AA5739

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD FRENTE A LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO VIGENTE

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista, en Derecho del Trabajo.

Autor: Mónica P. Burbano Rojas

Asesor: Dr. Antonio Espinoza Prieto

Caracas, enero de 2011

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **BURBANO ROJAS, Mónica Patricia**, titular de la cédula de identidad No. 6.848.563, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título es: **El Derecho a la Estabilidad frente a la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador en el Ordenamiento Jurídico Venezolano Vigente**. 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 Caracas, a los veintiun días del mes de enero de dos mil once..

ANTONIO ESPINOZA PRIETO
C.I. 874.252

INDICE GENERAL

	Pag.
CARTA DE ACEPTACION DEL ASESOR.....	ii
LISTA DE SIGLAS.....	vi
RESUMEN	vii
INTRODUCCION.....	1|
CAPITULO I. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO A LA ESTABILIDAD	6
A. El Derecho a la Estabilidad como Componente del Derecho Humano Trabajo.....	8
B. El Derecho a la Estabilidad en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.....	15
C. El Derecho a la Estabilidad en la Legislación Laboral.....	27
a. Ley Orgánica del Trabajo.....	35
b. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.....	40
c. Ley Orgánica Procesal del Trabajo.....	42
D. El Derecho a la Estabilidad en los Instrumentos de Derecho Internacional Público Ratificados por Venezuela.....	43
a. Declaración Universal sobre Derechos Humanos (ONU, 1948).....	44
b. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1978).....	46
c. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, OEA, 1977).....	48
d. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 2005).....	48
e. Carta Democrática Interamericana (OEA, 2001).	51
E. El Derecho a la Estabilidad en el Derecho Comparado.....	52

CAPITULO II. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. ESTABILIDAD ABSOLUTA Y ESTABILIDAD RELATIVA, ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y ESTABILIDAD EN EL TRABAJO..... 76

A. La Estabilidad Absoluta y la Estabilidad Relativa..... 77
B. Estabilidad en el Empleo y Estabilidad en el Trabajo..... 80
C. Estabilidad En El Cargo Y Estabilidad En La Empresa..... 89
D. Concepciones de la Doctrina Nacional sobre la Estabilidad..... 93
E. La Estabilidad en la Doctrina Internacional..... 97

CAPITULO III. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO EN LOS TRIBUNALES NACIONALES..... 103

A. Decisiones Emanadas de los Tribunales del Trabajo..... 105
B. Decisiones Emanadas del Tribunal Supremo de Justicia..... 112

CAPITULO IV. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL DERECHO A ESTABILIDAD EN EL EMPLEO..... 123

A. Instrumentos Sobre Estabilidad Aprobados en el Seno de la Organización Internacional del Trabajo..... 127
B. Recomendación No. 119 Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo..... 130
C. Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo "Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador"..... 134
D. Recomendación No. 166 Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo..... 140
E. Recomendación No. 198 Recomendación sobre la Relación de Trabajo..... 144
F. Aplicación de los Postulados de los Instrumentos sobre Estabilidad Aprobados en el Seno de la OIT y ratificados por Venezuela en los Tribunales Nacionales..... 148

CAPITULO V. LA TERMINACION DE LA RELACION DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR FRENTE A LA ESTABILIDAD DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA OIT..... 155

A. El Artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela..... 156
B. El Artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo y los Instrumentos Aprobados en la Organización Internacional del Trabajo.. 163
C. La Estabilidad y la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador Ante una Inminente Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo..... 167

CAPITULO VI. NULIDAD DEL DESPIDO INJUSTO A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 89, NUMERAL 4 Y 93 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA..... 175

CONCLUSIONES 180

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS..... 187

LISTA DE SIGLAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución española.

CEUV: Constitución de los Estados Unidos de Venezuela

CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

CST: Código Sustantivo Del Trabajo.

CT: Código de Trabajo.

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española

GO: Gaceta Oficial

GORBV: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

LCT Ley de Contratos de Trabajo

LET: Ley del Estatuto de los Trabajadores

LFT: Ley Federal del Trabajo

LOT: Ley Orgánica del Trabajo.

LOPTRA: Ley Orgánica Procesal del Trabajo

LPCL: Ley de Productividad y Competitividad Laboral

OEA: Organización de Estados Americanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de Naciones Unidas

RLOT: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

TSJ: Tribunal Supremo de Justicia

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD FRENTE A LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO VIGENTE

Autor: Mónica Patricia Burbano Rojas
Asesor: Dr. Antonio Espinoza Prieto
Enero, 2011

RESUMEN

El derecho a la estabilidad garantiza el ejercicio pleno del trabajo como derecho humano, no obstante también se aprecia como un obstáculo para la libertad de acción del patrono ante coyunturas económicas. Esta dualidad de intereses se refleja en el derecho venezolano, donde por un lado la Constitución de 1999, consagra el resguardo irrestricto a la estabilidad, y por otro la Ley Orgánica del Trabajo, permite la insistencia en el despido por parte del empleador, fórmula esta que persiste en las decisiones de los tribunales de la República.

Tanto la doctrina como el derecho comparado mantienen vigente la discusión sobre el tema, con variados puntos de vista con dificultad de consenso, más aún en el escenario actual donde el acelerado proceso de globalización y el desequilibrio económico, han generado nuevas formas de trabajo y con ello nuevas perspectivas que se centran en disertar sobre estabilidad absoluta y relativa, en el empleo y en el trabajo, en el cargo y en la empresa.

Destacamos el trabajo de la OIT, que es consecuente en incorporar la estabilidad como tema de agenda, con la aprobación de instrumentos normativos vinculantes para Venezuela por mandato constitucional.

Se trata de analizar el derecho a la estabilidad en el derecho nacional y comparado, revisar las concepciones doctrinarias, los instrumentos normativos de la OIT y su aplicación por parte de los tribunales de la República para precisar la óptica nacional sobre el tema de estabilidad y el despido por iniciativa del empleador.

Aplicaremos el método de investigación documental monográfico a nivel descriptivo para examinar el ordenamiento jurídico en estudio de acuerdo a la interpretación objetiva y subjetiva; apoyándonos en la evaluación de la información de la doctrina y la jurisprudencia venezolana.

Descriptores: trabajo como derecho humano, estabilidad absoluta, estabilidad relativa, estabilidad en el empleo, estabilidad en el trabajo, despido injustificado, estabilidad en el cargo, estabilidad en la empresa.

INTRODUCCION

El derecho al trabajo está definido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 2000) como un derecho y un deber, para el que se concibe al Estado como garante de su pleno ejercicio, a través de la adopción de medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener una ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa.

En efecto, de acuerdo a los postulados de la Carta Magna, el Estado tiene la obligación de fomentar el empleo y de asegurar la estabilidad en el trabajo, lo cual consolida a través del artículo 93 que estipula en forma expresa una limitación al despido no justificado, lo considera contrario a la Constitución y en consecuencia nulo, concepción esta sustancialmente distinta a la que se observa en la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) vigente, que prevé el despido injustificado como una de las formas de terminación de la relación de trabajo y en consecuencia conviven el derecho del trabajador de mantenerse en su empleo pero a la vez considera la posibilidad de que el empleador de forma unilateral y totalmente legal rompa ese vínculo con el correspondiente

pago de una suma de dinero de carácter indemnizatorio, establecido en el artículo 125 de la LOT.

Así pues, la Carta Magna de 2000, concibe una nueva forma de Estado con preceptos constitucionales de avanzada, para cuya materialización urge la armonización de leyes anteriores, situación que fue prevista en las Disposiciones Transitorias, para el caso que nos ocupa, específicamente a través de la disposición transitoria Cuarta que estipula el compromiso de la Asamblea Nacional de aprobar la Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo dentro del primer año de su instalación, y que sin embargo después de más de nueve años, la mora del legislativo, permitió abundar en esta inconstitucionalidad.

Sea cual sea el criterio adoptado, el concepto de estabilidad laboral tiene implícito la noción de despido y por tanto implica que tal noción, propia del Derecho Laboral, al ceder a la posibilidad del empleador de extinguir el vínculo sin expresión de causa, atenta además contra la materialización del trabajo como derecho humano y con el deber ser, que se concretaría en una política de respeto al empleo, donde la estabilidad laboral solo se pierda por condiciones o modalidades previamente establecidas, que afiancen la protección contra el despido arbitrario y coincida con la noción misma de

empleo decente o productivo postulado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919), de la cual Venezuela es Estado parte.

En consecuencia, con este estudio se pretende profundizar en el concepto de estabilidad, en el tratamiento que se le ha dado al mismo dentro del ordenamiento jurídico nacional y precisar las herramientas que posee el trabajador para protegerse de la arbitrariedad del patrono al insistir en el despido injustificado, con base en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los instrumentos ratificados emanados de la Organización Internacional del Trabajo (1919), no se trata de defender a ultranza la permanencia de un trabajador en su puesto de trabajo, no obstante no se puede perder de vista que la estabilidad es requisito para ejercer a plenitud el derecho al trabajo como fin principal del Estado.

Por tal razón y a efectos de alcanzar el objetivo principal de la presente investigación es menester definir el sustrato jurídico del derecho a la estabilidad como elemento del derecho humano trabajo, tanto en el ordenamiento jurídico interno como en los instrumentos de derecho internacional público suscritos y ratificados por Venezuela; precisar las concepciones doctrinarias sobre estabilidad: estabilidad absoluta, estabilidad relativa, estabilidad en el empleo y estabilidad en el trabajo, estabilidad en el cargo y estabilidad en la empresa; determinar el tratamiento dado al derecho

a la estabilidad en los tribunales nacionales; evaluar los instrumentos normativos aprobados en la OIT, ratificados por Venezuela, y su forma de aplicación en las decisiones de los tribunales nacionales y en el derecho comparado; identificar si el despido por iniciativa del empleador establecido en la LOT (1997) se sustenta en los postulados constitucionales referentes a la estabilidad y en los contenidos de los instrumentos normativos ratificados por Venezuela en el marco de la OIT y precisar el concepto de la nulidad del despido injusto a la luz de los artículos 89, numeral 4 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000).

Para cumplir con los objetivos planteados, el trabajo es de tipo monográfico y se realizó mediante el método de investigación cualitativo documental y descriptivo, a través de la revisión bibliográfica de los textos legales, de los criterios doctrinarios, del derecho comparado y la jurisprudencia patria e internacional de acuerdo con la interpretación objetiva y subjetiva.

En razón de esto, la investigación se estructuró en seis capítulos, en el primero de los cuales se hace una revisión del derecho a la estabilidad como componente del derecho al trabajo a través de una revisión minuciosa de su tratamiento en el ordenamiento jurídico y en los instrumentos internacionales; seguidamente el capítulo II se refiere a los tipos de estabilidad de acuerdo a las concepciones establecidas por la doctrina nacional e internacional.

En el capítulo III se estudia el tratamiento dado al derecho a la estabilidad en el empleo en los tribunales nacionales, incluyendo las opiniones del Tribunal Supremo de Justicia, a continuación el capítulo IV expone los instrumentos sobre estabilidad aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo. En el capítulo V nos encontramos con un análisis sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador frente a la estabilidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los instrumentos normativos de la OIT.

Finalmente en el capítulo VI trataremos la nulidad del despido injusto a la luz de los artículos 89, numeral 4 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

CAPITULO I

EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO A LA ESTABILIDAD

El empleo es la principal fuente de subsistencia de los trabajadores y de su familia, motivo por el cual es menester que éste se desarrolle en un ambiente de certitud, que solo se puede lograr teniendo garantizada la continuidad, de allí pues que solo se puede concebir el ejercicio pleno del derecho al trabajo garantizando la permanencia del vínculo laboral, es decir el derecho a la estabilidad.

Es así como la estabilidad construida sobre la figura del contrato de trabajo a tiempo indeterminado se proyecta hacia el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo y por tanto constituye un componente esencial tanto del propio derecho al trabajo como de todos los derechos fundamentales de tipo social, en consecuencia cabe agregar, siguiendo el discurso de Baylos (2004, citado en Pérez, 2004) que "*La estabilidad en el empleo ha sido un elemento central en el diseño de la tutela de los derechos de los trabajadores procurada legal y colectivamente*" donde "*la normalización del trabajo estable fue permitiendo la inserción de garantías formales y materiales en la*

extinción del contrato, controlando en consecuencia las facultades empresariales de despido tanto a nivel individual como colectivo". (p.13)

El tema de la estabilidad es ciertamente uno de los que mayor importancia han alcanzado en la legislación y la doctrina laboral en los últimos años, está muy lejos entonces, el momento en que pueda considerarse cerrado el debate, como lo prueba la reiterada inscripción de este asunto en congresos o seminarios, a nivel nacional e internacional y la cada vez mayor importancia que le concede la Organización Internacional del Trabajo.

La doctrina latinoamericana ha contribuido en forma importante al desarrollo del tema de la estabilidad o de la seguridad en el empleo, como se conoce por otros autores. Es la teoría de la estabilidad particularmente valiosa por su originalidad ocupando, de acuerdo a los señalamientos de Barbagelata (1982), *"un lugar privilegiado, no solo por haber logrado una explicación del instituto sobre bases iuslaboralistas y de una gran coherencia dentro de su sistema de ideas, sino también por la participación directa que le cupo en la inclusión de la estabilidad entre los principios del derecho social americano, y en una mejor y más inequívoca concreción en el derecho positivo de su país".* (p.21)

Ciertamente, la estabilidad configura uno de los principios sin los cuales no podría construirse el derecho del trabajo nuevo, puesto que promueve y asegura la dignidad, la libertad y la igualdad, pero también es un principio creador de derecho para el trabajador, en cuanto es la "*fuente y garantía*" del derecho de antigüedad y de "*un manojo de derechos cuya importancia es grande no solo en el interior del derecho del trabajo, sino también en la seguridad social*" (De la Cueva, 1996, 221).

Es entonces, garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores una de las banderas más importantes de los estudiosos de la materia, se trata pues de que para ejercer el derecho al trabajo a cabalidad es menester la protección del trabajador contra el despido arbitrario.

A. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD COMO COMPONENTE DEL DERECHO HUMANO TRABAJO

El jurista Karel Vazak fue el primero que estableció en el año 1977, la clasificación de los derechos humanos en derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, siendo los de primera generación, los derechos civiles y políticos, los de segunda generación los llamados derechos económicos, sociales y culturales, donde se ubica el derecho del

trabajo e, incluyéndose en los de tercera generación los relativos a la solidaridad y los llamados derechos heterogéneos como el derecho a la paz, la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética, no obstante, desde otra perspectiva los derechos humanos en general y entre ellos los derechos laborales, se resumen en el concepto de dignidad del ser humano, que se la reconoce como un todo y por lo tanto no admite gradaciones.

