

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO**

**PROCEDENCIA DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACION DE
LA RELACIÓN DE TRABAJO**

Trabajo Especial de Grado,
para optar al Grado de
Especialista, en Derecho del
Trabajo.

Autor: Carmen Gómez de Vergara

Asesor: Jesús Alexander Useche

Barinas, mayo de 2.008

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado (a) por la ciudadana **Abogada Carmen Gómez de Vergara**, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título es: **PROCEDENCIA DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Barinas, a los 29 días del mes de mayo de 2008.

José Alexander Useche
Cl. 9.330.627

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	4
CONSIDERACIONES GENERALES DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	4
A. Antecedentes.	4
B. Consideraciones sobre el Despido	10
C. Definición del Despido	11
CAPITULO II	15
LOS ELEMENTOS Y LAS CARACTERÍSTICAS DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	15
A. Características	15
A.1 Unilateralidad	16
A.2 Receptividad	16
A.3 Irrevocabilidad	18
A.4 Anulabilidad	20
B. Elementos Circunstanciales del Despido	20
B.1 Causas del Despido	21
B.2 Motivos de la Voluntad de Despedir	23
B.3 Medios en la realización del Despido	24
B.4 El Principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo	25
C. Clasificación	27
C.1 Atención a la Causa	27
C.1.1 Despido Justificado o Disciplinario	27

C.1.2 Despido Injustificado	28
C.1.3 Despido no Justificado o Ad nutum	29
C.2 Atención a la Manifestación de Voluntad	29
C.2.1 Despido Directo	29
C.2.2 Despido Indirecto	29
C.3 Atención al Número de los Afectados	33
C.3.1 Despido Individual	33
C.3.2 Despido Colectivo	33
C.3.3 Despido Masivo	34
CAPITULO III	36
LAS CAUSALES DEL DESPIDO JUSTIFICADO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	36
A. Causales del Despido Justificado	36
A.1 Las Causales de Despido deben ser el Resultado de una Conducta Culpable del Trabajador.	41
A.2 Clasificación de las causales de despido	43
A.3 La Calificación de los Hechos Fundamento de Despido	44
A.4 Manifestación de Despido	44
B. Consecuencias del Despido Justificado para el Patrono	46
B.1 Obligación de Participar El Despido:	46
CAPITULO IV	56
EL DESPIDO INDIRECTO COMO MODALIDAD DE DESPIDO INJUSTIFICADO.	56
A.- El Despido Indirecto	56
B. Consideraciones sobre el Despido Nulo como causa de Terminación de la Relación de Trabajo.	68
C. Distinciones entre el Despido Nulo y Despido Injustificado	72
	73

1.	Presencia de un Acto Nulo	73
2.	Por el Bien Jurídico Tutelado	74
3.	Por la naturaleza del vicio	
4.	4. Puede Haber Despido Inconstitucional Aunque la Causa sea Lícita	75
D.	La Tutela Judicial ante el Despido Nulo	75
1	La Vía del Procedimiento de Amparo Constitucional	76
2	La no Susceptibilidad de pago subrogatorio	78
CAPITULO V		82
EL DESPIDO INJUSTIFICADO COMO CAUSA DE TERMINACION DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.		82
A.	El Despido Injustificado	82
B.	Efectos Patrimoniales del Despido Injustificado	87
B.1.	Indemnizaciones Derivadas del Despido Injustificado	88
B.1.1	Indemnizaciones por Despido Injustificado en Estricto Sentido	88
B.1.2.-	Indemnización Sustitutiva del Preaviso	91
B.1.3.-	Los Salarios Caídos o Dejadados de Percibir	94
C.	En Cuanto a la Ejecución del Fallo que Dictamina el Despido Injustificado	96
C.1	Persistencia del Patrono en el Despido	97
C.2	El Patrono Conviene en el Reenganche	102
CONCLUSIÓN		104
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS		108

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

**PROCEDENCIA DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACION DE
LA RELACIÓN DE TRABAJO**

Autor: Carmen Gómez de Vergara

Asesor: Alexander Useche

Fecha: mayo 2008

RESUMEN

La presente esta fundamentada en la procedencia del despido como causa de terminación de la relación de trabajo, por cuanto tiene gran importancia y ha sido punto controversial en la doctrina y jurisprudencia, por cuánto todo despido debe estar ajustado a las causales previstas en la ley, de lo contrario ese acto arbitrario del patrono, esta previsto de nulidad legal, por ello la necesidad de precisar las consideraciones generales del despido como causa de la terminación de la relación de trabajo, definir el despido y los elementos circunstanciales, establecer el despido justificado, demostrar el despido indirecto, describir el despido injustificado. Para lograr alcanzar estos objetivos, se utilizo metodológicamente una investigación teórica a nivel descriptivo, a través de la revisión de textos legales, reglamentos, jurisprudencia, logrando obtener un análisis de contenido comparativo de esta investigación documental, Permitiendo concluir que en la legislación laboral venezolana, esta expresamente prevista la posibilidad que empleados y patronos puedan rescindir de común acuerdo la relación de trabajo, pero lo que respecta al resto de los motivos de terminación de esta relación, la ley establece diferencias, entre estas sí es el trabajador quien se retira voluntariamente, no sufre perjuicio alguno, como sí ocurre cuando el patrono decide despedir al trabajador sin justa causa o sin causa, poniendo fin por su sola voluntad al contrato de trabajo y tales circunstancias, la ley sanciona su incumplimiento, imponiendo obligaciones para esta conducta, entre esta la obligación de

reenganchar al trabajador a su puesto original y pago de sus salarios caídos o en una obligación pecuniaria o dineraria, que es el pago indemnizatorio previsto en el artículo 125 de la ley orgánica del trabajo.

Descriptores: Despidos, injustificados e justificados, reenganche.

INTRODUCCIÓN

La constitución establece como garantía y protección dirigida a evitar el libre despido patronal y el aumento del desempleo, la estabilidad en el trabajo, como una limitante al principio de la autonomía de la voluntad, tal como lo señala el artículo 93 de la Constitución al establecer que “La Ley garantiza 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.

De igual manera, el legislador restringió el despido como forma de terminación del contrato de trabajo, y en tal sentido, establece las causas previstas para el despido justificado en el artículo 102 de la ley sustantiva laboral y fuera de este marco, no es posible un despido con causa y en tal sentido la misma ley, dispone en el artículo 99, que el despido será injustificado cuando se realiza sin que el trabajador incurra en una causa que lo justifique.

En virtud de estas previsiones constitucionales y legales, fue conveniente profundizar y analizar en la investigación realizada la procedencia del despido como causa de terminación de la relación de trabajo, y en función de ello, fue necesario revisar los tipos o manifestaciones del despido, entre ellos se analizaron las causas que justifican el despido, de igual manera el análisis

del despido indirecto y el despido nulo, y por ultimo el despido injustificado y las consecuencias que impone al patrono.

La investigación realizada, se enfoco en un estudio monográfico de tipo descriptivo, por medio de consulta de textos doctrinarios, leyes, jurisprudencias, decretos, consultas por la Web entre otros, sobre los criterios y distintas posiciones existentes sobre el tema tratado. A los efectos de poder abordar con mayor amplitud la procedencia del despido en sus distintas modalidades antes referidas.

Por cuanto, el tema analizado, presenta discusiones a nivel de la doctrina laboral y criterios jurisprudenciales, en cuanto a que el despido por ser una manifestación unilateral del patrono, necesariamente tiene que estar causados en las previsiones del artículo 102 de la ley sustantiva laboral, de lo contrario se enta en presencia de un despido ilegal, porque es contrario a la previsiones que permite la ley para justificar el despido, pero además de ello, resultado importante enfatizar que existe la tendencia doctrinaria de considerar la tesis del despido nulo, en aquellos casos en el que la conducta asumida por el patrono además de no tener causa en la ley, es contraria a los principios y garantías constitucionales, en estos casos se sostiene la modalidad del despido nulo, y a la par de éste el despido indirecto

considerado como injustificado, con el derecho para el trabajador de exigir las indemnizaciones que establece la ley para este tipo de despido.

Sin embargo, aun cuando el tema investigado, se pudiera considerar que ha sido objeto de amplia discusión y sobre el cual existe suficiente bibliografía, es necesario señalar que aun existe criterios encontrados y álgidos que limitan sostener una posición uniforme, por lo que resultó interesante su abordaje bibliográfico, dejando claro que existe una gran necesidad en que pueda logarse mayor solidez y comprensión en cuanto al despido nulo y al despido indirecto, por cuanto estas posiciones sostenidas por algunos especialistas en la materia, no ha sido posible que sean aceptadas y menos acogidas por el máximo tribunal de la república y se le pueda dar cabida en la legislación laboral.

En tal sentido, la investigación realizada se estructuró en cinco capítulos a saber: El capítulo I referido a los antecedentes del despido y su concepción. El capítulo II referido a los elementos y características del Despido. El capítulo III referido a las causales del justificado. El capítulo IV a el despido indirecto como modalidad de despido injustificado y por último el capítulo V contiene el despido injustificado como causa de terminación de la relación de trabajo.

Permitiendo concluir que en la legislación laboral venezolana, esta expresamente prevista la posibilidad que empleados y patronos puedan rescindir de común acuerdo la relación de trabajo, pero lo que respecta al resto de los motivos de terminación de esta relación, la ley establece diferencias, entre estas, si el trabajador es quien se retira voluntariamente, no sufre perjuicio alguno, como si ocurre ando el patrono decide despedir al trabajador sin justa causa o sin causa, poniendo fin por su sola voluntad al contrato de trabajo y tales circunstancias, la ley sanciona su incumplimiento, imponiendo obligaciones para esta conducta, entre esta la obligación de reenganchar al trabajador a su puesto original y pago de sus salarios caídos o en una obligación pecuniaria o dineraria, que es el pago indemnizatorio previsto en el artículo 125 de la ley orgánica del trabajo.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

A. ANTECEDENTES

Es preciso iniciar la revisión del despido en Venezuela con la Ley del Trabajo sancionada en julio de 1936, la cual estableció un mecanismo indirecto para evitar el despido injustificado, ese mecanismo consistía en el pago de una indemnización de antigüedad equivalente a una quincena de salarios por cada año de trabajo interrumpido con un tope salarial de seis meses. Advertir que esta indemnización no procedía cuando era el trabajador el que daba por terminado el contrato de trabajo o cuando se procedía a un despido justificado (Alfonso, 1985, 647).

Igualmente, en la reforma que se le hizo a la Ley en 1945 se estableció que esta indemnización procedía también cuando el trabajador se retiraba por causa justificada. En una nueva reforma a la Ley del Trabajo acaecida en 1947 se estableció que el patrono que despidiera injustificadamente a sus trabajadores o que diere motivos para que estos se retiraran de su trabajo, además del pago de las indemnizaciones de antigüedad y preaviso, cuando este ultimo hubiese sido omitido, la obligación de pagar una indemnización de auxilio de cesantía equivalente también a quince días de salario por cada año ininterrumpidos o fracción superior a ocho (8) meses (Ortiz, 1997, 110).

Por otra parte, también la institución del despido indirecto, cobro vigencia a raíz de la reforma de la ley de 4 de mayo de 1945, dado que la institución del despido indirecto fue totalmente desconocida por los proyectistas de la Oficina Nacional del Trabajo y por el legislador de 1936.

De tal manera que en el año 1945, en la Ley del Trabajo de ese año, en el artículo 32, se adoptó el despido indirecto como una forma de retiro justificado del trabajador. Si el despido presupone la voluntad unilateral del patrono, manifestada en forma clara y categórica, de terminar el contrato de trabajo, los hechos constitutivos del despido indirecto descubren la voluntad velada por el patrono de no seguir vinculado en las condiciones originalmente convenidas (Alfonzo, 1985,648).

Así pues, lo establecido en el mencionado artículo 32, se puede inferir una nitidez, que si bien en las situaciones de despido indirecto y en general en todos los retiros justificados aludida en dicho artículo, existe un acto violatorio del contrato, o una intención manifiesta de realizarlo, no es la decisión de éste sino la del trabajador, clara y libremente expresada, la que pone fin al contrato de trabajo (Caldera, 1939,370).

Por su parte, en la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en París el 10 de diciembre de 1948 y la Carta Americana de Garantías Sociales (Carta Constitutiva de La Organización De Estados Americanos) de mayo de 1948; y en el campo estrictamente laboral, la estabilidad en el empleo fue objeto de la recomendación N° 119 acordada en la 47 conferencia del trabajo de la OIT, celebrada en 1963 (González, 1995, 25).

Siguiendo los postulados contenidos en la declaración, en el año 1961, con la promulgación de la Constitución de la Republica, la misma incluyó en su articulado normas tendientes a la regulación del trabajo; así el artículo 84 expresa: “todos tienen derecho al trabajo. El estado procurará que toda persona apta puede obtener colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa. La libertad de trabajo no estará sujeta a otras restricciones que las que establezca la Ley”.

Asimismo, señalaba el artículo 88 de la misma lo siguiente: “la Ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en servicio y lo amparen en caso de cesantía”.

De acuerdo a los razonamientos que se han venido realizando, la cuadragésima Séptima Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra entre el 5 y 26 de junio de 1963, figuraba el punto de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador que consistía en la segunda y última discusión del proyecto elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo, el cual fue definitivamente adoptado el día 26 de junio bajo la forma de recomendación (Espinoza, 1979,125)

Seguidamente, el 31 de mayo de 1974, el Presidente de la República, haciendo uso de los poderes extraordinarios que le había conferido el Congreso de la Republica, reformó la Ley del Trabajo por la vía del decreto, aquí se estableció que las prestaciones de antigüedad y auxilio de cesantías eran derechos que procedían cualquiera fuera la causa de terminación de la relación del trabajo. Un mes después se publicó la Ley contra despidos injustificados cuyo objeto fundamental expresado en el artículo 1 fue “Proteger a los trabajadores contra los despidos sin causa justificada”, así se

desprende de la exposición de motivos “viene a llenar el vacío existente en nuestra legislación por la carencia de normas que garanticen al trabajador contra la pérdida arbitraria de su trabajo (Espinoza, 1979, 119).

Luego en el año 1.976, la ley contra despidos injustificados señaló en su artículo primero lo siguiente: “La presente Ley tiene por objeto proteger a los trabajadores contra los despidos sin causa justificada. A tal efecto, se designaran por el Ministerio del Trabajo Comisiones Tripartitas integradas por sendos representantes del Ministerio del Trabajo, de los Patronos y de los Trabajadores, que tendrán la función de calificar los despidos”.

Es evidente entonces que la protección que brinda la Ley, va dirigida a un inmenso sector de la población, no solamente le aseguraría la permanencia en su empleo sino que contribuiría, efectivamente a evitar los riesgos, la incertidumbre y en definitiva los grandes males sociales que, dentro de una colectividad genera el desempleo. Si la aplicación de esta norma llegara a alcanzar plena vigencia nos atreveríamos a decir que se constituiría en una de las mas importantes Leyes de carácter social promulgada en los últimos cuarenta años (Sabas, 1976, 16).

De la misma manera, la mencionada ley, le impone al patrono la obligación de participar a la Comisión Tripartita los despidos que haya efectuado, estableciendo, posteriormente, los motivos que haya tenido para tales despidos. Esto es razonable, por cuanto son los hechos contenidos en esa participación los que posteriormente serán el fundamento de la calificación durante la secuela del proceso especial pautado para estos casos (Alfonzo,1985, 649).

Asimismo, la Ley contra despidos injustificados, se estableció en el artículo 5, la obligación de participar las causas que justifican el despido, pero no señala expresamente una consecuencia jurídica por la omisión de esta obligación (Rodríguez, 1993, 35).

Sin embargo, la ley contra despidos injustificados sancionó un sistema de estabilidad impropia e indirecta, pero estabilidad al fin y al cabo asumida por el legislador, que posibilita evaluar las consecuencias de la resolución encausada del vínculo de trabajo por el empleador y los mecanismos de defensa del trabajador ante la circunstancia que imposibilita la continuidad en su empleo (Villazmil, 2000, 438).

En relación con esto último, en el año 1985, se dictó una sentencia muy controversial porque se admitió que podían ser presentadas solicitudes de reenganche en los casos de despido indirecto, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha marzo de 1985, N° 9, citada por Villasmil (1986,437) en la cual se señaló lo siguiente:

“...De allí que teniendo las comisiones tripartitas sólo competencia para conocer de solicitudes de reenganche en casos de despido y vista la reserva expresa que da la competencia básica a la jurisdicción laboral ha hecho la propia ley contra despidos injustificados, esta corte estima incompetente a las comisiones tripartitas para conocer sobre solicitudes de reenganche expuestas por un trabajador que alega haber sido despedido “ indirectamente...”.

Así mismo, en el mes de junio del año 1985, se presentó al senado de la República, el anteproyecto original de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual establecía en forma clara y categórica la equiparación total del despido directo injustificado y el retiro justificado, sin distinción alguna de efectos jurídicos, sociales, morales o económicos y decía: “se agrupará al despido injustificado el retiro del trabajador por causa justificada (Espinoza,2000,140).

Igualmente, en la letra G del artículo 103 de la ley, sostiene que el despido indirecto no esta protegido por la estabilidad y lo indica dentro de las causales de retiro justificado, pero en los efectos patrimoniales del despido injustificado, sin modificaciones en la reforma de la ley orgánica del trabajo (1997).

En este mismo orden, el derecho comparado dispuso normas similares, tal es el caso de España, donde existió una amplia aunque sintetizada serie de consideraciones sobre el despido, entre estas cuando no se trate de despido sin causa justa para ello, la ley es tajante, por cuanto en la sentencia que así se declaró se hará preceptivamente una doble condena que a de contener por un lado la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y el pago del importe de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta que la readmisión tenga lugar (Hernández, 1977, 786).

De la misma manera, en la doctrina Colombiana se señalan como causas genéricas de terminación del contrato colectivo de trabajo, las siguientes: a) Expiración del plazo, refiriéndose evidente a los contratos celebrados a plazo fijo; b) Terminación dela obra o labor contratada; c) La muerte del trabajador; d) El mutuo consentimiento; e) La suspensión de actividades por parte del patrono; f) Liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;

g) Sentencia de la autoridad competente y h) Decisión unilateral (Perera, 1991, 150).

Finalmente, en el año 1990, con la promulgación de la ley orgánica del trabajo, se contempla la figura del despido como causa de terminación de la relación de trabajo, en lo siguientes artículos:

Artículo 98: La relación de trabajo puede terminar, por despido, retiro, voluntad común de las partes o por causas ajenas a la voluntad de ambas.

Artículo 99: Se entenderá por despido la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o mas trabajadores.

Sin embargo, la reforma de la ley orgánica de 1997, en lo referente a la estabilidad en el empleo, sólo fue objeto de modificación en lo referente al régimen de las indemnizaciones que dimanaban del despido ad nutum o sin justa causa previsto en el artículo 125 (Carballo y Villasmil, 1998, 113).

B. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESPIDO

Existe un elemento común en las definiciones que la doctrina ofrece sobre el despido y es el considerar que se trata de una ruptura entendida como cesación, extinción, rescisión, resolución, disolución o terminación del contrato o de la relación laboral por parte del empleador, siendo ésta una manifestación individual, voluntaria y unilateral (Forero, 1998,250).

En este sentido, Forero (1998), señala que la rescisión es la facultad que otorga la ley a uno de los sujetos de la relación jurídica para darla por concluida cuando el otro miembro de la relación comete alguna falta o

incumple sus obligaciones. Es un derecho potestativo que otorga la ley a los sujetos de la relación y supone los siguientes elementos: a) Un acto o una omisión, imputable a uno de los sujetos de la relación, b) El acto o la omisión debe ser naturaleza grave (p.251).

Esta visión era, sin duda, sumamente restrictiva pues solo se permitía la terminación cuando el trabajador daba causa a ello, pero se dejaba por fuera los supuestos en las cuales la relación debe terminar por causas ajenas a la conducta de las partes. Fueron las tesis que propugnaban la propiedad del empleo las que aceptaron la terminación por causas socialmente justificadas. El despido socialmente justificado es aquel que no tiene su fundamento en la persona o la conducta del trabajador o bien en exigencias perentorias de la empresa que se oponen a que la ocupación del trabajador en el establecimiento continúe (Ruprecht, 1990,709).

Igualmente, Ruprecht (1990,711), señala que este despido socialmente justificado es el *desideratum* al que debe tenderse. Ni la voluntad patronal, ni la inamovilidad del trabajador son sistemas que permiten la paz y armonía en las relaciones laborales. Sin embargo, todas las legislaciones contemporáneas, consagraron la posibilidad del despido injustificado mediante el pago de una indemnización, sanción, compensación o cualquier otra modalidad, con la idea de resarcir el daño causado pero cuyo monto está tasado por el propio legislador.

En nuestro derecho laboral, el despido puede tener causa de justificación o carecer de ella o simplemente causas no amparadas y en todos estos casos estamos en presencia de un despido, pues lo que cualifica a éste como institución jurídica es la simple manifestación unilateral, voluntaria y

libre por parte del empleador de poner fin a la relación de trabajo (Ortiz, 2005,354).

C. DEFINICIÓN DEL DESPIDO

El despido es el acto jurídico por el cual el empleador o su representante manifiesta de manera expresa o tacita, directa o indirecta, su voluntad de poner fin a la relación laboral con o sin una causa justificante.

Para Rafael Ortiz (2005), señala que la anterior definición es comprensiva de las muchas situaciones que el despido puede asumir y en un análisis de esta propuesta señala lo siguiente:

- a) El despido es un acto jurídico como todo acto es la formalización de un hecho que tiende a producir efectos jurídicos en nuestro casos los efectos de tal hecho están previsto en la ley y es posible que también se prevea en los contratos individuales o colectivos.
- b) Ese acto de despido es imputable al empleador fijémonos que el acto puede provenir directamente del empleador o de un representante suyo bajo su consentimiento, sus familiares, pero lo importante es que los efectos del acto puedan ser imputables al empleador.
- c) Esa manifestación de voluntad puede ser expresa o tacita, el despido puede ser directo o indirecto en atención a la forma de manifestación de la voluntad, el hecho de que el despido indirecto tenga las consideraciones patrimoniales de un retiro justificado no convierte el despido indirecto en retiro pues, sigue siendo una manifestación de voluntad del empleador.
- d) El acto jurídico es un acto de voluntad, se trata de manifestaciones de voluntad y no simples manifestaciones de conocimientos, la diferencia

central entre ambos es que las primeras están dirigidas a crear una modificación en la esfera jurídica de su destinatario.

- e) Esa manifestación debe ser libre consentida y unilateral para que produzca los efectos propios del acto de despedir.
- f) El efecto jurídico perseguido debe ser la terminación de la relación de trabajo, no se trata de suspender el contrato, ni pedir una moratoria en su ejecución, sino de la cesación efectiva y definitiva de la relación de empleo.
- g) El despido puede tener una causa justificante de las establecidas en la ley, en cuyo caso el despido será justificado, puede igualmente tener una causa contraria a las previsiones de ley o no amparadas por ésta o teniendo una causa legal no cumplir con la forma de realizar los actos tendentes a despedir, en cuyo caso estamos en presencia de un despido injustificado, es posible también que el despido no tenga causa alguna en cuyo caso estamos en presencia del despido ad nutum o despido sin causa y cuando el despido atenta contra principios, valores, normas, derechos o garantías constitucionales, estamos en presencia del despido inconstitucional o despido nulo.

Como puede apreciarse de los antecedentes o evolución que ha tenido la institución del despido en las distintas leyes y constituciones anteriores, se puede concluir, que el legislador ha tratado en el tiempo, mejorar y garantizar la estabilidad en el empleo, a través de encarecer el despido y limitando cada día más la procedencia del mismo. Es por ello, que el estado social de derecho persigue su fin por medio del establecimiento de normas reguladoras en los casos de terminación de la relación de trabajo, fija las indemnizaciones tanto por despido como por retiro y el cumplimiento de

todas las normas previstas en materia laboral, por cuanto estas son de orden público e irrelajables por los particulares.

