla a conocer al demandado, a fin de que este pueda realmente desarrollar la actividad que estime del caso para la tutela de sus intereses”. (Resaltado y subrayado nuestro). PÉREZ CAROCCA, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. J.M Bosch Editor. España, 2004. p. 199.

131 Artículos 24 y 49 Constitucionales, y 7,7 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**.

Destacamos además la circunstancia que en el caso de desacato a la orden “judicial” de reenganche la ley no prevé la detención por flagrancia (inmediata), sino que el juez debe oficiar al Fiscal del Ministerio Público para que prosiga la investigación penal, mientras que por el contrario, en el desacato a la “autoridad administrativa” - cuya orden no está precedida por ningún proceso ni ha intervenido el juez, ni existe sentencia firme, se prescribe la inmediata detención de la persona contumaz en el cumplimiento de la orden administrativa o que obstruye su ejecución, con lo cual la ley de manera injustificada y desproporcionada, ordena la privación de la libertad personal, por la sola orden de un funcionario administrativo, quien además “tipifica” en el acto el contenido y alcance de lo que debe entenderse por “desacato” u “obstrucción”, y además individualiza quién es la persona o personas responsables. Erigiéndose los funcionarios del trabajo, en legisladores, jueces y verdugos.

La misma norma del artículo 538 LOTTT, penaliza sin mayor definición legal la “violación del derecho a huelga”, y el incumplimiento u obstrucción a “la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo”, lo que ostensiblemente implica violación del principio de legalidad penal al instituirse tipos delictivos “en blanco”, dejando además en criterio de la autoridad administrativa la determinación y contenido del supuesto delito, al tiempo que se despersonaliza la responsabilidad penal, creando la posibilidad de sanciones y persecución penal contra personas que no han verificado actuaciones constitutivas del supuesto delito (miembros de la junta directiva). Al respecto la doctrina penal ha referido:

En este artículo se viola el principio de tipificación estricta al consagrar un tipo penal abierto, conjuntamente con los principios de proporcionalidad, de lesividad, de Derecho Penal de acto y de responsabilidad subjetiva. Es difícil conseguir en el sistema jurídico venezolano una ley en la cual **en una sola disposición**, se violen principios del Derecho Penal de la importancia de los nombrados. (...)

Se incurre en esta especie de hipótesis penal que se conoce como **tipo penal abierto** que son aquellos cuya acción descrita es difusa, vaga, indeterminada que, o bien no describe la conducta limitándose tan sólo a nombrarla, o bien sus límites resultan inciertos y confusos debido a su falta de precisión en la descripción de la conducta y sus modalidades (Mera, 1996, 379). Es clara la violación de este principio, llegando al extremo de confundir con la misma pena la acción de incumplimiento que es una conducta pasiva, con la obstrucción, conducta activa que contiene mayor agresividad. (...)

El artículo 538 de la LOTTT establece una responsabilidad que viola el **principio de Derecho Penal de acto**, acogiendo la tesis del Derecho Penal. Dicha disposición expresamente ordena: “Estas penas (la de arresto de seis a quince meses aludida), tratándose de patronos asociados, la sufrirán instigadores de la infracción, y de no identificarse estos, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva”. En un sistema penal garantista la responsabilidad penal debe provenir del acto en el cual incurra el autor, que a su vez debe subsumirse en la conducta descrita en el tipo penal. Por el contrario, el Derecho Penal de autor produce la sanción, no de acuerdo a la conducta del sujeto, sino de acuerdo con la forma de vida de la persona, con lo que es, o con características de la persona que haga presumir la culpabilidad.¹³²

Al igual que en materia de Estabilidad, se verifica a través de esta normativa una gruesa violación de los principios de proporcionalidad y del carácter subsidiario del derecho penal, imponiendo la criminalización de la actividad patronal sin que en la realidad, ni en la conciencia social exista la convicción sobre la nocividad de la conducta sancionada, ni sobre la necesidad de penalizar de tal forma a un empleador por resistirse a la reincorporación de un trabajador¹³³. Como se ha expuesto previamente, ninguna legislación democrática prevé tal forma de soluciones, sino que se recurre a

¹³² ROSELL SENHENN, Jorge. *Ob. Cit.* pp. 284-285.

¹³³ Véase las opiniones de César Carballo, Jorge Rosell, Ramón Fabrega, Freddy Caridad e Irma Bontes, citados en este mismo trabajo.

mecanismos alternativos de indemnización de tipo pecuniario (indemnizaciones, multas, sanciones administrativas, etc.).

Amén de la criminalización de la actividad patronal, la misma ley impide el acceso a la justicia hasta tanto se demuestre haber ejecutado la orden de reenganche, con lo cual existe la posibilidad de ser detenido, enjuiciado penalmente y condenado por el incumplimiento de una orden administrativa dictada sin procedimiento previo, sin defensa del interesado, y además, sin posibilidad de revisión de dicho acto administrativo por los órganos de la jurisdicción¹³⁴. Lo que constituye sin duda alguna una afrenta a la noción de Estado de Derecho, en violación de los más elementales principios jurídicos, derecho a la defensa, debido proceso, la presunción de inocencia y la garantía de libertad personal.

Como corolario, las normas *in comento* impiden el acceso a la justicia, hasta tanto no se demuestre haber ejecutado la orden de reenganche, volviendo a la figura del *solve et repete*, proscrita de nuestro ordenamiento jurídico precisamente por considerarse violatoria de los principios o garantías de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. En tal sentido, la Jurisprudencia del máximo Tribunal ha sido pacífica y reiterada en señalar que no puede negarse el acceso a la justicia, so pretexto de que deba cumplirse primero el acto impugnado. En tal sentido se tiene establecido desde hace tres (3) décadas

“El artículo 137 de la Ley Orgánica de Aduanas consagra, ciertamente, el principio ‘solve et repete’: condiciona en efecto, la posibilidad de apela-

134 “Además, dentro de las sanciones previstas en los artículos 522 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se prevén sanciones económicas según la unidad tributaria, de arresto por parte de la Inspectoría del Trabajo, y de incoar la acción penal por solicitud de este Funcionario del Trabajo al Fiscal del Ministerio Público, y peor aún, se introduce, violando la garantía del debido proceso y dentro de éste el derecho de defensa, ambos contemplados espléndidamente por el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el contraprinzipio del solve et repete, al disponer, por ej. El artículo 550 de la Ley Laboral, que no se oirá el recurso contra la sanción impuesta por el Inspector del Trabajo u otro Funcionario del Servicio Administrativo del Trabajo, mientras no conste haberse consignado o afianzado satisfactoriamente el valor de la muta.” **CARIDAD MOSQUERA, Freddy.** *Ob. Cit.* P. 259

ción al afianzamiento previo. En tanto, observa la Corte, que el artículo 68 de la Carta Magna postula, con ejemplar criterio de amplitud, el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses; garantía fundamental que -en criterio de la Sala- se vería afectada, de aplicarse cualquier norma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia.