Por su parte, la doctrina jurídica tiende a diferenciar entre derechos humanos y derechos fundamentales, en efecto, de acuerdo a la conceptualización de Pérez (2001, citado por Rodríguez, 2004) los derechos humanos se diferencian de los derechos fundamentales en que estos últimos son los derechos humanos positivizados en las constituciones estatales (p.2); empero, esta diferencia no se observa en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), donde se habla únicamente de derechos humanos.

Hechas las consideraciones anteriores, y en atención al tema tratado es menester hacer referencia exclusivamente a los derechos llamados de segunda generación, por ser allí donde encaja el derecho social y por ende el derecho al trabajo. El hombre como ser social vive en sociedad y es esa convivencia humana la que da origen a los valores sociales y jurídicos en

donde residen las ideas del bien, de la dignidad humana, del trabajo y de la justicia social, las cuales existen intrínsicamente vinculadas al ideal humano y que se constituyen en valores para todos los hombres. (Lastra, 1995, 175)

En concordancia con esto, es deber preservar a toda costa y por encima de cualquier interés, el valor supremo del trabajo, la dignidad y el bienestar de quienes entregan el único patrimonio originario y auténticamente suyo: el trabajo mismo, por tanto no debe entonces olvidarse la verdadera esencia del derecho al trabajo ni la dignidad del trabajador pues el objetivo principal es la reivindicación del ser humano (Delgado, s/i, citado por Lastra, 1995, 178).

Es entonces, del derecho a preservar la vida de donde deriva el derecho a una vida decorosa, conforme con la dignidad de la persona humana, no siendo este una pretensión directa sobre los bienes sino que representa la exigencia que toda persona hace a los conductores de la sociedad para que existan las condiciones sociales que permitan que toda persona pueda efectivamente alcanzar esos bienes con su trabajo, en consecuencia toda persona tiene derecho a tener un trabajo y elegirlo libremente, a desempeñarlo en condiciones adecuadas de seguridad e higiene y a obtener por él un salario justo, que satisfaga las necesidades del trabajador y de su familia, a cuyo efecto uno de los objetivos principales de la política laboral es

que haya trabajo para todos, en condiciones adecuadas y bien remunerado. (Addame, 1995, 30).

Es el trabajo un derecho fundamental que al igual que los demás calificados como tal, se constituye en un derecho universal en el sentido que corresponde a todas las personas, y por ende asegura que toda persona tenga oportunidad y libertad para cumplir sus deberes naturales y por otra asegurarle que no será perturbado por conductas que impliquen trasgresiones. (Addame, 1995, 32)

No cabe duda de que los derechos fundamentales tradicionales como la libertad y el derecho a la vida no son más humanos que los referidos a la salud, al trabajo y a la cultura, incluidos estos en los llamados derechos sociales y económicos, dentro de los cuales extraemos los derechos sociales, donde se ubican tanto doctrinaria como constitucionalmente, el derecho al trabajo y por ende la estabilidad en el empleo.

Según Rodríguez (2004) "*los derechos sociales no solo requieren la atención de la política social, sino que se presentan como operativos, no sólo para reclamar las acciones estatales pertinentes sino para exigir un respeto por otros particulares y en especial en la relación laboral*" (p.27), no se trata pues de la conceptualización como derecho humano en el sentido de que tiene

implícito una invocación solo frente a la autoridad, por el contrario la vulneración de esas protecciones puede venir, y así sucede cotidianamente, de otros sujetos particulares.

Históricamente, los derechos sociales fueron parte de lo que se identificó como "cuestión social" que encontró su expresión en la encíclica *Rerum Novarum,* emitida por León XIII, en 1891, cuyos planteamientos sintetizan la crisis del sistema capitalista que puso en evidencia sus defectos por medio del empobrecimiento creciente del sector de los trabajadores, tema que había sido planteado con enfoques particulares en la doctrina filosófica del "materialismo histórico" y de la "lucha de clases" de Carlos Marx, las cuales incidieron de forma sustancial en la historia política y social universal. (Rodríguez, 2004, 28).

El progresivo relieve social del trabajo y su exaltación jurídica han determinado en el transcurso del siglo XX, la formulación de diversas declaraciones de principios o derechos laborales, e incluso su máxima jerarquización al incluir en los textos constitucionales, con el significado de situarlos en un plano esencial en la vida de los pueblos a través de su ordenamiento jurídico, también al otorgarles la máxima estabilidad institucional. De esta forma, el desarrollo de los derechos sociales alcanza importantes expresiones en lo que se ha denominado el "constitucionalismo

social" y con ello la constitucionalización del derecho del trabajo, entendiéndose por esto, en palabras de Cabanellas (1982), la inserción de una o varias instituciones jurídicas, de contenido adicional caracterizado además por su índole social, económico, laboral, o de otra especie, en el texto legislativo básico de un Estado moderno: su Constitución.

Dentro de este criterio en pro de la constitucionalización de los principios político laborales y político sociales, inspiradas además en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que aprobó la Convención Francesa de 1789, surge la Constitución de Querétaro de 1917, seguida por la de la Unión Soviética de ese mismo año y posterior a la Primera Guerra Mundial, por la Constitución alemana de Weimar de 1919 y años después en 1931 la Constitución de la República Española.

Con la Constitución de Querétaro, en cuya difusión fue fundamental el pensamiento del maestro Mario De la Cueva, se desafía la desigualdad social, la pobreza y la iniquidad, donde se incluyen a los sectores sociales menos favorecidos en el reparto del bienestar, y de donde va a surgir el verdadero nuevo concepto de la democracia social, y con el cual ratifica la primogenitura latinoamericana en el constitucionalismo social y define a la Constitución mexicana de 1917, fruto de la revolución, como la pionera en la

consagración de los derechos laborales con rango constitucional. De allí tenemos que:

> La base fundamental para concebir el derecho del trabajo, como una disciplina jurídica profundamente humana, que no se detiene en el concepto de libertad del hombre, sino que a la par de ella y hasta por encima de ella otorga importancia a su dignidad y a la satisfacción de sus necesidades físicas, morales y espirituales. El derecho a una vida digna y el derecho al trabajo como medio suficiente de subsistencia conjugan el ideal humano de justicia frente a una realidad social y económica previa, absolutamente injusta. (Espinoza, 2000, 15)

Más allá de estos aspectos históricos, la cuestión social se plantea en forma reiterada a lo largo de los años, todo como efecto de los cambios políticos, económicos y tecnológicos de la era de la globalización y de los nuevos problemas e interrogantes sociales de naturaleza distinta de acuerdo a la época, donde la reivindicación de los derechos de los trabajadores ha sido tema de especial interés.

La vocación protectora del derecho del trabajo no solo se limita al papel tutelar que ejercen las normas laborales, en las últimas décadas nuestros ordenamientos han descubierto una nueva dimensión, cuya más alta expresión es el respeto de los derechos humanos en el trabajo, en consecuencia, no se puede entender el ejercicio pleno del derecho al trabajo desligado entre otros, de la estabilidad en su ejercicio, de esa cualidad de permanencia a la que aspira el trabajador, que es el elemento que garantiza

el respeto a la dignidad misma del ser humano; dignidad esta que se valora con criterios de calidad.

B. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

Afirma Reynoso (1990, 107) que el derecho del trabajo y el derecho al despido no pueden ser analizados sin tener en cuenta el contexto en el cual se aplican. Según el autor, América Latina es solo un sector de la economía mundial, una región que se caracteriza por la dependencia frente al exterior y la presencia considerable del Estado en la vida económica, con base en lo cual cabe decir, que la institución de la estabilidad en el empleo y su contraparte el desempleo, se ven afectados por los altibajos de la economía que conduce en épocas de crisis a prescindir de altos porcentajes de mano de obra, situación que ha sido factor de revisión y centro de discusión tanto por los gobiernos de los países como por los organismos internacionales.

Desde las postrimerías de la época de la independencia, se convirtió en preocupación de los gobiernos de turno, crear métodos para otorgar una protección especial tanto al trabajador como al patrono, a riesgo de sanción ante cualquier hecho que atente contra esa protección. Vemos en nuestra

historia, como el desarrollo constitucional y legislativo han puesto atención en el tema de la estabilidad de los trabajadores, aunado al interés de frenar los crecientes índices de desempleo, lo que nos permite constatar que no solo la legislación interna es la que evoluciona en atención a solventar el problema, así sucede además en los organismos internacionales y, constituyéndose este en un problema común a otros países, ha desembocado en la firma de acuerdos en razón de lograr darle fisonomía al derecho a la estabilidad en el trabajo que tiene todo trabajador.

Tal como expone Alfonzo-Guzmán (1985), es en 1918 a través de las Ordenanzas, cuando se empezó a determinar las faltas tanto del trabajador como del empleador, siendo a finales del siglo XIX y principios del siglo XX que las relaciones de trabajo por ser consideradas arrendamiento de servicios, fueron reguladas y evolucionaron a través del Código Civil (p.446).

Haciendo referencia a Pro (2003, 387) "*La Constitución de 1925 menciona por primera vez la palabra "trabajo" al garantizar a los venezolanos la libertad de trabajo y al establecer que es de la competencia del poder nacional la legislación acerca de esta materia; y fue justamente sobre este enunciado que se promulgó la Ley del Trabajo de 1928*".

Desde el punto de vista Constitucional, es en el texto fundamental de 1925

donde por primera vez se establece el derecho al trabajo como garantía y con base en ello se promulga también por primera vez la Ley del Trabajo de 1928, concepción esta que, como afirma el citado autor, permaneció igual hasta que en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (CEUV) de 1936 en su artículo 32 ordinal 8º se consagra la protección especial de obreros y trabajadores, en los términos siguientes:

> La ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia y estímulo del trabajo, organizándolo adecuadamente y estableciendo la protección especial que deberá dispensarse a los obreros y trabajadores, para proveer el mejoramiento en su condición física, moral e intelectual, y al incremento de la población. El estado promoverá el amparo de la producción y establecerá las condiciones de trabajo en la ciudad y en el trabajo, teniendo en vista la protección social del obrero y del jornalero y los intereses económicos del país.

En este orden de ideas, Carrillo (1984) sostiene que la Constitución de 1936, representó un importante avance en el sistema de democracia social, y de allí el primer concepto de estabilidad propio del derecho del trabajo moderno, con base en el cual se dio fundamento a la Reforma de la Ley del Trabajo de ese año, que estableció en su artículo 27 las causales de despido justificado (p. 225). Cabe resaltar, que si bien es cierto que la primera Ley del Trabajo data del año 1928, esto no se constituye en una realidad práctica, toda vez que la orientación para su promulgación fue disponer del requisito para ingresar en la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919), motivo por el cual la primera verdadera Ley del Trabajo es la de 1936, que incorpora de

forma indirecta la indemnización de antigüedad como especie de freno ante el despido *ad nutum,* verdadero antecedente sobre la estabilidad en Venezuela.

En la Constitución (CEUV) de 1947, de manera expresa y por primera vez encontramos la estabilidad para los trabajadores en un texto constitucional en Venezuela. Así el artículo 62 señalaba:

> La Ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia, responsabilidad y estímulo del trabajo, regulándolo adecuadamente y estableciendo la protección que deberá dispensarse a los trabajadores para garantizar su estabilidad en el trabajo y el mejoramiento de las condiciones materiales, morales e intelectuales. La nación fomentará la enseñanza técnica de los trabajadores.

Adicionalmente, interesa mencionar que la Asamblea Constituyente de ese año reformó también la Ley del Trabajo, cuyas reformas se orientaron a procurar la estabilidad en el trabajo y a garantizar el ejercicio del derecho de sindicación. Con la primera finalidad se estableció el auxilio de cesantía que se pagaba, además de la prima de antigüedad, en todos aquellos casos en que el trabajador fuera despedido sin causa justificada o se retirara por causa justificada (en ningún caso el auxilio de cesantía podía exceder los ocho meses de salario).

En la Constitución patria de 1953 se vuelve a un esquema que establece *"la libertad la protección del trabajo conforme a las leyes"* (artículo 53, numeral 11) que eliminó la consagración constitucional de la estabilidad laboral, retrocediéndose en el desarrollo histórico de este concepto.

Años después, en la Constitución de la República de Venezuela de 1961 se recogió lo relativo al tema de la estabilidad en el texto del artículo 88: "*La Ley adoptará medidas tendentes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía*", donde vemos que en la mente del constituyente estaba el deseo de proteger la estabilidad del trabajador, pero en caso de despido se dispuso la protección de ese trabajador contra las consecuencias de la cesantía, es decir que por la vía del resarcimiento económico se crearon ciertos obstáculos frente al despido sin causa.

Es menester, hacer un alto para resaltar la intensa polémica que se evidenció con motivo de la consagración de la estabilidad en la Constitución de 1961 confrontándose las opiniones entre los que consideraban que esa era la consagración de la estabilidad absoluta y los defensores de la estabilidad relativa. En efecto, para el maestro Espinoza Prieto (2008), la disposición 88 consagraba la estabilidad absoluta, "*que sólo se satisface con*

la nulidad del despido írrito y la efectiva restitución de la relación de trabajo, en la integridad de sus derechos y obligaciones" (p.285), incluyendo los salarios dejados de percibir por efecto del propio despido.

Tal como lo señala el propio autor, esa postura fue controvertida por los representantes más connotados de los sectores empresariales, para quienes la disposición 88 constitucional consagraba la estabilidad indirecta, que permitía al patrono invertir la orden de reenganche sustituyéndola por el pago de una reparación económica que consideraban satisfactoria con el pago de las llamadas prestaciones sociales, para el momento, indemnización de antigüedad y cesantía, que todavía no eran derechos adquiridos para los casos de despido injustificado o retiro justificado. Esta opinión encontraba fundamento en el hecho de que el mismo artículo 88 de la Carta Magna englobaba ambos derechos y en el hecho que la Constitución no garantizaba la estabilidad, sino que se limitaba a sugerir al legislador que adoptara medidas tendientes a esa garantía, pero no a asegurar la indemnidad del beneficio. (Espinoza, 2008).

Para finalizar sobre el tema de la polémica que se presentó alrededor de la consagración de la estabilidad en la Carta Magna, debemos hacer particular mención a la postura adoptada por el Poder Judicial, donde los problemas

laborales se tramitaban en la Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en los que prevaleció la noción de estabilidad relativa.