CAPITULO II

LOS ELEMENTOS Y LAS CARACTERÍSTICAS DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

Nuestra legislación sólo enuncia de manera general el despido como acto del empleador para poner fin a la relación de trabajo, es así como la ley orgánica del trabajo dispone en su artículo 99 lo siguiente:

Se entenderá por despido la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o mas trabajadores.

Párrafo único: El despido será a) Justificado: Cuando el trabajador ha incurrido en una causa prevista por la ley, b) Injustificado: Cuando se realiza sin que el trabajador haya incurrido en causa que lo justifique.

Para la comprensión global del tema es indispensable abordar rápidamente tres aspectos particulares sobre el despido: a) Sus características, b) Sus Elementos y c) La clasificación.

A) CARACTERÍSTICAS

Las características del despido permiten explicar su existencia en el mundo jurídico pues, esencialmente se trata de un acto de manifestación de voluntad, pero para que pueda producir los efectos jurídicos que la ley le imputa al acto de despedir, debe realizarse de manera unilateral, debe ser recibido por el trabajador, es posible su renovación y es posible su anulación, para comprender mejor analizaremos brevemente cada una de estas notas cualificantes del despido.

A.1 Unilateralidad

Se dice que es unilateral porque la decisión de despedir es tomada por el patrono o su representante sin mediar la participación de ningún otro ente, ni siquiera la voluntad del trabajador ya que si este participara con su voluntad en la decisión de terminar la relación de trabajo, entonces estaríamos en presencia de una extinción por mutuo acuerdo. Cuando se trata del acto de despido, es el patrono quien directa o indirectamente de manera expresa o tacita, toma y expresa su decisión de no mantener la vinculación jurídico laboral.

A.2 Receptividad

Un amplio grupo de doctrinarios manifiestan que el despido es un acto receptivo por excelencia, asimismo, señala Alfonso (1994), que tanto el despido como el retiro son actos jurídicos recepticio, esto es, que produce sus efectos en cuanto llegan a conocimiento de aquel a quien van dirigidos. Carecen por tanto, de valor disolutorio de la relación de trabajo, el despido y el retiro no son notificados al trabajador, o al patrono respectivamente, aunque la decisión haya sido ciertamente adoptada y se haya difundido la noticia en la colectividad de trabajo, según se prevé en el artículo 105 de la ley orgánica del trabajo:

Artículo 105: El despido deberá notificarse por escrito con indicación de la causa en que se fundamenta, si la hay. Hecha la notificación al trabajador, el patrono no podrá después invocar otras causas anteriores para justificar el despido. La omisión del aviso escrito no impedirá al trabajador demostrar el despido por cualquier otro medio de prueba.

Para Ortiz (2005), la expresión con indicación de la causa, si la hay, nos hace pensar que el legislador también acepta el despido *ad nutum*, es decir,

aquel que se realiza sin causa alguna, lo cual recibe el mismo tratamiento del despido injustificado. La norma jurídica no dispone de manera clara que el despido sea ineficaz cuando no se notifica, solamente establece que una vez que se le haya indicado una causa al trabajador, no podría ser cambiada o adicionada una nueva causa no notificada (p.356).

El asunto adquiere importancia cuando estamos en presencia de situaciones en las cuales el trabajador no se presenta a su sitio de trabajo y transcurre días o meses sin saber del paradero, debe el patrono esperar aquel el trabajador regrese al sitio de trabajo para proceder a despedirlo, deberá el patrono pagarle los salarios de esos días y se le deberán computar esos días a su antigüedad.

A manera de ver, el carácter recepticio debe ser redimensionado. Pueden ser diferentes el momento de hacer cesar la relación laboral y el momento de la notificación al trabajador. Ambos momentos tienen consecuencias diferentes, el primero de ellos, la decisión de extinguir el vínculo lo es para el cómputo de las prestaciones sociales y demás consecuencias económicas de la prestación de servicio y el momento de la notificación lo es para que el trabajador pueda ejercer sus derechos procesales por ante los tribunales correspondientes, la norma es que coincidan ambos momentos (Ortiz, 2005,357).

A.3 Irrevocabilidad

Es un aspecto interesante por sus efectos, es el de la revocabilidad del despido o del retiro y las consecuencias que apareja el acto por el cual se deja sin efecto la primigenia manifestación de voluntad. En líneas generales, el acto por el cual el empleador o el trabajador hacen cesar la relación laboral

es irrevocable, de tal manera que no sufre efecto alguno que cualquiera de los dos decida revocar la decisión tomada. Esto explica que si el trabajador manifiesta su renuncia o retiro y se arrepiente posteriormente, esta última decisión para nada vinculará al empleador, quien está autorizado para tramitar la terminación de la relación como retiro (justificado o injustificado).

Cabe decir que, una vez que el patrono notifique la decisión de despedir, un segundo acto no puede anular los efectos jurídicos que tal decisión comporta en la esfera jurídica del trabajador, quien estaría autorizado para tramitar su despido como despido injustificado, de ser el caso y podrá acudir ante los tribunales correspondientes a demandar el pago de las indemnizaciones que le correspondan como despido injustificado.

Para continuar, es lógico suponer que si el trabajador desiste o revoca su retiro, el empleador puede aceptarlo y continuar con la relación jurídica, produciéndose una continuidad de pleno derecho, pues se entendería que el acto extintivo nunca produjo sus efectos, de la misma manera si el trabajador, una vez que el patrono le ha notificado el despido y luego le notifica su revocación puede igualmente aceptar el último acto y continuar con la relación de empleo (García, 2005, 351).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, García (2005) manifiesta que surge una duda cuando el empleador notifica un acto anulatorio o revocatorio del acto de despido y no es aceptado por el trabajador, podrá el trabajador solicitar el reenganche con el consecuente pagos de los salarios dejados de percibir, o solo podría tramitar el pago de las indemnizaciones por el despido injustificado. Luce sin sentido y afecta el principio de buena fe que el trabajador no hubiere aceptado el acto revocatorio del patrono y pretenda el reenganche a través de un tribunal. La

mala fe estaría representada en el potencial cobro de salarios dejados de percibir durante el procedimiento sin prestar el servicio (p.352).

Cabe agregar, que si el trabajador no acepto el acto revocatorio del despido hecho por el empleador sólo tiene interés jurídico valido en el cobro de las indemnizaciones por despido injustificado, sin que pueda pretender el reenganche a través del procedimiento por estabilidad. Se observa que el pago previsto en el artículo 125 de la ley orgánica del trabajo es por lo arbitrario del despido, es una verdadera sanción a la falta incausada para despedir. En cambio, el pago de los salarios dejados de percibir seria una indemnización monetaria que se le ordena al patrono en virtud de haber sostenido un proceso judicial sin razón.

A.4 Anulabilidad

El despido es un acto anulable por excelencia cuando este se presenta como injustificado o incausado o cuando quebrante derechos o garantías constitucionales, el juez de la estabilidad laboral o el juez de amparo constitucional, declara la nulidad del despido y como consecuencia la reposición , reinstalación o reenganche del trabajador en su puesto de trabajo. Esta noción parece muy importante para aclarar que el inspector del trabajo no anula el despido sino que simplemente habilita al empleador para que este pueda despedir y en el procedimiento de calificación de falta para los trabajadores con inamovilidad y en el procedimiento de reenganche tampoco anula el despido, sino frente al despido de un trabajador con inamovilidad suspende el procedimiento y ordena el reenganche.

B. ELEMENTOS CIRCUNSTANCIALES DEL DESPIDO

Los elementos circunstanciales son aquellos datos que nos permiten identificar la categoría del despido. La ley orgánica del trabajo es muy vaga en este sentido, pues sólo distingue el despido justificado y el despido injustificado, definiéndolo por oposición, esto es, será injustificado todo despido que no sea justificado.

B.1 Causas del Despido

El artículo 1141 del código civil establece como condición requerida para la existencia del contrato el consentimiento de las partes, el objeto del contrato y la causa lícita. En términos muy generales, la causa es la que produce el consentimiento, es la razón o fin por el cual se otorga dicho consentimiento. La doctrina habla del fin perseguido en la celebración del contrato, es un elemento de tipo subjetivo que se diferencia del objeto y el consentimiento.

En efecto, Rafael Ortiz (2005), distingue muy cuidadosamente en el campo de la teoría de la causa la razón inmediata o el fin inmediato perseguido por el sujeto al contratar u obligarse, de la razón o fin inmediato. La razón inmediata viene a ser denominada la causa propiamente dicha y la razón mediata o fin mediato viene a ser los motivos, los cuales son muy variables, en contraposición con la causa que es invariable (p.360).

Dadas las condiciones que anteceden, Maduro (1995), afirma que la causa es invariable y los motivos pueden ser muy variables, esto adquiere en la teoría de la estabilidad laboral unas dimensiones bien importantes. Algunos autores han planteado que el concepto de causa es falso y hasta inútil,

mientras que otros autores encuentran enorme utilidad en la teoría de las obligaciones (p.404).

Precisando de una vez, el asunto está en que la causa interesa para determinar la nulidad de los contratos de hechos en nuestro código civil, se dispone que la obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto artículo 1157, el asunto está que se equipara la ausencia de falta con la causa ilícita, pues en ambos casos, la consecuencia es la misma la inexistencia de la obligación.

Los llamados elementos del contrato, en los que la jurisprudencia administrativa y judicial ha cifrado la existencia de este tipo de vinculación son tan sólo, el objeto y la causa del contrato de trabajo. La prestación de servicio subordinada es el objeto de la obligación del trabajador y a su vez, la causa del pago del salario. Este es, de su parte, el objeto de la obligación del patrono y la causa de la del trabajador (Maduro, 1995,64).

Con referencia a lo anterior, Maduro (1995) menciona que no se puede confundir la causa del contrato de trabajo, con las causas del despido. En el derecho del trabajo la causa del despido está expresamente prevista por el legislador de tal suerte que no se deja al criterio ni a la voluntad del patrono el establecimiento de causas diferentes, ni siquiera con el consentimiento del trabajador. Las causas de procedencia del despido están tasadas de manera estricta por el legislador y no pueden ser variadas o modificadas por voluntad de las partes del contrato debido al carácter de orden público que anima las disposiciones laborales (p.66).

Actualmente, estas causas están previstas en el artículo 102 de la ley orgánica del trabajo, el cual de su extensa enumeración de literales y su

único párrafo, fuera de este marco no es posible un despido con causa, de hecho el párrafo único del artículo 99 de la ley orgánica del trabajo, dispone que el despido será injustificado cuando se realiza sin que el trabajador haya incurrido en causa que lo justifique. Entendemos por causa del despido aquellos actos o hechos provenientes de la acción u omisión del trabajador que la ley cataloga como u supuesto justificante de la decisión del empleador para poner fin a la relación de trabajo.

Por todo lo dicho anteriormente, Ortiz (2005) menciona que la característica más importante está en que esta causa está expresamente prevista por el legislador debido al carácter protectorio del derecho del trabajo. La decisión de despedir se toma sobre unos hechos o actos que no encuadran en la previsión legal el despido es injustificado., es decir, habría una nulidad por causa no calificada. Lo mismo ocurriría con el despido realizado sin causa alguna, porque aquí habría ausencia de causa que produce el mismo efecto la nulidad legal del despido a través del correspondiente juicio de calificación.

B.2 Motivos de la Voluntad de Despedir

La causa que se identifica con la teoría general de la causa civilística, se tiene los motivos llamados causa mediata, ella responde a las razones subjetivas que impulsan el ánimo del agente. Entendemos por motivos del despido a aquellas circunstancias subjetivas del empleador que impulsan o animan la voluntad de despedir.

A los efectos de este, se trataría de la causa mediata que para una más clara exposición del tema, lo llamaremos motivos del despido. Resulta indudable que el empleador puede tener como motivo de despedir

sustentado en los hechos del trabajador, pero puede ocurrir también que el motivo sea diferente aunque la causa sea lícita (Villasmil, 2001,159).

Desde otra perspectiva se puede ver el motivo de dos maneras:

- a. El motivo del despido puede coincidir con la causa, en este caso, el empleador despide al trabajador debido o motivado en la conducta de éste que la ley califica como suficiente para poner fin a la relación de trabajo.
- b. El motivo, por otro lado, puede responder a una causa extraña y diferente a la relación de trabajo misma. El patrono puede despedir porque el trabajador no le cae bien, porque es negro, porque esta embarazada o porque es homosexual.

Cuando la toma de decisión se fundamenta en un motivo completamente diferente a la relación de trabajo y resulta claro que cuando estos motivos constituyen una injuria constitucional, entonces el despido está inficionado por un vicio en la causa mediata o vicio en el motivo. Además de ello, es factible pensar que en una situación concreta coincidan que se produce una causa con un motivo inconstitucional, tal sería el caso del incumplimiento reiterado de las obligaciones que impone la relación de trabajo en el artículo 102 de la ley orgánica del trabajo, pero el acto de despedir tiene su base y su fuente en algunos de los numerales anteriores como por ejemplo en el numeral (b) en el cual el trabajador es negro. Este supuesto, deberá entonces el juez realizar una escogencia constitucional, es decir, habrá despido inconstitucional aunque la causa sea lícita (Ortiz, 2005, 362).

B.3 Medios en la realización del Despido

Debemos separar los medios utilizados para la averiguación de los hechos constitutivos de la causa o para la ejecución material del acto de despido.

Ante la situación planteada, no hay duda que cuando el patrono imputa al trabajador una conducta determinada y calificada por la ley como causal para poner fin a la relación de trabajo, puede o debe realizar una investigación previa (la falta de probidad, vías de hechos, hechos intencional, omisiones e imprudencias, perjuicios material o revelación de secretos) se requerirá siempre de una fase investigativa del hecho que constituya la causa, también en el momento de despedir, el empleador podrá utilizar medios e incluso formas y maneras de realizar el acto de despido, puede gritarle al trabajador, exponerlo al escarnio público, afectar su intimidad familiar y personal, entre otras muchas situaciones (Espinoza, 2000,236).

Tal como se observa, estos medios pueden ser lícitos o ilícitos según se utilicen, de esta manera, si para la averiguación de los hechos el patrono coloca cámara de video en la cama nupcial del trabajador al escarnio público dando publicidad a su fotografía, o si lo afecta y lo humilla por su condición de raza, su condición económica, su condición religiosa o otras, en estos casos el medio se convierte en el elemento nulificador del acto de despedir (Ortiz, 2005,362).

B. 4 El Principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo

Ahora bien, no podemos realizar un estudio mas extenso sobre el principio de buena fe en las relaciones de trabajo, pero basta señalar que se trata de la institución que soporta la tesis del despido nulo por inconstitucional. En efecto, la justificación del despido inconstitucional por vicios en los motivos o en los medios se debe a que la buena fe es una condición inseparable de la vida colectiva. Cabanellas citado por Ortiz (2005), dice que la expresión buena fe indica, en general, rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder, creencia o presunción personal de que aquel de quien recibe una cosa, por titulo lucrativo u oneroso es dueño legítimo de ella (p.363).

Con referencia a lo anterior, Forero (1995), afirma que en términos generales, la buena fe constituyen un principio jurídico fundamental que debe animar todo el ordenamiento jurídico para imprimirle un sentido axiológico, es aun más importante en el campo del contrato de trabajo, el cual supone la relación humana, directa y prolongada entre el patrono y el trabajador y entre los trabajadores entre sí.

De tal manera, cuando el empleador tiene motivos que constituyen una afrenta constitucional, o cuando utiliza medios en la realización del despido, reñido a la buena fe, la lealtad y la probidad, debe desencadenar la nulidad del acto de despido. En la literatura Española, la doctrina y la jurisprudencia del tribunal constitucional español, se habla de móvil preponderante en la formación de la voluntad de despedir, e igual que lo proponemos en Venezuela, para eso ese despido es radicalmente nulo (Forero,1995, 399).

En efecto, cuando un empleador coloca todo su poder para despedir, más allá de los límites constitucionales no sólo se coloca al margen de la constitución sino contra la constitución y actúa con la fe, en la medida en que su acto estaría por encima de la constitución, por encima de los límites del ejercicio de su derecho.

Por ello, no es extraño pensar que en los supuestos de despido nulo existe una actuación contraria a la buena fe y si se le permitiera al patrono el simple pago por equivalente o subrogatorio artículo 125 de la ley orgánica del trabajo, se estaría propiciando un abuso de derecho, el derecho que tiene de persistir en el despido justificaría una violación directa de la constitución.

En relación con esto último, en sentencia N° 2361 de fecha 03 de octubre del año 2002 el Tribunal Supremo de Justicia, en la Sala Constitucional dicta sentencia en la cual señala lo siguiente:

“Siendo que el abuso de derecho no puede ser tolerado porque evade el cumplimiento de normas obligatorias o de orden público dentro del ordenamiento jurídico, el sujeto activo en lo que toca a la conducta abusiva no puede, verificar la ilicitud de su conducta, valerse de las prerrogativas y privilegios que le pueda conceder la ley, pues una conducta reprochable, no adecuada a la buena fe, no puede generar la protección del sistema legal.

En conclusión, esta es una verdad como un templo, la ley no puede tutelar que a través de ella, se violen los derechos constitucionales de las personas, máxime cuando estamos en el marco de las relaciones laborales y siendo la estabilidad un bien inestimable de previsión social, una garantía de permanencia, de continuidad que toca los fines esenciales del estado.

C. CLASIFICACIÓN

C.1 ATENCIÓN A LA CAUSA

La legislación venezolana se queda en las causas como motivo de diferenciación del despido, aquellos que se realizan con justa o sin justa causa, además que depende de la previsión legal.

C.1.1 Despido Justificado o Disciplinario

El despido será justificado cuando el empleador despide al trabajador sobre base de la conducta activa u omisiva de éste y que puede subsumir en las causales establecidas en el artículo 102 de la ley orgánica del trabajo.

También puede denominarse despido disciplinario, porque por lo general el acto de despido es una consecuencia de un acto del trabajador que debe ser evitado y no consentido en el marco de la empresa y sirve como medio de reprimenda al trabajador mismo por su actuación y a los demás trabajadores como una advertencia.

De esta manera, la falta de probidad, la injuria, el hecho intencional que afecte la seguridad y la higiene en el trabajo, el abono de trabajo y la revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento, todas requieren de una enérgica respuesta del empleador para mantener la disciplina en el lugar de trabajo. Funciona entonces como medio de reprimenda individual al trabajador despedido y advertencia a sus compañeros de trabajo.

C.1.2 Despido Injustificado

El despido es injustificado por definición negativa, cuando la causa invocada por el empleador no puede ser imputado a la conducta del trabajador o cuando siéndolo ésta, no esta prevista en el elenco de causales establecidas por la ley.

El despido es injustificado, tal como ha aseverado la Sala de Casación Social, en sentencia del 28-10-2004, cuando señala que:

“Esta causa debe ser identificada por el empleador para proceder a la notificación del despido al trabajador pues lo que allí se establezca no podrá ser modificado con posterioridad, lo mismo ocurre con la participación que debe realizar el empleador al juez de la estabilidad laboral pues debe señalar la causa de terminación y ésta debe coincidir con la señalada en la notificación del despido. Si durante el procedimiento el empleador no logra demostrar esa causa entonces el despido se considerará injustificado”.

C.1.3 Despido no Justificado o Ad nutum

Se conoce con el nombre de despido ad nutum, para indicar aquella situación en la cual el acto de despedir no ésta sustentado en ninguna causa, estamos en presencia de un acto jurídico incausado. Se diferencia del anterior en que, en el caso de despido injustificado existe una causa alegada solo que no corresponde con las establecidas en la ley como suficientes para la decisión de despedir.

C.2 ATENCION A LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

Para el análisis del despido es atender a la forma o modo de manifestar la voluntad de despedir directo o indirecto.

C.2.1 Despido Directo

El despido es directo cuando la voluntad de terminar la relación de trabajo se expresa de manera clara e indubitable, es decir, existe una manifestación de voluntad expresada, verbal o por escrito donde el empleador dispone la terminación de la relación de trabajo.

C.2.2 Despido Indirecto

Hay despido indirecto cuando el empleador sin notificar su voluntad de despedir, sin embargo realiza una serie de actos que impiden la continuidad de la prestación del servicio o la hacen insostenible.

Por su parte, Alfonso (2001) hace referencia que el despido indirecto implica para el trabajador un acto de inducción desde luego que de los

hechos particulares realizados por el patrono unilateralmente, saca la conclusión de que éste desea sustituir la relación obligatoria existente por otra de diferente contenido (p.284).

Los casos de despido indirecto supone una voluntad de poner fin a la relación de trabajo no sustituirla por otra, porque en tal caso lo que tendríamos es una modificación de las condiciones originalmente pactada. En el despido indirecto no, cuando el patrono exige al trabajador que realice actividades distintas o incompatible con su dignidad y capacidad profesional, o reduzca unilateralmente el salario o traslade al trabajador a un puesto inferior, en todos estos casos no puede plantearse que el empleador quiere mantener otra relación de trabajo, por lo contrario lo que quiere es terminar con la relación de trabajo provocando la renuncia del trabajador (Alfonzo,2001,284).

Según el artículo 103 de la ley orgánica del trabajo en su parágrafo primero, se considera como despido indirecto:

- a. La exigencia que haga el patrono al trabajador de que realice un trabajo de índole manifiestamente distinta de la que esta obligado por el contrato o por la ley, o que sea incompatible con la dignidad y capacidad profesional del trabajador o de que este preste sus servicios en condiciones que acarreen un cambio de su residencia, salvo que en el contrato se haya convenido lo contrario o la naturaleza del trabajo implique cambios sucesivos de residencias para el trabajador o que el cambio sea justificado y no acarree perjuicio a éste-
- b. La reducción del salario.
- c. El traslado del trabajador a un puesto inferior.
- d. El cambio arbitrario del horario de trabajo

En este sentido Alfonso (2001), estima que:

“ Los casos de retiro entre ellos el despido indirecto, están fuera de la competencia funcional de los jueces de trabajo y de estabilidad laboral, reducida al conocimiento de los casos de despido directo del trabajador con derecho e interés en el reenganche artículo 116 de la ley orgánica del trabajo” (p.285).

Por su parte Ortiz (2005), no esta de acuerdo con el señalamiento anterior, por que se parte, de una concepción diferente de los que es el despido indirecto. Tradicionalmente se ha dicho que el despido indirecto es constitutivo de un retiro justificado, siendo ello así, al plantearse un retiro es incompatible con el juicio de calificación de despido que pretende, justamente la continuación de la relación de trabajo (p.369).

La institución de la estabilidad y del derecho del trabajo es la protección del trabajador y la conservación de la fuente de empleo. La fundamentación de la estabilidad laboral es el ser una institución de prevención social cuya naturaleza es la ser una garantía constitucional que como instrumento o herramienta que es, tiene como fin la tutela y salvaguarda del derecho al trabajo. Siendo entonces que éste es el supremo fin de la estabilidad laboral, debe darse siempre la interpretación que mejor desarrolle su núcleo esencial.

Cabe agregar, que en el despido indirecto existe una clara manifestación indirecta de poner fin a la relación de trabajo, es decir, se trata del motivo del acto de despido, el cual se encuentra centrado en poner fin a la relación de trabajo. Para este autor, no cree que se trate de una propuesta de modificación de las condiciones de trabajo, sino el establecimiento de circunstancias que esconden subrepticamente la verdadera intención del empleador, su verdadero motivo, cual es, precisamente que el trabajador se retire de su empleo. Esto no es, técnicamente un retiro, para que exista retiro

se requiere la manifestación unilateral, voluntaria y libre de parte del trabajador de poner fin a la relación de trabajo, frente a los casos de despido indirecto el trabajador no tiene librevolencia, su voluntad es condicionada, empujada y forzada por la conducta hostil del empleador, desde luego que ello no puede considerarse como retiro (González 2004,352).

La legislación sustantiva y adjetiva no resuelve el problema. Debe destacarse, que cuando se discutió el proyecto de ley orgánica procesal del trabajo en su artículo 214 se incorporó lo siguiente:

“En caso de despido indirecto, el trabajador ocurrirá al tribunal de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo a reclamar sus derechos como un despido injustificado, sin que pueda utilizar el procedimiento de estabilidad previsto en esta ley”.