*En tales circunstancias, observa la Sala, la inmotivada restricción (derivada del principio *solve et repete*), constituiría una declaración precaria del legislador que debe ser desatendida por el juez vista su inconstitucionalidad. Se revela en efecto, el principio como una indebida restricción legal al derecho constitucional de la defensa, consagrado en el artículo 68 de la Carta Magna que, si bien remite al Legislador la regulación y concreción de la garantía, no deja en sus manos la esencia de la misma, pues eso sería desnaturalizar la consagración directa por nuestra Ley Fundamental de un conjunto de derechos (que le son en la medida que puede exigirse a un sujeto concreto -obligado- acudiendo a la autoridad de un juez u órgano de la administración de justicia') intangibles, y destruir de esta manera nuestro peculiar sistema constitucional (...).*

Trasluce de propósito expuesto, la verdadera naturaleza del principio "solve et repete"; es, pura y simplemente un inmotivado privilegio procesal; atentatorio, en nuestro sistema jurídico-positivo, del derecho a la defensa tal como acaba de ser declarado por esta misma decisión". (Negritas y Subrayado nuestro)¹³⁵.

Así mismo en Sentencia N° 321/2002, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció con respecto al requisito *solve et repete* en cuanto a la exigencia del pago de multa en sede gubernativa, en la cual se dispuso:

"En este sentido, se observa que la ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio del Municipio Guacara del Estado Carabobo (artículo 65) exigía que para admitir el recurso jerárquico en contra de un acto

¹³⁵ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, dictada el 24 de octubre de 1984, caso: "Scholl Venezolana, C.A."

emanado de la administración tributaria local, el contribuyente debía pagar el impuesto o multa determinado por ella, o bien constituir garantías suficientes para asegurar el pago, en el caso de que el recurso no prosperare. Ello así, conforme la norma aludida, fundada en un criterio de capacidad económica, se restringen las posibilidades de impugnación en sede administrativa, permitiendo el ejercicio de los recursos (únicamente) a aquellas personas que tengan disponibilidad para ese pago, pero mermando tal capacidad de impugnación a quienes -por cualquier motivo- no se encuentren en igual situación y, en consecuencia, el derecho a la defensa del contribuyente que se encuentre bajo este último supuesto.

*Por estas razones, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad (previsto con anterioridad en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y recogido en la actualidad por el artículo 334 constitucional), debe ser negada al caso concreto la aplicación de la norma contenida en el artículo 65 de la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio del Municipio Guacara del Estado Carabobo, por resultar nugatoria del derecho de defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución de 1961, hoy recogido en el artículo 49 de la Carta Magna. Como consecuencia del anterior señalamiento, si la norma que sirvió de fundamento al acto administrativo tributario objeto de la presente acción de tutela constitucional, fue desaplicada por estimarse inconstitucional, en cuanto a la exigencia tantas veces mencionada de ***solvo et repete***; el acto administrativo tributario de aplicación de la referida norma, a este respecto, ***devenía igualmente en nugatorio del derecho de defensa de la sociedad agraviada***" (Negritas y subrayado nuestro).*

De igual forma, en sentencia proferida por la Sala Constitucional, se tiene establecido con carácter vinculante lo siguiente:

"En otro orden de ideas, se constató de la revisión del procedimiento administrativo que el artículo 650 de la mencionada ley, establece un requisito de admisibilidad de los recursos administrativos contra la multa, ya que si bien, a raíz del presente fallo se establece con carácter vinculante la inconstitucionalidad del arresto sustitutivo por la no cancelación de la multa, ello no obsta para que los agraviados puedan ejercer los recursos correspondientes por la cuantía de la multa o su procedencia por un funcionario superior. Así pues, se advierte del artículo 650 eiusdem, establece como requisito de admisibilidad de los recursos administrati-

*vos un solve et repete, es decir, que en primer lugar el afectado por la imposición de la multa, previa interposición del recurso jerárquico, deberá afianzar o consignar el pago para proceder a la impugnabilidad de la misma, requisito el cual por demás demuestra, la falta de conocimiento del órgano jurisdiccional del mérito y trámite procedimental de la sanción interpuesta y su legitimidad y, en segundo lugar, **deja patente la evidente inconstitucionalidad que acarrea el establecimiento de tal requisito, el cual impide el acceso de los ciudadanos a los órganos de administración de justicia.** Está Sala en aras de la celeridad consustancial a la tutela judicial cautelar efectiva, establece con carácter vinculante: i) el acceso a la vía administrativa previa, sin la necesidad de constitución o afianzamiento del valor de la multa, y ii) que el pago o afianzamiento de la misma debe ser entendido como requisito suficiente para proceder a la suspensión de los efectos de la multa interpuesta, mientras se decide el recurso jerárquico”¹³⁶. (Negritas y subrayado nuestro).*

En igual sentido, la misma Sala Constitucional se ha pronunciado con respecto a normas de la Ley Orgánica de Aduanas, estableciendo:

*“Evidentemente, lo expuesto no supone la negación del carácter ejecutivo de las sanciones (pues su cumplimiento es plenamente exigible una vez que ha sido dictada y notificada al sancionado), sino que ante las mismas, **el particular tiene pleno derecho de recurrirlas aun antes de dar cumplimiento a la orden administrativa y de solicitar cautelarmente la suspensión de los efectos del acto impugnado,** pues tal como sostiene Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Ediciones Abeledo Perrot. Tomo I. Pág. 677), los procedimientos administrativos (**y cabe agregar los judiciales**), “no se dan precisamente a favor de la Administración Pública, sino principalmente a favor de los administrados. Es esto una consecuencia del Estado de Derecho.”*

En efecto, la vigencia del derecho a la defensa de los sancionados exige, que frente a la actuación del Poder Público se dispongan de mecanismos adjetivos cuyo acceso no suponga el cumplimiento de requisitos que pudieran eventualmente causar una lesión irreparable o de difícil reparación, o que de igual forma, establezcan una condición habilitante

¹³⁶ Sentencia No. 379 de fecha 7 de marzo de 2007, Exp.- N°: 06-1488.

sustentada en la capacidad patrimonial de aquel a quien le ha sido impuesta la medida.

En este contexto, resulta menester reiterar, que el derecho a la tutela judicial efectiva y dentro de él, el principio pro actione, supone el establecimiento de procedimientos cuyo inicio debe informarse de una concepción garantista y por tanto, el legislador debe instrumentalizar el acceso a los recursos administrativos y judiciales, en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, facilitando la adecuada obtención de la finalidad procesal reconocida por el artículo 49 del Texto Fundamental.

En virtud de las consideraciones expuestas, observa esta Sala que la disposición contenida en el artículo 133 de la Ley Orgánica de Aduanas, hace nugatorio el derecho a la defensa consagrado en artículo 49.1 de la Carta Magna y en consecuencia, debe esta Sala declarar la nulidad de la norma impugnada y así se decide”¹³⁷.(Negritas y subrayado nuestro).