Así pues, los defensores de la concepción de estabilidad absoluta, entre los cuales destaca la intensa labor del maestro Espinoza, debieron esperar hasta la Constitución de 2000, para que tuviese cabida un prospecto con verdadero sentido renovador, donde el capítulo relativo a los derechos laborales colocó el constitucionalismo venezolano entre los más avanzados del mundo.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), señala en su artículo 93 lo siguiente: "*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*", contenido que se refuerza con lo estipulado en el numeral 4 del artículo 89 *ejusdem*, donde afirma que *"toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno*".

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia patrio, en sentencia No. 1185, de fecha 17 de junio de 2004, caso Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad interpuesto por Petróleos de Venezuela (PDVSA) contra el encabezamiento del artículo 32 del Decreto

Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en Gaceta Oficial No. 37.323, el 13 de noviembre de 2001, afirmó que "*fue la Constitución de 1999 la que discriminó por primera vez con rango fundamental los elementos que conforman el derecho al trabajo",* señalando entre ellos, el derecho a la estabilidad laboral, establecida en el artículo 93 supra mencionado, además de la intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2), el *in dubio pro operario* o la interpretación más favorable al trabajador (articulo 89 numeral 3), nulidad de actos inconstitucionales (artículo 89, numeral 4), prohibición de la discriminación (artículo 89 numeral 5); prohibición del trabajo para los adolescentes (artículo 89, numeral 6), jornada de trabajo y derecho al descanso (artículo 90), derecho al salario y a las prestaciones sociales (artículo 91 y 92); derecho a la sindicalización (artículo 95), derecho a la negociación colectiva (artículo 96); y el derecho a la huelga (artículo 97).

Es evidente entonces que, aunque en términos específicos el derecho a la estabilidad está consagrado constitucionalmente en forma directa en el artículo 93 y en el artículo 89.4 de la Carta Magna, existen otros preceptos que protegen este principio de forma no tan directa, inclusive la exposición de motivos le sirve de sustento a ese principio. En tal sentido, el Preámbulo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 2000), estipula como valores asegurar el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a

la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; con la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, así también en el Título I, donde se encuentran los principios fundamentales, determina claramente en el artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

En este contexto, vale acotar que en consonancia con esa preeminencia que dan los postulados de la Carta Magna a los Derechos humanos y siendo el derecho al trabajo uno de ellos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919) en la "Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo" (1998) ofrece un amplio desarrollo de obligatorio cumplimiento para los Estados parte de la organización, entre ellos Venezuela. Fue pues, la creación de la OIT producto de la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente, donde se reconoce el crecimiento económico, como esencial pero no suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza; preceptúa así que el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, se mantiene sobre la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, lo que permite asegurar la

posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades la justa distribución de la riqueza.

Dando continuidad a la revisión constitucional, tenemos que el Título III "De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes" estipula en los artículos 19 al 23 (CRBV, 2000) el reconocimiento del goce y ejercicio, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, en condiciones de igualdad, dándole jerarquía constitucional y preeminencia sobre el orden interno a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, entre los que se reconoce tanto en forma directa como indirecta el derecho a la estabilidad. En efecto, con base en el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000):

> "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

Por su parte, con el artículo 20 de la Carta Magna toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social, seguidamente el artículo 21 *ejusdem* estipula el derecho a la igualdad, sin

discriminaciones que tiendan a menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad. Adicionalmente, con el artículo 23 (CRBV, 2000) se le confiere rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela y, rango supra constitucional cuando contengan derechos superiores a los contemplados en la Constitución y las Leyes.

Como se refirió en párrafos anteriores, vale hacer referencia a la Exposición de Motivos de la Constitución vigente (CRBV, 2000) que aunque su contenido no es vinculante, nos permite afianzar la posición del constituyente sobre el tema plasmada en el texto de la Carta Magna. Nos encontramos pues, en un Estado democrático social de derecho y de justicia, en el que el constituyente afianzó el modelo del Estado venezolano, sobre lo cual expresó:

> "(...) Los principios de la solidaridad social y del bien común conducen al establecimiento de ese Estado social. sometido al imperio de la Constitución y de la ley, convirtiéndolo, entonces, en un Estado de Derecho. Estado social de Derecho que se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático. Estado social y democrático de Derecho comprometido con el progreso integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia. (...) Se establece que la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar los fines del Estado. De esta manera, los ciudadanos y las organizaciones sociales tienen el deber y el derecho de concurrir a la instauración y preservación de esas condiciones mínimas y de esa igualdad de oportunidades,

> aportando su propio esfuerzo, vigilando y controlando las actividades estatales, concienciando a los demás ciudadanos de la necesaria cooperación recíproca, promoviendo la participación individual y comunitaria en el orden social y estatal, censurando la pasividad, la indiferencia y la falta de solidaridad. Las personas y los grupos sociales han de empeñarse en la realización y ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, mientras que el Estado es un instrumento para la satisfacción de tales fines.(...)

A continuación, sobre el Capítulo V "De los Derechos Sociales y de las Familias", la exposición de motivos de la CRBV (2000) señala:

> **En el campo laboral se reconocen los derechos individuales al trabajo, a la estabilidad y a las vacaciones,** así como los derechos colectivos de sindicalización, contratación colectiva y derecho a la huelga por parte de los trabajadores y de las trabajadoras.
>
> Todos estos derechos constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica, son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad, en un propósito de realización compartida para producir la gobernabilidad corresponsable, la estabilidad política y la legitimidad jurídica necesarias para el funcionamiento de la sociedad democrática. (Destacado añadido)

Vemos que en este desarrollo normativo relativo al tema laboral, de acuerdo a Villasmil (2005, 266), es el constituyente de 1947, el que por primera vez incorpora la garantía de estabilidad a tal rango. Sin embargo, a decir del autor:

> ...desde entonces y hasta la Constitución de 1961, subsiste la cuestión de determinar el alcance que la reglamentación legislativa debe otorgar al derecho del trabajador a la permanencia en el empleo. Así, debe discutirse a qué tipo de estabilidad quiso referir el constituyente, en ambos casos, y finalmente si entre nosotros, la noción de la estabilidad acepta ser categorizada bajo modalidades diferenciadas.

Es pues, el derecho a la estabilidad reconocido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reafirmado con rango fundamental como uno de los elementos que conforman el derecho al trabajo.

C. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

La estabilidad en la legislación laboral tiene sus antecedentes en las Ordenanzas y Códigos de Policía sancionados posteriormente a 1830 que establecían de cierta forma, una protección al trabajador, así tenemos que la ordenanza del 4 de diciembre de 1844, de Maracaibo, sancionaba con pena de arresto a los sirvientes o jornaleros que abandonaran el trabajo por más de ocho días o faltaran al respeto a las personas a quienes prestaban servicios; como contrapartida también era sancionado el maltrato al sirviente con penas de multa o cárcel, si bien estas normas no constituyen lo que se puede entender por estabilidad en su concepción moderna, sin embargo se trataba de establecer una protección especial para trabajador y patrono. (Pro, 2003, 385).

Posteriormente, en las ordenanzas del estado Lara de 1918 se estimaba como justa la causa que excusaba la falta de servicio, el impedimento físico del sirviente y jornalero, o la enfermedad grave, debidamente justificada. Tal como señala Alfonzo-Guzmán (1985, 446) a través de estas Ordenanzas es cuando se empezó a determinar las faltas tanto del trabajador como del empleador.

Para comienzos del siglo XX, en nuestro país las relaciones de trabajo patrono - trabajador eran reguladas por las normas relativas al arrendamiento de servicios, en los Códigos Civiles de Venezuela, donde se establecieron causales de despido al trabajador antes del plazo establecido en el referido contrato. El Código Civil de 1896 constituyó un antecedente importante de la estabilidad en Venezuela, no obstante a continuación, los Códigos Civiles de 1916 y 1922 no aportaron nada al tema.

Es en el año 1928 cuando se promulga la Primera Ley del Trabajo, producto de la norma constitucional de 1925 mediante la cual se le atribuye al poder nacional legislar sobre la materia (Pro, 1985, 386), pero esta ley fue letra muerta desde su promulgación, por la falta de funcionarios públicos encargados de velar por su cumplimiento y la inexistencia de órganos jurisdiccionales para dirimir las controversias.

Ocho años después, el 16 de julio de 1936 se aprueba la Ley del Trabajo que derogó la anterior de 1928 y constituyó una innovación en materia laboral. En efecto, la Ley de 1936 fue la primera ley del trabajo verdaderamente vigente, considerada por los doctrinarios como el inicio de la historia de un derecho venezolano del trabajo. Dicha Ley estableció en el artículo 27 las causales de despido justificado en Venezuela, es decir las causas justificadas de terminación del contrato de trabajo (Pro, 1985, 388).

Fue así, que la legislación de 1936 representó un notable esfuerzo técnico realizado con la cooperación de la Organización Internacional del Trabajo. Se inspira en la Ley Federal de la Republica de México del 18 de agosto de 1831 y, en el Código del Trabajo de la Republica de Chile, de 13 de mayo del mismo año, acogió además los lineamientos de diversos Convenios de la OIT (1919) ratificados con mucha posterioridad por Venezuela, e hizo el primer reconocimiento expreso de los derechos de asociación, de contratación colectiva y de huelga, acerca de los cuales la ley de 1928 guardaba un absoluto silencio.

Posteriormente, en el año 1945 se realizó la primera reforma a la Ley del Trabajo de 1936 que modificó las causales de despido de la Ley anterior, donde conforme a Alfonzo-Guzmán (1985): "*el legislador fue más atinado en cuanto a su técnica legislativa, y diferenció las causas de terminación de la*

relación del trabajo, según fuera por la voluntad del trabajador o por voluntad del patrono, y se consagró como una norma independiente el caso por despido injustificado." (p.446).

Al poco tiempo, en el año 1947, se realiza una nueva reforma a la Ley de 1936, reforma que en materia de estabilidad laboral, postula en el artículo 39 la inclusión de una nueva indemnización en caso de terminación de la relación laboral por causas ajenas a la voluntad del trabajador, denominado auxilio de cesantía, que se refería al pago de las vacaciones fraccionadas si la terminación de la relación de trabajo ocurría antes de cumplir el año de servicio el trabajador, las otras normas relativas a la estabilidad no sufrieron modificaciones, pero se incrementaba el costo del despido y con ello, se fortalecía la llamada estabilidad relativa.

Vemos entonces, que la reforma de 1947, mantuvo el texto del artículo 37 de la reforma de 1945, con respecto a la indemnización de antigüedad. En el artículo 39 creó la institución conocida como auxilio de cesantía, en los términos siguientes:

> Cuando un trabajador contratado por tiempo indeterminado pierde el trabajo por despido injustificado o se retire por causas justificadas de las determinadas en el artículo 32, tendrá derecho a recibir, además de la prestación acordada en el artículo 37, un auxilio de cesantía conforme a las siguientes reglas:
> a) Después de un trabajo ininterrumpido no menor de tres meses, equivalente a cinco días de salarios.

b) Después de un trabajo ininterrumpido mayor de seis meses, pero menor de un año, equivalente a diez días de salarios.
c) Después de un trabajo ininterrumpido mayor de un año, equivalente a quince días de salarios por cada año de trabajo o fracción mayor de ocho meses.
d) En ningún caso podrá exceder dicho auxilio, del salario de ocho meses.
e) El trabajador gozará de este derecho aunque pase inmediatamente a prestar servicios a otro patrono; y
f) No se hará efectivo el auxilio cuando el trabajador al terminar un contrato de trabajo quede amparado por una jubilación, pensión de vejez o de retiro; o protegido por el seguro de paro forzoso; o en caso de fallecimiento.

Parágrafo Unico: A los efectos de este beneficio sólo se tomarán en consideración los servicios prestados ininterrumpidamente a partir del dieciséis de julio de mil novecientos treinta y seis. (Espinoza, 1992, 42)

Siguiendo el pensamiento del autor Espinoza (1992) la intención original de los proyectistas fue la de duplicar la llamada indemnización de antigüedad de la ley de 1936, modificada en1945, llevándola a un mes por año de servicio, pero los intereses de diversos sectores, establecieron ciertas limitaciones que concluyeron dándole una fisonomía propia, y que se resolvió a través de la introducción del concepto de derecho adquirido de ambas prestaciones sociales. (p. 43)

Para aclarar lo anteriormente afirmado, es idóneo resaltar las diferencias entre el auxilio de cesantía y la indemnización de antigüedad, en los términos que a continuación se señalan (Espinoza, 1992, p. 44, 45):

a) El auxilio de cesantía solo procedía en los contratos por tiempo indeterminado, eliminando así, la polémica con relación a la antigüedad.

b) El auxilio de cesantía no procedía en casos de terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador distintas al despido injustificado y al retiro justificado, lo cual ubicaba la institución dentro de un carácter indemnizatorio.

c) El auxilio de cesantía procedía a partir del tercer mes de servició ininterrumpido, distinto a la indemnización de antigüedad que sólo nacía a partir del octavo mes de servicio.

d) El auxilio de cesantía no podía exceder del salario de ocho meses, lo cual significaba que al cumplir el trabajador dieciséis años de servicio, la prestación se congelaba.

e) El trabajador gozaba del auxilio de cesantía aunque pasara inmediatamente a prestar sus servicios a otro patrono, con lo cual no se debe confundir con una indemnización de daños y perjuicios que obligara al trabajador a probar el daño.

f) El parágrafo único del artículo 39 tenía el efecto práctico de unificar las fechas de inicio del tiempo de servicio para el nacimiento del auxilio de cesantía con el de la antigüedad.

Esta reforma que produjo resultados importantes, porque resultó una respuesta inmediata a una decisión de la Corte Suprema de Justicia

(ponencia del Magistrado Duque Sánchez) que negaba lo que se ha llamado la retroactividad de las prestaciones sociales, con lo cual se afectaba la precaria estabilidad relativa que existía.

En otro orden de ideas, a manera de precedente debemos hacer mención a dos proyectos de ley, que no llegaron a ser promulgados, pero sin embargo su revisión aporta importantes elementos para entender el proceso de desarrollo legislativo laboral en Venezuela. Vemos entonces, que en el año de 1960 se elaboró un proyecto de Ley del Trabajo bajo la dirección de Mario De la Cueva, que en palabras de Alfonso (1960, Espinoza, 1992, 51) resaltaba: "*Al eliminarse los supuestos de despido injustificado, retiro justificado y pérdida del trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador, se ha mantenido el principio, considerado más favorable, de que el beneficio es exigible a la extinción del contrato por cualquier causa, y no durante su vigencia*".