En efecto, la norma prohibida expresamente que los trabajadores pudieran utilizar el procedimiento de estabilidad para reclamar el restablecimiento de las condiciones laborales infringidas y tan sólo concedían la posibilidad de reclamar los derechos correspondiente como si se tratara de un despido injustificado. Quizás el avance significaba el reconocimiento de que se trataba de un verdadero despido y no, como se viene diciendo, de que es un retiro (Espinoza, 2000,253).

C.3 ATENCIÓN AL NÚMERO DE LOS AFECTADOS

En una tercera clasificación del despido tenemos al número de trabajadores afectados, en este caso se propone una diferencia entre los despidos colectivos y los despidos masivos.

C.3.1 Despido Individual

El despido será individual cuando la manifestación del empleador sólo afecte a un trabajador en particular o a varios trabajadores que coinciden en razón de la oportunidad de notificación del despido. En otras palabras, el despido individual no significa que sólo se despida a una persona, sino que solo se afecte la esfera individual de esa persona, lo cual puede coexistir con el despido de otros trabajadores cuyo único punto de coincidencia está en que la oportunidad del despido es la misma.

C.3.2 Despido Colectivo

Con respecto al despido colectivo, Espinoza (2000) señaló que es un acto de despedir y afecta a más de un trabajador, pero con la características esencial de que el motivo son razones de tipo tecnológico o por crisis económicas que pongan en riesgo la existencia de la empresa, estas necesidades de reducción del personal motivada a razones económicas o tecnológicas. La terminación por causas económicas o tecnológicas no es producto de un despido, sino una causa que escapa a la voluntad de las partes y en consecuencia no puede ser considerada como un despido injustificado (p.159).

En el artículo 69 al 71, del Reglamento, aun forzado por los límites que impone el artículo 34 de la ley orgánica del trabajo, que regula este instituto conjuntamente con los despidos masivos y remite por demás confusa la solución de ambas situaciones a las normas sobre negociaciones y conflictos colectivos, estos artículos señalan las diversas etapas que deben cumplirse para la tramitación de una reducción de personal basadas en circunstancias

económicas, o de progreso o modificaciones tecnológicas (Hernández, 2001, 247).

C.3.3 Despido Masivo

El despido masivo se produce cuando la reducción de personal afecta a un número de trabajadores que constituyen el porcentaje establecido en el artículo 34 de la ley orgánica del trabajo el cual señala lo siguiente:

“El despido se considerará masivo cuando afecte a un número igual o mayor al diez por ciento (10%) de los trabajadores de una empresa que tenga más de cien (100) trabajadores, o al veinte por ciento (20%) de una empresa que tenga más de cincuenta (50) trabajadores, o al diez (10) trabajadores de la que tenga menos de cincuenta (50) dentro de un lapso de tres (3) meses, o aun mayor si la circunstancia le dieren carácter crítico”.

De modo que cuando se alcanzan estos topes, estamos en presencia del despido masivo, en el cual puede intervenir el inspector del trabajo para frenar la situación y guiar al empleador y los trabajadores por la vía de la conciliación o el arbitraje en caso de no llegar a acuerdos.

De la misma manera, Hernández (2001) menciona que a fin de llenar las lagunas que presenta la ley orgánica del trabajo, los artículos 63 al 68 del reglamento establece cual es el procedimiento a seguir en aquellos casos en que en una determinada empresa se produzcan despidos que, por ajustarse al lapso y a las cifras o porcentajes establecidos en el artículo 34 de la ley orgánica del trabajo, se pueden considerar como masivos (p.242).

De todo lo señalado en el presente capítulo, permite tener una idea clara y precisa en cuanto a lo que es el despido, entendiendo como el acto

unilateral del patrono de terminar la relación de trabajo en la concepción mayoritaria de la doctrina y ese acto puede manifestarse de distintas maneras; si ese acto voluntario del patrono se encuentra fundamentado en alguna de las causales del artículo 102 de la ley orgánica del trabajo, se está hablando de despido justificado; si por el contrario no tiene fundamento alguno en ellas, se está en presencia del despido injustificado y otra tesis sostiene también la existencia del despido nulo o inconstitucional, que además de ser un despido ilegal pasa a ser inconstitucional por violar principios y garantías constitucionales. Por lo que en los capítulos siguientes de la investigación se analizarán estas modalidades de despido, que han quedado claramente definidas y con las características que envuelve el despido.

CAPITULO III

LAS CAUSALES DEL DESPIDO JUSTIFICADO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

A.- CAUSALES DEL DESPIDO JUSTIFICADO

En el artículo 102 de la ley orgánica del trabajo se hace una enumeración de las causales de despido que justifican la sanción al trabajador que incurra en una de ellas, o en varias, a continuación se mencionan las causas justificadas de despido los siguientes hechos del trabajador:

- a. Falta de probidad o conducta inmoral en el trabajador.
- b. Vías de hechos, salvo en legítima defensa.
- c. Injurias o falta grave al respeto y consideración debidos al patrono, a sus representantes o a los miembros de su familia que vivan con él.
- d. Hecho intencional o negligencia grave que afecte a la seguridad o higiene del trabajo.
- e. Omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo.
- f. Inasistencia injustificada al trabajo durante (3) días hábiles en el periodo de un mes.

La enfermedad del trabajador se considera causa justificada de inasistencia al trabajo. El trabajador deberá, siempre que no exista circunstancia que lo impida, notificar al patrono la causa que lo imposibilite para asistir al trabajo.

- g. Perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las maquinas, herramientas y útiles de trabajo, mobiliario de la empresa, materia primas o productos elaborados o en elaboración, plantaciones y otras pertenencias.
- h. Revelación de secretos de manufacturas, fabricación o procedimiento.
- i. Falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo.
- j. Abandono del trabajo.

Partiendo de los criterios y las condiciones generales que rodean la celebración y desarrollo de la relación laboral entre el patrono y el trabajador, determinan los caracteres también generales de las causales configuradas por la conducta del trabajador y las mismas se pueden concretar en la forma siguiente:

- a. Se emanan del contrato de trabajo y sólo dan o pueden darse dentro del mundo de relación que se establece en ese ámbito. Es imposible que se pueda concebir un despido entre personas que no están vinculadas por un contrato de trabajo.
- b. Los hechos que configuran las causales deben ser graves, sin que en la disposición del artículo 31 de la ley orgánica del trabajo se determine esta intensidad en forma general, haciéndose la alusión en ciertas causales únicamente.
- c. Deben corresponder en relación causal a una culpa del trabajador que será, en definitiva sujeto de la sanción.

De los anteriores planteamientos se desprende que por la celebración de cualquier contrato de trabajo, el trabajador asume obligaciones concretas, pero de orden netamente contractual. Es decir, las asume voluntariamente, por que condiciona su conducta dentro de un marco que garantiza la

estabilidad diaria de la empresa. Cuando el trabajador violenta ese marco de comportamiento que ha aceptado al celebrar el contrato, se pone en posición de despido, se hace acreedor de una sanción. No se puede olvidar que ese modo de comportamiento contractual que se exige al trabajador al corresponde en un todo a obligaciones que están a cargo del patrono y que resultan correlativa a los compromisos del trabajador (Perera,1991,110).

Ante la situación planteada, si se toma en cuenta el contenido de las causales, se observa que esas obligaciones amparan diversos aspectos, desde el ético, moral hasta el de la simple relación comunal de grupo, desde la honestidad y la puntualidad hasta la lealtad y fidelidad. Nada que pueda hacer el trabajador en su mundo desarrollado dentro de la empresa y aun fuera de ella, escapa a la previsión de la norma y por ende, a la sanción. Y presume una aceptación ab initio por parte del trabajador, por estar inscrita en la ley, son obligatorias, al margen de los contratos colectivos fundamentalmente ocupados en obtener ventajas económicas, descuidando otros aspectos tan o más fundamentales de la necesaria obtención de una adecuada armonía y protección del trabajador en su dignidad y permanencia dentro de la empresa.

Si la falta cometida por el trabajador es ajena al contrato de trabajo, no podrá usarse como fundamento del despido. Al considerarse específicamente cada causal, que esa afirmación se mediatiza en alguna forma. El embotellarse en la empresa o el acudir a ella en estado de embriaguez, es condenable laboralmente. El hacerlo fuera de ella, sin influir sobre la satisfacción de la tarea debida, escapa al ámbito del compromiso.

Si el patrono y obrero están unidos por un contrato de trabajo, la conducta de ninguno de los dos tiene relación y no puede considerarse la existencia de

una sanción por una conducta dada. Aun después de cesar la relación que existía entre ambos, deja de tener razón de existencia de cuadro de sanciones. Se trata, evidentemente de dos personas extrañas entre si sin vínculo que la relaciones (Perera, 1991,111).

En el artículo 102 de la ley orgánica de trabajo no se hace esta exigencia en forma general. El adjetivo viene incluido en los aparte (C,D,E,G e I). Es decir, no existe en la norma específica, ni tampoco en el resto de los articulado de la ley, un señalamiento concreto de la intensidad que debe requerirse para que la falta del trabajador se considere como configurada.

El criterio orientativo en esta materia debe buscarse necesariamente en las condiciones que derivan del contrato de trabajo. En efecto, al menos en principio, la labor de un trabajador deberá desarrollarse en el ámbito cerrado de una empresa, dentro de la cual convive numerosa personas con diferentes grados de cultura, de educación, de costumbre, por muchas horas diarias, manipulando costosos equipos, con riesgos personales, con riesgos de esas maquinarias, aplicando técnicas especiales al procedimiento de costosas materias primas. Los productos de esa empresa están destinados, en general, al consumo humano. No se altera la situación en las empresas de servicios. Todas esas tareas, la ineludible convivencia, crean la necesidad de moderar las conductas personales de los participantes en la empresa. De no ser así, el ambiente seria insoportable, ello implica que la conducta general debe ser armónica.

Por otra parte, es indispensable la confiabilidad porque el empresario invierte gran cantidad de dinero en maquinarias, materias primas, equipos, procesos e instalaciones y todo esto lo pone en manos del grupo de gente

que deberán accionar el conjunto y debe confiar en que le darán un tratamiento adecuado.

Ante tal situación dibujada a grandes rasgos, debe pensarse que no siempre una actitud dada transgreda sensiblemente el ambiente laboral, no siempre esa conducta trascenderá en eficiencia y hasta convertirse en causal de despido.

En ese mismo sentido, García (1996) menciona que solamente la conducta en consideraciones amenace o lesione la obligación general de trabajo, individualizada en razón de la imputabilidad a que haremos referencia de inmediato, será entonces cuando surja claramente la configuración de la causal (p.159).

Cabe agregar, que habiendo consideraciones de la situación que se presente en cada caso, tocará a las personas que deben calificar la existencia y procedencia de una causal determinada, el valorar la intensidad de la falta, en ello tomará en cuenta la idea orientativa a base de la naturaleza del control, las condiciones dentro de las cuales se produjeron los hechos, las peculiaridades individuales de los participantes y con base a tales elementos, tasarán la real existencia de la conducta sancionable (Espinoza, 2000, 180).

A.1 Las Causales de Despido deben ser el Resultado de una Conducta Culpable del Trabajador.

En las relaciones contractuales de cualquier orden, la intencionalidad y la negligencia accionan la responsabilidad de la parte que vulnera en esa forma su compromiso contraído. Y la sanción emana precisamente de esa intencionalidad personal que deviene en dolo o negligencia. El autor de ella se hace entonces reo de la sanción por el incumplimiento en que incurre, lo que en referencia a la materia laboral, se denomina en doctrina la voluntad deliberadamente rebelde (Perera, 1991,113).

Siempre en materia laboral y en atención a las causales que se contienen en el artículo 102 de la ley orgánica del trabajo, parece concretarse la existencia de la sanción con despido del trabajador mediante un incumplimiento genérico, aunque siempre dependiendo de la voluntad del trabajador.

En 1980, Alonso expresa al comentar lo anterior, que esta conclusión que parece tan clara tiene algunas dificultades para su encuadramiento:

“... Existe una doctrina jurisprudencial muy insistente y reiterada según la cual las faltas al trabajo por detención o prisión del trabajador, si ciertamente no pueden calificarse de voluntarias en sentido estricto, han de repuntarse como tales al presumirse la libertad en la actuación o actividad del sujeto que con sus actos, dio lugar a las medidas adoptadas, que parece contradecir la culpabilidad del incumplimiento la ausencia o falta al trabajo en este caso obviamente no voluntario, aunque pueda haberlo siendo la conducta de la que resultó la detención o prisión”.

Si la ausencia no se justifica legalmente por su inclusión en algunos de estos supuestos, nos hallamos ante una ausencia no justificada respecto de la cual la ley no pone al empresario bajo el deber de estar y pasar por la ausencia misma y si bien no va a la conclusión radical de estimar extinguido ex lege el contrato de trabajo, si opera con la más suave de otorgar al

empresario un poder resolutorio en virtud de un incumplimiento ausencia sin justificación legal.

Se debe aclarar que en el derecho venezolano, la detención del trabajador tiene como efecto inmediato la suspensión del contrato lo que resuelve el problema. Sin embargo, en atención al punto y en relación a la intencionalidad del hecho según la ley, se viene a configurar una causal de despido.

La imputabilidad de los hechos configurativos de una causal requiere que no tenga justificación. La persona responde, además de sus hechos personales por comisión u omisión.

Se observa claramente, la necesidad de que se produzca una concurrencia, si el hecho es grave y es clara la imputabilidad, pero ha sido cometido por persona no contratada, es imposible que se pueda pensar en un despido. O si la falta grave se produjo extra contrato. Es decir, si falta uno de los caracteres no se puede configurar ninguna de las causales.

A.2 Clasificación de las causales de despido

- a. Las relaciones con la prestación comprometida para el trabajador. En este grupo deben incluir las faltas o demora en el cumplimiento de la jornada, los niveles de rendimiento, la mala utilización de los equipos, herramientas y maquinarias, la disminución intencionada del rendimiento en la labor.
- b. Las relacionadas con el comportamiento
 - b.1 Causales vinculadas a la disciplina que no son otras que la falta de acatamiento del reglamento disciplinario de la empresa, las normas de higiene y seguridad industrial.

b.2 Las causales vinculadas a la falta de conducta debida, atentatorias inclusive contra los compañeros de trabajo, las faltas contra la buena fe, la lealtad, elementos constantes e indispensables en una relación de trabajo adecuada. En realidad no existe una diferencia radical de estas con las causales vinculadas a la disciplina. Es decir, que son fases de una misma gama de violaciones y en ellas se comprenden desde la embriaguez, las riñas con compañeros.

A.3 La Calificación de los Hechos Fundamento de Despido

Hasta la promulgación de la ley contra despidos injustificado, el análisis de los hechos que se consideraban configurativos de una causal de despido se reservaba a los inspectores o jueces de trabajo.

En la ley orgánica del trabajo se atribuye el conocimiento de los despidos que pretenda hacer el patrono, el juez de la estabilidad laboral, quien tiene a su cargo el proceso de calificación y cuya sentencia podrá ser apelada ante el juez superior del trabajo de la localidad respectiva artículo 121 de la ley orgánica del trabajo, por otro lado, el juez superior deberá decidir sobre el fondo de la causa y declarar con o sin lugar la solicitud de reenganche y el pago de los salarios caídos según los establece el artículo 122 ejusdem.

A.4 Manifestación de Despido

Es indispensable que el patrono manifieste su decisión unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo y que el trabajador conozca de tal decisión. En las empresas la manifestación formal se hace, generalmente, mediante carta, que el artículo 105 de la ley orgánica del trabajo como deber del patrono, sin embargo, no se trata de un requisito fundamental del

despido, toda vez que en la segunda parte del artículo 105 ejusdem se establece que su omisión no impedirá al trabajador demostrar el despido por cualquier medio de prueba. En nuestra legislación se incorpora lo ya admitido en otras legislaciones, al requerir que en la comunicación escrita del despido se indique la causa en que se fundamenta, sin que luego pueda variar la imputación.

Con referencia a lo anterior, el nuevo articulado nada dice con respecto al contenido de la correspondencia y por esta razón se debe repetir la exigencia del artículo 22 del reglamento de la ley contra despido injustificado que exigía nombre, profesión u oficio del trabajador despedido, tiempo de servicio y salario que devengue para el momento de la fecha del despido, causa o circunstancias que a juicio del patrono lo justifican y denominación de la empresa, establecimiento o explotación con indicación de su objeto, capital, sede y dirección y el nombre y residencia de sus representantes (Perera, 1991,126).

Lo cierto es que con la vigencia del artículo 106 de la ley orgánica del trabajo la notificación pareciera cobrar los visos de requisitos indispensable al despido.

En el 2001, Alfonso manifiesta que la carta de notificación del despido debe generalmente entregársele al trabajador personalmente, por otro lado, cuando el trabajador se niega a firmar el duplicado, deben llamarse el mayor número de testigo para que presencien la notificación y la eventual aceptación de la entrega de la carta. También se puede utilizar otros medios de notificación como son:

- a. El envío de la carta por correo certificado
- b. Mediante notificación judicial

c. Por telegrama con aviso de recibo, lo importante en cada caso es que el trabajador quede eficientemente notificado (Perera, 1991,129).

Todo lo anteriormente señalado, permite concluir hasta el momento, que lo referido a las causales de despido, exige del patrono que invoca cada causal, precisar con claridad el hecho que la constituye, para poder comprobar de modo fehaciente que el trabajador incurrió en ella; sin embargo, siempre habrá situaciones difíciles de apreciar, en las que el juez deberá tener cuidado para decidir lo equitativo y justo entre lo que sostiene el patrono y lo sostenido por el trabajador, para lo cual deberá tener siempre presente el interés social que impregna la material laboral y en especial las relaciones de trabajo.

B. CONSECUENCIAS DEL DESPIDO JUSTIFICADO PARA EL PATRONO

B.1 OBLIGACION DE PARTICIPAR EL DESPIDO:

Una vez, que se produce el despido fundamentado en alguna de las causales antes desarrolladas, la ley coloca en cabeza del empleador, una conducta pre-procesal y es la obligación de participar el despido ante el tribunal de sustanciación, ejecución y mediación del trabajo con competencia territorial donde se prestó el servicio. Y así lo señala el encabezado del artículo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que textualmente señalá:

“Cuando el patrono despid a uno o mas trabajadores deberá participarlo al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución de su jurisdicción, indicando las causas que justifique el despido, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes; de no hacerla se le tendrá

por confeso, en el reconocimiento que el despido lo hizo sin justa causa...”.

Tal como se observa del texto transcrito, es necesario realizar las siguientes consideraciones, respecto a las distintas actuaciones que debe realizar el empleador:

1. En primer lugar, que el patrono despidan a uno o algunos trabajadores; entendiéndose por despido, la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o más trabajadores, tal como lo define la ley orgánica del trabajo, el cual puede ser justificado, cuando el trabajador ha incurrido en una causa prevista por la ley; o Injustificado, cuando se realiza sin que el trabajador haya incurrido en causa que lo justifique.

A partir de ese hecho, surge una obligación para el patrono; participar al Juez de estabilidad competente, sin embargo, esa participación a que esta obligado el patrono, no inicia el procedimiento de calificación, simplemente es el cumplimiento de una obligación legal, que queda supeditada su relevancia, si el trabajador opta por solicitar la calificación de despido, en cuyo caso sí se inicia el procedimiento de estabilidad laboral.

2. En segundo lugar, debe participarlo ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución de su jurisdicción; como es sabido, que la competencia en materia procesal laboral, se establecen una multiplicidad de opciones donde el trabajador puede iniciar su pretensión, bien en el lugar donde se celebró el contrato, donde se prestó el servicio, donde terminó la relación de trabajo o en el domicilio del patrono. Sin embargo, esta regla general de competencia, no se cumplen en los procedimientos de calificación

de despido, por cuando el texto legal señala que será ante el juez competente territorialmente donde se prestó el servicio, y además en razón de garantizar a los trabajadores un verdadero acceso a la justicia, en la medida que éstos puedan si así lo desean interponer su respectiva solicitud de calificación.

3. De igual manera, exige la norma, que el patrono debe indicar las causas que justifiquen el despido: Lo que implica un imperativo, un deber para el patrono, lo cual se justifica por el carácter protectorio del Derecho del Trabajo, que supone la obligación del Estado de protegerlo y parte de esas protecciones que se le dan al trabajador, son las garantías procesales, y entre estas, la obligación del patrono de indicar los hechos o motivos del despido, y además porque así lo señala la ley sustantiva laboral en el artículo 105, que indica que el despido debe hacerse por escrito con indicación de los motivos.

Basado en esos motivos es que el trabajador puede ejercer su defensa que el trabajador se va a defender de lo que el patrono le manifestó en la carta de despido, y si no lo hizo de los hechos que están en la participación, quedando trabada con la participación del patrono, los hechos o motivos del despido y serán estos no otros el objeto del debate probatorio en el procedimiento de calificación. Esto quiere decir, entonces, que si el patrono establece unos hechos en la participación, estos hechos no los puede cambiar después, podrá cambiar la calificación o causal prevista en el artículo 102 de la ley sustantiva laboral, pero no los hechos o motivos que son la causa del despido.

Al respecto, Petit, (2005,171), ha señalado que no se trata de participar por participar, sino que ha sido doctrina de instancia, que la participación

patronal debe contener una notificación circunstanciada del momento, tiempo y demás hechos que rodean al despido, repitiendo así la doctrina judicial las exigencias del derogada artículo 22 del reglamento de la ley contra despidos injustificados y el artículo 47 del Reglamento de la Ley orgánica del Trabajo.

En tal sentido, la doctrina mayoritaria ha sostenido que la participación patronal, hecha en forma vaga, genérica, sin precisar en forma circunstanciada los hechos que rodean el despido, esto es la correspondencia entre la notificación patronal y la calificación de despido, equivale a no cumplir con la obligación de participar que le obliga el artículo 187 de la ley.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha de 06 de agosto del 2002, en fallo N° 1994, expediente N° 01-1813, caso Restaurant El Colmao, CA. En amparo se pronunció sobre los requisitos ineludibles de la participación del despido por parte del patrono utilizando doctrinas del derecho comparado, para asentar el siguiente criterio:

De no llenarse lo dispuesto por tales requisitos, se considerará el escrito de presentación como no presentado, a manera de sanción a la falta de diligencia del patrono, y se presumirá que el empleador hizo el despido con ausencia de una causa justificada, y en consecuencia, debe declararse procedente el reenganche con el pago de salarios caídos, en sentido similar a cuando, a contrario sensu, el trabajador pierde el derecho a los conceptos de reenganche y pago de salarios caídos, al no instar el procedimiento de calificación de despido. En definitiva el juez, ante el incumplimiento de una forma legal ad solemnitatem, no constata una realidad exterior sino que declara unos hechos a efectos procesales; En razón de lo anteriormente expresado la Sala Constitucional asentó que: "... en razón de que el artículo 93 de la constitución de 1999, protege la estabilidad laboral..., y que, por otra parte, en el artículo 47 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo se utilizó conjunción copulativa "y", más no

la conjunción disyuntiva “o” la cual denota acciones alternativas, esta Sala Constitucional es de el criterio conforme al cual los mencionados requisitos de forma de la calificación se concederá exigido en forma simultánea o concurrente, y así se declara”.

4.- Asimismo, señala el artículo citado, que el patrono debe hacer la participación dentro de los cinco días hábiles siguientes, contados a partir del despido, entendiéndose por días hábiles, los fijados por la ley de Fiestas Nacionales, es decir, que son los contados de lunes a viernes, con excepción de los sábados y domingos y no los días solo de despacho del Tribunal.

5.- Continúa señalando la norma, que si el patrono no hace la participación dentro de lapso señalado, se le tendrá por confeso, en el reconocimiento que el despido lo hizo sin justa causa;

En tal sentido, que la omisión del patrono en participar el despido acarrea una consecuencia jurídica, establecida expresamente por el legislador, cual es, la de considerarlo “confeso”, en el reconocimiento que el despido lo hizo sin justa causa, esa confesión es plena, que no se esta frente a una presunción hominis iuris tantum, sino frente a una presunción iure et de iure, creada por el legislador sin posibilidad de prueba en contra. Esta sanción también se extiende cuando la participación se hace pero sin señalar las causas, hechos o circunstancias que justifiquen el despido, lo que equivale a no haber participado el despido oportunamente (Rodríguez, 1993, 106).