Nos hemos permitido realizar estas citas en extenso, a los fines de evidenciar el carácter pacífico y reiterado del criterio conforme al cual se ha considerado inconstitucional aquellos preceptos legales que impiden el acceso a los órganos jurisdiccionales, exigiendo el previo pago o cumplimiento del acto cuya nulidad se pretende por vía judicial. Todo lo cual, hace incomprensible que la misma Sala Constitucional, al conocer de acción de revisión constitucional en la que se exigió la desaplicación de la citada norma del artículo 425,9 LOTTT, haya negado dicha revisión sin hacer alusión alguna a sus propios criterios, que le fueron expresamente invocados por los accionantes. Es el caso que en sentencia No. 258 del 5 de abril de 2013, la Sala Constitucional concluyó que la referida norma no impedía el acceso a la justicia sino que lo “condicionaba”. Permitiendo ahora sí, una ostensiblemente restricción que afecta el contenido esencial del derecho, y abiertamente contraría las propias conclusiones de la Sala dictadas en casos análogos y sostenidas inveteradamente por el máximo tribunal por más de tres (3) décadas.

137 Sentencia No. 144 de fecha 06 de febrero de 2007, Exp.- N°: 02-2773

Resulta de muy difícil comprensión, que con semejantes antecedentes y la claridad del criterio prestablecido, ahora la misma Sala Constitucional sin mayor argumentación ni explicaciones, cambie de criterio y permita que se limite el acceso a la justicia, además en casos en los que la inejecución del acto administrativo (inimpugnable), puede acarrear la privación de la libertad del patrono o sus representantes, todo ello, sin procedimiento legal y sin intervención judicial.

En síntesis, se afecta sustancialmente la esfera de derechos del empleador, sin que exista un procedimiento previo, sin citación, alegatos ni pruebas, y para mayor ilicitud, la providencia en cuestión no puede ser revisada en sede judicial, mientras que su desacato conlleva a la privación inmediata de la libertad y la prosecución de un proceso penal, infringiendo y vulnerando uno de los más trascendentales derechos humanos, reconocido desde las primeras Constituciones¹³⁸, la garantía de no ser privado de libertad arbitrariamente y tener un proceso legal¹³⁹. Aún para las disquisiciones doctrinarias y terminológicas que diferencian entre el debido proceso y el derecho a la defensa, no cabría la menor duda de que estamos ante un clarísimo y absoluto supuesto de “INDEFENSIÓN”¹⁴⁰.

138 Previsto en la Constitución Francesa de 1791; en la Constitución Norteamericana de 1787 (en sus enmiendas de 1791); y en el artículo 158 de la Constitución Venezolana de 1811.

139 “El derecho humano más antiguo tal vez sea el de no ser arrestado arbitrariamente y tener un proceso legal; después fue desarrollándose la idea de un derecho constitucional de libertad de religión y de libertad de pensamiento. Más tarde se desarrollaron, con las revoluciones norteamericana y francesa, los demás derechos de libertades, junto también con el complejo derecho que tiene que ver con la participación política”. TUGENDHAT, E. *Justicia y Derechos Humanos*. Universitat de Barcelona Publicacions. p. 19.

140 **Requisitos de la indefensión constitucional.**

a) Debe ser material, esto es, no formal o meramente procesal. Por ello, ha de existir una privación o limitación sustancial del derecho de defensa del recurrente cifrado, como hemos apuntado anteriormente, en la imposibilidad de efectuar alegaciones o de aprobar lo alegado;

b) Debe tratarse de una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética, de los medios de alegación o prueba;

c) Tiene que ser total absoluta, esto es, **que suponga una reducción a la nada de las posibilidades de defensa de quien sufre la indefensión**;

d) Ha de ser definitiva, sin que puedan los interesados promover la defensa de sus derechos o intereses legítimos en un ulterior juicio declarativo. En consecuencia, ni en los procesos sumarios ni en los de jurisdicción voluntaria puede tener lugar esta infracción; y

e) Debe ser imputable exclusivamente, de modo inmediato y directo, al órgano jurisdiccional; esto

5. Violación del derecho a la libertad personal. Otra forma de Criminalización de la actividad Patronal. Conversión de multa en arresto.

Además de las graves situaciones delatadas, encontramos que el artículo 546 LOTT reeditó el contenido del artículo 647 literal “g” de la LOT, norma que ya había sido declarada inconstitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Preceptúa la referida norma:

“**Artículo 546.** En caso de no poder hacerse efectivas las penas de multas establecidas en este Título, los infractores o infractoras sufrirán la de arresto, entre diez y noventa días. El Inspector o Inspectora del Trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente.”

Disposición análoga al citado artículo 546 existió bajo la vigencia de la hoy derogada Ley Orgánica del Trabajo, cuyo artículo 647 literal “g” contemplaba el arresto en caso de incumplimiento del pago de multa impuesta al patrono: En esa oportunidad, la Sala Constitucional en sentencia N° 06-1488, de fecha 7 de marzo de 2007, dispuso:

“En este sentido, se aprecia que la norma *in commento* establece una infracción del siglo pasado de las legislaciones administrativas de convertir la sanción de multa en pena de arresto, como medida coercitiva ante la infructuosidad del cumplimiento de la multa.”

“Ello así, se aprecia que en el presente caso nos encontramos en presencia de un procedimiento administrativo instruido, sustanciado y decidido por un funcionario administrativo, y sólo se delega la ejecución de la sanción en un funcionario judicial, el cual en el presente caso, se encuentra representado por el Juez de Municipio o de Parroquia del lugar de residencia del multado,

es, no puede haber sido provocada ni consentida por el recurrente con algún tipo de pasividad, impericia o negligencia. (Resaltado y subrayado nuestro). **PICÓ i JUNOY, Joan.** *Las Garantías Constitucionales del Proceso.* J.M. Bosch Editor, España, 2002. p. 95.

sin que el mismo tenga conocimiento del íter procedimental que se ha llevado en el referido caso, y sin que puedan verificarse las debidas garantías procesales establecidas en el ordenamiento jurídico para proceder a la restricción de la libertad personal.”

(Subrayado nuestro)

“En conclusión, debería todo intérprete plantearse una deducción lógico-racional no abstracta de cualquier análisis jurídico, en el sentido de que pareciera que el legislador hizo privar el capital económico sobre los derechos del individuo, lo cual a todas luces conforme a los principios y valores constitucionales reseñados en el presente fallo, en aras del principio de supremacía constitucional, **es desde todo punto de vista desproporcionado, irracional, injusto, arcaico con el desarrollo actual de nuestro derecho, discriminatorio y denigrante desde el punto de vista del ser humano.** (subrayado nuestro)

En razón de lo expuesto, se aprecia que mientras el legislador no establezca el mecanismo de coerción aplicable, esta Sala con la finalidad de integrar la referida desaplicatoria y no hacer nugatoria la facultad sancionatoria de la Administración, establece que en caso del no cumplimiento de la multa impuesta se aplicará el mecanismo de ejecución forzosa de los actos administrativos, establecido en el artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en virtud de la desproporción que genera la imposición de la sanción.”

“Asimismo, en caso de resultar infructuosa la satisfacción de la multa y las posteriores sanciones en caso de no haber cumplido con la primera de éstas, podrá la Administración ejecutar las mismas mediante el procedimiento de ejecución de créditos fiscales, establecido en el Código de Procedimiento Civil. Así se decide.”