Adicionalmente, la exposición de motivos del mencionado proyecto explica lo siguiente:

> "Todos los trabajadores tienen derecho a percibir las cantidades que hubieren acumulado, lo mismo los que se separan, aun cuando no haya causa justificada, que los que son despedidos con causa justificada. El derecho de antigüedad pasa a ser un complemento del salario"

Aunado a lo anterior, tenemos como antecedente de trascendencia el Proyecto de Ley de Estabilidad en el Trabajo del año 1969, que en su artículo 39 establecía que *"la prestación de antigüedad consagrada por el artículo 37 de la Ley del Trabajo es derecho adquirido de los trabajadores y, en consecuencia, les será cancelado cualquiera que sea la causa de extinción de la relación de trabajo"*. Este proyecto se inspiró en la concepción del despido socialmente justificado y solo permitía el despido justificado en causales de conducta del trabajador, por deficiencias personales del trabajador que hicieran imposible su presencia en la empresa o también por razones de orden económico o técnico de la empresa que hicieran necesaria la eliminación del cargo, esto último implicaba el pago de auxilio de cesantía y vacaciones fraccionadas. (Espinoza, 1992, 52).

Para el año 1974, el Presidente Carlos Andrés Pérez, dicta los decretos No. 124 y No. 125, que declaran las prestaciones sociales, antigüedad y auxilio de cesantía, como derechos adquiridos de los trabajadores dependientes, desapareciendo el supuesto del despido injustificado y en consecuencia la llamada estabilidad relativa, como efecto de esto, se promulgó la Ley de Despidos Injustificados (1974) con la cual comienzan a coexistir dos tipos de instituciones: la antigüedad y el auxilio de cesantía como derechos adquiridos, previstos en los artículos 37 y 39, respectivamente, de la Ley del Trabajo; además del pago doble de dichas prestaciones y la indemnización

sustitutiva del preaviso, bajo la forma de sanción a *fortfeit,* que se auto imponía el propio patrono para poder despedir al trabajador sin causa justificada; regulado por la Ley Contra Despidos Injustificados y su Reglamento. (Espinoza, 1992, 69)

Nuevamente en el año 1983 se modificó la ley del Trabajo, en la cual se mantuvo la estabilidad en los mismos términos que en la ley anterior. Seguidamente, en el año 1990 se promulgó la Ley Orgánica del Trabajo que derogó la Ley Contra Despidos Injustificados y estableció regulaciones materia de estabilidad y siete años después, ya para el año 1997 se promulga la Ley Orgánica del Trabajo vigente.

a) Ley Orgánica del Trabajo.

La Ley Orgánica del Trabajo (1997) vigente, dispone en el Capítulo VI titulado "De la Terminación de la Relación de Trabajo", que la relación de trabajo puede terminar por despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas, (artículo 98), entendiéndose por despido a la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o más trabajadores (artículo 99), señala además que el despido será justificado, cuando el trabajador ha incurrido en

una causa prevista por la Ley; y por despido Injustificado, cuando se realiza sin que el trabajador haya incurrido en causa que lo justifique (artículo 99, parágrafo único).

Con respecto al retiro, el artículo 100 de la LOT (1997) lo define como la manifestación de voluntad del trabajador de poner fin a la relación de trabajo, siendo justificado cuando se funda en una causa prevista por la Ley, sus efectos patrimoniales se equipararán a los del despido injustificado. Consecutivamente, el artículo 102 (LOT, 1997) enumera las causas justificadas de despido y el artículo 103 *ejusdem* las causales justificadas de retiro.

De seguidas, el artículo 104 de la citada LOT (1997) establece un derecho al preaviso para el trabajador cuando la relación de trabajo por tiempo indeterminado finalice por despido injustificado o basado en motivos económicos o tecnológicos. Los artículos 109 y 110 *ejusdem*, estipulan las indemnizaciones correspondientes a la terminación de la relación de trabajo por causa justificada y las indemnizaciones que se deben cancelar cuando el patrono despida injustificadamente al trabajador o en circunstancias cuando el trabajador se retire justificadamente antes de la conclusión de una obra determinada.

De lo anteriormente dicho se observa, todo un desarrollo normativo con respecto al tema de estabilidad en términos de despido y de cuales son las formas de terminar la relación de trabajo, no obstante es en el Capítulo VII donde el legislador de 1997 se refirió específicamente al tema de la estabilidad en el trabajo. En efecto, el contenido del artículo 112 dispone "*los trabajadores permanentes que no sean de dirección y que tengan más de tres (3) meses al servicio de un patrono, no podrán ser despedidos sin justa causa* (...)" (LOT, 1997) privilegio este que no se aplica a los trabajadores temporeros, eventuales, ocasionales y domésticos, cuyas definiciones encontramos en los artículos 113, 114 y 115 (LOT, 1997).

Por otra parte, los artículos 116 a 124 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) disponen lo referente al procedimiento de estabilidad, se indica que corresponde al Juez de Estabilidad calificar y ordenar el reenganche y pago de salarios caídos, si el despido no se fundamentó en una justa causa, esto así si el trabajador solicita la calificación del despido dentro de los cinco días hábiles siguientes al acontecimiento del hecho, tiempo después del cual perderá el derecho al reenganche, pero no así los demás que le correspondan en su condición de trabajador, los cuales podrá demandar ante el Tribunal del Trabajo de su jurisdicción. Es menester acotar que en el caso de los trabajadores protegidos por inamovilidad de acuerdo al artículo 127

ejusdem la calificación de despido se regirá por las normas especiales que les conciernen y es la Inspectoría del Trabajo la que decidirá sobre el caso.

Ahora bien, de todo lo dicho destaca el artículo 125 (LOT, 1997) en el que el legislador le da cualidad al patrono que en el caso de no tener causa justificada para el despido de un trabajador, solo con el pago de una indemnización previamente establecida en su contenido puede insistir en el despido y dar por terminada la relación de trabajo. Así pues el artículo 125 señala:

> **Artículo 125.** 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 que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, una indemnización equivalente a:
> 1) Diez (10) días de salario si la antigüedad fuere mayor de tres (3) meses y no excediere de seis (6) meses.
> 2) Treinta (30) días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior de 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:
> a) Quince (15) días de salario, cuando la antigüedad fuere mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6) meses;
> b) Treinta (30) días de salario, cuando fuere superior a seis (6) meses y menor de un (1) año;
> c) Cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuere igual o superior a un (1) año;
> d) Sesenta (60) días de salario, cuando fuere igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10) años; y
> e) Noventa (90) días de salario, si excediere del límite anterior.
> El salario de base para el cálculo de esta indemnización no excederá de diez (10) salarios mínimos mensuales.

> **PARÁGRAFO ÚNICO.-.** Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores o sus causahabientes el ejercicio de las acciones que puedan corresponderles conforme al derecho común.

En efecto tenemos, que la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en particular con el contenido del artículo citado, presenta una franca contradicción con respecto a lo que establecen los postulados protectores de la relación de trabajo, específicamente de la estabilidad contenidos en la CRBV (2000) en el artículo 93.

En nuestro ordenamiento jurídico está concebido el procedimiento de estabilidad laboral, con la finalidad de que en sede jurisdiccional, se dirima si el despido efectuado, es justificado o no, y como consecuencia de tal determinación se ordene la reincorporación del trabajador en el supuesto que el patrono no justifique la causal invocada por este.

De igual manera, es facultativo del patrono ponerle fin al procedimiento de estabilidad laboral consignando la indemnización del despido y el consecuente pago de los salarios caídos, tal y como lo refiere el artículo 126 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), norma esta que es reproducida en el artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA, 2002), en los siguientes términos:

> Artículo 126. 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. (LOT, 1997)

De la norma antes señalada, se evidencia con absoluta claridad, que el patrono de manera facultativa puede poner fin al procedimiento de estabilidad laboral si persiste en el despido bien en el transcurso del procedimiento o en la oportunidad de la ejecución del fallo, con lo cual se libera de reenganchar al trabajador, debiendo cancelar la antigüedad, los salarios caídos dejados de percibir durante el procedimiento, más las indemnizaciones por despido injustificado, es decir, la indemnización por despido y la sustitutiva del preaviso, establecidas es la referida Ley sustantiva Laboral, como lo estableció la Sala Social del TSJ en Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005.

b) Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

Al analizar el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT, 2006) encontramos que en el contenido del artículo 6 relativo a las normas de origen internacional, prevé la preeminencia de aplicación de las normas de la

OIT contenidas en su Constitución y convenios, así como las previstas en tratados y demás instrumentos normativos internacionales ratificados por la República, sobre cualquier norma de rango legal relativa relaciones de trabajo, en cuanto fueren más favorables al trabajador o trabajadora, por lo cual tenemos aquí que de forma indirecta, con la reafirmación del principio constitucional de preeminencia de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo en la materia se incluye en el rango reglamentario la protección de la estabilidad.

A continuación en el contenido del artículo 7 se verifica el precepto de rango constitucional conocido como el principio de favor, a cuyo mandato en caso de conflicto entre normas constitucionales, legales, reglamentarias y demás derivadas del Estado, así como normas convencionales o reglamentarias, que ostenten idéntica jerarquía, privará aquella que más favorezca al trabajador o trabajadora, salvo que alguna revista carácter de orden público estricto, caso en el cual prevalecerá ésta.

Asimismo en el artículo 9 del Capítulo III, titulado "De los Principios Fundamentales del Derecho Del Trabajo" se desarrollan los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo estipulados en el literal e) del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo, de cuya enumeración resaltamos el literal d) de la conservación de la relación laboral, que es lo

más próximo a estabilidad en términos directos que se contempla por vía reglamentaria.

c) Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA, 2002) como norma adjetiva, establece en el título VIII, el capítulo referente a la Estabilidad en cuyo contenido comprendido desde el artículo 187 al 192 están los parámetros relativos al procedimiento de estabilidad. Así vemos, que los artículos 187, 188, 189, 191 y 192 (LOPTRA, 2002) versan sobre la temática estudiada desde el punto de vista procedimental, por lo tanto no serán motivo de revisión, no obstante nos interesa aquí el artículo 190 de la Ley Adjetiva (LOPTRA, 2002) donde desarrolla lo estipulado en el artículo 115 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) sobre la persistencia del despido.

Tal como se observa, a tenor del artículo 190 de esta norma, 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 (1997).

Significa entonces, que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo prescribe al igual que la Ley Orgánica del Trabajo vigente (1997) la posibilidad del patrono de persistir en el despido aún sin la verificación de causa justificada de despido.

D. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO RATIFICADOS POR VENEZUELA

La CRBV (2000) dispone en el artículo 23 la preponderancia de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, sobre el ordenamiento interno en lo que se refiere a normas sobre su goce y ejercicio en cuanto sean más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República.

De acuerdo a las consideraciones anteriores, en los próximos párrafos revisaremos los contenidos de los instrumentos de Derecho Internacional Público ratificados por Venezuela y cuyos contenidos, en este caso, del

trabajo como derecho humano, son de aplicación preferente sobre las leyes internas.

a) Declaración Universal sobre Derechos Humanos (ONU, 1948)

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, documento en el cual se ratifica como ideal común el esfuerzo de los pueblos y naciones a fin de que tanto los individuos como las instituciones, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción. Vista la protección genérica de los derechos y libertados establecidos por la ONU a través del contenido del Preámbulo de la Declaración, es preciso revisar los artículos 22 y 23 donde, de manera directa o indirecta se consagra la protección del derecho al trabajo.

Así pues, por efecto del artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona como miembro de la sociedad tiene

derecho a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, dependiendo de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Seguidamente con el artículo 23 *ejusdem* se consagra el derecho al trabajo en términos de libre elección, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, además de la no discriminación, igual salario por trabajo igual, la libertad de fundar sindicatos y sindicarse y fundamentalmente lo que estipula el numeral tres con base en el cual "*Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social*". (1948)

Dados los contenidos que anteceden tenemos que este instrumento normativo comprende una protección al derecho del trabajo y al derecho mismo de la estabilidad cuando incluye el derecho de toda persona a la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales necesarios para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad donde, aunque no de manera directa, vemos que teniendo el derecho del trabajo incluido dentro de

los derechos sociales, su ejercicio pleno no puede ser de otra manera sino en el marco de gozar a su vez de estabilidad.

b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1976)

Del preámbulo del Pacto, los Estados parte reconocen que del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales se desprenden que la dignidad es inherente a la persona humana. El numeral 1 del artículo 6 en el aparte III estima que los Estados parte en el Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y, tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

De seguidas, el numeral 2 del mismo artículo 6 estipula las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados parte para lograr la plena efectividad de este derecho, entre las que figuran la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Con el artículo 7 del señalado documento, los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren las siguientes:

a) Una remuneración que proporcione a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones; asegurando a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; y condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del Pacto;
b) Seguridad e higiene en el trabajo;
c) Igual de oportunidad en la promoción dentro de su trabajo, a la categoría superior que corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; y
d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo.

En el tema aquí tratado, además de la protección del derecho al trabajo, se pone especial énfasis a la preparación del trabajador como vía a seguir para el desarrollo constante en lo económico, social y cultural, por un lado y por otro dirigido a la posibilidad de promoción dentro del trabajo, concepto este último que va estrechamente vinculado a los que constituye la estabilidad en el trabajo.

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, OEA, 1977)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 26 del Capítulo III titulado "Sobre los derechos económicos, sociales y culturales" que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA y reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. En lo que respecta al derecho al trabajo se verifica su protección, aunque no de manera directa pero sí a través del compromiso de los Estados parte de adoptar medidas para la progresiva efectividad de los derechos derivados de las normas sociales.

d) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, OEA, 2005)

Este Protocolo, mejor conocido como el Protocolo de San Salvador es mucho más preciso en su contenido en lo relativo a la protección del derecho al

trabajo. Así tenemos que el artículo 6 del señalado observa directamente el derecho al trabajo en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

A continuación, en el artículo 7 *ejusdem* los Estados partes reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, lo siguiente:

Artículo 7: (...)
a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
c. **el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;**
d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
e. la seguridad e higiene en el trabajo;
f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;
g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. (destacado añadido)

Es evidente entonces la protección que el Protocolo de San Salvador le da al derecho al trabajo y a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, esto

último en el literal d del artículo 7 supra citado, que a su vez, comprende el derecho del trabajador a una indemnización en caso de despido injustificado.

e) Carta Democrática Interamericana (OEA, 2001).