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, giro las posiciones de los jueces de instancias, tal es el caso, por señalar algunas de la Sentencia emitida por el Juzgado Superior Quinto del Trabajo y de Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de fecha 08 de mayo de 1992, donde señaló: “La omisión de

participar el despido constituye evidentemente una confesión, que no acepta prueba para desvirtuarla, al no tratarse de la confesión ficta que surge de la inasistencia al acto de contestación a la demanda” (Pierre, 1993,236-237).

En igual sentido, se pronunció la Sala de Casación Social en sentencia N° 84 de fecha 12 de abril de 2000, en un juicio por cobro de diferencias de prestaciones sociales, seguido por Armando Gamboa y otro, contra la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Federal, en la cual reitera el criterio que se venía sosteniendo que al no hacer la participación establecida en el citado artículo 116 de la ley orgánica del trabajo, quedó confesa en los que se refiere al despido de los trabajadores fue injustificado, fijado en la sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 21 de abril de 1983.

En efecto, las posiciones y criterios arriba señalados, han existido desde la ley contra despidos injustificados (1974), considerando pues, indistintamente, que el efecto de la falta de participación de los despidos justificados acarrea o una confesión ficta que no admite prueba en contrario o una presunción iuris et de iure que tampoco admite prueba en contrario, lo que nos hace concluir que existe un desconocimiento procesal de la figura de la confesión ficta y de las Confesión en general.

Sin embargo el panorama cambia radicalmente con la sentencia de 2001, donde se acogen principios generales congruentes con el derecho de defensa de las partes, y con el derecho procesal, para darle el verdadero sentido al significado de la “Confesión”, señalado por el legislador en este caso, razón por la cual es menester señalar parcialmente las motivaciones de la sala en cuanto a que no es una presunción iuris et de iure, sino iuris tantum, la presunción prevista en el artículo 116 de ley orgánica del trabajo, hoy artículo 187 de la ley orgánica procesal del trabajo.

Tal como se ha dicho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo de amparo de fecha 24 de enero del 2002, N° 72, expediente N° 01-1003, se pronuncio sobre la presunción establecida en el artículo 116 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de la siguiente forma:

“Al respecto esta sala en sentencia del 20 de abril de 2001, recaída en el caso Mazios Restaurant, C.A., sostuvo en relación a la confesión ficta prevista en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, lo siguiente: “...no puede ser iuris et iure que hace el artículo 116 comentado, y ella debe admitir prueba plena en contrario, que desvirtúe la presunción que nace del incumplimiento de la participación. Además, la presunción iuris tantum que nace del artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, se refiere al despido sin justa causa, pero no a ningún otro elemento de la relación laboral, el cual debe dilucidarse judicialmente si es controvertido”.

De igual manera, todos estos señalamientos los hace la Sala, porque evidentemente se esta vulnerando el derecho constitucional del debido proceso, previsto en el artículo 49 de la constitución. En principio, por no contener este procedimiento la instancia de la Casación y no poder ser revisable, con mayor razón deben cuidarse todos los preceptos procesales, constitucional y laborales que se desarrollan en el mismo, en virtud de ello, aplicándole el efecto de ser una presunción iuris et de iure, en principio, se esta violentando, lo previsto en el numeral 1 del mencionado artículo, como lo es el derecho a la defensa, específicamente el derecho a probar, derecho inviolable en todo estado y grado del proceso; ya que al aplicarle la sanción extrema, que hasta esta sentencia, se le negaba todo el derecho de defenderse al patrono en ese juicio de estabilidad laboral, que por demás riguroso, ya que alcanzaba a otros hechos o derechos controvertidos, aplicándosele el mismo efecto.

Igualmente se le viola el precepto constitucional, de presunción de inocencia al que toda persona tiene derecho, en tal sentido al calificar de despido injustificado, la inactividad del patrono, sin ni si quiera permitirse alegar el caso fortuito o la fuerza mayor, no imputable al patrono, pues ya de plano no tiene sentido para ese patrono, acudir al procedimiento de estabilidad laboral.

Por su parte, Villasmil B (2003, 240), ha opinado, que es lamentable que el legislador no hubiese aprovechado la incorporación de esta norma en el texto de la nueva ley procesal, para corregir la falta de técnica jurídica consistente en calificar como confesión, el efecto que produce para el patrono la no participación del despido, porque si aún no hay proceso, mal puede tenerse como confeso. El efecto para el patrono de la no participación del despido, es la caducidad de su derecho a invocar la falta del trabajador como justificativa del despido. Y la distinción no es meramente académica porque si se trata de una confesión ficta, el empleador podría alegar la imposibilidad para hacer la participación del despido por hecho fortuito o fuerza mayor, mientras que tratándose de un lapso de caducidad éste correría fatalmente, sin admitir causas de interrupción o suspensión.

En similar opinión Hernández O (2005, 516), expreso que efectivamente la nueva ley procesal laboral, dejo varios temas por resolver, y uno de ellos es lo referido a la confesión, prevista tanto en el artículo 187 y el 131 de la ley, por cuanto el reconocimiento de los hechos con el cual se sanciona al demandado, tiene el carácter absoluto, sin que se le de al demandado la oportunidad, de promover pruebas para demostrar que los hechos presumidos no son ciertos, rompiendo con el principio de igualdad y equilibrio procesal entre las partes.

De acuerdo con los señalamientos anteriores, Hernández L (2004, 1055), opino que a su parecer tanto el artículo 116 de la ley orgánica del trabajo como el 187 de la novísima ley procesal, violan flagrantemente derechos constitucionales, por cuanto resulta antijurídico sostener que por medio de una ficción legal fundamentada en una actividad extraprocesal, se sancione al patrono que omitió participar el despido con los efectos típicos de la confesión ficta, confesión que constituye, una ficción mediante la cual se toman como reconocidos hechos que distan de la realidad. Por lo que considera que los tribunales de instancia deben desaplicar por inconstitucional el artículo 187.

Las distintas posiciones en la doctrina, en cuanto al efecto de confesión en el que incurre el patrono que no participa el despido justificado en cualquiera de las causales del 102 de ley sustantiva, permite concluir que hay quienes todavía siguen manteniendo vivo el criterio de que se trata de una confesión ficta, en sus comentarios al artículo 187 de la nueva ley, tal es el caso de Henríquez (2006,540) y Gonzáles (2004, 490), lo que hace necesario señalar que la doctrina laboral, en este punto aun esta dividida y hay quienes se resisten a creer que el patrono no participo, pueda hacer la contraprueba de tal hecho en el subsiguiente procedimiento de calificación, dejando con ello en desventaja al trabajador, por no saber cual es el hecho en cuanto a la causa o causas, previsto en el artículo 102 de la ley orgánica de trabajo, que ha ser controvertido en el lapso probatorio. De tales planteamientos, queda esta interrogante, que resulta de gran interés abordar en otro estudio, puesto que es cónsona con los principios constitucionales que inspiran actualmente al nuevo proceso laboral.

CAPITULO IV

EL DESPIDO INDIRECTO COMO MODALIDAD DE DESPIDO INJUSTIFICADO.

A.- EL DESPIDO INDIRECTO

En este orden de ideas, Ortiz (2005, 354) define el despido: “Es el acto jurídico por el cual el empleador o su representante manifiesta de manera expresa o tácita, directa o indirectamente, su voluntad de poner fin a la relación laboral con o sin causa justificante”.

Por su parte Villasmil (2000,184) se plantea el problema en la ubicación del concepto de despido indirecto, el cual, pese a haber sido calificado como despido, evidentemente injustificado, por tener su origen en un comportamiento ilegítimo del patrono dentro de la diuturnidad de la relación de trabajo y entrañar una autentica manifestación de su voluntad de rescindir del vinculo laboral el legislador, lo coloca entre las causales de retiro justificado.

Asimismo, sobre el despido indirecto puede decirse que una forma de retiro justificado del trabajador (artículo 103, Parágrafo Primero LOT). Si el despido es puro y simple presupone la voluntad unilateral del patrono, manifestada en forma clara y categórica, de terminar el contrato de trabajo, los supuestos constitutivos del despido indirecto descubren la voluntad velada

del patrono de mantener vigente el contrato, pero en otras condiciones que el trabajador es libre de aceptar o no. En este último caso, el retiro del trabajador es el hecho que pone fin al contrato de trabajo (Guzmán, 2001,331).

De igual forma se considera que, cuando el legislador prevé en su normativa, otorgándole rango legal, al derecho del trabajador de poner fin a la relación de trabajo mediante el retiro justificado, cuando la conducta del patrono puede encuadrarse dentro de las causales del artículo 103 de la ley orgánica del trabajo, es para que el laborante tenga la oportunidad legal de dar por terminada la relación de trabajo, no a pedir que continúe o no se extinga en el despido indirecto; es el trabajador quien decide la ruptura del vínculo de trabajo, retirándose con justa causa (García,1995,105).

En posición semejante, Goizueta *et al* (1992,111) señalaron :

“Que tampoco procede el pago de salarios caídos. Como en este caso no existe expectativa de la continuación de la relación de trabajo, ya que esta se extinguió, no se da la condición establecida en el artículo 125 que permite la determinación de los salarios caídos en función de lo que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento y como ya hemos señalado, aquí no se aplica el procedimiento de reenganche”.

En este sentido los artículos 100 y 103 de la Ley Orgánica del Trabajo no dejan lugar a dudas, en efecto cualquier acto constitutivo de un despido indirecto es causa justificada de retiro, y en tales casos, sus efectos patrimoniales se equiparan al de despido injustificado. Esos efectos patrimoniales no son otros que el pago de las prestaciones sociales previstas en los artículos 104 y 108 de la misma ley como lo es indemnización antigüedad y preaviso (Rodríguez, 1993,36).

En apoyo a las opiniones anteriores Rodríguez (1993,117) señaló que “no hay derecho a solicitar reenganche por razones obvias, cuando el retiro sea justificado, sin embargo se le reconoce el pago de prestaciones dobles”.

En ese orden de ideas, Torres (1978, 89) agregó que el Juez de la estabilidad no tiene competencia para conocer de los despidos indirectos, de allí que si se dan los supuestos indicados en el Parágrafo Primero del Artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo, configurativas del despido indirecto, el trabajador podrá acudir por vía ordinaria laboral al Juez de Primera Instancia y no al Juez de Estabilidad a fin de que se le condene al patrono a pagar doble indemnización a que se contrae el Artículo 125.

En comentarios a favor de que el despido indirecto, no es mas que un despido injustificado Villasmil (2001, 335) ha señalado que el mismo es un ilícito laboral, atribuido al patrono, responde a una calificación valorativa que hace el propio legislador, por lo cual resulta inadmisibile pretender que la ocurrencia de algunos de los señalados, no descubra la decisión del patrono de rescindir del contrato o vínculo laboral.

En opinión similar, Espinoza (2000,198); expresa que la ubicación que le da el legislador al colocar el despido indirecto entre las causales de despido injustificado no solo es secundario sino irrelevante a la luz del análisis de la naturaleza jurídica de la institución y apenas expresa una deficiencia de técnica legislativa que no pueda apelar sobre elementos jurídicos que precisan con exactitud la naturaleza del acto patronal ilícito.

Sin embargo, para Alfonso (2001,336) se debe considerarse despido indirecto, lo siguiente:

“Todo cambio de trabajo y todo acto del patrono, justificado o no capaz de ocasionar un perjuicio al trabajador de índole material o moral, por la alteración unilateral de la relación obligatoria establecida. Por esta razón la propia ley considera como despido indirecto la reposición del trabajador a su puesto primitivo, cuando sometido a un periodo de prueba en puesto de categoría superior, se le restituye inmediatamente después de terminado dicho periodo de prueba; ni la reposición de un trabajador a su puesto primitivo después de haber estado desempeñando temporalmente un puesto superior por falta de titular de dicho puesto; ni el traslado temporal del trabajador en caso de emergencia a un puesto inferior dentro de su propia ocupación y con sueldo anterior. Como puede verse, en ninguno de los tres supuestos precedentes existe perjuicio material ni moral para el trabajador, por el hecho de la alteración unilateral de la obligación establecida.

Igualmente tanto las causales de retiro justificado, como las de despido indirecto previstas en la ley orgánica del trabajo, envuelven hechos imputables al empleador. La diferencia consiste en que en aquellas no existe intención de modificar la relación de trabajo existente, para continuarla luego en las nuevas circunstancias creadas por la trasgresión; el patrono que recurre a las vías de hechos con su trabajador, lo injuria gravemente, lo roba u ofende su moral, no tiene ninguna intención de que ese comportamiento entra a formar parte de su contrato, como nuevos derechos en su favor. Como se ve no sucede igual con las causales de despido indirecto señaladas en el párrafo anterior (Alfonso 2001,335).

Por su parte Ortiz (2005,369) señala que en el despido indirecto cuando el patrono exige al trabajador que realice una actividad distinta o incompatible con su dignidad y capacidad profesional, o reduzca unilateralmente el salario o traslade al trabajador a un puesto inferior, en estos casos no puede plantearse que el empleador quiera mantener otra relación de trabajo, antes

por el contrario lo que quiere es terminar la relación de trabajo provocando la renuncia del trabajador.

De la misma manera, una cosa es que se piense que las consecuencias económicas del despido indirecto deben ser las de un despido injustificado, pero muy distinto es confundir su naturaleza. El despido indirecto continua siendo un despido, en tanto que entraña la voluntad unilateral, voluntaria y querida por parte del empleador de poner fin a la relación de trabajo, sólo que manifestada en modo indirecto. Al no ser un retiro sino un verdadero despido entonces, es perfectamente aplicable el procedimiento de estabilidad laboral para que el Juez lo califique el hecho y ordene el reestablecimiento de la situación infringida es decir volver a las condiciones originalmente pactadas (Espinoza 2000,248).

Además de ello, si un empleador, utilizando estos medios subrepticios para provocar la renuncia del trabajador, exige algo contrario a la dignidad o la condición profesional, o reduce unilateralmente el salario o traslada de puesto al trabajador a uno inferior o cambia arbitrariamente el horario de trabajo, esta actuando de mala fe y en consecuencia su acto es nulo. De hecho la solución diferente a este significaría premiar al patrono que actuó de mala fe a aquel que manifestó el despido, ya que estaría obligado al reenganche, en cambio de considerar estos casos como retiro, por no estar sujeto al procedimiento no están obligados a reenganchar sino sólo al pago subrogatorio (Ortiz, 2005, 370).

En este orden de ideas, es preciso partir con lo previsto en el Artículo 101 de La Ley Orgánica del Trabajo, que establece:

“cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación de trabajo, sin previo aviso, cuando exista causa justificada para

ello. Esta causa no podrá invocarse si hubiere transcurrido 30 días continuos desde aquel en que el patrono o el trabajador haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que constituya causa justificada para terminar la relación por voluntad unilateral”.

Según se ha citado, se puede evidenciar claramente, que la ley establece un lapso de caducidad para invocar el retiro justificado, como se señaló al inicio de estas referencias, el despido indirecto en la ley, esta previsto como retiro voluntario, por ello la importancia de señalar este término de caducidad, vencido el cual se extingue el derecho a invocar la falta cometida. Y en el caso del despido indirecto, se daría el supuesto de la convalidación de esa ilegítima conducta patronal por el empleado y por tanto, la continuidad del vínculo no quedaría interrumpida, pero si bajo las nuevas condiciones impuestas.

Al respecto, Villasmil (2000,176) a señalado que al igual que todos los términos de caducidad legal, como sucede con la prescripción, causas de interrupción o suspensión, sino que trascurren fatalmente, desde que el patrono o trabajador, según se trate, haya tenido o haya debido tener conocimiento del hecho que configura la causal justificada de terminación del contrato de trabajo. Además, esta caducidad, cuyo fundamento evidente radica en una presunción de perdón de la falta cometida, puede ser alegada en cualquier tiempo o suplida oficiosamente por el juez.

Una vez precisado, el lapso de caducidad para alegar el retiro motivado por un despido indirecto, es indiscutible indicar ahora el Parágrafo Primero del artículo 103 de la ley orgánica del trabajo que preceptúa como despido indirecto lo siguiente:

- a. La exigencia que haga el patrono al trabajador, de que realice un trabajo de índole manifiestamente distinta de la que aquél a que está obligado por el contrato o por la Ley, o que sean incompatibles con la dignidad y capacidad profesional del trabajador, o de que preste sus servicios en condiciones que acarreen un cambio de su residencia, salvo que en el contrato se haya convenido lo contrario, o la naturaleza del trabajo implique cambios sucesivos de residencia para el trabajador, o que el cambio sea justificado y no acarree perjuicio a este.
- b. La Reducción del Salario
- c. El traslado del trabajador a un puesto inferior
- d. El cambio arbitrario de horario de trabajo
- e. Otros hechos semejantes que alteren las condiciones existentes de trabajo.

Evidentemente, tal como señala el artículo citado, se contemplan las causas de retiro justificado del trabajador, estos justos motivos son los mismos que, incurriendo en ellos el trabajador, servirán para justificar su despido. En tal sentido, que la violación o desacato de estos deberes constituye lo que se conoce como ilícito laboral y es en el que se fundamenta la terminación sin justa causa de la relación laboral.

Sin embargo, respecto a lo señalado en el artículo mencionado, Villasmil (2000, 185) ha sostenido que parece una contradicción terminológica, el asumir el despido indirecto, como una causa de retiro justificado, de terminación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador, sencillamente porque el despido es, en lo esencial, una manifestación de voluntad, explícita o implícita del patrono, destinada a poner fin al contrato o relación de trabajo. Por lo que los despidos indirectos constituyen un medio

en manos de patronos, para despedir injustificadamente al trabajador, al modificarles en forma perjudicial las condiciones de trabajo.

Por otro lado, la ley orgánica indica que no considerará como despido indirecto, lo previsto en el Parágrafo Segundo del artículo 103, los siguientes casos:

- a. La reposición de un trabajador a su puesto primitivo, cuando sometido a un período de prueba en un puesto superior, se le restituye a aquél. El periodo de prueba no podrá exceder de 90 días.
- b. La reposición de un trabajador a su puesto primitivo, después de haber estado desempeñando temporalmente, por tiempo que no exceda de 180 días, un puesto superior por falta del titular de dicho puesto.
- c. El traslado temporal de un trabajador, en caso de
- d. emergencia a un puesto inferior, dentro de su propia ocupación y con su sueldo anterior, por un tiempo que no exceda de 90 días.

En tal sentido, puede observarse, la distinción que hace la ley, respecto a que no todo cambio en la relación de trabajo, se considera despido indirecto, por ello separa otras circunstancias que no configuran despido indirecto. Porque, sólo son los elementos esenciales, los que no pueden modificarse, como lo es la categoría de trabajo, la remuneración y cualquier otro aspecto que perjudique al trabajador. Por ello, la importancia de hacer esta distinción en la presente investigación.

Sin embargo, el retiro justificado sólo dará lugar al pago subrogatorio, pero el trabajador perdería el empleo. Tal pago sancionatorio está previsto en el artículo 125 de la ley orgánica del trabajo, que establece:

“ Si el patrono persiste en su propósito de despedir al trabajador, deberá pagarle adicionalmente a lo contemplado en el artículo

108 de esta ley, además de los salarios dejados de percibir durante el procedimiento, una indemnización equivalente a: a) Diez (10) días de salario si la antigüedad fuere mayor de tres (3) meses y no excediere de seis (6) meses. b) Treinta (30) días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior de seis (6) meses, hasta un máximo de ciento cincuenta (150) de salarios...”

Como puede evidenciarse, el despido indirecto, sí es un despido a todo evento, lo es por cuanto, al igual que en el despido expreso, implica la voluntad del patrono de querer resolver el contrato individual, razón por la cual el legislador siempre atribuye, a ambos supuestos, efectos similares respecto a las sanciones indemnizatorias, debidos al trabajador sin justa causa, señalados en el artículo 125 citado.

En consideración al mencionado artículo, es necesario precisar que el mismo desarrolla las indemnizaciones que debe percibir el trabajador en caso de despido injustificado, que más que una indemnización es una sanción pecuniaria prevista al patrono, la cual tiene perfecta relevancia con la investigación, por cuanto la norma desarrolla dicha sanción en estos casos de despido injustificado, el cual es objeto de la investigación.

Asimismo, es preciso indicar que la norma constituye una reforma peyorativa para los trabajadores pues se argumenta que a estos le asiste el derecho a percibir la indemnización por despido injustificado sin limitación alguna y a partir de la reforma de 1997, el aludido derecho encuentra un tope máximo, con cuyo pago el patrono se libera de las obligaciones derivadas del despido ad nutum.

Por su parte, en referencia a la sanción pecuniaria señalada, Villasmil, (2000, 217) expreso que el gran dilema de nuestro movimiento sindical es

mantener una rígida penalización pecuniaria al despido, ignorando incluso la limitación a que es sometida la indemnización por despido en la mayoría de las legislaciones, persiguiendo con ello la pretendida estabilidad de quienes actualmente disfrutan del empleo o atenuar los efectos de la penalización pecuniaria del despido, posibilitando con ello el aumento del número de puestos de trabajo y la reducción del empleo precario.

En otro orden de ideas, es preciso señalar también lo referente a los despidos masivos, por cuanto el mismo es otra modalidad de despido prevista en la ley orgánica del trabajo, específicamente en el artículo 34, que expresa: “ El despido se considerará masivo, cuando afecte a un número igual o mayor al 10% de los trabajadores de una empresa que tenga mas de 100 trabajadores, o al 20% de una empresa que tenga más de 50 trabajadores o a 10 trabajadores de la que tenga menos de 50 dentro de un lapso de tres meses o aún mayor, sí las circunstancias le diere carácter crítico”.

En este mismo sentido y a fin de llenar las lagunas que presenta la LOT, los artículos 63 al 68 del reglamento de la ley orgánica del trabajo, establece cual es el procedimiento a seguir en aquellos casos en que en una determinada empresa se produzcan despidos que, por ajustarse al lapso y a las cifras o porcentajes establecidos en artículo 34 de la ley orgánica del trabajo puedan ser considerados como masivos.

En tal sentido el artículo 63 del reglamento de la ley orgánica del trabajo (1999), señala:

Cuando tuviere conocimiento de un despido masivo, el inspector del trabajo de la jurisdicción, procediendo de oficio o a instancia de parte, ordenará la notificación del empleador para que al segundo día hábil siguiente comparezca por si o por medio de

representante, a fin de ser interrogado sobre el número de trabajadores que integran la nómina y el número de despidos realizados en el mismo período.

Asimismo en el artículo 69 al 71, del Reglamento de la ley orgánica del trabajo (1999), aun forzado por los límites que impone el artículo 34 de la ley, que regula este instituto conjuntamente con los despidos masivos y remite por demás confusa la solución de ambas situaciones a las normas sobre negociaciones y conflictos colectivos, estos artículos señalan las diversas etapas que deben cumplirse para la tramitación de una reducción de personal basadas en circunstancias económicas, o de progreso o modificaciones tecnológicas (Villasmil, 2000, 185).

De lo anteriormente transcrito en cuanto al despido indirecto, permite realizar consideraciones precisas en cuanto a que a la norma que dispone que no se considerará despido indirecto, es decir, lo previsto en el párrafo segundo del artículo 103 de la ley, tiene un carácter meramente enunciativo y deja un amplio campo a la interpretación, a considerar si se esta o no ante un despido indirecto dependiendo de las circunstancias. En tal sentido, pudiera decirse que aquellos cambios que perjudique la salud de trabajador, disminución en el salario, imponer pagos a los que no estaba obligado, o cuando el trabajador resulte obligado a hacer por el mismo salario un trabajo sustancialmente mayor, constituyen entre otras situaciones, manifestaciones evidentes a un despido indirecto, y como tal debe el juez apreciar cada caso en particular y sujetarlas a las consecuencias señaladas.

B. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESPIDO NULO COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

Por las consideraciones hechas anteriormente y siguiendo el orden de ideas, una vez tratado el despido justificado, el despido indirecto, es necesario mencionar brevemente las posiciones de la doctrina en relación al despido nulo, en virtud de las consideraciones actuales sobre el mismo, por cuanto presentan signos distintivos entre lo que es un despido injustificado y este despido inconstitucional o nulo a pesar de que ni en la doctrina ni en la jurisprudencia ha tenido cabida. El tema es compresiblemente difícil, porque el despido injustificado también genera la nulidad y en consecuencia pareciera no haber más despido que el despido injustificado.