141

El uso del arresto como medio de coerción para cumplir con una multa, por desacato a una orden administrativa, o *mutatis mutandi*, para ejecutar un reenganche, se considera un mecanismo que viola las garantías procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, ya

141 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 06-1488, de fecha 7 de marzo de 2007.

que es un acto instruido, sustanciado y decidido por un funcionario administrativo sin facultades legales para ordenar tal medida y que resulta a todas luces desproporcionado y carente de procedimiento. La solución encontrada por la Sala Constitucional es la de imponer multas sucesivas (art. 80 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) o utilizar los mecanismos para la ejecución de créditos fiscales previstos en el Código Orgánico Tributario. No obstante este criterio vinculante de la Sala Constitucional, se observa que tales consideraciones fueron obviadas absolutamente en la nueva pseudo-legislación.

6. Violación del derecho de propiedad y del derecho a la seguridad social. Pago “Doble de Prestaciones Sociales” en casos distintos al Despido Injustificado. Inconstitucionalidad de parte del artículo 92 LOTTT.

La norma del artículo 92 LOTTT prevé la indemnización por despidos injustificados, disponiendo el pago “doble” de la prestación de antigüedad, en los términos siguientes:

“Artículo 92. En caso de terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador o trabajadora, o en los casos de despido sin razones que lo justifiquen cuando el trabajador o la trabajadora manifestaran su voluntad de no interponer el procedimiento para solicitar el reenganche, el patrono o patrona **deberá pagarle una indemnización equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales”.** (Subrayado y resaltado nuestro).

Posiblemente esta norma –o parte de la misma– constituye la mejor reivindicación contemplada en el Decreto-ley en análisis, pues contempla una mayor indemnización por despidos injustificados en beneficio de los trabajadores con mayor antigüedad en el servicio, disponiendo el pago “doble” de la prestación de antigüedad, sin el límite cuantitativo previsto en el artículo 125 de la derogada LOT, que preveía una indemnización máxima de ciento

cincuenta (150) días de salario indistintamente de la mayor antigüedad de los trabajadores con más tiempo en servicios, perjudicando a aquellos con antigüedad superior a cinco (5) años, en el entendido que percibían la misma indemnización que otros trabajadores con menor antigüedad (hasta cinco años). Vale decir, conforme a la norma hoy derogada, un trabajador con diez, quince, veinte o más años de antigüedad, al ser despedido injustificadamente, sólo percibía la indemnización correspondiente a cinco (5) meses de salario, misma que correspondía a los trabajadores con cinco (5) en la prestación de servicios, lo que ostensiblemente se traducía en una discriminación al dar un trato igual a condiciones distintas, lo que resultaba absolutamente desproporcional e injusto.

Con la nueva norma (art. 92 LOTTT), como se disponía previamente en la ley de 1974 (y hasta 1997), los trabajadores que ostenten mayor antigüedad (6 años o más) y que sean sujetos de un despido sin justa causa, tendrán derecho a una indemnización proporcional al número de años en la prestación de servicios, sin el límite antes referido. Por ejemplo, a un trabajador con antigüedad de 12 años de servicios, le corresponderá prestación por antigüedad equivalente a doce (12) meses de salario, es decir 360 días, cuyo pago “doble, implica una indemnización de trescientos sesenta (360) días adicionales. Esto es, doscientos diez (210) días más que bajo la fórmula de la ley anterior, conforme a la cual sólo habría correspondido 150 días por este concepto.

En nuestro criterio, el establecimiento de esta indemnización para los casos de despidos injustificados, constituye razonablemente una forma de protección del derecho de estabilidad y una manera lícita de “limitar” los despidos sin justa causa, en cumplimiento de la disposición del artículo 93 Constitucional. Hasta acá, comulgamos con la licitud, conveniencia y equidad de la norma.

Desafortunadamente, esta disposición no sólo contempla el referido beneficio que se constituye en una forma de sanción para el empleador y/o pago resarcitorio (indemnizatorio) en caso de des-

pidos injustificados (y retiros justificados), sino que, adicionalmente prevé el pago de la misma “indemnización” en el supuesto de que la relación laboral culmine por “*causas ajenas a la voluntad del trabajador*”, que es una forma de determinación de la relación laboral distinta al despido¹⁴². Con esto, se dispone el pago de una indemnización (reparación de un daño causado), por la terminación de la relación por razones distintas al despido, como por ejemplo, la incapacidad del trabajador, u otros hechos o circunstancias ajenos a su voluntad, y que no derivan del actuar doloso o culposo del patrono. Se ha creado una fórmula de sanción o indemnización resarcitoria pero sin que exista culpa alguna, ni hecho ilícito por parte del obligado.

Recordemos que al inicio de la institución de la antigüedad en nuestra legislación nacional, se le denominaba “indemnización” y la misma procedía siempre que se tratara de un despido injustificado o “por causa ajena a la voluntad” del trabajador, tal y como se preveía en las leyes del trabajo de 1936¹⁴³ y 1947¹⁴⁴, empero, posteriormente dicho beneficio adoptó legalmente la condición de “derecho adquirido”¹⁴⁵ conforme a la ley del Trabajo de 1974, entendiéndose así su carácter de “prestación” (social o laboral)¹⁴⁶, separándose del concepto o noción de “indemnización”, que más bien -también a partir de 1974 - corresponde a la reparación o resarcimiento que “adicionalmente” debe pagar el patrono al trabajador en caso de que la relación culmine en razón de un despido injustificado o

142 Conforme al artículo 76 LOTTT: “La relación de trabajo puede terminar por despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas”, reconociendo cuatro (4) distintas formas de terminación de la relación laboral.

143 Ley del Trabajo promulgada el 16 de julio de 1936.

144 Ley del Trabajo publicada en gaceta Oficial No. 200 Extraordinaria del 3 de noviembre de 1947.

145 “posteriormente, se reformaron los artículos que contemplaban la antigüedad y la cesantía y se conformaron como derechos adquiridos, cuyo pago era exigible, a la finalización de la prestación del servicio, independientemente de la causa que dio por terminado el vínculo de trabajo, pero siempre calculado con base al tiempo ininterrumpido de trabajo”. (Subrayado nuestro). **GARCIA VARA, Juan**. *La antigüedad en la suspensión de la relación de trabajo*. En: “VASQUEZ, Magaly (Coordinadora). Jornadas LOTTT. Evaluación del primer año de vigencia. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013. p. 11.

146 Como correctamente se le denomina en la ley a partir de 1990. Ley Orgánica del Trabajo publicada en Gaceta Oficial No. 4240 de 20 de diciembre de 1990.

retiro (renuncia) del trabajador por justa causa (despido indirecto, desmejoras, etc.)