A lo largo del contenido de la Carta Democrática Interamericana (2001) encontramos la protección del derecho al trabajo a través de la consagración del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales así como el ejercicio de esos derechos con sujeción al estado de derecho (artículo 6), se señala además en el artículo 7 la democracia como hito indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

Tenemos además, en el artículo 10 que se establece el compromiso de la promoción y el fortalecimiento de la democracia, para cuya consolidación estima necesario el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como lo consagra la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT,

1919) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT.

Es pues principio de este instrumento normativo que la democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio.

E. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Como parte de las diversas ópticas que se producen en torno al tema de la pérdida del empleo, o mejor dicho sobre su contraparte la estabilidad, debemos precisar el tratamiento que se le ha dado al tema en algunos países.

Para De Buen (1995, citado por Mirabal, 2009, 200), en general, las legislaciones iberoamericanas, España incluida, no parecen muy propicias para la estabilidad en el empleo, vemos entonces que en países como Bolivia, Brasil, España, Ecuador, México, República Dominicana, Argentina y Colombia, entre otros, si bien se favorece el empleo no ocurre lo mismo con la estabilidad.

a) **Argentina.**

En Argentina no existe un régimen de estabilidad absoluta sino de estabilidad relativa impropia, ya que, inclusive la Constitución en su artículo 14 permite al empleador mediante una declaración, dar por terminada la relación laboral, sin perjuicio del pago de las indemnizaciones legales. (Vázquez, 1981, 408).

El artículo 266 de la Ley de Contratos de Trabajo No. 20.744 (1974) señala como una de las posibilidades de extinguir el contrato de trabajo el despido sin justa causa con el pago de una indemnización, en los términos siguientes:

> **Art. 266.** En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses tomando como base la mejor remuneración mensual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicio. Dicha base no podrá exceder del equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo vital, vigente al tiempo de la extinción del contrato.
>
> El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos meses de sueldo calculados en base al sistema del párrafo anterior.
>
> En el caso de sistemas indemnizatorios establecidos en razón de la antigüedad en regímenes particulares y estatutos profesionales aprobados por leyes o decreto-leyes sus montos se incrementarán en un 50 por ciento. (LCT, 1974)

b) Bolivia.

En el Título III titulado "Del Contrato de Trabajo" capítulo I correspondiente a las Disposiciones Generales del Reglamento de la Ley Federal del Trabajo de Bolivia (1992) se establece en el artículo 8 el retiro del trabajador por causa ajena a su voluntad, lo que implica una indemnización por parte del patrono, con un mes de sueldo por cada año de trabajo en los siguientes términos:

> **Art.8. Cuando fuere retirado el trabajador por causa ajena a su voluntad, el patrono estará obligado**, independientemente del desahucio, **a indemnizarlo por tiempo de servicios**, **con la suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año de trabajo continuo**; y si los servicios no alcanzaron a un año, en forma proporcional a los meses trabajados, descontando los tres primeros meses, que se reputan de prueba; excepto en los contratos de trabajo por tiempo determinado, que no sufrirán ningún descuento de tiempo. Se reputa como período de prueba sólo el que corresponde al inicial de los primeros tres meses mas no a los subsiguientes que resulten en virtud de renovación o prórroga. Si el trabajador tuviera más de 15 años de servicios y el obrero más de 8 años percibirá la indicada indemnización aunque se retirase voluntariamente. Para los efectos de esta indemnización se computará el tiempo de servicios desde la promulgación de la ley que se reglamenta. (Resaltado añadido)

A continuación, el artículo 9 *ejusdem*, dispone las causales por las cuales el patrono puede despedir en forma justificada al trabajador, donde se verifica que a tenor de ese contenido se circunscribe solo en la conducta del trabajador la posibilidad de despedirlo por parte del patrono, sin embargo concatenado este artículo con el artículo anterior, vemos que la normativa

laboral boliviana presenta la opción de despedir al trabajador aunque este no haya dado motivo que lo justifique, con la única penalidad para el patrono de pagar una indemnización.

c) Brasil.

Wagner D. Giglio (1987, citado por De Buen, 1995) afirma que en el derecho brasileño la estabilidad, como facultad para obtener el trabajador despedido sin justa causa la reinstalación en el empleo, se encuentra casi extinguida, esta se transforma en una condena de pago de indemnizaciones, en algunos casos. De hecho existe el fondo de garantía, mecanismo que sustituye a la indemnización y que reúne a la mayor parte de los trabajadores y no es compatible con la estabilidad. (p.201)

d) Colombia.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (1950) se refiere a la terminación del contrato de trabajo por justa causa y establece las causales por las cuales el patrono y el empleador, cada uno en su caso, pueden dar por terminada la relación de trabajo de forma unilateral, de donde resalta el

contenido del parágrafo mediante el cual "*la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*".

De seguidas, el artículo 64 dispone que "*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente*" (CST, 1950)

Asimismo, en el párrafo 5 del mismo se prevé la posibilidad de que un trabajador con más de diez años de antigüedad que sea despedido sin justa causa, puede pedir al Juez del Trabajo el reintegro de las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios que deje de percibir. Sin embargo, lo particular es que se deja al Juez la calificación de la opción y a la petición de reintegro podrá recaer una resolución que se sustituya por una indemnización a cuyo efecto el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio para resolver si el reintegro es o no aconsejable.

Señala pues el referido artículo, que en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que se señalan en su contenido. A continuación el artículo 65 (CST, 1950) establece las indemnizaciones por falta de pago por parte del patrono.

e) Ecuador.

El artículo 14 del Código del Trabajo de la República del Ecuador (2005), establece la estabilidad mínima y sus excepciones en los términos siguientes:

> Artículo 14. Estabilidad Mínima y Excepciones. Establécese un año como tiempo mínimo de duración, de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuado la actividad o laboral sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esta circunstancia los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta ley como estables o permanentes.

En el mismo sentido, el artículo 17 *ejusdem* señala lo relativo a los contratos eventuales, ocasionales o de temporada, así pues define como contratos

eventuales como aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares.

Adicionalmente, la norma señalada establece que también se podrán celebrar contratos eventuales para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso el contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos dentro del lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si el requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada.

Define el propio artículo como contratos de temporada a aquellos que en razón de la costumbre o de la contratación colectiva, se han venido celebrando entre una empresa o empleador y un trabajador o grupo de trabajadores, para que realicen trabajos cíclicos o periódicos, en razón de la naturaleza discontinua de sus labores, gozando estos contratos de estabilidad entendida, como el derecho de los trabajadores a ser llamados a prestar sus servicios en cada temporada que se requieran. Se configura despido intempestivo sino lo fueren.

Dicho esto, sobre quienes se consideran trabajadores estables o permanentes, es menester hacer referencia a las formas de terminación del contrato de trabajo, lo cual se encuentra regulado en el artículo 169 que estipula, que el contrato de trabajo termina, entre otras causas, por voluntad del empleador o por voluntad del trabajador en los casos previstos en la propia ley, en los artículos 172 y 173 respectivamente. No obstante, el Código del Trabajo del Ecuador (2005) prevé la indemnización para el trabajador, cuando el despido se hace sin causa legal. Así tenemos, que los artículos 179 y 181 establecen esas indemnizaciones en los términos siguientes:

> Artículo 179. **Indemnización por no recibir al trabajador**. Si el empleador se negare a recibir al trabajador en las mismas condiciones que antes de su enfermedad, estará obligado a pagarle la indemnización de seis meses de remuneración a parte de los demás derechos que le correspondan. Será, además del cargo del empleador, el pago de los honorarios y gastos judiciales del juicio que se entable.
>
> Artículo 181. **Indemnización por terminación del contrato antes del plazo convenido.** Tanto el trabajador como el empleador podrán dar por terminado el contrato antes del plazo convenido.
> Cuando lo hiciere el empleador, sin causa legal, pagará al trabajador una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración total, por todo el tiempo que falte para la terminación del plazo pactado

Vemos así, que el Código del Trabajo ecuatoriano (2005) consagra la estabilidad relativa, toda vez que, aunque prevé las causas por las cuales se

puede despedir a un trabajador, al mismo tiempo ofrece la posibilidad de despido sin justa causa con el pago de montos indemnizatorios.

f) México.

En México, el principio de la estabilidad absoluta se consagró inicialmente en el artículo 123 de la Constitución de Querétaro del 5 de febrero de 1917, no obstante en épocas posteriores se agregaron limitantes a esa obligación de reinstalar, en situaciones determinadas como el caso de los trabajadores que tuvieran menos de dos años de antigüedad, pasando así la estabilidad absoluta decretada por el Constituyente, a ser estabilidad relativa.

> **Artículo 123.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.
> El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:
> **A.** Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:
> **XXII.** El patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. **La Ley determinará los casos en que el patrono podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato, mediante el pago de una indemnización. Igualmente tendrá la obligación de indemnizar al trabajador con el importe de tres meses de salario, cuando se retire del servicio por falta de probidad del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos.** El patrono no podrá eximirse de esta responsabilidad,

> cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él. (Resaltado añadido)

Sobre esta base inicial son muchos los aportes y modificaciones que se han hecho tanto a nivel legislativo como judicial, es así pues, que la estabilidad absoluta establecida por el poder Constituyente se convirtió en estabilidad relativa para determinados trabajadores aunque se mantiene absoluta para los que no se incluyen en las excepciones previstas en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo (1970).

El artículo 47 (LFT, 1970) establece las causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón o lo que es el equivalente a despido justificado, a continuación el artículo 49 señala que el patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 *ejusdem* en los casos siguientes:

I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año;
II. Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo;
III. En los casos de trabajadores de confianza;
IV. En el servicio doméstico; y
IV. Cuando se trate de trabajadores eventuales.

g) Perú.

El artículo 27 de la Constitución Política de la República del Perú vigente (1993) consagra el derecho a la estabilidad en el trabajo reconocido por el Estado *"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".* Postulado que en el desarrollo legislativo se traduce en la existencia de causales de despido derivadas de la conducta del trabajador y otras, de terminación de la relación de trabajo de índole objetivo como son las económicas de de fuerza mayor o caso fortuito, asimismo esa ley reduce el término para adquirir la estabilidad de tres años a tres meses.

Dispone el artículo 46 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (1997) las causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, que comprende el caso fortuito y la fuerza mayor; los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra y la reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845.

En este orden de ideas, el Decreto Legislativo No. 728 "*Ley de Productividad y Competitividad Laboral*" del 21 de marzo de 1997 determina en el Capítulo IV del Título I relativo al contrato de trabajo, específicamente en el artículo 16, las causales de extinción del mismo. A continuación, en el artículo 23

se establecen las causas de despido justificado relacionadas con la capacidad del trabajador, como lo son el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Adicionalmente, en el contenido del artículo 24 del citado Decreto Legislativo están las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, y en el artículo 25 *ejusdem* se estipulan lo que son las faltas graves y cuales deben ser consideradas como tales. Asimismo, el artículo 29 (LPCL, 1997) nos presenta el despido nulo en aquellos casos en que se pretenda rescindir la relación de trabajo por razones de afiliación sindical, presentación de quejas, discriminación, embarazo, entre otras. Finalmente, en los artículos 34 y siguientes del Capítulo V de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (1997) se prevé las indemnizaciones a las cuales tiene derecho el trabajador producto de despido arbitrario.

h) **República Dominicana.**

El Código del Trabajo (1992) no se refiere a la institución de la estabilidad en esos términos, mantiene la institución denominada del desahucio en el artículo 75 que "*es el acto por el cual una de las partes, mediante aviso previo a la otra, y sin alegar causa ejerce el derecho de poner término a un contrato de trabajo por tiempo indefinido*", con el cual se excluye toda posibilidad de hablar de estabilidad.

En este ordenamiento jurídico el contrato de trabajo, conforme al artículo 67, puede terminar sin responsabilidad o con responsabilidad para las partes, entendiéndose sin responsabilidad para ninguna de las partes, por mutuo consentimiento, por la ejecución del contrato o por la imposibilidad de ejecución. (CT, 1992, artículo 68), cuando el contrato termina con responsabilidad para alguna de las partes, solo puede ser: por el desahucio, por el despido del trabajador o por la dimisión del trabajador. (CT, 1992, artículo 69). Esta institución del desahucio está definida como el acto por el cual una de las partes, mediante aviso previo a la otra y sin alegar causa, ejerce el derecho de poner término a un contrato por tiempo indefinido.

El desahucio pues, no surte efecto y el contrato por tiempo indefinido se mantiene vigente, si el empleador ejerce su derecho en las siguientes

situaciones: durante el tiempo en que ha garantizado al trabajador que utilizará sus servicios, conforme a lo dispuesto por el artículo 26 (CT, 1992): mientras estén suspendidos los efectos del contrato de trabajo, si la suspensión tiene su causa en un hecho inherente a la persona del trabajador y durante el período de las vacaciones del trabajador, entre otros.

Asimismo, el ordenamiento jurídico de República Dominicana establece la terminación por despido del trabajador en el artículo 87 del Código de Trabajo (1992), donde se define despido como la resolución del contrato de trabajo por la voluntad unilateral del empleador. Clasifica el despido como justificado cuando el empleador prueba la existencia de una justa causa prevista al respecto en este Código (CT, 1992) e injustificado en el caso contrario.

No obstante lo señalado, al igual que los otros cuerpos normativos estudiados este también prevé la indemnización en el despido injustificado, así vemos que el artículo 95, establece si el empleador no prueba la justa causa invocada como fundamento del despido, el tribunal declarará el despido injustificado y resuelto el contrato por causa del empleador y, en consecuencia, condenará a este último a pagar al trabajador valores indemnizatorios.

i) España.

La Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) de España aprobado con el Real Decreto Legislativo 1/1995, el 24 de marzo de 1995, señala en el artículo 51 de la Sección Cuarta *"Extinción del Contrato"*, la posibilidad del empleador de realizar despido colectivo, entendiéndose por tal, la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando en un período de noventa días, la extinción afecte a números determinados de trabajadores allí establecido.

El artículo 52 *ejusdem* por su parte establece las causas objetivas por las cuales se puede extinguir el contrato de trabajo, siendo estas las siguientes: por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación; cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas económicas, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, en un número determinado.