Como puede observarse, los problemas se plantean con la misma norma del artículo 93 de la ley orgánica del trabajo que establece “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”.

Ante la situación planteada, estamos en presencia de un despido nulo o un despido inconstitucional cuando la manifestación unilateral de voluntad de poner fin a la relación de trabajo, en cualquier forma, se realiza sobre motivos o medios que lesionan los derechos y garantías constitucionales del trabajador, diferentes de los derechos derivados de su relación de empleo (Carballo,2001,155).

En las notas características que se desprende de esta definición tenemos lo siguiente:

a. Se trata de un despido es decir, se esta en presencia de una manifestación de voluntad dolosa o culposa, expresa o tácita, expresada por el empleador frente a su trabajador. A estos efectos, pueden entenderse perfectamente que poco importa si el despido es directo o indirecto, pues en ambos caso hay una expresión de voluntad y en consecuencia puede haber despido indirecto que sea al mismo tiempo un despido inconstitucional.

Dadas las condiciones que anteceden, Fernández (1987) señalo si lo que sanciona el despido nulo es el motivo o los medios empleados para despedir, cuando estos se presenten con una injuria constitucional, entonces, repetimos poco importa que la manifestación de voluntad sea dolosa, culposa, directa o indirecta, pues siempre estaremos en presencia de una lesión a derechos y garantías constitucionales (p.89).

b. El despido inconstitucional mira los motivos o los medios, para que se considere nulo por inconstitucional un despido los motivos o los medios deben constituir una lesión a los derechos y garantías constitucionales del sujeto pasivo del despido.

En efecto y conforme a lo estudiado en el párrafo anterior, García (2004), establece que en el acto de despido deben diferenciarse tres elementos, a) causa, b) Motivos y c) medios. La causa apunta a la legalidad de las razones permitidas para despedir o para retirarse justificadamente; los motivos muestra la intención del sujeto agente activo del despido o del retiro, en tanto que con ellos se afecta la buena fe , los principios, normas y valores del ordenamiento jurídico y los medios se refieren a las herramientas o instrumentos, modos, maneras o formas imputables al patrono en la formación de la voluntad de despedir como en el acto mismo del despido (p.152).

Con referencia a lo anterior, Fernández (1987,91) menciona que en el despido nulo por inconstitucional o simplemente despido inconstitucional existe un vacío en sus motivos cuando el propósito del empleador con su decisión de despedir es la discriminación (por raza, color, credo, afiliación política) o también puede existir un vicio en los medios cuando el empleador en el proceso de formación de su voluntad (averiguación de un hecho) quebranta los derechos de la personalidad del trabajador (vida privada, honor, reputación, intimidad, secreto de la correspondencia, inviolabilidad del domicilio, derecho la propia imagen.

En fin, el vicio en los medios puede darse también al momento de la expresión del acto del despido que puede estar afectado, tanto en el motivo como en el medio mismo, imaginemos a un empleador que en el acto de despido someta al trabajador al escarnio público dentro o fuera de la empresa, o constituya una pública burla a defectos físicos del trabajador que puedan afectar su honor interno, o que se someta a la familia del trabajador a situaciones bochornosas afectando la intimidad familiar. Si el empleador despide al trabajador y el motivo eficiente para ello es el color de su piel, la creencia religiosa, la condición social o los rasgos físicos, entonces este despido sería inconstitucional por los motivos (Ortiz, 2005,374).

c. Lesiona los derechos y las garantías constitucionales del trabajador, diferentes de los derechos derivados de su relación de empleado. En efecto, el despido inconstitucional lo es porque en los motivos o en los medios utilizados se ha quebrantado un derecho o una garantía constitucional.

Se hace énfasis, que el agravio o la injuria constitucional debe lesionar derechos o garantías diferentes a la relación de empleo, por lo cual no se puede sustentar en violación al derecho al trabajo, a la estabilidad, la

seguridad social, salario, todas estas situaciones corresponden al juez de la estabilidad laboral.

Si los derechos violentados son exclusivamente de carácter laboral entonces también el despido es nulo, pero habrá que descender a la ley para determinar cómo se regulan. Recordemos que ninguno de estos derechos es absoluto sino sometido a condiciones y modos desarrollados por la ley (Petit, 2005,156).

Para que el despido sea nulo o inconstitucional se requiere que en los motivos o en los medios se encuentre una lesión a otros derechos constitucionales como la vida privada, honor, reputación, propia imagen, intimidad personal y familiar, privacidad de las comunicaciones, inviolabilidad de la correspondencia, inviolabilidad del domicilio, el derecho a la no discriminación, es decir, derechos o garantías diferentes a los emanados de la relación de trabajo.

En el artículo 89 en su numeral 2 de la constitución establece lo siguiente:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del estado. la ley dispondrá de los necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del estado se establecen los siguientes principios (...)

Numeral 2. Los derechos laborales son irrenunciables, es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, es nula toda acción del patrono que menoscabe los derechos laborales, con más razón también será nula la acción que quebrante el resto de los derechos de

la personalidad del trabajador. Ello se debe al principio de la supremacía constitucional artículo 7 de la constitución y el deber de mantener la integridad constitucional por parte de los operadores de justicia. Si el despido violenta derechos constitucionales de manera directa e inmediata, no hay duda de que estamos es presencia de un despido nulo por inconstitucional (Ortiz 2005,376).

C. DISTICIONES ENTRE EL DESPIDO NULO Y DESPIDO INJUSTIFICADO

Es evidente, que debemos diferenciar entre el despido injustificado y el despido inconstitucional. En principio se podría decir que ambos son nulo, pero las razones de tal nulidad varían en uno y otro caso. Por tal motivo separemos las relaciones más notables:

1. Presencia de un acto nulo
2. Por el bien jurídico tutelado
3. Por la naturaleza del vicio
4. Puede haber despido inconstitucional aunque la causa sea lícita

1. Presencia de un Acto Nulo

En efecto, tanto en el despido injustificado como en el despido inconstitucional estamos hablando de un despido nulo, porque existe un vicio en la causa, en los motivos o en los medios. Para que exista un despido injustificado, basta que la decisión tomada por el patrono no encuentre justificación en las cuales de despido establecidas en la ley, ni encuadre dentro de ninguna de las formas de terminación del contrato admitidas por el derecho del trabajo. Se trataría de un despido con causa pero sin tutela jurídica y también se asimila a ésta situación el despido sin causa alguna

(despido ad nutum), pues al fundarse en una conducta del trabajador, entonces merece el calificativo de injustificado.

2. Por el Bien Jurídico Tutelado

En el despido injustificado se quebranta los derechos derivados de la relación de trabajo, en la medida en que el patrono decidió poner fin al contrato sin causa alguna que lo legitime, en cambio, en el despido inconstitucional el agravio es directamente a algún derecho o garantía inconstitucional.

Se observa claramente, que no es posible sustentar el despido nulo por inconstitucional sobre la idea de derechos laborales (salarios, prestaciones sociales, estabilidad, negociación colectiva), pues tales los bienes jurídicos son los preservados por el despido injustificado, en cambio, el despido nulo por inconstitucional se preserva otros bienes jurídicos constitucionales (honor, reputación, vida privada, intimidad personal, propia imagen, confidencialidad, privacidad y la no discriminación.

3. Por la naturaleza del vicio

En el despido injustificado existe una causa ilícita o inexistencia de la causa, mientras que en el despido nulo existe un vicio en los motivos o en los medios.

Según se ha visto, es evidente que el despido es injustificado porque la causa es ilícita en el mismo sentido que dispone nuestro código civil, según el cual la obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la ley a las buenas

costumbres o al orden público artículo 1157 del código civil, como la decisión del patrono puede estar fundamentada en una causa falsa o puede no existir causa alguna (despido ad nutum) entonces el despido padece de un vicio precisamente en la causa.

El vicio puede estar presente también en los medios, pues cuando el patrono no hace la debida participación al tribunal de la estabilidad laboral, o cuando haciéndola no reúne los requisitos establecidos por la ley, el despido también es injustificado (al menos al nivel de una presunción). En cambio, el despido es inconstitucional porque padece de un vicio en los motivos o en los medios, tal como lo hemos explicado precedentemente.

4. Puede Haber Despido Inconstitucional Aunque la Causa sea Lícita

Los motivos de inconstitucionalidad son independiente de las causas justificadas que pueda tener el empleador.

Si el trabajador comete un error o una falta de las sancionadas por la ley como causa justificante del acto de despido, ello no es justificación para tolerar las violaciones a la constitución que realice el empleador, lo cual significa que, a pesar de tener una causa justificada para despedir, pero los motivos y los medios empleados configuran un agravio constitucional, entonces, debe prevalecer la nulidad del despido en atención al rango de los intereses tutelados.

D. LA TUTELA JUDICIAL ANTE EL DESPIDO NULO

El interés de diferencia el despido injustificado del despido nulo o despido inconstitucional está en la clase de tutela judicial que puede ofrecerse y el

juez llamado a concretar ese mandato de tutela judicial efectiva que nuestra constitución postula en su artículo 26, así como, que hay sensibles diferencia sustantivas u ontológicas entre ambos, no hay duda de que deben tener un tratamiento procesal diferente acorde con la necesidad de tutela requerida (Ortiz, 2005,378).

1 La Vía del Procedimiento de Amparo Constitucional

Cabe agregar, que el despido injustificado es un despido nulo legal, porque habrá que revisar las causas de justificación establecidas en la ley orgánica del trabajo y el resto de la legislación laboral para saber si el acto del empleador tiene posibilidad jurídica o no. Si tal acto no esta previsto por la ley como causa justificante, entonces el despido es injustificado y debe declararlo el juez de la estabilidad laboral (Ortiz, 2005,378).

En este mismo orden y dirección, no ocurre lo mismo con el despido nulo inconstitucional, en este supuesto la afrenta o el agravio no es contra la ley, sino directamente contra las normas y principios constitucionales, diferentes a la relación laboral, pero en el marco de tal relación. Si ello es así, no es el juez ordinario de estabilidad a quien le corresponda conocer de una pretensión de este tipo, sino el juez constitucional del amparo, por tratarse del mecanismo más idóneo y expedito para tutelar afrentas constitucionales. No hace falta descender a la ley para verificar que el despido es inconstitucional, no será necesario aplicar la ley orgánica del trabajo par ofrecer la tutela judicial, bastará que el juez aplique directamente la constitución (Alfonso, 2001,268).

En efecto, no es causal que la ley orgánica procesal del trabajo disponga en el título VIII, de la estabilidad en el trabajo, el capítulo II del amparo laboral cuyo artículo 193 dispones los siguiente:

Son competentes para conocer de la acción de amparo laboral, sobre derechos y garantías constitucionales, los tribunales del trabajo previstos en esta ley, aplicándose el procedimiento establecido al efecto.

Asimismo, el reglamento de la ley orgánica del trabajo en su artículo 14 y parágrafo único recoge una disposición que apunta a esta situación:

El trabajador víctima de discriminación en el empleo podrá extinguir la relación de trabajo invocando una causa justificada de retiro o, si lo estimare conveniente, ejercer la acción de amparo constitucional para obtener la restitución de la situación jurídica infringida.

Parágrafo Único: El accionante deberá aportar al proceso elementos de juicio que permitan deducir la discriminación alegada, correspondiendo al demandado la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Si embargo, si el trabajador es víctima de una discriminación en el empleo, según lo analizado anteriormente, cada vez que se lesionen sus derechos y garantías constitucionales, puede acudir al juez del trabajo para que actúe como juez constitucional. Esto parece ser la orientación del artículo 208 del reglamento de la ley orgánica del trabajo al establecer la posibilidad de acudir al amparo constitucional frente a la lesión en tutela de la libertad sindical pero también de cualquier otro de rango constitucional. Siendo ello así, tratarse de violaciones directas a la constitución y estar prevista la competencia de los tribunales laborales para conocer del procedimiento de amparo constitucional, entonces la tutela despido inconstitucional puede ser objeto de conocimiento del juez constitucional del amparo laboral. En cambio, para el despido injustificado no es posible utilizar la vía de amparo para cuestionar un despido sin causa, porque ésta es la tarea ordinaria de los jueces del trabajo en sede de estabilidad laboral (Villasmil 2001,250).

Por las consideraciones anteriores, la declaratoria de injustificación del despido puede ser realizada por los órganos jurisdiccionales e indirectamente por el inspector del trabajo, debido que en los procedimientos de calificación de falta el inspector puede concluir en que la causa invocada por el empleador no puede ser subsumida dentro de las justificantes, sin embargo, no pudiera ser ley en su artículo 108.

Es evidente entonces, que el despido inconstitucional no pudiera ser conocida por el inspector del trabajo, sino sólo por el juez, es decir, la nulidad por injuria constitucional pudiera ser decretada por el juez de la estabilidad o por el juez del amparo constitucional. Sea que se solicite como una pretensión principal o emerja de la situación controvertida en el procedimiento de estabilidad.

2 La no Susceptibilidad de pago subrogatorio

La ley permite que el empleador pueda subrogar la obligación de hacer reenganche con una obligación de dar pago de prestación monetaria. Esta posibilidad es jurídicamente explicable, porque la estabilidad es una garantía cuyo desarrollo que sujeto al legislador que puede establecer diversos modos y maneras de concreción, siempre que respete su núcleo esencial. De esta manera, el legislador optó por establecer a los trabajadores venezolanos una estabilidad relativa y excepcionalmente, inamovilidad o 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). En estos casos de inamovilidad no es posible el cumplimiento por equivalente ni la subrogación de obligaciones (Ortiz,2005,380).

Cuando estamos en presencia del despido inconstitucional la óptica debe ser la imposibilidad de pago por equivalente.

Según se ha visto, nadie puede pagar por violar la constitución. En un estado social de derecho y de justicia, como el postulado en el artículo 2 de la constitución y el principio de la supremacía constitucional consagrada en el artículo 7, sobre la base de los principios de buena fe e integridad del orden constitucional, es completamente inadmisibles que frente a un despido nulo por inconstitucional, el empleador pretenda cancelar una suma por equivalente (Ortiz, 2005,380).

El restablecimiento que deberá ordenar el juez del amparo debe ser acatado obligatoriamente y procederá a retrotraer las cosas al estado anterior a la lesión, sin perjuicio de las pretensiones judiciales que puedan intentar los trabajadores conforme al derecho común.

En ese mismo sentido, la orden de restablecimiento del juez de amparo podrá condenar, igualmente, el pago de los salarios dejados de percibir como parte del restablecimiento constitucional, así se aceptado en Venezuela con respecto de la mujer en estado de gravidez que haya sido víctima de un despido arbitrario.

Resulta oportuno señalar, la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia, de la sala de casación social en sentencia 462 del 25 de abril de 2004 que:

“Efectivamente tal y como lo alega el recurrente, la sentencia recurrida en base a jurisprudencia y doctrinas extranjera declaro nula la persistencia del despido realizada por la empresa demandada, ordenando así la reincorporación inmediata del

trabajador a su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos dejados de percibir, en fundamento a que el despido del cual fue objeto el trabajador fue nulo, todo lo cual, según el superior del trabajo, es contrario a la constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, considera esta sala de casación social que el sentenciador de alzada, incurrió en la violación de los artículo 125 y 126 de la ley orgánica del trabajo y el 190 de la ley orgánica procesal laboral, al anular la persistencia en el despido que hiciera la empresa demandada y ordenar el reenganche y pago de salarios caídos, lo cual acarrea la procedencia del presente medio excepcional de impugnación.

Para Ortiz (2005), la sala no se percató de la importancia de hacer la distinción entre el despido nulo y el despido injustificado, pues ciertamente, si el despido se produjo en razón de las actividades sindicales o por haber participado en una actividad sindical y existen indicios de discriminación o en general se produce con violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, ese despido es nulo con las consecuencias que hemos anotado precedentemente en este trabajo el empleador no puede pagar por equivalente, o lo que es lo mismo no puede persistir en su propósito de despedir. Se oponen dos situaciones claras: a) La posibilidad dada al empleador según el artículo 126 de la ley orgánica del trabajo para que el patrono pueda persistir en el despido, b) La salvaguarda de bienes jurídicos constitucionales que hacen que, frente a un despido radicalmente nulo, no sea posible el pago subrogatorio ni la persistencia (p.389).

Expuestas las consideraciones doctrinadas, es necesario precisar que dentro de las modalidades del despido injustificado, necesariamente se debe incluir el despido indirecto, con el pago indemnizatorio que prevé la ley para el despido injustificado y el derecho a que pueda tener el trabajador. De igual manera, es menester determinar también en cuanto al despido nulo, que si bien es cierto, es una posición relativamente nueva en la doctrina laboral, la cual no deja de estar fundamentada en los nuevos avances del país en materia constitucional, es decir, la nueva perspectiva en la que están obligados los jueces a acoger a los efectos de darle vida a la constitución y justamente las relaciones de trabajo no escapan a la protección que brinda el estado social de derecho y de justicia, por lo que se espera que con el devenir se aceptada la posición del despido, por ser contrario a los principios constitucionales y se permite proteger esta figura por la vía del amparo, en el sentido que persigue es la restitución a los derechos vulnerados, no por el contrario, se siga permitiendo el pago subrogatorio en violación a los derechos constitucionales que ampara el trabajador.

CAPITULO V

EL DESPIDO INJUSTIFICADO COMO CAUSA DE TERMINACION DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A. EL DESPIDO INJUSTIFICADO

Por su parte Alfonso (2001,333) definió el despido de la siguiente manera: “Es el acto jurídico mediante el cual el patrono pone fin, justificada o injustificadamente al contrato de trabajo. En oposición al retiro, el acto jurídico por medio del cual el trabajador extingue justificada o injustificadamente, al contrato de trabajo”.

Sin embargo, Ortiz (2005, 355) señaló referente al despido lo siguiente:

“ El despido puede tener una causa justificante de las establecidas en la ley, en cuyo caso el despido será justificado; puede igualmente tener una causa contraria a las previsiones de la ley o no amparadas por ésta, o teniendo una causal legal no cumplir con la forma de realizar los actos tendientes a despedir, en cuyo caso estamos en presencia de un despido injustificado; es posible también que el despido no tenga causa alguna, en cuyo caso estamos en presencia del despido ad nutum o despido sin causa; y cuando el despido atente contra principios, valores, normas, derechos o garantías constitucionales, estamos en presencia del despido inconstitucional o despido nulo”.

En efecto, según el artículo 99 ley orgánica del trabajo, el despido será justificado cuando el trabajador ha incurrido en una causal prevista por la Ley; e injustificado, “cuando se realiza sin que el trabajador en causas que lo justifiquen”.

Asimismo el artículo 100 de la misma ley declara justificado el retiro “cuando se funde en una causa prevista por esta Ley y sus efectos patrimoniales se equiparan a los del despido injustificado”.

Por su parte Ortiz (2005, 354), definió el despido como: “el acto jurídico por el cual el empleador o su representante manifiesta de manera expresa o tacita, directa o indirecta, su voluntad de poner fin a la relación laboral con o sin una causa justificante”.

Para Sainz (1996), al comentar la definición del despido prevista en la ley señala:

“que la misma trata de establecer en una forma que consideramos precisa, en que constituye el despido, el ámbito de aplicación que tiene y adicionalmente señala una equiparación entre este y el retiro justificado del trabajador. Una de las dificultades mas grandes que siempre ha tenido el trabajador en los casos de la defensa de sus derechos frente al despido del patrono, ha sido precisamente en que el mismo no estaba revestido de cierta orientación conceptual y formalidades que permitían al patrono disfrazar al mismo y colocar al trabajador en indefensión” (P. 156)

En ese orden de ideas, se ha señalado que el afán que tienen tanto el estado como los sujetos de la relación de trabajo- patronos, trabajadores-se han venido excluyendo causas que permitirían legalmente justificar un despido, si antes se aceptaba la finalización de una prestación de servicios por razones de enfermedad, embarazo, huelga, venta del fondo o empresa, hoy, se han restringido de manera que cada vez sean menos los motivos que puedan invocar un empleador para tratar de poner fin a una relación de trabajo, al punto que, incluso, solo rigen aquellas que de manera taxativa incluyo el legislador en la normativa correspondiente (García, 1995, 20).

En opinión similar, Hernández (1997, 553) señaló: “que la terminación por voluntad unilateral se considera constitutiva de un despido cuando proviene del empleador y de un retiro cuando proviene del trabajador. Es de observar que esta nomenclatura no es unánime ni en la doctrina ni en la legislación”.

Es evidente, que en la legislación laboral venezolana, las relaciones que se rigen por la ley orgánica del trabajo, se prevé únicamente como una forma de castigo frente al hecho del trabajador que amerite la imposición de una sanción. Cuando el trabajador comete una de las faltas que de manera taxativa se señala en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, el patrono está solo ante una sola alternativa: o perdona la falta o procede al despido; no se contempla en la Ley Orgánica del Trabajo formas intermedias, como serían la amonestación verbal, la amonestación escrita, la suspensión con goce de sueldo y la suspensión sin goce de sueldo (García 1995, 95).

La Ley Orgánica del Trabajo (1997) en sus artículos 102 y 103 recogen las causas justificadas de despido y de retiro, las cuales son simétricas vistas desde los ángulos opuestos del patrono y del trabajador, salvo casos excepcionales por la peculiaridad de las obligaciones propias de dichos sujetos y tienen las siguientes características, según Alfonso (2001, 337) son:

- a) Implican un incumplimiento grave, por acción u omisión de obligaciones expresadas del contrato de trabajo, o derivadas de él en virtud de la equidad, el uso, o la ley.
- b) Son de orden público, esto, es no pueden constituir materia de estipulación para evadir o relajar su cumplimiento, en particular las que garantizan el derecho de retiro del trabajador.
- c) Son genéricas (enunciados comprensivos de distintos tipos o clases de incumplimientos graves) y taxativas. Hemos de aclarar, sin embargo que, no todas las causas de despido o retiro aparecen incluidas en los artículos 102 y 103 de la Ley. En los regímenes especiales de trabajo son frecuentes los ejemplos de

casos especiales de despido y de retiro justificados del trabajador: por ejemplo, el maltrato, el deportista a los jueces o árbitros, etc. artículo 314, así como las determinadas en los artículos 332, 352 y 367, son también causales de despido justificado. En cambio, en el párrafo segundo del artículo 335 ejusdem (el cambio de nacionalidad de un buque venezolano), puede apreciarse una causa adicional de retiro justificado del tripulante que en el 355 ejusdem.

- d) Son actos voluntarios generalmente instantáneos, realizados sin propósitos de modificar el contenido del contrato de trabajo, pero que, sin embargo, transgreden gravemente obligaciones que forman parte de ese contenido.

En cuanto a las causas García (1995, 97) señaló que el legislador las ha establecido de manera taxativa en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo; fuera de las allí señaladas, las partes no pueden acordar otras y, de hacerlo, no podría alegarse desde el punto de vista laboral por las circunstancias de orden público que caracterizan a esta y todas las demás disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo, que no permiten relajarla por patrones y/o trabajadores.

Con referencia a lo anterior, González (1993, 10) indicó que si el patrono pone fin a la relación de empleo argumentando hechos que no puedan encuadrarse dentro de las causales establecidas por el legislador en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, el despido tendrá necesariamente que reputarse como injustificado, siempre que se den, claro está, los supuestos legales para que se califique el despido por el procedimiento de la estabilidad relativa.

Igualmente, Ortiz (2005), señaló que existen muchas situaciones en las cuales la ley presume que el despido se hizo sin justa causa a los efectos de las consecuencias establecidas entre otras se puede mencionar las siguientes:

- a. Se entiende por injustificado el despido cuando el empleador no realiza la participación al juez de estabilidad laboral o cuando haciéndolo no cumple los requisitos formales y materiales exigidos para su validez.
- b. De igual modo se considera injustificado el despido cuando el trabajador considere inconveniente a su interés la sustitución de patronos artículo 91 de la ley orgánica del trabajo.
- c. El despido masivo realizado sin la previa fase de negociación o arbitraje según el caso.