Así, el derecho laboral prevé una prestación o derecho adquirido que tiene como causa y base la antigüedad o tiempo en la prestación del servicio, y adicionalmente –caso de ser procedente– la previsión de una indemnización “por despido injustificado” que se dispone en el entendido de que el patrono ha hecho abuso de su derecho a despedir (*ius variandi*) y ha dado por terminada la relación sin causa legal que lo justifique, y es allí, en su actuar ilícito donde se fundamenta lógicamente y jurídicamente la imposición de una suerte de sanción u obligación de resarcir, que es el pago de la indemnización respectiva (ahora, pago “doble” de lo que corresponda por antigüedad), que utiliza como base de cálculo el tiempo de antigüedad, pero que a diferencia de la prestación por antigüedad, no es un derecho adquirido, sino que tiene por causa el obrar culposo o doloso del empleador (hecho ilícito). Esta indemnización, como se ha dicho, conforma el medio legal de “limitación” de los despidos injustificados que prescribe el artículo 93 Constitucional y se erige como garantía de la Estabilidad Laboral consagrada constitucionalmente.

Ahora bien, siendo la naturaleza jurídica de esta previsión, sancionatoria e indemnizatoria, mal puede imponerse al patrono su pago en el supuesto de que la causa de terminación de la relación laboral sea ajena a su voluntad, tal y como ocurriría en el supuesto de que se determine la incapacidad absoluta y permanente del trabajador debido a una enfermedad o accidente no profesional, o incluso cuando el trabajador alcance la edad para gozar de la pensión por vejez, ocurra el cierre de la empresa por causas no imputables al patrono, o resulte procedente la disminución de personal por razones económicas o tecnológicas. La norma así redactada y con tales consecuencias jurídicas implica la equiparación de circunstancias absolutamente disímiles, al tiempo que impone sanciones y obligaciones resarcitorias sin que exista actuación antijurídica o se cause un gravamen atribuible al actuar del obligado, lo que ostensible-

mente viola la garantía constitucional conforme a la cual: *“Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”* (art. 49,6 Constitucional).

La indemnización así prevista, se constituye además en violación o afección del derecho de propiedad, pues implica una erogación “confiscatoria”, que no tiene razón jurídica alguna, pues no existe infracción o hecho ilícito por parte del patrono que la justifique, al tiempo que ilícitamente se estaría trasladando al patrono, obligaciones prestacionales propias de la seguridad social que en principio corresponden al Estado por mandato constitucional, como serían las prestaciones por “pérdida de empleo” o “desempleo”, a las cuales incluso ya habría contribuido el mismo patrono previamente a través del sistema del Régimen Prestacional de Empleo¹⁴⁷.

En tal sentido, el artículo 86 Constitucional, dispone:

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, **pérdida de empleo, desempleo**, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección.” (...). (Resaltado y subrayado nuestro).

De manera que se traslada al patrono una obligación que corresponde principalmente al Estado, y a la que el patrono ya habría

¹⁴⁷ Artículo 47 de la Ley de Régimen Prestacional de Empleo. Publicada en Gaceta Oficial N° 38.281 de fecha 27 de septiembre de 2005.

contribuido en cumplimiento del deber de solidaridad previsto en la citada norma Constitucional y de acuerdo a la ley que regula el régimen prestacional de empleo. Lo que convierte el dispuesto pago o indemnización en confiscatorio, al constituir una suerte de penalización sin que exista hecho ilícito definido por la ley y en ilícita subrogación de una obligación Estatal, al cual ya se habría aportado la contribución respectiva. Todo en afección directa del derecho de propiedad (patrimonio) de los empleadores.

7. Violación del derecho de propiedad y del derecho a la seguridad social. Pago de indemnizaciones por incapacidades. Inconstitucionalidad del artículo 73 LOTTT.

En el mismo sentido analizado en el numeral precedente, encontramos que las previsiones de los artículos 72 y 73 LOTTT, disponen:

“**Artículo 72.** La suspensión de la relación de trabajo procede en los siguientes casos:

- a) La enfermedad ocupacional o accidente de trabajo que incapacite al trabajador o trabajadora para la prestación del servicio durante un período que no exceda de doce meses.
- b) La enfermedad o accidente común no ocupacional que incapacite al trabajador o trabajadora para la prestación del servicio durante un período que no exceda los doce meses.
- c) Licencia o permiso por maternidad o paternidad. (...)

Efectos de la suspensión de la relación de trabajo

“**Artículo 73.** Durante el tiempo que dure la suspensión, el trabajador o trabajadora no estará obligado a prestar el servicio ni el patrono o la patrona a pagar el salario.

En los casos de los literales a) y b) del artículo anterior, el patrono o la patrona pagará al trabajador o trabajadora la diferencia entre su salario y lo que pague el ente con competencia en materia de seguridad social. En caso que el trabajador o trabajadora no se encuentre afiliado a la seguridad social por responsabilidad

del patrono o de la patrona, éste o ésta pagará la totalidad del salario. (...)

El patrono o la patrona deberá continuar cumpliendo con las obligaciones relativas a:

a) La dotación de vivienda y alimentación del trabajador o trabajadora, en cuanto fuera procedente.

b) Las cotizaciones establecidas por el Sistema de Seguridad Social.

c) Las obligaciones convenidas para estos supuestos en las convenciones colectivas. (...).” (Resaltado y subrayado nuestro).

Tal y como señala la norma del artículo 72 LOTT, mientras los trabajadores se encuentren incapacitados de forma parcial o permanente para cumplir con sus funciones habituales en la empresa, cuando la inhabilitación sea originada por un accidente o una enfermedad -sea o no de índole profesional-, o se trate de licencia por maternidad, se entiende que **la relación laboral está suspendida** y, en consecuencia, el trabajador no está obligado a prestar servicio **ni el patrono a pagar el salario**, tal y como lo establece la primera parte del artículo 73 *eiusdem*. Lo que además resulta absolutamente lógico, pues la efectiva prestación del servicio es el supuesto causal del pago del salario.

No estando obligado el patrono a pagar el salario, mientras dure la incapacidad o “reposo”, la legislación venezolana cumpliendo el mandato del artículo 86 Constitucional –antes transcrito-, a los fines de garantizar sustento a los trabajadores que se encuentren en esta situación, cubriendo así la respectiva contingencia, asigna al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) la obligación de pagar una “indemnización” a los incapacitados por motivo de enfermedad, accidente o reposos pre y postnatal. Siendo esta “indemnización” a cargo de la seguridad social, una especie de cobertura de “seguro”, que se da sustitutivamente al trabajador que ha sufrido una contingencia con motivo de la cual no puede laborar, ni –consecuentemente- percibir contraprestación salarial.