Asimismo encontramos que este Estatuto contempla el Despido Disciplinario en el artículo 54 (LET, 1995) en los siguientes términos:

> **Artículo 54.*Despido disciplinario***
> 1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.
> 2. Se considerarán incumplimientos contractuales:
> a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
> b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
> c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
> d) La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
> e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
> f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. (LET, 1995)

Aunado a lo ya señalado, el artículo 55 *ejusdem* identifica la forma y efectos del despido disciplinario donde se clasifica que el despido será calificado como procedente, improcedente o nulo, define como despido nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o en los supuestos siguientes: el de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, el de las trabajadoras embarazadas, y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley (LET, 1995), o estén

disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Así también, el despido improcedente, a tenor del artículo 56 tiene como efecto que el empresario, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, o el abono de percepciones económicas a modo de indemnización, otorgándose así las opciones al empleador entre readmisión o indemnización.

Resulta oportuno, hacer referencia al despido de los trabajadores cíclicos, que en la Ley del Estatuto de Trabajadores española está regulado dentro de los denominados contratos fijos discontinuos. En efecto, según el artículo 15.8 que versa sobre la Duración del Contrato establece:

> "El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa"
> (Omissis)
> los trabajadores fijos –discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento respectivo ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria". (LET, 1995)

Significa entonces, que el contrato fijo discontinuo se presume celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa. Cabe agregar, que esta modalidad

de contrato se extinguirá por las causas legalmente establecidas en el artículo 49 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que es del tenor siguiente:

Artículo 49. Extinción del contrato
1. El contrato de trabajo se extinguirá:
a) Por mutuo acuerdo de las partes.
b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.
c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.
Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.
Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.
Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días
d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.
e) Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.
f) Por jubilación del trabajador.
g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del

> empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.
> En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.
> En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley.
> h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 51 de esta Ley.
> i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley.
> j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.
> k) Por despido del trabajador.
> l) Por causas objetivas legalmente procedentes.
> *(omissis)*

Hechas las consideraciones anteriores, cabe hacer mención al uso que los Tribunales españoles dan a los Tratados, Pactos y Convenios Internacionales, en particular al Convenio 158 y a la denominada Garantía de Indemnidad, con base en lo cual se observa que en múltiples sentencias la autoridad juzgadora impide convalidar extinciones contractuales que tengan como móvil castigar al trabajador por el previo ejercicio de los derechos tutelados por el artículo 24 de la Constitución Española (CE, 1978), avalando su conclusión en la previsión contenida en el artículo 5.c del Convenio 158 de la OIT y en la Garantía de Indemnidad. Esto es que el administrado tuene derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, con lo cual

se refiere además del artículo 24 de la CE (1978) al artículo 4.2.g del Estatuto de Trabajadores (1995) cuando dice que el trabajador tiene derecho *"al ejercicio individual"*.

Según la doctrina del tribunal constitucional español, los titulares de derechos e intereses legítimos tienen derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en derecho, esto es a una prestación que corresponda proporcionar al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo, pero también siguiendo la misma doctrina, tenemos que dicho derecho no solo se satisface mediante la acción de los jueces y tribunales, sino también a través de la Garantía de Indemnidad.

Esa garantía de indemnidad significa que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para las personas que los protagoniza y, en el ámbito concreto de la relación laboral, la imposibilidad de adoptar medidas de represalias derivadas del ejercicio por el trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales, en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos" esta doctrina está plasmada en diferentes sentencias de los tribunales españoles tales como: Sentencias de Sala del Tribunal de

Casación 1993, de 18 de enero; 14/1993, 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 140/1999, 22 de julio; 168/1999, 27 de septiembre; 191/1999, de 25 de octubre; 101/2000, del 10 de abril; 196/2000, 24 de julio, entre otras.

Citamos además como ejemplo, la sentencia número 2451/2007 del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña que contiene extensos fundamentos de derecho en los que además de analizar la doctrina y la jurisprudencia existentes en materia de despido e incapacidad temporal, realiza una aplicación particular de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en esta cuestión, para efectos del tema aquí tratado resaltamos que en uno de los apartes de esa sentencia el TSJ de Cataluña, realiza una breve aproximación al derecho al trabajo derivado de la Constitución Española así como a los conceptos de despido improcedente y despido nulo, para pasar a analizar el Convenio 158 de la OIT (algo que también hizo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 11 de julio de 2006), donde más allá de los contenidos de ese análisis, lo que aquí destacamos es el uso del Convenio 158.

En España, según Montoya (1987, citado por De Buen, 1995, 201) la consecuencia del despido improcedente era su anulación y la consiguiente readmisión del despedido, donde el derecho a no reinstalar tendría que ejercerse mediante el pago de una indemnización sustitutiva. Según el autor

"Tal mecanismo jurídico oscurece indudablemente, la técnica de la declaración del "despido improcedente" (p.202). Lo deseable, en puros términos jurídicos, sería que el trabajador al que se imputa una falta grave que luego no se prueba, quede libre de la imputación y tuviere pleno derecho a continuar el servicio en la empresa.

Así las cosas, observamos que en el derecho español en lo que respecta al despido individual, este se clasifica en procedente, improcedente y nulo, si bien es cierto que existe la posibilidad de indemnización para despidos considerados improcedentes, no obstante en la revisión de las decisiones de sus tribunales es rutinario la aplicación de la Garantía de Indemnidad, que protege al trabajador de las represalias del patrono como justificación para efectuar el despido y el uso del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, con lineamientos claros a favor del trabajador.

j) Alemania.

Merece hacer una breve revisión a lo que estipula el derecho alemán toda vez que ofrece una visión distinta a la que predomina en los países aquí estudiados, ya que incorpora un planteamiento novedoso al hablar del despido socialmente justificado.

Vemos entonces, que de acuerdo a lo que señala el maestro Espinoza (2000) las razones que justifican el despido se refieren además de a las causas basadas en la conducta del trabajador, a las deficiencias o situaciones personales de éste que lo hagan inhábil para el trabajo o reduzcan de tal manera su capacidad laboral que su mantenimiento dentro de la empresa represente una carga desorientada del objetivo fundamental del contrato y comprometa su fin social, así también en los casos en que aparezcan evidenciadas razones de orden económico o técnico de carácter perentorio o impostergable en los que sea necesario la eliminación del cargo.

Siguiendo palabras del citado autor, esta nueva forma de despojar de rigideces perniciosas a la institución de la estabilidad, es lo que en la doctrina se ha proyectado bajo la noción de protección social contra el despido y que la legislación moderna desarrolla, especialmente desde su exitosa adopción por el derecho germano con la promulgación de la célebre Ley de Protección contra el Despido (Kündigunsschutzgezetz) del 10 de agosto de 1955, generalmente conocida con las siglas KSchQ, de la entonces República Federal Alemana. (Espinoza, 2000, 122)

En este orden de ideas, es menester resaltar que haciendo un estudio comparativo, el mandato constitucional de nuestra Carta Magna consagrado en el artículo 93 (CRBV, 2000), es concordante con lo que postula la

legislación interna alemana, la cual estima como causas de despido socialmente justificado las siguientes:

> a) Los fundados en razones de conducta del trabajador, cuyas causales deberán ser establecidas taxativamente en la ley, porque se trata de un aspecto punitivo de la relación jurídica y allí debe privar el concepto de la teoría liberal del delito y de la pena, ninguno de los cuales puede existir sin previa ley que los tipifique; b) Las razones de orden personal del trabajador que incidan en su incapacidad o merma considerable de facultades que lo inhabiliten para el trabajo; y c) Razones de orden económico o técnico de la empresa que en forma perentoria e impostergable impongan la necesidad de la eliminación del cargo o de la reducción del personal. El primer grupo de estas razones dará lugar y, por ello derecho al patrono, al despido del trabajador sin contra carga alguna para aquél; las otras dos autorizan el despido por razones de orden social, que es diferente a la justificación disciplinaria y, por ello, el trabajador afectado por esa situación, deberá, por lo menos, ser recompensado con una indemnización satisfactoria. (p.123)

CAPITULO II

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD
ESTABILIDAD ABSOLUTA Y ESTABILIDAD RELATIVA, ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y ESTABILIDAD EN EL TRABAJO, ESTABILIDAD EN EL CARGO Y ESTABILIDAD EN LA EMPRESA

Con respecto al contrato de trabajo, la estabilidad se traduce en el deseo de hacer permanente su ejecución, como fuente de subsistencia de los trabajadores y de su familia; punto de vista desde el cual las argumentaciones a favor de una protección contra la ruptura del contrato de trabajo ha dado lugar a la teoría de la estabilidad en el empleo. (Reynoso, 1990, 92)

En efecto, tal como afirma Uriarte (1983) citado por Reynoso (1990) la protección del empleo y la permanencia de este ofrecen al trabajador seguridad para su provenir, en este sentido, la estabilidad en el empleo coincide con ciertos principios de derecho del trabajo como *"la justicia social, la protección y la continuidad"*., a consecuencia de lo cual la estabilidad por un lado permitiría al trabajador conservar su empleo y por otro el respeto de su derecho de antigüedad de la empresa, fundamentos de una serie de derechos y garantías ofrecidas por el derecho del trabajo. (p. 92)

En este orden de ideas, tenemos que el concepto de estabilidad lleva implícito la seguridad y la duración, términos interconectados con la noción de permanencia y duración en el tiempo, por consiguiente cuando se habla del derecho a la estabilidad en el empleo, en principio se está refiriendo al resguardo de la permanencia en el trabajo, es pues la estabilidad un principio general no definido en el cual la protección contra el despido aparece como una de sus manifestaciones y como otra, el reconocimiento de un régimen de despido a partir de dos principios: la obligación de motivar el despido y las sanciones posibles en caso de ausencia del despido.

Mucho se ha escrito en la doctrina sobre este tema, y variadas son las clasificaciones que para el estudio de la estabilidad han realizado los distintos autores, motivo por el cual a continuación haremos la revisión de algunas de ellas.

A. LA ESTABILIDAD ABSOLUTA Y LA ESTABILIDAD RELATIVA.

En términos generales, las normas de estabilidad del trabajador en la empresa tienen como objetivo evitar la extinción del contrato de trabajo en cualquiera de sus modalidades, es así como la estabilidad se constituye en una limitante a la extinción del contrato de trabajo y, en sentido estricto, de

acuerdo a los juslaboralistas, la estabilidad es un obstáculo que se opone al libre despido de un trabajador por un acto unilateral del empresario.

Con este fundamento, la estabilidad puede clasificarse en estabilidad relativa o impropia, donde el despido se traduce en solo un obstáculo a través de la obligación del empleador de indemnizar, es decir que este será posible de acuerdo a la voluntad del empleador, siempre y cuando se pague la indemnización de ley y, estabilidad absoluta o propia, por la que el despido es evitado con base en el reconocimiento del derecho a la reinstalación del trabajador injustamente despedido. (Russomano, 1981, 12)

Siguiendo el pensamiento de Russomano (1981) no consideramos que un sistema de derecho positivo que sancione el despido injusto y que obligue al empresario al pago de una indemnización, consagre el principio de estabilidad. En este tenor expresa el autor lo siguiente:

> "La estabilidad y en general lo que la doctrina designa como estabilidad absoluta o propia es imposible de graduar, es el derecho del trabajador a permanecer en el empleo, incluso contra la voluntad del empresario, mientras no exista causa relevante que justifique el despido, por consiguiente, la estabilidad es la negación no solo jurídicamente sino también de hecho de la prerrogativa patronal de despedir sin causa, dentro de ese concepto y en la medida exacta del término, toda estabilidad o es absoluta o no es estabilidad, por lo tanto en este contexto la denominada estabilidad relativa no existe". (p.12).

Resulta oportuno agregar, que la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela, en sentencia No. 1185, de fecha 17 de junio de 2004, en el Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad interpuesto por Petróleos de Venezuela S.A. señaló, con respecto a la estabilidad lo siguiente:

> "(...)En el presente recurso de nulidad se indicó que **las disposiciones contenidas en los artículos 92 y 93 de la Constitución no prevén la posibilidad de que los trabajadores estén investidos de una estabilidad 'absoluta' o 'sui generis' que impida cualquier medio por parte del patrono de remoción**, por lo que su estipulación, en los términos del artículo 32 del Decreto Legislativo con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos ha implementado un régimen discriminatorio contrario al principio de 'justicia distributiva' y de igualdad para todos los trabajadores, referido por el artículo 89, numeral 5, de la Constitución.
> Ante esta afirmación, cabe destacar que, la noción 'estabilidad absoluta y relativa' utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, **ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos**. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido –de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la 'estabilidad absoluta', catalogada por algunos como ' causales de inamovilidad' el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de ' estabilidad relativa ', el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un

> medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo. (destacado añadido)

Tenemos entonces, que conforme al precedente constitucional citado, en nuestro país es aceptado que la estabilidad absoluta se entienda como sinónimo de inamovilidad, donde el patrono debe seguir el procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche, vemos así, que la referencia concreta es hacia los fueros especiales. Con respecto a la estabilidad relativa, establece la Sala Constitucional del TSJ, que el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, por tanto, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, da fin a la relación de trabajo, situación esta que el trabajador puede exponer ante el juez laboral para que dictamine sobre la procedencia del despido.

B. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y ESTABILIDAD EN EL TRABAJO.

El trabajo debe entenderse siempre en sus dos aspectos, tanto como el derecho para acceder a un trabajo remunerado que permita vivir con dignidad, como el derecho para conservar el empleo y con ello obtener los

medios económicos para una subsistencia razonable, motivo por el cual, cualquiera que sea la orientación económica de los gobiernos, la falta de empleo es uno de los problemas fundamentales que hay que combatir, toda vez que, el desempleado además de sufrir el infortunio de quedarse sin los ingresos fruto de su trabajo, se convierte en una carga improductiva de la sociedad.