De lo que puede concluirse, que todas estas categorías se asimilan por mandato legal al despido injustificado con las consecuencias para cada una reenganche o pago subrogatorio de la obligación de reenganche según corresponda. El despido injustificado genera una nulidad legal por parte del juez de la estabilidad, pero se le permite al empleador el subrogatorio artículo 125 de la ley orgánica del trabajo, salvo que se trate de los supuestos de inamovilidad, en cuyo caso es indispensable el cumplimiento de la orden de reenganche. Por eso es que no siempre que hay despido injustificado trae como consecuencia el reenganche del trabajador, si por ejemplo, el trabajador dejare de acudir ante el juez de la estabilidad laboral para solicitar la calificación de su despido y al mismo tiempo, el patrono no acude a realizar la respectiva participación, la jurisprudencia ha entendido que el trabajador puede acudir directamente a solicitar la indemnizaciones por despido injustificado.

B. EFECTOS PATRIMONIALES DEL DESPIDO INJUSTIFICADO

En el caso concreto de los efectos patrimoniales del despido injustificado, la previsión legal impone al empleador varias obligaciones: Una obligación de hacer: Que es el reenganche, obligación de hacer que supone necesariamente el pago de los salarios caídos o dejados de percibir durante el proceso, esa es la sanción en materia de estabilidad. Pero puede el patrono persistir en el propósito de despedir, y si persiste en el despido, que

lo puede hacer en el transcurso del procedimiento o en la oportunidad de la ejecución del fallo, en tal caso deberá pagar al trabajador, adicionalmente a los conceptos derivados de la relación de trabajo, es decir, las prestaciones sociales, los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento y las indemnizaciones establecidas en la ley orgánica del trabajo.

Esas indemnizaciones son las establecidas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del trabajo que textualmente señala:

Si el patrono persistiere en su propósito de despedir al trabajador, deberá pagarle adicionalmente a lo contemplado en el artículo 108 de esta ley (prestación de antigüedad), además de los salarios caídos que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento (salarios caídos) una indemnización equivalente a:

Diez (10) días de salario si la antigüedad fuere mayor de tres (3) meses y no excediere de seis (6) meses.

Treinta (30) días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior a seis (6) meses, hasta un máximo de ciento cincuenta (150) días de salario.

Adicionalmente el trabajador recibirá una indemnización sustitutiva del preaviso previsto en el artículo 104 de esta ley, en los siguientes montos y condiciones:

Quince (15) días de salario, cuando la antigüedad fuere mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6) meses;

Treinta (30) días de salario, cuando fuere superior a seis (6) meses y menor de un (1) año;

Cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuere igual o superior a un (1) año;

Sesenta (60) días de salario, cuando fuere igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10) años; y

Noventa (90) días de salario, si excediere del límite anterior.

El salario de base para el cálculo de esta indemnización (sustitutiva del preaviso) no excederá de diez (10) salarios mínimos mensuales...

B.1. Indemnizaciones Derivadas del Despido Injustificado

B.1.1 Indemnizaciones por Despido Injustificado en Estricto Sentido

El vigente artículo 125 de la ley en comente, preserva sin alteración alguna el quantum de la indemnización por despido injustificado, equivalente a diez (10) días de salario si la antigüedad al servicio del patrono excediere de tres (3) meses y no fuere mayor de seis (6), y de treinta (30) días de salario por cada año de servicio o fracción superior a seis (6) meses. No obstante, se incorpora un tope o límite máximo de ciento cincuenta (150) días de salario calculados con base en lo dispuesto en el artículo 146 de la ley orgánica del trabajo.

Sin embargo, conviene dar un análisis global del instituto de la estabilidad en el empleo, toda vez que si bien es cierto los trabajadores con más de cinco (5) años de antigüedad al servicio del empleador tendrá derecho a una indemnización por despido injustificado equivalente a ciento cincuenta (150) días de salario, no lo es menos que con ocasión de la reforma apuntada varió la base de cálculo de dicha indemnización. De una parte, el salario estimado a los efectos del cálculo de la indemnización por despido injustificado será previsto en el artículo 133 de la mencionada ley, percibidos por el trabajador en forma regular y permanente como de modo eventual o extraordinario, ampliándose la base de cálculo que le anteciediera y que resultaba de considerar a este fin sólo el salario normal.

A su lado, el aumento en el quantum de la prestación de antigüedad (artículo 108 de la ley orgánica del trabajo), cuarenta y cinco (45) días de

salario durante el primer año de la relación de trabajo y, a partir de éste, sesenta (60) días de salario, más dos (2) días adicionales y acumulativos hasta treinta (30), por cada año de servicio, lo que explica la limitación de la indemnización por despido injustificado.

Para Villasmil y Carballo (1998, 131), han señalado, que la reforma parcial de la ley orgánica del trabajo, preservó el régimen de estabilidad relativa o impropia, introduciendo sólo dos (2) modificaciones que tienden a equilibrar el modelo. De una parte, fue sensiblemente ampliada la base de cálculo de las indemnizaciones por despido injustificado; ello por virtud de la integración al salario de los bonos o subsidios decretados por el Ejecutivo Nacional (artículo 670 LOT), la supresión de ciertas exclusiones salariales de carácter constitutivo (artículo 133, párrafo tercero eisdem) y la fijación del salario (en los términos del artículo 133 de la ley) como base de cálculo de dichas indemnizaciones. De otra parte, se fijó un tope o límite a la indemnización por despido injustificado en sentido estricto, que ahora no podrá exceder del equivalente a ciento cincuenta (150) días de salario.

De este modo, el aludido tope o límite a la indemnización por despido ad nutum se revela como mecanismo de equilibrio en las relaciones de trabajo frente a la mencionada expansión de su base de cálculo y, al lado de ello, a la importante elevación de la cuantía de la prestación de antigüedad. Debiendo destacar también que el tope de la indemnización que nos ocupa sólo afecta a un mínimo porcentaje de los trabajadores del sector privado por virtud de la intensa rotación de personal que le caracteriza, razón por la cual el nuevo modelo fomenta la preservación del empleo de aquellos trabajadores con antigüedad al servicio de un patrono mayor de cinco (5) años. (Villasmil y Carballo 1998, 132).

Además de ello, la indemnización analizada, así como el resto de las que corresponden al trabajador a la extinción del vínculo laboral serán calculadas con base en el salario devengado en el mes que antecede a la fecha de la extinción, tal como lo dispone el artículo 146 de la ley orgánica del trabajo que señala textualmente: “El salario de base para el calculo de lo corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo, de conformidad con el artículo 125 de dicha ley, será el devengando en el mes de labores inmediatamente anterior. En caso de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo, a comisión o de cualquier otra modalidad de salario variable, la base para el cálculo será el promedio de lo devengado durante el año inmediatamente anterior”.

De igual manera, el citado artículo, en su párrafo primero, precisa el método de cálculo de la participación del trabajador en los beneficios o utilidades de la empresa, como componente del salario de base para la determinación de las indemnizaciones y prestaciones que pudieren corresponder a éste con ocasión de la extinción del vínculo laboral.

B.1.2.- Indemnización Sustitutiva del Preaviso

Por otra parte, destaca el artículo 125 analizado, en primer término, que la referencia a una indemnización sustitutiva del preaviso, (artículo 104 de la ley), entiende la improcedencia del aviso previo en el supuesto de despido ad nutum de un trabajador en goce de estabilidad, en esta circunstancia, la extinción del vínculo laboral por voluntad patronal constituye un ilícito. Es por ello, que el preaviso no resulta aplicable respecto de trabajadores en goce de

estabilidad pues su despido sin justa causa se encuentra proscrito es artículo 112.

La extinción del vínculo laboral, en las condiciones reseñadas, sólo procede mediante el pago al trabajador afectado de las indemnizaciones previstas en el artículo 125, que más que indemnizaciones son sanciones impuesta por la persistencia en el despido, llamadas indemnizaciones por despido injustificado y sustitutivas del preaviso y, los salarios caídos o dejados de percibir.

Bajo lo anteriormente expuesto, la obligación del preaviso, sólo alcanza virtualidad respecto de los trabajadores excluidos del ámbito personal de validez del régimen de estabilidad en el empleo, estos son como se señaló, aquellos cuya antigüedad al servicio del patrono no excediere de tres (3) meses, los de dirección, los eventuales u ocasionales, temporeros y domésticos.

Por su parte, en el caso de trabajadores tutelados por la normativa sobre estabilidad en el empleo y que fueren objeto de un despido sin justa causa, sólo tendrán derecho a percibir la indemnización tarifada sustitutiva del preaviso, en ningún caso, podrá exigir que se le compute a su antigüedad el plazo del preaviso previsto en el 104 de la ley, en pretendida observancia de la norma contenida en el párrafo único del referido artículo. Obviamente, si el preaviso resulta inoficiosa respecto de los trabajadores en goce de estabilidad, en la eventualidad de un despido ad nutum, mal podría entonces causarse para el patrono una obligación que precisamente dimana de la omisión de aquella comunicación anticipada.

En referencia a lo anterior, el artículo 125 de la ley, se observa que le es impuesta al patrono una indemnización sustitutiva del preaviso equivalente a quince (15) días de salario, cuando la antigüedad fuere mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6), treinta (30) días de salario, cuando fuere superior a seis (6) meses y menor de un (1) año; cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuere igual o superior a un (1) año; sesenta (60) días de salario, cuando fuere igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10), Y finalmente, noventa (90) días de salario si excediere este límite.

Como puede analizarse, el artículo 125, reproduce la cuantía de la indemnización sustitutiva del preaviso, es decir, el doble de lo que le habría correspondido por concepto de preaviso no utilizado en los casos de los literales a),b) y c) del artículo 104, y el equivalente al preaviso de los literales d) y e); aun cuando la nueva redacción deja sentado la incompatibilidad de esta indemnización con la comunicación anticipada que supone el preaviso, sustituyéndose así la ambigüedad de la norma antes citada.

Es menester agregar, que la norma vigente reconoce una indemnización sustitutiva del preaviso de cuarenta y cinco (45) días de salario cuando la antigüedad fuere igual o mayor de un (1) año y no alcanzare dos (2). Igualmente, debe destacarse la inclusión de un tope o límite al salario de base de cálculo de la referida indemnización sustitutiva del preaviso y que fuere fijado en diez salarios mínimos mensuales, vigente al momento del pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la ley en comento.

En consecuencia, este tope limita o afecta sólo al salario de base para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso y no así, por ende, al quantum de dicha indemnización.

B.1.3.- Los Salarios Caídos o Dejadados de Percibir

Si un trabajador en goce de estabilidad fuere despedido sin justa causa tendrá derecho a solicitar, ante el Juez de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo, su reinstalación o reenganche, a menos que el patrono le hubiere pagado las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la ley orgánica del trabajo.

Si el patrono pagare las referidas indemnizaciones una vez iniciado el procedimiento judicial de estabilidad, deberá cancelar adicionalmente al accionante una indemnización por salarios dejados de percibir. Esta indemnización tarifada por el despido ilícito y que pretende resarcir al trabajador por los salarios y demás beneficios dejados de percibir con ocasión de la pretensión resolutoria del patrono, es denominada “salario Caído”, previsto en el artículo 126 de la ley.

De igual manera lo estipula el artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que textualmente dispone: “El patrono podrá persistir en su propósito de despedir al trabajador, bien en el transcurso del procedimiento o en la oportunidad de la ejecución del fallo, para lo cual deberá pagar al trabajador, adicionalmente a los conceptos derivados de la relación de trabajo y los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, las indemnizaciones establecidas en la ley orgánica del trabajo...”

Estos salarios deberán calcularse con base en lo dispuesto en el artículo 146 de la ley, es decir, tomando en consideración el salario, en los términos indicados en el artículo 133 eiusdem, percibidos en el mes que antecede a la pretendida extinción del vínculo laboral. Si bien es cierto, el citado artículo 146, constituye una indemnización derivada del despido injustificado de un trabajador en goce de estabilidad y causada por la renuencia patronal al pago inmediato de la indemnización.

Con relación a lo expuesto, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia , en sentencia N° 628 del 16 de junio de 2005, expediente N° 04-1471, ha sostenido lo siguiente:

“ Al respecto, este alto tribunal se ha pronunciado sobre el cálculo de los salarios caídos de los trabajadores reenganchados en la fase de ejecución, cuando se ha ordenado, en la parte dispositiva de innumerables fallos, que las diferencias salariales, incluyendo las correspondientes a los salarios caídos, deben ser cancelados tomando en consideración todos los beneficios salariales, incluyendo bono vacacional, utilidades y cualesquiera otro beneficio que se origina por una prestación de servicios efectivamente realizada, lo cual comprende los incrementos salariales estipulados legal o convencionalmente, beneficios decretados por el Ejecutivo Nacional y el pago de los días feriados a que haya lugar, de conformidad con las estipulaciones legales y las previstas en sus respectivas contrataciones colectivas. De allí pues, que esta Sala de casación Social concluye que en los juicios especiales de estabilidad laboral, cuando se califica el despido como injustificado y en consecuencia se ordena el reenganche y pago de los salarios caídos, en dicho cálculo deben incluir, además, los aumentos salariales decretados por el Ejecutivo Nacional, por vía legislativa y los acordados en las correspondientes contrataciones colectivas”.

De igual manera, la misma Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado el cómputo para el cálculo de los salarios caídos estableciendo en sentencia de fecha 28 de octubre de 2003, expediente N° 03-470 que:

“...los salarios caídos deberán estimarse a partir de la fecha en la cual se verifico la citación de la parte demandada y hasta la fecha efectiva de reincorporación del trabajador a sus labores habituales o la oportunidad en que se insista en el despido”.

C. EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DEL FALLO QUE DICTAMINA EL DESPIDO INJUSTIFICADO

En materia de estabilidad, al igual que en los procesos ordinarios laborales, tal como lo establece el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, se procede primero a la ejecución voluntaria, y en caso de no lograrse, se acuerda la forzosa, que consiste en el acto en el cual el tribunal pone al trabajador en su sitio de trabajo, advirtiéndose que el imponer coactivamente a un patrono la reincorporación del trabajador, cuando aquél se niega a ello, no es permitido por la normativa legal vigente en Venezuela, ni tampoco en el procedimiento de estabilidad.

Por otra parte, han señalado los tribunales de instancia, en relación a su cumplimiento o ejecución, que en los casos, donde no se ha cumplido con lo ordenado y condenado en la sentencia, ni con la forma de cumplimiento equivalente prevista por el legislador; debe quedar determinado tácitamente que no ha terminado el procedimiento por lo que los salarios continuarán causándose, hasta que el patrono cumpla con la orden de reenganchar al trabajador u opte por pagarle de acuerdo con el ya señalado artículo 125,

esto impide que el trabajador, prefiera demandar por la vía ordinaria. (Petit, 2005, 240).

Ahora bien, en la fase de ejecución pueden plantearse varias situaciones que se señalan a continuación:

C.1 Persistencia del Patrono en el Despido

Por otra parte, es menester tocar la persistencia en el despido, la cual tiene fijada su oportunidad Procesal que es la señalada en el artículo 190 de la ley orgánica procesal del trabajo, que señala: “El patrono podrá persistir en el despido del trabajador, bien en el transcurso del procedimiento de calificación de despido, o bien en la oportunidad de la ejecución del fallo...”

Asimismo, La persistencia de despido deberá proponerse por escrito ante el juez de primera instancia de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo o por ante el juez de juicio del trabajo competente, en las fases procesales correspondientes. Los requisitos de la procedibilidad de la persistencia del despido por el patrono demandado es que debe pagar el trabajador accionante: 1) sus derechos laborales causado por su tiempo de trabajo que incluye prestaciones, vacaciones, bono vacacional, utilidades, intereses sobre prestaciones, etc.; 2) los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento; y 3) las indemnizaciones establecidas en el artículo 125 de la ley orgánica del trabajo. (González, 2003, 489).

Sin embargo, puede presentarse la contradicción del trabajador, por cuanto el trabajador tiene derecho, una vez que el patrono persiste en el

despido y pago de todos los conceptos mencionados anteriormente, a recibir conforme o a manifestar su inconformidad con el pago consignado antes de la ejecución del fallo.

En el segundo caso el juez de primera instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo o el juez de juicio competente, convocara a las partes a una audiencia que tendrá lugar al segundo (2) día hábil siguiente y mediará la solución del conflicto.

Si el juez del trabajo no procura la avenencia de las partes deberá decidir de inmediato sobre la procedencia o no de lo alegado por el trabajador. La decisión que pronuncie el juez sobre esta contradicción podrá ser apelable en los términos consagrados en la ley adjetiva laboral.

Por otro lado, diferente en la situación si el patrono persiste en el despido estando el juicio en etapa de ejecución de sentencia y el trabajador manifestare su inconformidad con los montos pagados, pues el juez de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación, y Ejecución del Trabajo competente, instara a las partes a una conciliación y en caso de no procurarla, procederá a la ejecución del fallo, es decir, a reenganchar al trabajador a su puesto de trabajo y al pago de los salarios caídos causados durante el procedimiento.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, en fallo N° 1692, de 2 de septiembre del 2001, expediente N° 01-0316, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncio sobre los efectos de la consignación y de la persistencia del patrono en el despido al asentar lo siguiente:

Que en el acto conciliatorio el patrono persistió en el despido y consignó las cantidades que a su juicio le correspondían al trabajador según el tiempo de servicio y según la Ley.

- a) Que el efecto de esta consignación y de la instancia del despido obligaba al sentenciador a ceñirse a lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Trabajo, que le ordena la verificación del pago que hubiera efectuado el patrono según lo establecido en artículo 125 eiusdem, para declarar terminado el procedimiento.
- b) No obstante al trabajador o a sus causahabientes le queda el derecho de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común, tal como lo prevé el Parágrafo Único del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.
- c) En consecuencia, como en el caso analizado al no haberse ceñido la conducta del juez a lo previsto en el artículo 126 eiusdem, se produjo una subversión del procedimiento, lesionándose de esa manera el derecho al debido proceso de la quejosa, lo cual hizo procedente la acción de amparo interpuesta.

En este mismo orden y dirección, el Juzgado Superior Quinto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia del 10 de abril de 2002, expediente N° E-566, se pronunció sobre los efectos de una consignación incompleta del monto que le correspondía al trabajador al establecer el siguiente razonamiento:

Al interpretar el artículo 126 de la Ley Orgánica del Trabajo, consideró que contiene dos situaciones diferentes:

- a) Cuando se paga las indemnizaciones establecidas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, al momento cuando se produce el despido; y,
- b) Cuando no se hace ese pago al momento del despido y el trabajador demanda la calificación del despido, y el patrono al comparecer paga la indemnización referida en citado artículo 125 y además paga los

salarios caídos por el tiempo del transcurso del procedimiento, en cuyo caso éste se da por terminado.

Con relación al segundo supuesto, ese juzgador consideró necesario que el empleador tenía que ajustar su conducta a lo prescrito por el legislador, esto es, pagar completamente los montos por los conceptos de preaviso, antigüedad y salarios caídos; Si ello no constare exactamente en el expediente, el juez no puede dar por terminado el procedimiento, debe, con base a la confesión de despido injustificado que surge de la persistencia en el despido, pronunciarse calificando el despido y ordenar el pago de los salarios caídos hasta la efectiva reincorporación del trabajador.

Asimismo, este Juzgado Superior Quinto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en fallo del 10 de abril del 2002, concluyó su argumentación considerando que en cuanto al tiempo de servicio del trabajador, evidentemente que el cómputo de la antigüedad derivada de una relación laboral se hace en base al tiempo ininterrumpido de trabajo, por lo que el lapso trascurrido entre el despido y la consignación de una suma de dinero para persistir en el despido, sólo se considera a los efectos del monto de los salarios caídos, pero no para la antigüedad y el preaviso.

Por su parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 287, de 16 de mayo del 2002, expediente caso Carrero, contra La Boutique del Sonido, C.A., al referirse al cálculo de la antigüedad, vacaciones y otros concepto laborales cuando el patrono persiste en el despido, estableció la siguiente doctrina:

- a) Que la estabilidad laboral relativa establecida en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (artículo 187 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo),

no es absoluta, sino que el patrono que insista en el despido injustificado debe pagar al trabajador las dos indemnizaciones previstas en el artículo 125 eiusdem: la indemnización por despido injustificado y la indemnización sustitutiva del preaviso, siendo esta última de naturaleza distinta al preaviso previsto para los trabajadores que carecen de estabilidad laboral.

- b) En consecuencia, si se ordena en un juicio de calificación de despido, el reenganche de un trabajador despedido injustificadamente y el patrono insiste en el despido debe pagar los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta cuando insiste en el mismo o “salarios caídos” y las indemnizaciones por despido injustificados y sustitutivas del preaviso, el pago de la antigüedad, vacaciones fraccionadas y participación en los beneficios o utilidades fraccionadas, se calcula hasta el momento en que el trabajador efectivamente dejó de prestar servicios y no hasta el momento de la persistencia en el despido.

Sin embargo, fue en la sentencia del 13 de marzo del 2002, N° 174, expediente N° 01-659, que la Sala de Casación Social fundamentó el cómputo de la antigüedad y demás conceptos laborables cuando el trabajador persiste en el despido al considerar los siguientes argumentos:

Que la correcta interpretación del encabezamiento del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, induce a sostener adecuadamente que el patrono tiene la facultad de insistir en despedir al trabajador, caso en el cual deberá pagarle además de lo establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, las indemnizaciones por despido injustificado y el pago sustitutivo del preaviso, contemplados en el mismo artículo 125 eiusden.

5.2 El Patrono Conviene en el Reenganche

La esencia del proceso de estabilidad es la calificación del despido, y si el patrono ha convenido en el reenganche, continúa la relación laboral, quedando así finalizado el procedimiento, ya que el pronunciamiento del tribunal en modo alguno, convalidó el posible despido injustificado, por lo que resulta improcedente persistir en que siga el procedimiento cuando se logra el reenganche. Si el trabajador considera tener derecho a alguna cantidad de dinero adicional a la consigna, no siendo írrita la suma a disposición del laborante, éste puede acudir a otras formas para lograr la satisfacción de su procedimiento, pero no insistiendo en continuar el procedimiento de estabilidad cuando ha logrado el reenganche por el patrono.

En tal sentido, Petit (2005, 245), ha sostenido, que el procedimiento de estabilidad laboral es en esencia un juicio especialísimo por el cual se busca la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo al haber sido injustificadamente despedido y en caso en análisis, al no negarse el patrono a reenganchar, si bien es cierto, que el trabajador tiene derecho a que se les pague sus salarios dejados de percibir durante el procedimiento, ello no permite, acordar medidas ejecutivas de embargo por tales conceptos, al ser una obligación subsidiaria del reenganche, que en su caso se asimilaría a la retención de salarios.

Para finalizar con las ideas propuestas en este capítulo, se puede precisar la importancia que tiene la labor del juez al momento de calificar la procedencia efectiva del despido injustificado, a través de la sentencia producida en el proceso laboral siguiendo los principios que imperan en este nuevo proceso, como lo son entre otros, la oralidad, la inmediación, la celeridad, y en tal sentido, decidir a la brevedad posible sobre la injustificado o no del despido, y de ser procedente ordenar de inmediato el reenganche y pago de las demás indemnizaciones que contempla la ley, para garantizar con ella una verdadera tutela judicial al trabajador que se encuentra desmejorando tanto económica como moralmente ante el ilegal despido.

CONCLUSIONES

Finalmente, la investigación realizada sobre la procedencia del despido como causa de terminación de la relación de trabajo, permite hacer unas consideraciones finales, orientadas a precisar en primer lugar, que efectivamente el despido es una causa de terminación de la relación de trabajo, sin embargo, se puede presentar o manifestar el acto unilateral de no continuar la relación de trabajo, de distintas maneras, como lo son por medio de causas justificadas y en tal sentido se esta en la presencia de un despido justificado o legal amparado en las causales prevista en el artículo 102 de la ley sustantiva. Si por el contrario no esta amparado en las mencionadas causales, se esta en presencia de un despido injustificado y si se va más allá y dentro de esta modalidad se encuentra a su vez el despido indirecto, asimismo se encuentra otra modalidad de despido, que es aquel que además de ser ilegal, es también inconstitucional y es el llamado despido nulo, tópicos que quedaron planteados en los dos primeros capítulos de la investigación.