En los casos de suspensión de la relación laboral contemplados en los literales a) y b) del artículo 72 de la LOTTT, por motivo de enfermedades y accidentes profesionales (contraídas con ocasión del trabajo) o por enfermedades no profesionales (comunes), el pago de la indemnización que recibirá el trabajador corresponde a la Seguridad Social, y en tal sentido la norma del artículo 141 del Reglamento de la Ley del Seguro Social¹⁴⁸ dispone:

“Artículo 141: En caso de enfermedad o accidente que le incapacite para el trabajo, el asegurado tendrá derecho **desde el cuarto (4°) día de incapacidad y hasta por cincuenta y dos (52) semanas consecutivas**, a una indemnización diaria equivalente a los **dos tercios (2/3) del promedio diario de salario**, a cual se pagará por períodos vencidos. Dicho promedio se determinará de la siguiente forma:

- a. Se sumarán los salarios semanales sobre los cuales se hubiere cotizado o recibido prestaciones en dinero, durante el período señalado en el último documento de comprobación de derechos emitidos por el instituto. El total así obtenido se dividirá entre el número de semanas de que conste dicho período; y
- b. El cociente (Sic) resultante de la operación indicada en la letra anterior, se dividirá entre siete (7) para obtener así el promedio diario del salario.” (Resaltado y subrayado nuestro).

De la norma transcrita, se desprende que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) debe pagar una indemnización diaria equivalente a dos tercios (2/3) del promedio diario del salario de los trabajadores que se encuentren incapacitados temporalmente para el trabajo debido a enfermedad o accidente, es decir, que los trabajadores mientras se encuentren incapacitados por las razones mencionadas, no perciben su salario sino una indemnización que será reconocida a partir del cuarto día de reposo y pagada por el IVSS en los términos antes señalados.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la LOTTT, se prevé conforme a la norma del transcrito artículo 73, que en estos supues-

¹⁴⁸ Publicado en Gaceta Oficial N° 39.912 de fecha 30 de abril de 2012.

tos de incapacidad por enfermedades comunes y ocupacionales, el patrono "pagará al trabajador o trabajadora la diferencia entre su salario y lo que pague el ente con competencia en materia de seguridad social", con lo cual, a partir de esta normativa el trabajador incapacitado (de reposo¹⁴⁹) debe percibir una indemnización equivalente al 100% de su salario, de la cual 2/3 deben ser pagados por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, y 1/3 por el patrono, creándose una nueva carga patrimonial para éste último.

Obviamente, la finalidad de que el trabajador *de reposo* perciba una indemnización equivalente al 100% de su salario, resulta cónsona con la concepción del salario como medio de subsistencia, que se veía afectada y disminuida por el pago parcial (solo dos tercios) del salario que prevé como indemnización el Reglamento de la Ley del Seguro Social. No obstante, siendo la seguridad social, como se ha referido, una obligación del Estado, y siendo que tanto patrono como trabajadores asumen por ley una suerte de responsabilidad objetiva y de solidaridad social al contribuir con el pago o aporte de cotizaciones semanales al Seguro Social¹⁵⁰, no cabe dudas de que la obligación de indemnizar al trabajador frente a estas contingencias, corresponde exclusivamente al sistema de seguridad social y no al patrono. Tal es la solución que se dispone en el caso de las licencias de maternidad, en los que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales paga a la trabajadora embarazada o en puerperio una indemnización equivalente al cien por ciento (100%) de su salario¹⁵¹. De forma tal, que bastaba con modificar la norma reglamentaria, o simplemente por instrumento de la nueva ley aumentar el porcentaje de la indemnización por cuenta del IVSS, para que dicho órga-

149 Expresión coloquial y de uso común con la cual se designa la situación de incapacidad temporal por afecciones de salud. Se corresponde con el "certificado de incapacidad" que expide el IVSS.

150 Artículo 61 de la Ley del Seguro Social.

151 La Ley del Seguro Social (Publicada en Gaceta Oficial N° 39.912 de fecha 30 de abril de 2012) dispone: "**Artículo 11:** Los asegurados (Sic) y aseguradas tienen derecho a la prestación médica que se requiera con ocasión de su maternidad y a una indemnización diaria, durante los permisos de maternidad y por adopción establecidos legalmente, la cual no podrá ser inferior al salario normal devengado por la beneficiaria en el mes inmediatamente anterior a la iniciación de los permisos o a la fecha en que estos debieron otorgarse de conformidad con esta Ley." (Negritas y subrayado nuestro)

no pagase indemnización equivalente al cien por ciento (100%) del salario, y cubriera la respectiva contingencia, satisfaciendo así –íntegramente- el deber constitucional que impone al Estado, la citada norma del artículo 86 de la Constitución Nacional.

Al no verificarse el cambio en la forma propuesta, sino optar por la fórmula de trasladar al patrono la obligación de pagar el tercio (1/3) de la indemnización por discapacidad que no paga el Estado, se está afectando el patrimonio de los empleadores de forma desproporcionada y confiscatoria, trasladándoles una carga que es del sistema de seguridad, y a la cual, ya habrían contribuido a través de las cotizaciones semanales a las que están obligados. Recuérdese que tanto patronos como trabajadores aportan y verifican semanalmente las exacciones parafiscales previstas en la Ley del Seguro Social y en el propio artículo 86 Constitucional. La LOTT impone al patrono la obligación de contribuir “nuevamente” para el mismo fin (seguridad social del trabajador) y se le traslada una obligación que por mandato constitucional es del Estado¹⁵², lo que implica la vulneración de los principios o garantías de capacidad contributiva y no confiscación en materia tributaria¹⁵³, en violación de las normas de los artículos 112, 115 y 317 Constitucionales.

152 “El sistema tributario justo es, por otra parte, el que extrae de las economías privadas estrictamente lo necesario para atender los gastos destinados a la satisfacción de necesidades colectivas (principio de justicia en el gasto público), porque los tributos no deben ser ni un instrumento de intervencionismo económico ni un medio para que el Estado (*lato sensu*) se lucre o compense sus deficiencias a expensas de los particulares”. **FRAGA PITTALUGA, Luis**. *Principios Constitucionales de la Tributación. Jurisprudencia*. Fraga Sánchez & Asociados, Caracas, 2006. p. 87.

153 “Observamos que los diferentes sectores económicos del país se encuentran gravados con diversidad de contribuciones parafiscales, lo cual impacta significativamente la actividad económica que desarrollan, pudiendo incluso llegar a atentar contra la libertad económica reconocida en el artículo 112 de la CRBV y los principios de capacidad contributiva y no confiscación tributaria. Somos del criterio que la creación de exacciones parafiscales dentro del sistema tributario venezolano, está conllevando a una erosión progresiva del derecho a la propiedad privada de los contribuyentes, generándose efectos confiscatorios de los tributos, vedado por nuestra carta magna”. **ATENCIO VALLADARES, Gilberto**. *La Armonización de la Parafiscalidad en el Sistema Tributario Venezolano*. X Jornadas de Derecho Tributario 2011. Tema II Armonización Tributaria. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2011. p. 274.

En añadidura, observamos que la misma norma del artículo 73 LOTTT, prevé que el empleador “*deberá continuar cumpliendo con las obligaciones relativas a: (...) Las cotizaciones establecidas por el Sistema de Seguridad Social*”, obrando la norma, nuevamente como confiscatoria, pues si el trabajador no está prestando servicios debido a la incapacidad y consecuentemente no está generando ni percibiendo salarios, no existiría base imponible o base de cálculo de la contribución o cotización, por lo que en tales supuestos no debe ni puede haber lugar a aportes. Más aún, si el trabajador no percibe salario, como podría el patrono retener (descontar) el aporte que corresponde a aquél. ¿o acaso se pretende que en estos supuestos el empleador pague también la parte de la cotización que corresponde al asalariado?.