Durante prácticamente un siglo de vida, el derecho del trabajo evolucionó buscando nuevas formas para garantizar el empleo, orientándose sobre todo conforme al espíritu proteccionista de los trabajadores, hacia una estabilidad que serviría como soporte fundamental de todos los demás derechos laborales, lo que se traduce en el hecho de que sin estabilidad en el empleo no tiene sentido hablar de la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, significa entonces que la vocación natural del derecho laboral es garantizar un empleo estable. (De Buen, 1997, 503)

Tal como expresa De Buen (1997) la estabilidad supone una relación permanente, pero cuando esa necesidad es pasajera, la estabilidad no está ausente, se presenta como el derecho del trabajador a permanecer en el empleo por todo el tiempo en que se requieran sus servicios. La estabilidad en el empleo es, en resumidas cuentas, el derecho del trabajador a

permanecer en el trabajo mientras su actividad sea necesaria para el empleador (p. 504)

En este propósito, la definición de estabilidad del citado maestro (1997) deriva en las siguientes conclusiones:

> a) la duración de la relación de trabajo debe estar ligada al tiempo en que la actividad del trabajador es necesaria para el empleador; b) si no se prevé un plazo o condición resolutoria a los que pueda estar ligada debe ser por tiempo indefinido, c) si al llegar la fecha prevista para el vencimiento del plazo subsiste la necesidad del empleador de los servicios del trabajador, la vigencia del contrato debe prorrogarse por el tiempo necesario, d) si durante la vigencia del contrato desaparece la necesidad del empleador del recibir los servicios del trabajador, no obstante que ello no haya sido previsto al inicio de la relación, esta puede concluir (p. 505)

Por otra parte, afirma Reynoso (1990) que el derecho de un trabajador para conservar su empleo pretende entre otras cosas apartarse de la teoría civilista relativa a la ruptura de los contratos (p.23), producto de lo cual, encontramos una doble vertiente en cuanto a la definición de estabilidad en el empleo: la visión amplia que defiende la estabilidad como garantía en frente de cualquier tipo de ruptura del contrato de trabajo y la visión estrecha que defiende la estabilidad solo ante un tipo de ruptura del contrato de trabajo: el despido. Así bajo esta última perspectiva, se busca frenar el despido por ser este visto como obstáculo para la continuidad de la presencia del trabajador en la empresa, y solo se concibe ante el

acontecimiento de circunstancias excepcionales, garantía contra el despido arbitrario, es un derecho ligado a la antigüedad del trabajador en la empresa. (Reynoso, 1990, 95)

Con referencia a lo anterior, autores como Deveali (1948, citado en Reynoso, 1990, 93) conciben en la estabilidad el derecho a permanecer en el empleo durante toda la vida laboral, es decir, que el trabajador puede permanecer en el empleo hasta el momento en que haya una causa suficientemente grave para despedirlo, o bien hasta la edad de la jubilación. En la óptica del autor se trata de un contrato de trabajo a tiempo determinado, donde el término coincide con el momento en que el trabajador llega a la edad prevista para el momento de la jubilación.

Resulta oportuno, subrayar la visión del maestro Mario de la Cueva (1980) para quien "*la estabilidad en el empleo es una institución propia del derecho del trabajo, que se puede caracterizar diciendo que es el derecho para conservar su trabajo durante todo el tiempo que este subsista y así poder percibir los beneficios correspondientes*". (p. 219), es pues, la estabilidad en el empleo una garantía reconocida por la legislación del trabajo y propia a éste; es una manifestación de la justicia social que otorga al trabajador la certeza del presente y del futuro (De la Cueva, 1980, 220). Visión esta de la

estabilidad que ha sido de trascendencia por su indiscutible influencia en el derecho latinoamericano.

La teoría de la estabilidad es observada a través de críticas desde dos aspectos definidos como los límites jurídicos del concepto y los límites económicos de la teoría, entendiéndose como límites jurídicos, el referirse solo a la protección contra el despido injusto o arbitrario, es decir solamente como efecto del despido, visión estudiada como estrecha en párrafos anteriores, tema manifestado dentro de las legislaciones latinoamericanas de dos maneras, por un lado mediante la prohibición casi total del despido liberador y por otro, por medio de la limitación del despido sancionador.

Adicionalmente, está la otra forma de visualizar el tema, desde el punto de vista economicista, cuyos estudiosos consideran que debe incluirse además el problema de la permanencia del trabajador en el empleo, donde se analicen las formas precarias de contratación y de otras formas de ruptura del contrato de trabajo. (Reynoso, 1990, 97)

Evidenciamos entonces, en esta concepción que Reynoso (1990) define como amplia, la estabilidad se concibe como una garantía en frente de cualquier tipo de ruptura del contrato de trabajo, la idea de estabilidad se presenta como garantía de permanencia en el empleo pero no considerada

solo frente al despido, lo que implica que la protección del trabajador contra una ruptura injusta del contrato de trabajo supone realizar un control y una limitación de las formas precarias de contratación, como lo son los contratos a tiempo determinado y, de otras formas de ruptura del contrato de trabajo, sea por mutuo consentimiento o por renuncia, por consiguiente desde este punto de vista el despido es sólo un aspecto del problema. (p. 97)

No obstante lo señalado, debemos resaltar que en cuanto a la visión economicista, esta ameritaría un estudio más exhaustivo ya que los argumentos versan sobre el hecho de que la protección de la estabilidad juega en contra del incremento del empleo, sin embargo en la práctica se observa que en donde las normas de estabilidad han aumentado, los despidos no han sido frenados.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, es menester además, referirse a los postulados de la OIT, entre los cuales el concepto de empleo corresponde al de un derecho humano, que como tal nace de la dignidad misma del ser humano; que no se cuantifica sino que se valora, por tanto, no sólo se trata de número de empleos lo cual corresponde más a una óptica economicista, sino de calidad de los mismos en donde la estabilidad es un aspecto intrínseco a esa calidad.

Por todo lo dicho, observamos que la estabilidad en el derecho del trabajo tiene una doble dimensión, por una parte se considera estable la relación laboral cuando se basa en un contrato a tiempo indeterminado y por otra cuando se garantiza con una eficaz protección frente al despido, sin embargo, esta doble dimensión no basta para aproximarse al estudio del derecho a la estabilidad, es en el análisis conjuntamente de la contratación laboral y la institución del despido y de la contraposición con los términos estabilidad y flexibilidad, cuando los resultados son más precisos. (López, 2003, 287)

En efecto, para López (2003) la combinación de esas cuatro variables, resulta más acertado en escenarios donde estabilidad en el empleo se contrapone a precariedad en el empleo y la flexibilidad en el mercado de trabajo a rigidez en el mismo, constituyéndose la flexibilidad en el mercado y la estabilidad en el empleo en los valores óptimos y, la rigidez en el mercado y la precariedad en el empleo en los valores pésimos. La autora afirma además lo siguiente:

> La combinación de estas cuatro variables daría como resultado un sistema plausible –el que permite combinar la flexibilidad en el mercado con la estabilidad en el empleo -, un sistema aceptable – rigidez en el mercado con estabilidad en el empleo-, un sistema reprobable –flexibilidad en el mercado y precariedad en el empleo – y un sistema despreciable – que combina rigidez en el mercado con precariedad en el empleo-.. (p.288)

Dicho de otro modo, la sana convivencia entre la flexibilidad en el mercado con la estabilidad en el empleo es una especie de estado ideal que se oriente al crecimiento económico, sin el sacrificio de la permanencia en el empleo del trabajador, cosa no tan fácil de alcanzar toda vez que el crecimiento económico en las economías capitalistas trae consigo una mayor flexibilización de sus mercados laborales como una condición necesaria, aunque no suficiente, para salir de situaciones de crisis económicas.

En esta óptica la "flexibilidad" es el mecanismo idóneo para disminuir o eliminar la protección de los trabajadores principalmente a través de la desregularización legal con la consecuente reducción de los costos laborales y de la búsqueda de nuevas formas de relación laboral con nuevas dinámicas en la estructura productiva y organizativa de cada país.

En este escenario lo imperioso debe apuntar a sostener la estabilidad en el empleo, ya que el cambio del proceso de producción puede, por lo general, ser problemático para los trabajadores, como así ocurre, resultado de prácticas largamente arraigadas de los centros de trabajo con consecuencias no deseadas para muchos trabajadores. (López, 2003, 288).

En la actualidad, las coyunturas económicas ponen en el contexto de discusión la flexibilización de leyes dirigidas a la legalización de formas de

empleo donde se excluyan normas como las relativas al despido, así entonces, el problema se centra en conciliar la protección del empleo y las necesidades de la empresa en una economía en crisis.

Como se observa, el problema del empleo no se puede resolver con disminuir las protecciones ante los reclamos persistentes de la flexibilidad, la cual ha impuesto cuotas elevadas a la relación de trabajo, sin resolver la incertidumbre sobre el futuro de la demanda ocupacional, a partir de la cual proliferan figuras contractuales pobres, precarias o atípicas para prolongar la disponibilidad voluntaria al trabajo flexible, fundada, no solo en la brutal desocupación, sino en la diversificación de los estilos de vida y del trabajo (D´Antona, 1993, Lastra, s/i, 152)

> Es pues menester reflexionar ante la omnipotencia soterrada de dogmas económicos que afirman y justifican todo frente a la dictadura de lo económico, en donde pululan "zonas grises" o "zonas de penumbra" para los trabajadores, ante el abandono del intervencionismo en materia social y los "efectos perversos del modelo neoliberal" (Lastra, p. 176).

Finalmente, debemos destacar que una parte de la doctrina no establece diferencia alguna entre los que es estabilidad en el trabajo o estabilidad en el empleo, simplemente es asumido como distintas maneras de nombrar a lo que en realidad se resume en una palabra "estabilidad", así vemos como ejemplo que autores como Barbagelata (1982) se refieren al tema

indistintamente como estabilidad en el trabajo, o como sinónimo de estabilidad o seguridad en el empleo (p. 20), no obstante otro sector de la doctrina si hace una diferencia por lo que resaltamos aquí la opinión de Pérez (s/i) citado en Espinoza (2008) quien define estabilidad en el trabajo en los términos que a continuación se señala:

> "consiste en procurar al trabajador la continuidad en su estatuto profesional más allá de los límites de una concreta empresa" y agrega que "se plantea más allá de las fronteras del trabajo dependiente y por cuenta ajena, quedando reducida al trabajo sin adjetivos, es decir, que no se constriñe a la prestación de servicio dependiente y por cuenta ajena, sino que también a otras formas como señaladamente el trabajo autónomo e, incluso, a períodos donde no hay una prestación de servicios activa, sino lo contrario, períodos de inactividad dedicados sobre todo a la formación del trabajador". Se trata, tal como afirma Espinoza de un estatus personal, subjetivo, que acompaña y protege al trabajador más allá de la relación de trabajo. (p.22)

C. ESTABILIDAD EN EL CARGO Y ESTABILIDAD EN LA EMPRESA.

La estabilidad en el cargo o en el puesto de trabajo le da al trabajador el derecho no sólo a permanecer en la empresa sino en su preciso puesto de trabajo. Esta concepción constituye un punto de vista doctrinal rígido de la estabilidad mediante el cual parece establecerse la propiedad del empleo o el derecho subjetivo a la función, pero que no se corresponde exactamente con la realidad normativa. Sin embargo, observamos que la garantía del

puesto no es del todo ajena a los contenidos de los ordenamientos laborales, se constituye en el impedimento o en el obstáculo que frena los poderes empresariales, dirigidos a la dimisión forzada del trabajador por las condiciones impuestas por el empleador, en lo que en la ley es el despido indirecto. Esta forma de ver la estabilidad nos conduciría a las reglas que disciplinan el *ius variandi* empresarial. (Baylos, 2004, Pérez. 2004, p.24)

Existe un consenso en otro sector de la doctrina que se refiere a este tema de la estabilidad en el cargo bajo la óptica exclusiva del servicio público, con ello los contenidos se dirigen a garantizar que el servidor público actúe conforme a los preceptos legales y constitucionales, con la limitación dirigida a impedir intereses partidarios o de grupos de presión, lo cual se convierte en un escenario de seguridad que se materializa en el derecho a la estabilidad en el cargo. Todo esto bajo la óptica del deber ser del Estado, que caracteriza la función pública como portadora del interés público que responde a los intereses del colectivo sobre los intereses particulares, es pues un elemento garantizador de la realización del interés público.

Se explica entonces en un escenario donde lo que predomina son las lealtades políticas donde se trata de resguardar el servicio público y la función pública en general que permita una administración pública que no esté amenazada por políticas de despojo por clientelismo; y donde la

estabilidad en el cargo esté exigida por la especialización de las funciones a través de la experiencia en esa función.

Es de rigor establecer que existe diferencia entre estabilidad en el empleo y estabilidad en el cargo. La primera implica el derecho a conservar un trabajo o empleo, independientemente que el trabajador esté sujeto a la posibilidad de traslado de funciones o de un cargo a otro. Mientras que la segunda, significa la permanencia en un cargo, puesto o función específicos, sin que se le pueda trasladar a otro sin causa justificada.

La estabilidad en el cargo obedece así al interés del colectivo, asegurando que el servidor público cumpla con sus atribuciones y deberes apegado a la Ley y no se vea amenazado constantemente con una destitución arbitraria o discrecional, lo que conlleva a que las razones de destitución del cargo no responden a arbitrariedades individuales de cualquier superior jerárquico sino que se corresponden con causales previamente establecidas en el ordenamiento jurídico, en el caso de Venezuela, en la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP, 2002) entre otros instrumentos jurídicos, con base en lo cual la separación o destitución del cargo vendrá dada solamente por un hacer o no hacer del propio funcionario y es por ello que quien ocupe el cargo es el único que proporciona los motivos que pueden alegarse para una posible destitución.

Desde la perspectiva anterior, la remoción arbitraria de servidores públicos supone en el plano subjetivo y respecto de la esfera jurídica de la persona física que ocupa el cargo, no un derecho al trabajo, sino un derecho a la estabilidad en el cargo, puesto que su propósito esencial es brindar protección contra las remociones arbitrarias de los servidores públicos de los cargos que ocupen; sin embargo, ha de insistirse que el reconocimiento de dicha categoría jurídica en la esfera de los servidores públicos no está concebido en beneficio de la persona física que ocupa el cargo, sino que ello es reflejo de la independencia funcional del ente público del que se trate.

Con respecto a la estabilidad en la empresa, este es un mecanismo que asegura al trabajador su permanencia en una concreta organización productiva, se concibe como la versión más extendida de la estabilidad y sobre la que siguen reposando la mayoría de los ordenamientos laborales europeos, como es el caso de España.

Técnicamente esa estabilidad en sentido propio suele imponer como fórmula de relación laboral el contrato indefinido, protegiendo así al trabajador frente al despido injustificado, pero con mayor o menor intensidad, lo que permite observar una especie de sub clasificación mediante la cual puede o no el patrono sustituir el despido injustificado por una indemnización. (Pérez, 2004, 22).

Tal como señala Pérez (2004, 22) este tipo de estabilidad se haya en los últimos tiempos fuertemente contestada debido sobre todo a un razonamiento no exento de determinismo, que la considera un mecanismo fruto del modelo productivo industrial que parece superado o, al menos, así de dice.