Precisado lo anterior, en segundo lugar, cabe aclarar en cuanto a lo señalado en el capítulo III, que cuando el patrono, encuentra justificado el despido, la ley le impone una obligación prevista en el artículo 187 de la ley orgánica procesal del trabajo, que es la participación del despido ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo, dentro de los cinco días siguientes al despido. Sin embargo, es menester considerar a los efectos que se impone la mencionada obligación de participar, previsto en los artículos 131 y 132 ejusdem, en los cuales se incurre en un rigorismo

técnico, por cuanto tal como están concebidos en la ley, violan flagrantemente el derecho a la defensa y el debido proceso, en virtud que castigan con el efecto de una confesión que no admite prueba en contrario, cuando el patrono no cumple su obligación de participar y en tal sentido, el despido se tendrá como injustificado, aun cuando medien causas justificadas para ello: sin embargo, en la investigación realizada se concluye respecto a este punto, que tal confesión debe ser vista como presunción iuris tantum, que admita prueba en contrario y se le permita al patrono hacer la contraprueba de los hechos alegados por el trabajador.

En Consecuencia, el juez laboral debe ser gerente de todos los derechos y garantías procesales en los procedimientos relativos a la calificación del despido en sus distintas modalidades, sea despido justificado, sea ante la presencia de un despido injustificado o se trate de un despido nulo o inconstitucional, los cuales tiene tratamientos distintos, al momento de imponer la sanción al patrono, como se abordó en la investigación en el capítulo IV, donde se establecieron las distinciones entre el despido nulo y el injustificado, toda vez que en el primero, es decir, en el despido nulo tiene que darse la protección mediante el procedimiento de amparo, por cuanto lo que se busca es restablecer la situación infringida y en tal sentido, al trabajador se le tiene garantizar sus mismas condiciones de trabajo, por lo que en este caso, no se le permite al patrono el pago indemnizatorio o subrogatorio del despido, ni la persistencia en el mismo, como si lo permite la ley, cuando se trata de un despido injustificado o ilegal, incluyen en este tipo de despido al despido indirecto.

Igualmente, debe precisarse en cuanto a lo tratado en el capítulo V de la investigación, que el juez laboral, tiene el deber de emitir un

pronunciamiento, que no solo se queda en la justificación o injustificado del despido, por cuanto persigue una sentencia que condene al demandado a realizar el reenganche y el pago de los salarios caídos hasta su definitiva reincorporación, la cual es susceptible además de ejecución forzosa, sin embargo, el procedimiento permite a los efectos de la garantía constitucional de este tipo de estabilidad, que el patrono persista en el despido, en tal sentido debe pagar al trabajador, lo adeudado por prestaciones sociales en general, además debe pagar las indemnizaciones previstas en el artículo 125 y 126 de ley orgánica del trabajo, de lo cual el juez debe revisar cada uno de estos montos y verificar que se haga el pago correcto, para poder dar concluido el procedimiento y el efectivo pago de la obligación.

Por último, a los efectos de ofrecer algunas recomendaciones dejadas en la investigación realizada, puede señalarse que el nuevo texto orgánico de la ley procesal actual, requiere una revisión en cuanto a los tópicos aquí analizados sobre los efectos de la confesión ficta y en cuanto a la ejecución forzosa del reenganche, cuando el patrono se niega a mismo. Por cuanto la ley deja vacíos legales que menoscaban principios constitucionales. Sin embargo, es positiva la labor realizada por la Sala Social y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en esta materia, al llenar los vacíos garantizando con esto, que el nuevo procedimiento laboral se desarrolle de manera satisfactoria para los administrados.

Finalmente, la orientación y recomendaciones va dirigida a jueces laborales, quienes deben aplicar con amplitud los principios y derechos constitucionales cónsonos con la nueva perspectiva laboral, para alcanzar una justicia laboral rápida, efectiva para que el Estado pueda brindar una verdadera tutela judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso, M. (1980). ***Hacia un modelo democrático de relaciones laborales.*** España.
- Alfonso, R. (2001). ***Nueva didáctica del derecho del trabajo.*** (11^{era} ed.). Caracas: Melvin.
- (1985). ***Estudio analítico de la ley del trabajo venezolano.*** Caracas: Contemporánea.
- Caldera, R. (1939). ***Derecho del trabajo.*** (2^{da} ed.). Caracas: Ateneo
- Carballo, C y Villasmil, H. (1998). ***El tripartismo y derecho del trabajo.*** Caracas: Texto. UCAB.
- Código Civil (1987).
- Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela (1999). ***Gaceta oficial de la República de Venezuela***, 5.453 (Extraordinario), marzo 24 de 2000.
- Constitución de la Republica de Venezuela (1961). ***Gaceta oficial de la República de Venezuela***, 3.251 (Extraordinario), septiembre 12 de 1983.
- Espinoza, A. (2000). ***Despido indirecto.*** Caracas: Buchivacoa
- (1979). ***Estabilidad en el derecho del trabajo.*** Caracas.
- Fernández, T. (1987). ***Nulidad de los actos administrativos.*** (2^{da} ed.). Caracas. Jurídica Venezolana.
- Forero, R. (1998). ***La protección jurídica del empleo.*** I. Congreso Venezolano de Relaciones de Trabajo. Barquisimeto.
- García, J. (2004). ***Procedimiento laboral en Venezuela.*** Caracas. Pierre Tapia.

- (1995). **La estabilidad laboral en Venezuela**. Caracas: Pierre Tapia.
- González, J.(2004). **La conciliación, la mediación y el control de la legalidad en el juicio de los trabajadores**. Valencia – Venezuela. Hermanos Vadell.
- González, J. (1995). **El juicio de calificación de despido**. Caracas: Paredes.
- González, M. (1993). **Algunas nociones sobre el procedimiento de estabilidad laboral**. Caracas. Jurídica El Giro.
- Goizueta, N., Bernadorni, M, Hernández, O, Jaime, H y Zulueta, C. (1992). **De la Relación de Trabajo**. En comentario a la ley orgánica del trabajo. (Vol. I). Barquisimeto.
- Hernández, M. (1977). **El despido en España, estudios sobre derecho laboral**. Homenaje a Rafael Caldera. Tomo I. Caracas- Sucre
- Hernández, O. (2001). **Comentarios a la ley orgánica del trabajo y su reglamento**. Tomo I. (3^{era} ed.). Barquisimeto – Venezuela: Horizonte.
- (1999). **Reglamento de la ley orgánica del trabajo**. Barquisimeto – Venezuela: Horizonte.
- Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152 del 19 de junio de 1997.
- Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 4.240 del 20 de diciembre de 1990.
- Maduro, E. (1995). **Curso de obligaciones**. Caracas. Texto UCAB.
- Ortiz, R. (2005). **El despido nulo en la constitución venezolana**. Revista de derecho N° 16. Tribunal Supremo de Justicia Caracas.
- (1997). **Naturaleza y alcance de la estabilidad laboral de los trabajadores de la industria petrolera**. Revista de la fundación Procuraduría N° 18. Caracas.
- Petit, F. (2005). **Los Procesos de la estabilidad laboral en Venezuela**. Caracas. Liber.
- Perera, N. (1991). **Las causas de despido en la nueva ley orgánica del trabajo**. Caracas: Paredes.

Reglamento de la Ley del Trabajo. **Gaceta Oficial** Extraordinaria N° 5.292, Gaceta Oficial N° 36.538, Resolución 2500 del Ministerio del Trabajo N° 37.536 del 26 de septiembre de 2002.

Rodríguez, I. (1993). **La estabilidad judicial del trabajo**. Caracas. Jurídica ALVA S.R.L.

Ruprecht, A. (1990). **Tendencias actuales del derecho**. Caracas.

Saba, A. (1976). **Ley contra despidos injustificados**. Caracas.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 2.361 de fecha 03 de octubre de 2002, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/sc/octubre> [Consultada el 01 de marzo 2008]

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social, Sentencia N° 351 de fecha 28 de octubre de 2004, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/scs/octubre> [Consultada el 11 de abril 2005]

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social, Sentencia N° 462 de fecha 25 de abril de 2004, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/scs/abril/> [Consultada el 21 de marzo 2008]

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social, Sentencia N° 1119 de fecha 22 de septiembre de 2004, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/scs/septiembre/> [Consultada el 17 de mayo 2008]

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 2361 de fecha 03 de octubre de 2002, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/sc/octubre/> [Consultada el 14 de enero 2008]

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 370 de fecha 16 de marzo de 2003, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/sc/marzo> [Consultada el 11 de noviembre 2007]

Torres, I. (1978). **El procedimiento del trabajo**. Barquisimeto. Jurídica Rincón.

Villasmil, H. (2001). ***Estudios de derecho del trabajo***. Caracas: Texto. UCAB.

------(1986). ***A propósito del despido indirecto como modalidad del despido abusivo***. Caracas.

Villasmil, F.(2000). ***Comentarios a la ley orgánica del trabajo***. Tomo I. (3^{era} ed.). Maracaibo – Venezuela: Monfort.

ANEXOS

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO**

**PROCEDENCIA DEL DESPIDO COMO CAUSA DE TERMINACION DE
LA RELACIÓN DE TRABAJO.**

Autor: Carmen Gómez
Asesor: Fredy R. Vallenilla

NATURALEZA Y ALCANCE DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA PETROLERA

RAFAEL ORTIZ ORTIZ CARACAS 1997

La Ley del Trabajo sancionada en julio de 1936 estableció un mecanismo indirecto para evitar el despido injustificado, ese mecanismo consistía en el pago de una indemnización de antigüedad equivalente a una quincena de salarios por cada año de trabajo interrumpido con un tope salarial de seis meses. Este advertir que esta indemnización no procedía cuando era el trabajador el que daba por terminado el contrato de trabajo o cuando se procedía a un despido justificado. **(1)**

En la reforma que se le hizo a la Ley en 1945 se estableció que esta indemnización procedía también cuando el trabajador se retiraba por causa justificada. En una nueva reforma a la Ley del Trabajo acaecida en 1947 se estableció que el patrono que despidiera injustificadamente a sus trabajadores o que diere motivos para que estos se retiraran de su trabajo, además del pago de las indemnizaciones de antigüedad y preaviso, cuando este ultimo hubiese sido omitido, la obligación de pagar una indemnización de auxilio de cesantía equivalente también a quince días de salario por cada año ininterrumpidos o fracción superior a ocho (8) meses. **(2)**

La Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en París el 10 de diciembre de 1948 y la Carta Americana de Garantías Sociales (Carta Constitutiva de La Organización De Estados Americanos) de mayo de 1948;

y en el campo estrictamente laboral, la estabilidad en el empleo fue objeto de la recomendación No. 119 acordada en la 47 conferencia del trabajo de la OIT, celebrada en 1963. **(3)**

El 31 de mayo de 1974, el Presidente de la Republica, haciendo uso de los poderes extraordinarios que le había conferido el Congreso de la Republica, reformó la Ley del Trabajo por la vía del decreto, aquí se estableció que las prestaciones de antigüedad y auxilio de cesantías eran derechos que procedían cualquiera fuera la causa de terminación de la relación del trabajo. Un mes después se publico la Ley contra despidos injustificados cuyo objeto fundamental expresado en el artículo 1º fue “Proteger a los trabajadores contra los despidos sin causa justificada”, así se desprende de la exposición de motivos “viene a llenar el vacío existente en nuestra legislación por la carencia de normas que garanticen al trabajador contra la perdida arbitraria de su trabajo. Esto tanto es mas necesario si se considera que la Constitución Nacional en el título III, capítulo IV de los “derechos sociales” establece que la Ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo. **(4)**

LEY CONTRA DESPIDOS INJUSTIFICADOS
SABAS ACOSTA GUEVARA
EDICIONES MAGON CARACAS 1976

ARTICULO 1.- “La presente Ley tiene por objeto proteger a los trabajadores contra los despidos sin causa justificada. A tal efecto, se designaran por el Ministerio del Trabajo Comisiones Tripartitas integradas por sendos representantes del Ministerio del Trabajo, de los Patronos y de los Trabajadores, que tendrán la función de calificar los despidos”.

Esta protección que brinda la Ley a un inmenso sector de la población, no solamente le aseguraría la permanencia en su empleo sino que contribuiría, efectivamente a evitar los riesgos, la incertidumbre y en definitiva los grandes males sociales que, dentro de una colectividad genera el desempleo. Si la aplicación de esta norma llegara a alcanzar plena vigencia nos atreveríamos a decir que se constituiría en una de las mas importantes Leyes de carácter social promulgada en los últimos cuarenta años.

ARTICULO 5.- “Cuando el patrono despida a uno o mas trabajadores deberá participarlo de inmediato a la respectiva Comisión Tripartita indicando las causas que justifican el o los despidos. Así mismo el trabajador podrá ocurrir dentro del termino de cinco (5) días hábiles a contar de la fecha del despido, por ante la Comisión Tripartita de su Jurisdicción, a solicitar que se califique ese hecho”.

La presente disposición legal le impone al patrono la obligación de participar a la Comisión Tripartita los despidos que haya efectuado, estableciendo, posteriormente, los motivos que haya tenido para tales despidos. Esto es razonable, por cuanto son los hechos contenidos en esa participación los que posteriormente serán el fundamento de la calificación durante la secuela del proceso especial pautado para estos casos.

Si el patrono no determinará las razones del despido, no habrá hechos que calificar y en consecuencia, ante la solicitud de reincorporación a sus labores hecha por el trabajador a la Comisión Tripartita no le quedará otra alternativa que ordenarla puesto que ante la carencia de motivos habrá que concluir que el despido ha sido injustificado.

RAFAEL ORTIZ ORTIZ CONTINUA...

Con la promulgación de esta Ley, dice Alvarez Bernée, se dio a los Organismos encargados de calificar los despidos- Comisiones Tripartitas-una facultad inmensurable como lo constituye determinar la juridicidad, la procedencia o no de la terminación de la relación laboral, su calificación (justificado o injustificado) y sus efectos, a pesar de las cruentas polémicas doctrinarias que sobre este tema enfrente la doctrina y la jurisprudencia venezolana. Lo cierto es que la Ley Contra Despidos Injustificados el procedimiento era iniciativa del Trabajador que se considerase despido injustificadamente y se previó la posibilidad del patrono de cumplir, por equivalente la orden de la Comisión Tripartita, es decir, sustituyendo la obligación de reenganchar mediante el pago de una cantidad indemnizatoria al trabajador .(5)

Por su parte, la Constitución de la Republica incluyo en su articulado normas tendientes a la regulación del trabajo; así el artículo 84 expresa: “todos tienen derecho al trabajo. El estado procurará que toda persona apta puede obtener colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa. La libertad de trabajo no estará sujeta a otras restricciones que las que establezca la Ley”. Por otro lado, el artículo 88 establece: “la Ley-adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en servicio y lo amparen en caso de cesantía”. (6)

ESTABILIDAD EN EL TRABAJO
ANTONIO ESPINOZA PRIETO
NO TIENE AÑO

Cuadragésima Séptima Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.- En la agenda de la Cuadragésima Séptima Reunión de la

Conferencia Internacional de Trabajo, celebrada en Ginebra entre el 5 y 26 de junio de 1963 figuraba el punto de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador que consistía en la segunda y última discusión del proyecto elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo, el cual fue definitivamente adoptado el día 26 de junio bajo la forma de recomendación. **Pág. 123**

El parágrafo dos de la recomendación establece que “no debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”; esta declaración coincide fundamentalmente con la definición de la estabilidad que hemos adoptado y también con el criterio de “despido socialmente injustificado” acogido por la legislación alemana de 1951, a cuyo efectos debemos entender que las necesidades del funcionamiento de la empresa establecimiento o servicio, a que hace mención el parágrafo comentado, consisten en lo que nosotros hemos llamado exigencias perentorias de orden económico técnico”, las cuales pueden ser alegadas como causas justificadas para el despido. **Pág. 125**

ESTUDIOS SOBRE DERECHO LABORAL
HOMENAJE A RAFAEL CALDERA TOMO I
CARACAS 1997- EDITORIAL SUCRE

ANTECEDENTES HISTORICOS

EL DESPIDO EN ESPAÑA
MIGUEL HERNÁNDEZ MARQUEZ
CARACAS 1991- PAREDES EDITORES

Puesta ya de relieve una amplia, aunque sintetizada, serie de consideraciones que han de facilitar el estudio de la evolución de la regulación del despido propiamente tal en el derecho español, pasemos al examen de las diversas etapas por las que ha atravesado, reintentando como quedan fuera de nuestra consideración otras especies de ceses en el trabajo bien semejantes al autentico despido, como puedan serlo, como ya hemos dicho, los previamente pactados entre las partes, los colectivos, o los debidos a crisis económicas o reestructuración de empleo, que a parte de tener unas directrices teóricas un tanto singulares es que hasta en muy frecuentes hipótesis son objeto de una normación particularista. **(Pág. 767)**

NERIO PEREIRA PLANAS

CLASES DE DESPIDO

LAS CAUSAS DEL DESPIDO EN LA NUEVA LOT

En la doctrina Colombiana se señalan como causas genéricas como causas de terminación del contrato colectivo de trabajo, las siguientes:

A) Expiración del plazo, refiriéndose evidente a los contratos celebrados a plazo fijo; B) Terminación de la obra o labor contratada; C) La muerte del trabajador; D) El mutuo consentimiento; E) La suspensión de actividades por parte del patrono; F) Liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; G) Sentencia de la autoridad competente y H) Decisión unilateral. **Pág. 150-151**

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO. CARLOS SAINZ MUÑOZ
AÑO 1996 EDITORIAL LITO-JET
FUNDAMENTOS TÉCNICOS

CONCEPTUALIZACIÓN: Se mantiene dentro del contexto normativo la relación específica de cuales son las formas o modalidades con las cuales se puede poner fin a una vinculación laboral y entre ellas se destaca: 1) Por despido (acto unilateral del patrono), por retiro (acto unilateral del trabajador; 3) por voluntad común tanto del empleador como del trabajador; 4) por causas ajenas, y no imputable a la voluntad de las partes.

DEFINICIÓN DEL DESPIDO

Dentro del contexto del artículo 99 se señala la definición del despido, la cual evidentemente constituye un acierto, para facilitar y establecer el contexto de ese acto unilateral del empleador, y el mismo se norma así: "Se entenderá por despido la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o mas trabajadores. Se equiparará el despido injustificado al retiro justificado por el trabajador.

CONCEPTUALIZACIÓN: La definición trata de establecer en una forma que consideramos precisa, en que constituye el despido, el ámbito de aplicación que tiene y adicionalmente señala una equiparación entre este y el retiro justificado del trabajador. Una de las dificultades mas grandes que siempre ha tenido el trabajador en los casos de la defensa de sus derechos frente al despido del patrono, ha sido precisamente en que el mismo no estaba revestido de cierta orientación conceptual y formalidades que permitían al patrono disfrazar al mismo y colocar al trabajador en indefensión. **Pág. 157**

DERECHO DEL TRABAJO
 REFAEL CALDERA TOMO I 2da. EDICIÓN
 EDITORIAL EL ATENEO

La terminación por voluntad unilateral se llama despido cuando proviene del patrono: a pesar de las restricciones progresivamente establecidas, sigue siendo a la forma mas corriente de terminación de trabajo a la vez que la mas fecunda en diferencias entre las partes. Puede decirse que aun hoy, la regulación jurídica del despido ha constituido la parte mas discutida y la que ha dado lugar a la mas numerosa y prolija jurisprudencia. **Pág. 346** No hay, pues, necesidad de aquiescencia alguna: el hecho del despido tiene lugar en el momento en que el patrono manifiesta al trabajador su voluntad de despedirlo; el hecho del retiro se consuma jurídicamente cuando el trabajador manifiesta al patrono su voluntad de terminar la prestación de su servicio. **Pág. 347**

ESTABILIDAD LABORAL EN Venezuela
 JUAN GARCÍA VARA
 SEGUNDA EDICIÓN- 1996

TENDENCIAS A EXCLUIR CAUSAS DE DESPIDO

En este afán que tienen tanto el estado como los sujetos de la relación de trabajo- patronos, trabajadores-se han venido excluyendo causas que permitirían legalmente justificar un despido. Ha venido evolucionando esa idea a tal punto, que si antes se aceptaba la finalización de una prestación de servicios por razones de enfermedad, embarazo, huelga, venta del fondo o empresa, hoy, se han restringido de manera que cada vez sean menos los motivos que puedan invocar un empleador para tratar de poner fin a una relación de trabajo, al punto que, incluso, solo rigen aquellas que de manera taxativa incluyo el legislador en la normativa correspondiente; “en casi todos los países hay tendencias a limitar las causas de extinción del contrato de trabajo en interés de la estabilidad del trabajador” y los motivos que antes podían justificar un despido, ahora son causas de la suspensión de la relación, quedando el dador de trabajo impedido de poner termino a la prestación hasta tanto no cesen las razones de la suspensión. **Pág. 20-21**

EL DESPIDO

En la legislación laboral venezolana, en las relaciones que se rigen por la Ley Orgánica del Trabajo, se prevee unicamente una forma de castigo frente al hecho del trabajador que amerite la imposición de una sanción. Cuando el trabajador comete una de las faltas que de manera taxativa se señala en el

artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, el patrono está solo ante una sola alternativa: o perdona la falta o procede al despido; no se contempla en la Ley Orgánica del Trabajo formas intermedias, como serían la amonestación verbal, la amonestación escrita, la suspensión con goce de sueldo y la suspensión sin goce de sueldo. **Pág. 95**

CAUSAS DEL DESPIDO

En cuanto a las causas el legislador las ha establecido de manera taxativa. En el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo; fuera de las allí señaladas, las partes no pueden acordar otras y, de hacerlo, no podría alegarse desde el punto de vista laboral por las circunstancias de orden público que caracterizan a esta y todas las demás disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo, que no permiten relajarla por patrones y/o trabajadores.

Ahora bien, todas las causales del despido –y también las de retiro– son de la exclusiva sujeción del juez. Es el juzgador quien declara en un juicio de estabilidad laboral si el motivo alegado por el patrono como causa para poner fin a una relación de trabajo está previsto en algunas de las causales del artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, como sería, por ejemplo, si los hechos constituyen o no falta de probidad si la conducta es o no inmoral, si la conducta del trabajador representa una omisión o imprudencia o no; como puede apreciarse son de la relativa apreciación del juzgador lo que para uno pueden ser motivos, para otros no lo es; incluso hasta en la causal contemplada en el literal f)-inasistencia justificada durante tres(3) días en un mes-, cuando el trabajador en su defensa alega haber estado enfermo y que estuvo impedido de participar al empleador, se requieren que la juez se pronuncie sobre esa circunstancia de la imposibilidad de comunicar el motivo de la incomparecencia de prestar la labor.

Si el patrono pone fin a la relación de empleo argumentando hechos que no puedan encuadrarse dentro de las causales establecidas por el legislador en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, el despido tendrá necesariamente que reputarse como injustificado, siempre que se den, claro está, los supuestos legales para que se califique el despido por el procedimiento de la estabilidad relativa.

Alegada por el patrono la causa o las causas para fundamentar su decisión unilateral de poner fin a la relación de trabajo y enmarcadas dentro de las causales del artículo 102 de la Ley Orgánica de Trabajo, le corresponde a aquel la demostración procesal de los hechos imputados al laborante. **Pág. 97-98**

INSTITUCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL - OSCAR HERNÁNDEZ ALVAREZ- MÉXICO 1997

La terminación por voluntad unilateral se considera constitutiva de un despido cuando proviene del empleador y de un retiro cuando proviene del trabajador. Es de observar que esta nomenclatura no es unánime ni en la doctrina ni en la legislación. Así, las expresiones resolución, rescisión, denuncia, desahucio, revocatorio, renuncia, dimisión, etc, son empleadas en lugar de los vocablos despido y retiro, que preferimos por ser mas precisos como definitorios de las situaciones a que se refieren. Tanto el despido como el retiro pueden ser justificados o injustificados según se hallen o no fundamentados en las causas de justificación establecidas por la ley, siendo en cada caso diferentes las consecuencias económicas de la terminación. El análisis de las causas justificadas de despido y retiro, que constituye uno de los mas ricos filones de la doctrina y la jurisprudencia laboral. **Pág. 553**

La manifestación de voluntad de poner fin a la relación debe ser expresa, de manera tal que la simple amenaza no es capaz de configurar el despido o el retiro. Tal manifestación, en el caso del retiro, debe hacerla el propio trabajador o una persona debidamente autorizada por el. En el caso del despido, la manifestación debe hacerla el patrono-su representante legal, si es una persona jurídica colectiva- o cualquiera de los empleados que a los fines laborales, puedan actuar en su nombre aun cuando no tengan la representación estatutaria.