En conclusión, la norma ha sido concebida con absoluto desconocimiento de la realidad laboral, y traslada a los empleadores obligaciones que corresponden exclusivamente al Estado por expreso mandato constitucional.

CAPÍTULO CUARTO

De los beneficios para los trabajadores contemplados en el Decreto-Ley.

Puede reconocerse en la nueva “legislación” ciertas mejoras de beneficios en pro de los trabajadores, que en su momento sirvieron mediáticamente para presentar el instrumento como algo positivo y ventajoso. Resaltamos este aspecto, pues nuestra formación humanista y el conocimiento de los principios de irrenunciabilidad y progresividad que constitucionalmente se atribuye y reconoce a los derechos de los trabajadores, lleva a cuestionarnos sobre la suerte que correrían estos nuevos beneficios o mejoras en caso que se declare la nulidad absoluta del Decreto-Ley debido a su franca inconstitucionalidad. En tal supuesto, es claro que desaparecerían y quedarían sin efecto todas sus regulaciones y las consecuencias

jurídicas de éstas, por lo que nos atrevemos a proponer, en respeto a la progresividad de los referidos derechos y beneficios, que una eventual sentencia que declare la referida inconstitucional, debería mantener o conservar las efectivas y tangibles mejoras o derechos concebidos, hasta tanto una nueva y válida legislación los regule. Tales beneficios pueden resumirse en:

- 1.- **Utilidades:** Conforme al artículo 131 LOTTT, se incrementó el mínimo a ser pagado a los trabajadores por concepto de participación en los beneficios o utilidades, que a partir de esta ley se ha aumentado al **equivalente al salario de treinta (30) días**.
- 2.- **Bono Vacacional:** el artículo 192 LOTTT, incrementó el bono vacacional legal, que ahora se pagará *“equivalente a un mínimo de quince días de salario normal más un día por cada año de servicios hasta un total de treinta días de salario normal”*.
- 3.- **Reducción de la Jornada laboral:** Por disposición del artículo 174 LOTTT, se propenderá a la *“progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual, cultural y deportivo de los trabajadores”*, términos que ya se encontraban previstos en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución Nacional.

Así, conforme a la nueva ley, la jornada de trabajo no excederá de cinco (5) días a la semana y el trabajador tendrá derecho *a dos (2) días de descanso, continuos y remunerados* por cada semana de labor (art. 173 LOTTT). Consideramos que debe mantenerse la nueva jornada, pero reparando en la corrección de errores de redacción y algunas disposiciones ilógicas que ha establecido en materia de días de descanso semanal y jornadas convenidas.

- 4.- **Retroactividad de las Prestaciones Sociales:** el art. 141 LOTTT, establece el cálculo y pago de este derecho de **forma**

proporcional al tiempo de servicio, calculado con el último salario devengado por el trabajador al finalizar la relación laboral, con lo cual se acoge el mandato constitucional previsto en la Disposición Transitoria Cuarta.

- 5.- **Pago de indemnización “doble”**: en el art. 80, referido a las causas justificadas de retiro y al despido indirecto, se encuentra previsto el pago de las prestaciones sociales del trabajador, y además el pago de *“un monto equivalente a éstas por concepto de indemnización”*. Como hemos señalado precedentemente, consideramos que este beneficio posiblemente constituya la auténtica mejora contemplada en el Decreto Ley.
- 6.- **Eliminación del salario de Eficacia Atípica**: una de las innovaciones de la reforma laboral de 1997 fue la implementación del “salario de eficacia atípica” que permitía excluir una porción del salario (hasta 20%) para el cálculo de los beneficios laborales (prestaciones, indemnizaciones). La nueva ley no contempla disposición al respecto, y dispone como base de cálculo de las prestaciones y otros beneficios, el salario del trabajador sin permitir exclusiones de este tipo, por lo cual entendemos que ha quedado derogada esta figura, y en consecuencia no puede utilizarse a partir de la vigencia del Decreto-Ley.
- 7.- **Lapso de prescripción de las Prestaciones Sociales y otros conceptos laborales**: el art. 51 LOTT, señala que las acciones relativas a prestaciones sociales prescribirán al cumplirse **diez (10) años** contados a partir de la fecha de la terminación de la prestación de los servicios¹⁵⁴. Debe advertirse que aun cuando en el medio forense el término “demanda de prestaciones sociales” se utiliza para referirse a acciones que contienen diversas pretensiones de pago de créditos derivados de la relación laboral, en sentido técnico, debe entenderse por “prestaciones sociales” exclusivamente las indemnizaciones

¹⁵⁴ De manera impropia la norma del artículo 51 hace referencia a la prescripción de “las acciones”, cuando lo correcto sería disponer la prescripción de los “créditos o derechos”.

por “antigüedad y cesantía”, que ahora se conciben como una misma indemnización en el artículo 141 LOTTT, por lo que el plazo de prescripción en referencia corresponde solo al cobro de este concepto y no a otros créditos derivados de la relación de trabajo. Entendemos que tal lapso de prescripción de 10 años, se aplica igualmente al cobro de “diferencias” adeudadas por el referido concepto, por ser en definitiva el mismo derecho, así como a los respectivos intereses legales o de mora, por tratarse de una acreencia accesorio.

Con relación al cobro de otros conceptos laborales (vacaciones, utilidades, horas extras, comisiones, etc.), siempre que tengan su causa en la relación de trabajo, se dispone un lapso de prescripción de **cinco (5) años** contados a partir de la fecha de la terminación de la prestación de los servicios¹⁵⁵.

8.- Período de reposo Pre y Postnatal: los art. 336 y 338 LOTTT, incrementaron el plazo o período de “reposo” de la mujer embarazada antes y después del parto, y en tal sentido se dispone un lapso de **6 semanas** para el reposo prenatal y de **20 semanas** para el postnatal, con lo cual la mujer embarazada y en puerperio tiene en total seis (6) meses de descanso.

9.- Incorporación de nuevos días feriados (no laborables): el art. 184 de la LOTTT considera como días feriados, adicionales a los establecidos en la ley derogada, los días lunes y martes de carnaval; y los días 24 y 31 de diciembre, por lo que las labores efectuadas en dichos días deberán ser pagadas con el recargo establecido en el artículo 120 de la LOTTT, es decir, el trabajador tendrá derecho al pago del salario de ese día y además al que le corresponda por razón del trabajo realizado, calculado con un recargo del cincuenta por ciento sobre el salario normal.

¹⁵⁵ Este mismo lapso de prescripción de 5 años, es el previsto en relación al cobro de indemnizaciones derivadas de infortunios del trabajo, conforme a la norma del artículo 9 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

Según referimos, consideramos que estos derechos o mejoras alcanzados con la írrita pseudo legislación, deben ser respetados por la nueva normativa que sustituya, derogue y/o corrija el inconstitucional instrumento normativo que venimos analizando.

Conclusiones.-

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadoras y las Trabajadoras, resulta a todas luces Inconstitucional tanto en su fuente y forma de creación, como en el contenido material de las normas aquí analizadas, lo que conlleva a concluir que está viciado de nulidad absoluta, al igual que las específicas disposiciones normativas que contemplan desproporcionadas, ilícitas y hasta absolutas restricciones o violaciones de derechos fundamentales. Esperamos que estas reflexiones sirvan de impulso para procurar la reivindicación del orden constitucional en la legislación que regula tan importante área del quehacer humano.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR C., Ramón Alfredo.** *Estudio sobre la proponibilidad de la Cuestión de Falta de Calidad.* Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Caracas, 2013.
- ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales.* 2ª. Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia.** *Derecho del Trabajo.* Thomson Civitas. Madrid, 2005.
- ÁLVAREZ, Julio César.** *Restricciones de los Derechos Fundamentales.* Vadedell Hermanos Editores. Caracas, 2010.
- ARRÁIZ CABRICES, José Manuel.** *Procedimiento de reclamo en el artículo 513 de la nueva Ley Laboral venezolana,* en: "Revista Derecho del Trabajo No. 16". Fundación Universitas. Barquisimeto, 2014.
- ATENCIO VALLADARES, Gilberto.** *La Armonización de la Parafiscalidad en el Sistema Tributario Venezolano.* X Jornadas de Derecho Tributario 2011. Tema II Armonización Tributaria. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2011.
- BERNAL PULIDO, Carlos.** (Editor) *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la Aplicación de los Derechos Fundamentales.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. Argumentación Jurídica. El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad. Autores varios.
- BONTES CALDERON, Irma.** *Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores (LOTTT).* En VASQUEZ, Magaly (Coordinadora). "Jornadas LOTT. Evaluación del primer año de vigencia" Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013.
- BREWER-CARIAS, Allan R.** *Las Constituciones de Venezuela.* Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.
-
- _____ *Apreciación General sobre los Vicios de Inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados.* En "Ley

Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes”. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”. Serie Eventos. Caracas, 2002.

_____ (Editor). Revista de Derecho Público. Estudios sobre los decretos leyes. No. 115. Editorial jurídica venezolana. Caracas 2008.

CALAMANDREI, Piero. *La Génesis Lógica de la Sentencia Civil, en Estudios sobre el Proceso Civil.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliografía Argentina. Buenos Aires, 1.945.

CALDERA, Rafael. *Derecho de Trabajo.* 2ª Edición. Librería El Ateneo. Argentina, 1960.

CARBALLO MENA, César. Régimen de Estabilidad en el Empleo. En “Derecho del Trabajo. Número 15/2013”. Fundación Universitas. Barquisimeto, 2013.

CARIDAD MOSQUERA, Freddy Orlando. *La prestación social de antigüedad, según la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.* En: “VASQUEZ, Magaly (Coordinadora). Jornadas LOTT. Evaluación del primer año de vigencia. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013.

CARBONELL, Miguel (Coordinador). *Argumentación Jurídica. El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad.* Autores varios. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2012.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones.* Legis. Caracas, 2010.

Conferencia Internacional del Trabajo (OIT). *Protección contra el Despedido Injustificado.* Informe de la Comisión de Expertos. Ginebra, 1995.

El Principio de Estabilidad Laboral en los Pronunciamientos de la Corte Constitucional 1992-2005. Obra Colectiva. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

ESPINOZA PRIETO, Antonio. *Derecho Laboral. Vivencia de la Estabilidad en el Trabajo.* Buchivacoa. Caracas, 2000.

ESTEVEZ, Euridice. *Impacto de la LOTT en las estrategias de compensación.* En "VASQUEZ, Magaly (Coordinadora). Jornadas LOTT. Evaluación del primer año de vigencia. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013.

FÁBREGA TRUEBA, Ramón. *Aproximación a la definición de despido nulo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras.* En "Revista Derecho del Trabajo. Número 15/2013". Fundación Universitas. Barquisimeto, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Editorial Trotta. Madrid, 2010.

FRAGA PITTALUGA, Luis. *Principios Constitucionales de la Tributación. Jurisprudencia.* Fraga Sánchez & Asociados, Caracas, 2006

GARCIA VARA, Juan. *La antigüedad en la suspensión de la relación de trabajo.* En: "VASQUEZ, Magaly (Coordinadora). Jornadas LOTT. Evaluación del primer año de vigencia. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013.

_____. *Estabilidad Laboral en Venezuela.* Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30.

_____. *Sustantivo Laboral en Venezuela.* Ediciones Liber. Caracas, 2012.

MILE MILE, Gerardo. *Temas Laborales.* Volumen XX. Paredes. Caracas. 2006

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Quinta Edición. Editorial B de f. Barcelona. 1998

NIMO CABRERA, Pedro. *Derecho al trabajo y permanencia en el empleo como expresión de dignidad laboral.* En "Derecho del Trabajo. Número 15/2013". Fundación Universitas. Barquisimeto, 2013.

OBANDO GARRIDO, José María. *Derecho Laboral.* Ediciones Doctrina y Ley, Ltda. Bogotá, 2007.

ORTEGA PRIETO, Eduardo y ORTEGA FIGUERIAL, Eduardo. *La Reforma Laboral 2012.* La Ley. Madrid, 2012

- PARRA ARANGUREN, Fernando.** *La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada.* En "I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico". Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005.
- PÉREZ CAROCCA, Alex.** *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal.* J.M Bosch Editor. España, 2004..
- PESCI FELTRI, MARIO.** *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.
- PICÓ i JUNOY, Joan.** *Las Garantías Constitucionales del Proceso.* J.M. Bosch Editor, España, 2002.
- PRÓ-RÍSQUEZ, Juan Carlos.** *Comentarios sustantivos y procesales a la Estabilidad a la Inamovilidad en el Derecho del Trabajo Venezolano.* En "I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico". Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005
- RENGEL ROMBERG, Arístides.** *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano.* Volumen I, Editorial Ex libris, Caracas 1991.
- ROSELL SENHENN, Jorge.** *Principios de Derecho Penal laboral con referencia a los delitos previstos en la LOTTT.* En "Revista Derecho del Trabajo. Número 15/2013". Fundación Universitas. Barquisimeto, 2013.
- SAINZ MUÑOZ, Carlos.** *Lineamientos prácticos de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT).* Tipografía Olimpia, Caracas, 2012.
- TARELLO, Giovanni.** *La interpretación de la Ley.* Palestra Editores. Lima, 2013.
- TUGENDHAT, Ernst.** *Justicia y Derechos Humanos.* Universitat de Barcelona. Barceloa, 1993.
- VON POTOBOSKY, Gerardo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor.** *La Organización Internacional del Trabajo.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002.

Este libro se terminó de imprimir
en julio de 2014
en los Talleres Gráficos de:



LITO FORMAS

Calle 13 con Carrera 15, No. 15-21
Telf. (0276) 343 83 34 - 342 93 14
Barrio Obrero - San Cristóbal,
Estado Táchira, Venezuela.

Edición de 1.000 ejemplares