DESPIDO POR MOTIVOS ECONÓMICOS O TECNOLÓGICOS

Cuando el patrono despide al trabajador apremiado por motivos de carácter económico o tecnológico, se esta frente a una causal de terminación que difícilmente se encuentra dentro de las categorías anteriormente explicadas, ya que si bien es cierto que se trata de una decisión unilateral del patrono, no lo es menos que tal decisión no responde a una simple voluntad suya sino a condiciones externas de orden económico o tecnológico que explican, y en diversas legislaciones determinan, la existencia de consecuencias y procedimientos específicos en relación a este tipo de despidos. **Pág. 554**

EL JUICIO DE CALIFICACIÓN DE DESPIDO
JOSÉ GONZÁLEZ ESCORCHE
PAREDES EDITORES
CARACAS 1995

Aplicando estas teorías al caso venezolano podemos sostener que se admite el sistema de despido propuesto, en una forma etípica, pues el artículo 101 de la Ley Orgánica del Trabajo, permite que el patrono de por terminada la relación de trabajo cuando exista causa justa para ello, sin que tenga que indemnizar al trabajador por los daños que ello le pudiera ocasionar, pero condiciona la validez del despido directo en el artículo 112, eiusdem, a un fallo judicial, cuando consagra la estabilidad laboral para aquellos trabajadores que no sean de dirección y que tengan mas de tres (3) meses de servicios del patrono. Lo que significa que nuestro legislador admite la tesis del despido directo, en el caso de los trabajadores que tengan menos de tres meses (3) de permanencia en una empresa y a la vez protege al trabajador permanente con mas de tres (3) meses de servicios otorgándole el derecho de solicitar la calificación del despido directo ante el Tribunal de Estabilidad Laboral, convirtiéndolo en un despido propuesto que necesitara de el pronunciamiento judicial para adquirir eficacia legal. **Pág. 26**

NUEVA DIDACTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO
 RAFAEL J. ALFONSO-GUZMAN
 EDITORIAL MELVIN
 DUODÉCIMA EDICIÓN 2001 CARACAS

Los contratos de trabajo terminan, según la ley venezolana:

- a) Por despido o retiro.
- b) Por conclusión de la obra o vencimiento del término.
- c) Por casos fortuitos o de fuerza mayor.
- d) Por las causas validamente estipuladas en la ley y los contratos.
- e) Por mutuo consentimiento.
- f) Por las demás causas de extinción de los contratos conforme al derecho común, que sean aplicables a los contratos de trabajo.

CAUSAS JUSTIFICADAS DE TERMINACION DEL CONTRATO

Los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Trabajo recogen las causas justificadas de despido y de retiro, las cuales son simétricas, vistas desde los ángulos opuestos del patrono y del trabajador, salvo casos excepcionales por la peculiaridad de las obligaciones propias de dichos sujetos.

En general, puede decirse que nuestras causas justificadas de despido o retiro del trabajador tienen las siguientes características:

- e) Implican un incumplimiento grave, por acción u omisión de obligaciones expresadas del contrato de trabajo, o derivadas de él en virtud de la equidad, el uso, o la ley.
- f) Son de orden público, esto, es no pueden constituir materia de estipulación par evadir o relajar su cumplimiento, en particular las que garantizan el derecho de retiro del trabajador.
- g) Son genéricas (enunciados comprensivos de distintos tipos o clases de incumplimientos graves) y taxativas. Hemos de aclarar, sin embargo que, no todas las causas de despido o retiro aparecen incluidas en los artículos 102 y 103 de la Ley. En los regímenes especiales de trabajo (Titulo V, LOT) , son frecuentes los ejemplos de casos especiales de despido y de retiro justificados del trabajador: por ejemplo, el maltrato, el deportista a los jueces o árbitros, etc. (Art. 314), así como las determinadas en los artículos 332,352,y 367, son también causales de despido justificado. En cambio, en el párrafo Segundo del Artículo 335 ejusdem (el cambio de nacionalidad de un buque venezolano), puede apreciarse una causa adicional de retiro justificado del tripulante que en el 355 ejusdem.
- h) Son actos voluntarios generalmente instantáneos, realizados sin propósitos de modificar el contenido del contrato de trabajo, pero que, sin embargo, transgreden gravemente obligaciones que forman parte de ese contenido. **Pág. 330-331**

Precisando su criterio sobre el efecto extintivo de la relación laboral, propio de la jubilación, la CSJ (sala civil) asentó:

“por lo que se refiere al otro aspecto de la denuncia, se observa que la alcanzada no estableció que subsista la relación de trabajo luego de la jubilación, sino que esta “no rompe la vinculación laboral”: La relación de trabajo termina por cuales quiera de las causas estipuladas por la ley o en el contrato, entre ellas la jubilación del trabajador, pero subsiste un vínculo jurídico que tiene su causa en el contrato de trabajo, por lo cual tiene carácter laboral cuyo objeto es el pago de las cantidades o pensión acordadas a titulo de jubilación. La situación, en este sentido, es similar a la existente luego de la terminación del contrato de trabajo por cualquier otra causa, en el cual subsiste la obligación del patrono de pagar las prestaciones sociales, vinculo este de naturaleza laboral”.

OTRAS LIMITACIONES AL DERECHO DE DESPEDIR

La estabilidad del trabajador impone al patrono una limitación a su derecho de terminar, por su voluntad, el contrato o relación de trabajo, previo pago de las prestaciones e indemnizaciones previstas legalmente. Pero, al lado de estas limitaciones la Ley Orgánica del Trabajo contempla otras por motivos diferentes de los de índole social o sindical, que privan en el Instituto de la Estabilidad y la Suspensión.

Nos referimos a la prohibición del despido del trabajador mientras el buque este en el mar o en un país extranjero salvo que haya sido contratado en ese país, a que alude el artículo 353.

EL DESPIDO Y EL RETIRO

El despido es el acto jurídico mediante el cual el patrono pone fin, justificada o injustificadamente al contrato de trabajo. En oposición al despido, el acto jurídico por medio del cual el trabajador extingue justificada o injustificadamente, al contrato de trabajo. En oposición al despido, el acto jurídico por medio del cual extingue, justifica o injustificadamente, su contrato de trabajo se llama retiro. Tanto el despido como el retiro son, pues, injustificados o no, hechos voluntarios. Así, la expresión “retiro voluntario” usada por nuestro legislador en el artículo 107 de la LOT; encierra una patente redundancia.

Según el artículo 99 LOT el despido será justificado cuando el trabajador ha incurrido en una causal prevista por la Ley; e injustificado, “cuando se realiza sin que el trabajador en causas que lo justifiquen”.

A su vez, el artículo 100 declara justificado el retiro “cuando se funde en una causa prevista por esta Ley y sus efectos patrimoniales se equiparan a los del despido injustificado.”.

Tanto el despido como el retiro son actos jurídicos recepticios, esto es, que producen sus efectos en cuanto llegan a conocimiento de aquel a quien van dirigidos. Carecen, por tanto, de valor disolutario de la relación de trabajo, el despido y el retiro no notificados al trabajador o patrono, respectivamente, aunque la decisión haya sido ciertamente adoptada y se haya difundido la noticia en la colectividad de trabajo.

De acuerdo con el artículo 105 LOT, el despido debe notificarse **Pág. 329-330-331-332-333** por escrito al trabajador, cuando con indicación de la causa en que se fundamenta. No exige la LOT una formalidad igual para el acto retiro.

En los contratos por tiempo determinado y para una obra determinada, el despido y el retiro aparecen también como sanciones como el incumplimiento: manifestaciones de voluntad tendientes a resolver anticipadamente el negocio jurídico celebrado, en vista del incumplimiento de una de las partes. En el contrato por tiempo indeterminado, el despido y el retiro suelen expresar el desinterés del patrono o del trabajador, en continuar vinculado con la otra parte.

El cumplimiento debe ser grave para ser considerado causal justificada de despido o retiro. Aunque el catálogo de faltas del trabajador (art.102) o del patrono (Art. 103), representa un enunciado de hechos objetivamente graves, ello no excluye que, por lo regular, la apreciación de la gravedad de la causal quede a criterio del juzgador. De ese modo, si la inasistencia injustificada al trabajo durante tres (3) días hábiles en un mes, constituye una falta cuya gravedad no requiere ser especialmente ponderada, por estar propuesta *claris veris* por el legislador, las restantes causales exigen del funcionario encargado de calificar la falta la valoración del hecho en sí, sus consecuencias dañosas, y de mas circunstancias concurrentes, a fin de que el despido o el retiro luzcan como una consecuencia lógica, proporcionada e inmediata del incumplimiento de la otra parte.

La causal de despido o de retiro no podrá invocarse si hubiere transcurrido treinta (30) días continuos desde que el patrono o el trabajador haya tenido, o debido tener conocimiento del hecho para terminar la relación por voluntad unilateral (Art. 101 LOT) . **Pág. 334.**

EL DESPIDO INDIRECTO

Es una forma de despido justificado del trabajador (Art. 103, Parágrafo 1 LOT). Si el despido puro y simple presupone la voluntad unilateral del patrono, manifestada en forma clara y categórica de terminar el contrato de trabajo, los supuestos constitutivos del despido indirecto descubre la voluntad del patrono de mantener vigente el contrato, en otras condiciones del trabajador es libre de aceptar, o no. En este ultimo caso, el retiro justificado del trabajador es el hecho que pone fin al contrato de trabajo. La aceptación puede ser expresa o tácita, pues esta puede ser inferida de la normal ejecución del contrato después de su modificación, si el trabajador no a consignado su inconformidad ante el patrono (Art. 69 LOT).

El artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo considera despido indirecto la exigencia del patrono al trabajador a realizar un trabajo de índole distinto del que esta obligado en el contrato o por la ley; o que sea incompatible con la dignidad o capacidad del trabajador, o prestar su servicio en condiciones

de cambiar su residencia, salvo que se haya convenido en el contrato (literal a, parágrafo 1, Art. 103 CIT). **Pág. 335**

Son también causales de despido indirecto: La reducción del salario (Lit. b); el traslado del trabajador a un puesto inferior (Lit. c); el cambio arbitrario de horario (Lit. d); y otros hechos semejantes que alteren las condiciones existentes de trabajo (Lit. e). **Pág. 336.**

DESPIDOS MASIVOS

OSCAR HERNÁNDEZ ALVAREZ L.O.T.

A fin de llenar las lagunas que presenta la LOT, los artículos 63 al 68 del Reglamento establece cual es el procedimiento a seguir en aquellos casos en que en una determinada empresa se produzcan despidos que, por ajustarse al lapso y a las cifras o porcentajes establecidos en en Art. 34 LOT. Puedan ser considerados como masivos **Pág.242**

DESPIDO POR RAZONES ECONÓMICAS Y TECNOLÓGICAS

En el articulo 69 al 71, del Reglamento, aun forzado por los limites que impone el Art. 34 LOT, que regula este instituto conjuntamente con los despidos masivos y remite por demás confusa la solución de ambas situaciones a las normas sobre negociaciones y conflictos colectivos, estos artículos señalan las diversas etapas que deben cumplirse para la tramitación de una reducción de personal basadas en circunstancias económicas, o de progreso o modificaciones tecnológicas. **Pág. 247**

DESPIDO INDIRECTO
ANTONIO ESPINOZA PRIETO
EDITORIAL BUCHIVACOA

Villasmil se plantea el problema en la ubicación del concepto de despido indirecto, el cual, pese a haber sido calificado como despido injustificado, por tener su origen en un comportamiento ilegítimo del patrono dentro de la diuturnidad de la relación de trabajo y entrañar una autentica manifestación de su voluntad de rescindir el vinculo laboral el legislador, lo coloca entre las causales de despido injustificado. **Pág. 11**

Otros planteamientos podemos resumirlos así:

- 1) El despido indirecto es una modalidad del despido; implica una manifestación tacita, pero real del patrono de dar por concluido el contrato del trabajo.

- 2) Es errónea la ubicación de despido indirecto en las causales como lo hace el Art. 103 LOP persistiendo en el error del Art. 33 de la misma. Ello tiende a confundir la manifestación de voluntad de ruptura del contrato intrínseca en la conducta del patrono con el rechazo que de dicha realiza el trabajador cuando decide considerarse despedido indirectamente. **Pág. 28**

REVISTA DE DERECHO 16
TSJ. 2005
RAFAEL ORTIZ ORTIZ

El despido es el acto jurídico por el cual el empleador o su representante manifiesta de manera expresa o tacita, directa o indirecta, su voluntad de poner fin a la relación laboral con o sin una causa justificante . **Pág. 354**

REVISIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA

ANTECEDENTES

la institución del despido indirecto, cobro vigencia a raíz de la reforma de la ley de 4 de mayo de 1945, dado que la institución del despido indirecto fue totalmente desconocida por los proyectistas de la Oficina Nacional del Trabajo y por el legislador de 1936.

En 1945 se adoptó la actual redacción de la norma, debiendo ser considerado despido indirecto todo cambio de trabajo pues no ha sufrido modificaciones posteriores.

Mas adelante desarrollaremos con amplitud el tema concerniente al campo de aplicación de la Ley Contra Despidos Injustificados, en vigor, pero creemos suficiente lo ya explicado para permitir comprender que el mecanismo concebido por esa Ley para hacer efectiva la permanencia del trabajador en el cargo que ocupaba en la empresa (el reenganche), resulta inaplicable en los supuestos de despido indirecto, en los que el propio afectado por el quebranto del contrato de trabajo carece de interés en recuperar el empleo que voluntariamente dejó.

Insistimos en la idea de que ninguna de las hipótesis de retiro justificado del trabajador pudo ser contemplado por el legislador dentro del campo de la Ley Contra Despidos Injustificados, en razón de que los instrumentos que a esta sirven para garantizar el derecho a la estabilidad creado por ella resultan ser incongruentes en todas esas hipótesis. ¿Qué sentido podría tener el instituto legal del reenganche para un trabajador injuriado gravemente, o físicamente maltratado, o moralmente en peligro por causa de un patrono desconsiderado, proclive a las vías de hecho, o deshonesto? ¿Y que sentido puede tener para un trabajador ese mismo instituto en los casos en que el patrono le ha manifestado la decisión de trasladar la sede de la empresa para otra localidad distante, o le disminuye el ingreso periódico por consecuencia de un cambio en la técnica de producción, o por mutaciones de mercado, o le atribuye distintos trabajos por haberse agotado ya la labor original?. El retiro, en todos estos ejemplos, luce como la única salida jurídica para compaginar la libertad de gozar de que goza el trabajador, de resolver el contrato de trabajo, con el

derecho de exigir la correspondiente responsabilidad laboral y civil de su patrono, una vez que juzgue moral o materialmente imposible la continuación del contrato.

Ciertamente existen situaciones en que el cambio propuesto o adoptado por el patrono puede ser modificado por efecto de acto de la autoridad competente (Inspección del Trabajo, por ejemplo). Mas aparte de que ello no es factible en todas las hipótesis, ya señaladas anteriormente. Lo cierto es que el acto de autoridad destinado a corregir o rectificar el comportamiento anticontractual del patrono solo puede concebirse mientras el contrato se mantiene todavía vigente; es decir cuando todavía no se ha producido el retiro justificado del trabajador. Una vez elegida por esta vía, la intervención de las Comisiones Tripartitas resultaría prácticamente ineficaz por tardía, puesto que habría de producirse después del retiro del trabajador, y, además, psicológicamente desatinada, dado que la desinteligencia del trabajador como el patrono a quien le ha reclamado inútilmente la rectificación del acto dañoso, habrá alterado seguramente la posibilidad de una convivencia pacífica y amistosa entre ellos, para continuar la relación. Recuérdese que el contrato de trabajo es un contrato de fiducia, en que el respeto, la consideración, la lealtad y la confianza mutuas adquieren relieves inusuales por efecto del trato personal que aquel impone.

RAFAEL ALFONZO GUZMÁN-ESTUDIO ANALÍTICO DE LA LEY DEL TRABAJO VENEZOLANA- TOMO I

Por su parte Villasmil se plantea el problema en la ubicación del concepto de despido indirecto, el cual, pese a haber sido calificado como despido, evidentemente, injustificado, por tener su origen e un comportamiento ilegítimo del patrono dentro de la diuturnidad de la relación de trabajo y entrañar una autentica manifestación de su voluntad de rescindir del vinculo laboral el legislador, lo coloca entre las causales de retiro justificado.

Por ello dice: “Dicha manifestación de querer resolver el vinculo se produce mediante una acción, si bien no directa, si tacita, aunque no por ello menos evidente, respecto la intencionalidad que esconde. Entre esa manifestación de voluntad y la cesación efectiva, no hay ordinariamente inmediatez, ni tiene por que haberla, por cuanto constituyen dos momentos perfectamente diferenciables: la manifestación dada por el patrono de querer resolver el contrato y la desincorporacion o retiro del trabajador. Si el despido indirecto es ciertamente un despido-como normalmente admite el legislador- es porque comporta una inequívoca intencionalidad del patrono de dar por terminado el vinculo, y es precisamente esa manifestación de voluntad ajena a toda causalidad legitima, lo que permite reconocerle despido indirecto como el modo de distracto, que opera por voluntad unilateral del patrono, voluntad siempre susceptible de producir la ruptura de la relación. Pág- 11-12

Así mismo la opinión de Guzmán sobre el despido indirecto dice: “ Es una forma de retiro justificado del trabajador (Artículo 103, Parágrafo Primero LOT). Si el despido es puro y simple presupone la voluntad unilateral del patrono, manifestada en

forma clara y categórica, de terminar el contrato de trabajo, los supuestos constitutivos del despido indirecto descubren la voluntad velada del patrono de mantener vigente el contrato, pero en otras condiciones que el trabajador es libre de aceptar o no. En este último caso, el retiro del trabajador es el hecho que pone fin al contrato de trabajo. Pág. 52

“Recordamos en este punto nuestro parecer de que los casos de retiro- entre ellos el despido indirecto-están fuera de competencia funcional de los jueces de Trabajo y de Estabilidad Laboral, reducida al conocimiento de los casos de despido (directo) del trabajador con derecho e interés del reenganche (Art. 116 LOT), en las situaciones de despido indirecto, el empleado u obrero que no goza de inamovilidad tiene, ciertamente, interés en que las alteraciones injustificadas de su contrato, por parte del empleador, sean corregidas. Pero de no lograrlo por sus gestiones amigables ante su patrono , el único camino legal que se le ofrece es el retiro justificado, dado que los mencionados jueces carecen de atribuciones, que si tiene el Inspector del Trabajo respecto de los trabajadores con fuero sindical o inamovilidad, en general, para restituir las anteriores condiciones de trabajo (Art. 453 LOT). Es obvio, entonces que el trabajador que optó por no proseguir en su empleo, no desee volver a el en las condiciones arbitrariamente modificadas por el empleador. Pág. 55

La verdadera solución no puede ser otra que la de permitirle al trabajador que se considere despedido en forma injustificada, y en consecuencia, pueda acudir a todas las instancias legales para que el Estado ordene establecer la situación jurídica legal y

constitucional infringida por la conducta ilegítima del patrono. En este caso no es que el trabajador se retira y se queda simplemente humillado y ofendido, solo compensado por una indemnización que tendría que pelear en un interminable juicio ordinario laboral; sino que, es lo correcto, se considera despido y tiene derecho a solicitar dignamente la protección del Estado, para que restaure sus derechos. Pág. 57

Tampoco compartimos la definición de despido indirecto que el maestro Guzmán nos ofrece cuando dice: “ En resumen, debe considerarse despido indirecto todo cambio del trabajo y todo acto del patrono, justificado o no, capaz de ocasionar un perjuicio al trabajador, de índole material o moral, por alteración unilateral de la relación obligatoria establecida”. No podemos estar de acuerdo con esa definición, porque consideramos que cualquier cambio de trabajo o acto del patrono que sea capaz de producir u ocasionar un perjuicio moral o físico al trabajador, es siempre injustificado; no puede ser, jamás, justificado. Toda alteración unilateral arbitraria de la relación obligatoria establecida, es siempre ilegítima, y por ende, injustificada. Pág. 58

Lo planteado por el Doctor Guzmán tiene, a nuestro juicio, pleno sentido cuando se trata de casos del retiro justificado típico; es decir, el que resulta de un acto voluntario del trabajador fundamentado en que el patrono incurrió en algunas de las causales contempladas en los literales, A, B, C, D, E y F del artículo 102 LOT; pero no para el despido indirecto. Quien se retira justificadamente en virtud de cualquiera

de las causales mencionadas antes, manifiesta su voluntad inequívoca de no continuar, de no mantener, la relación de trabajo; pero quien se considera injustificadamente despedido porque el patrono ha incurrido en una causal de despido indirecto, lo que realiza es un acto de rechazo a la propuesta arbitraria e ilegítima de éste, que constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y, por ende, le corresponde la titularidad de todas las acciones y recursos que la ley provee para combatir el despido injustificado y restituir la situación jurídica infringida al estado de su absoluta normalidad. Pág. 59

También Juan García Vara considera que “cuando el legislador prevé en su normanita, otorgándole rango legal, el derecho del trabajador a poner fin a la relación de trabajo mediante el retiro justificado cuando la conducta del patrono puede encuadrarse dentro de las causales del artículo 103 de la LOT, es para que el laborante tuviese la oportunidad legal de dar por terminada la relación de finalizarla, no a pedir que continúe o no se extinga en el despido indirecto; es el trabajador quien decide la ruptura del vínculo de trabajo, retirándose con justa causa”. Pág. 64-5

Igualmente, Goizueta Herrera dijese : “Tampoco procede el pago de salarios caídos. Como en este caso no existe expectativa de la continuación de la relación de trabajo, ya que esta se extinguió, no se da la condición establecida en el artículo 125 que permite la determinación de los salarios caídos en función de lo que hubiere

dejado de percibir durante el procedimiento y como ya hemos señalado, aquí no se aplica el procedimiento de reenganche”.Pág. 83

ANTONIO ESPINOZA PRIETO

DESPIDO INDIRECTO Y EFECTOS PATRIMONIALES DEL RETIRO

En la Ley Orgánica del Trabajo Parágrafo Primero se considera despido indirecto:

A.- La exigencia que haga el patrono al trabajador, de que realice un trabajo de índole manifiestamente distinta de la que aquél a que está obligado por el contrato o por la Ley, o que sean incompatibles con la dignidad y capacidad profesional del trabajador, o de que preste sus servicios en condiciones que acarreen un cambio de su residencia, salvo que en el contrato se haya convenido lo contrario, o la naturaleza del trabajo implique cambios sucesivos de residencia para el trabajador, o que el cambio sea justificado y no acarree perjuicio a este.

B.- La Reducción del Salario

C.- El traslado del trabajador a un puesto inferior

D.- El cambio arbitrario de horario de trabajo; y

E.- Otros hechos semejantes que alteren las condiciones existentes de trabajo.

Parágrafo Segundo: No se considerará como despido indirecto:

A.- La reposición de un trabajador a su puesto primitivo, cuando sometido a un período de prueba en un puesto superior, se le restituye a aquél. El periodo de prueba no podrá exceder de 90 días.

B.- La reposición de un trabajador a su puesto primitivo, después de haber estado desempeñando temporalmente, por tiempo que no exceda de 180 días, un puesto superior por falta del titular de dicho puesto; y

C.- El traslado temporal de un trabajador, en caso de emergencia a un puesto inferior, dentro de su propia ocupación y con su sueldo anterior, por un tiempo que no exceda de 90 días. (Pág. 184).