D. CONCEPCIONES DE LA DOCTRINA NACIONAL SOBRE LA ESTABILIDAD.

En materia de estabilidad son muchas las discusiones que se suscitan, toda vez que se trata de concepciones doctrinarias de índole jurídico y económico en donde lo ideal sería que unas y otras convivan en torno al respeto de una verdadera justicia social, pero que muy por el contrario se materializan y conciben en torno a disputas de intereses que por un lado presenta la necesidad de proteger a los débiles y por el otro los intereses económicos asociados a una ideología capitalista, que se proyectan en términos de empleo y desempleo, en virtud de lo cual, es menester reconocer el pensamiento de quienes han dedicado gran parte de su trabajo a su estudio.

En cuanto al derecho interno, son muchas las opiniones que confunden el concepto de estabilidad laboral con inamovilidad atribuyendo el concepto de

inamovilidad como sinónimo de estabilidad absoluta, y a lo que se debe reconocer como estabilidad es confundido con estabilidad relativa.

En el año 1963, el maestro Espinoza expresó una definición en la que de acuerdo a su propio discurso, destacó las características ontológicas, axiológicas y fenomenológicas de la institución, en los términos siguientes:

> "La estabilidad en el trabajo es una institución que refleja el interés social en la conservación de las relaciones laborales, en el sentido de que ningún trabajador dependiente puede ser válidamente despedido de su trabajo sin una justa causa fundada en su conducta, en sus deficiencias personales o en exigencias perentorias de orden económico o técnico de la empresa, con la garantía de poder impugnar el despido que considere injustificado por ante un organismo dotado de competencia para hacer efectivo su reenganche", (2008, p. 295)

Aunado a esta concepción, en otra de sus obras posteriores el citado autor diferenció la estabilidad en el trabajo como la más importante institución de derecho del trabajo, como su única verdadera garantía, que se constituye en el derecho de trabajo mismo. Al respecto resaltó que sin la estabilidad todas las demás instituciones laborales están inconclusas, por lo tanto si el trabajador no tiene garantizada la permanencia en el empleo, si la continuidad en el trabajo depende solo de la voluntad *ad nutun*, sin necesidad de justificación del patrono, de nada valen los demás derechos laborales, entonces para el autor es sobre el principio de la continuidad que

se ha desarrollado toda la teoría moderna de la filosofía, la economía y el derecho del trabajo (Espinoza, 2000, p.111 y 112).

El insigne jurista Alfonzo-Guzmán (2000) declara que la estabilidad consiste en una garantía contra la privación injustificada del empleo y la caracteriza expresando que se trata de un derecho y no de una obligación del trabajador, por lo cual no lo ampara contra la pérdida del empleo contra actos que le sean imputables, distingue, principalmente entre dos tipos de estabilidad, a saber, i) estabilidad absoluta o propiamente dicha que origina a favor del sujeto que goza, el derecho a ser reincorporado en el cargo del cual fue privado por su patrono sin autorización del Inspector del Trabajo de su jurisdicción; y, ii) Estabilidad relativa o impropia, que engendra tan sólo derecho a una indemnización a favor del trabajador que se retire o sea despedido por causas imputables a su patrono, o se vea privado de su empleo por causas ajenas de su voluntad (p. 297).

Para el tratadista patrio Ortiz-Ortiz (1997) la estabilidad es definida de la forma siguiente:

> "es una garantía establecida en la Constitución Patria para proteger el derecho al trabajo como hecho social, para procurar la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo y el mantenimiento de las condiciones pactadas, y en este sentido implica que el trabajador no puede ser despedido sino por justa causa ni desmejorado en sus condiciones de trabajo salvo a través de los procedimientos establecidos en la Ley" (p. 100)

Concepción en la cual, no está impedido el patrono de poner fin al contrato de trabajo cuando lo considere conveniente, cuyas consecuencia patrimoniales dependerán notablemente de las causas que hayan motivado la misma.

La estabilidad es entonces, una garantía establecida por la Constitución de la República para proteger el derecho al trabajo, por lo que implica que el trabajador no puede ser despedido sino por justa causa, no puede ser desmejorado en sus condiciones de trabajo, salvo a través de los procedimientos establecidos en la Ley. En este sentido, el autor clasifica la estabilidad en las siguientes categorías: 1) estabilidad general o relativa: la cual abarcaría en general, a todos los trabajadores que no sean de dirección y tengan más de tres meses de servicios, exceptuando los temporeros, eventuales u ocasionales; permite la subrogación de la obligación de reenganchar mediante el pago, 2) estabilidad especial o inamovilidad, de carácter excepcional fundamentada en un interés superior a las partes que no es susceptible de sustituir la obligación por el pago de una suma de dinero. Tema este sobre el cual opina el mencionado autor, que este tipo de estabilidad no debe llamarse absoluta, pues no permite despidos bajo ninguna causa, sino la destitución a la que se refiere en la tercera categoría, y la 3) estabilidad absoluta de los funcionarios públicos de carrera.

Es así, que la estabilidad tanto absoluta como relativa tiene fundamento en principios y normas de rango constitucional, de estricto orden público, basadas en la irrenunciabilidad de los derechos laborales. (Ortiz, 1997, p. 100, 101)

Para Gutiérrez (1998) "*la estabilidad en general es el derecho que tiene el trabajador a solicitar un pronunciamiento de la autoridad competente, calificador del despido pretendido por su patrono el cual adeuda justa causa legal, pues de no ser así, se sancionará con una orden de reenganche del trabajador y pago de salarios caídos o una indemnización a éste, derivada del daño causado o ilícito laboral*". (p. 23)

E. LA ESTABILIDAD EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL.

En el caso de Latinoamérica existen diferentes concepciones sobre el derecho a la estabilidad, para unos es una garantía contra el despido arbitrario, y es un derecho ligado a la antigüedad del trabajador en la empresa, es decir solo es aplicable a trabajadores que han cumplido cierto tiempo en su puesto, para otras legislaciones, la estabilidad está en relación directa con el despido y con los contratos de duración determinada. Así vemos, que la estabilidad es una garantía contra el despido arbitrario por lo

tanto debe asegurar la protección de los trabajadores contra las rupturas injustas de los contratos de trabajo.

El juslaboralista mexicano Mario De La Cueva (1982), sobre la estabilidad en el trabajo sostiene lo que a continuación se transcribe:

> La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación que hagan imposible su continuación. (p.219)

Seguidamente se refiere a la estabilidad absoluta en los términos que se especifican a continuación:

> La estabilidad absoluta solo ocurre cuando se le niega al patrono, de manera total y absoluta, su facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad, y únicamente se permite su disolución por causa justificada; mientras que la relativa es aquella que autoriza al patrono en grados variables, al disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de una indemnización". (1982, p. 221).

Similar posición a la del maestro De La Cueva comparte Deveali (1983, p.536) quien adicionalmente considera sobre la estabilidad lo que a continuación se cita:

> Es el derecho del empleado a conservar el puesto durante toda su vida laboral, o sea, en el caso de que existan jubilaciones o pensiones para vejez o incapacidad, hasta cuando adquiera el derecho a la jubilación o pensión, no pudiendo ser declarado

> cesante antes de dicho momento, sino por alguna causa taxativamente determinada. (p. 315)

Para Russomano (1981) "*Son normas de estabilidad del trabajador en la empresa todas aquellas que tienen como objeto evitar o restringir la extinción del contrato de trabajo, en cualquiera de sus modalidades*" (p. 11), a través de lo cual reconoce que "*los laboralistas acostumbran a dar a esa palabra otro sentido, aún más estricto, de acuerdo con el cual la estabilidad es un obstáculo que se opone al libre despido de un trabajador por un acto unilateral de un empresario*" (p. 12). Así, para este autor la estabilidad:

> Es el derecho del trabajador de permanecer en el empleo, incluso contra la voluntad del empresario, mientras no exista causa relevante que justifique su despido. La estabilidad, pues, es la negación no sólo jurídicamente sino también de hecho, de la prerrogativa patronal de despedir sin causa. Dentro de este concepto ye la medida exacta del término, toda estabilidad es absoluta o no es estabilidad. (p.13, p.14)

En palabras de Plá (1975) la conceptualización está dirigida hacia la tesis limitativa de las funciones del empleador:

> La estabilidad en cambio, parte del supuesto contrario o sea, de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay causa justificada" y de seguidas establece que la misma solo es propia "cuando la prohibición de despedir se sanciona con la nulidad del despido. (p. 163)

Por su parte el maestro Montoya (1999, Espinoza, 2010) en sus estudios sobre la materia expresa lo siguiente:

> La estabilidad de los trabajadores en sus empleos es un principio dotado de doble proyección: de una parte, posee una proyección eminentemente social, que se refiere al interés del trabajador a permanecer vinculado a la empresa, y, de otro lado, una proyección eminentemente económico-productiva, que se refiere al interés del empresario en adaptar el volumen y la duración del trabajo a las necesidades productivas, organizativas o de otra índole, de la empresa" (p.227)

El concepto de estabilidad laboral sostenido por la doctrina internacional, como así lo señala Ernesto Krotoschin, (1959, p. 120) está referido a una tendencia moderna para asegurar a los trabajadores en lo posible, la conservación de su empleo, lo que consiste en la protección eficaz del trabajador contra el despido arbitrario, tratándose de garantizar una base para la existencia del trabajador.

De lo anteriormente referido, tenemos que la tendencia de un sector de la doctrina laboralistas a respaldar la posibilidad de efectuar el despido solo por razones justificadas, se reafirma la prohibición de despedir por voluntad del patrono y siguiendo al criterio de De la Cueva (1982), solo debe quedar en manos del empleador la posibilidad de romper el vínculo laboral como consecuencia del incumplimiento grave de las obligaciones por parte del trabajador o por causas ajenas a la voluntad de las partes. Se preserva el derecho a la estabilidad en el trabajo. (p. 219)

Consecuentemente con lo expuesto, dedicaremos algunos párrafos al despido como institución intrínsecamente relacionada con el principio de estabilidad. Tenemos entonces, que nuestra Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) por una parte, en el artículo 102 expresa taxativamente las causas justificadas de despido, pero adicionalmente cuando se enfoca a regular el despido masivo en el artículo 34 ejusdem, amplía la posibilidad de despido justificado, a la solicitud de reducción de personal invocando circunstancias económicas, o de progreso o modificaciones tecnológicas, con lo cual el legislador de forma indirecta está haciendo uso de la doctrina del despido socialmente justificado, ampliamente desarrollada por los autores alemanes Walter Kaskel y Hermann Dersch.

Vemos así, que a esas causas para efectuar el despido justificado que se encuentran de manos del trabajador, a través de su comportamiento, habilidades y aptitudes, se le adiciona la posibilidad de despido cuando está en juego la subsistencia misma de la empresa, o razones de progreso.

En la óptica de los citados autores, las causas del despido deben fundamentarse en las deficiencias del trabajador para el desempeño de la labor o para la asimilación de las nuevas tecnologías, son las razones de orden técnico o económico de la empresa las que deben condicionar la imperiosa eliminación del cargo a favor de la continuidad del negocio,

concepción ésta, inmersa dentro de la orientación de la estabilidad absoluta que resuelve el despido ilegítimo solo con nulidad y la reposición de la relación de trabajo a su estado original. Afirman así Kaskel y Dersch lo siguiente:

> "El derecho del trabajo tiene su origen en la necesidad de protección social de aquellas personas que se encuentran en una relación de trabajo dependiente. Pero en el transcurso de la evolución económica, también ciertos grupos de personas que prestan trabajo a otras personas en forma independiente han llegado a necesitar la protección. Por consiguiente, las normas del derecho del trabajo se han extendido en determinados aspectos también a esos grupos de personas. (1961, Espinoza, 2000, p. 43)

CAPITULO III

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO EN LOS TRIBUNALES NACIONALES

Es preciso en esta instancia hacer revisión a las decisiones emanadas de los Tribunales nacionales, en especial de aquellas dictadas a partir del año 2000, fecha en la que se promulgó la Constitución vigente, sobre todo por la particularidad de que es allí donde a través del artículo 93 se garantiza la estabilidad en el trabajo con la limitación de cualquier forma de despido no justificado, calificándose cualquier forma de despido contrario a la Ley como nulo, en este escenario sin embargo, conviven esta limitación constitucional con el artículo 125 de la LOT (1997) que permite la posibilidad de la insistencia en el despido por parte del patrono, y que a pesar de la disonancia obvia, tanto con la Carta Magna (CRBV, 2000) como con los instrumentos internacionales ratificados por la República, hasta la fecha el mismo no solamente no ha sido desaplicado sino que por el contrario su contenido tiene hoy más que nunca completa vigencia.

Así pues vemos, que los Tribunales de la República, tanto los de primera Instancia, como los Superiores como el Tribunal Supremo de Justicia,

aplican sin mayor miramiento ese contenido, siendo hoy en día la norma el pago indemnizatorio en casos de despidos injustificados, y la excepción la protección de la estabilidad.

En este sentido, cabe resaltar que vemos en un número muy reducido y solamente de los Tribunales Superiores del Trabajo ese "deber ser" en torno a la protección a la estabilidad en cumplimiento de los postulados la Constitución de la República y de los Convenios Internacionales, sentencias que han sido modificadas en la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, a favor de la aplicación del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997).

Hechas las consideraciones anteriores, subrayamos entonces que en las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela a través de la Sala Social, en demandas relativas a estabilidad es reiterativo la aplicación del artículo 125 de la LOT, es decir el criterio de permitir a todas luces la insistencia del despido por parte del empleador no importando que las causales del despido hayan sido justificadas o injustificadas, simplemente la posibilidad y consecuente materialización de un pago de naturaleza indemnizatoria es más que suficiente para dar por terminada una relación de trabajo, en consecuencia, en los apartes siguientes solo nos limitaremos a revisar las decisiones de los Tribunales en donde se ha aplicado un criterio

más congruente y acorde a los preceptos constitucionales, es decir tanto con el artículo 93 de la Carta Magna como con los instrumentos internacionales que son por efecto de la misma normativa constitucional de aplicación preferente a las leyes de la República (artículo 23) vale decir, el Convenio 158 de la OIT (1919) y las Recomendaciones relativas al tema emanadas del seno de esa organización.

A. DECISIONES EMANADAS DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO

En la perspectiva señalada, observaremos entonces la forma como entiende los Tribunales de la República el artículo 93 de la Constitución (CRBV, 1999) y el tratamiento dado a los instrumentos internacionales, específicamente del Convenio 158 y de las Recomendaciones sobre la terminación de la relación de trabajo emanadas de la OIT y cuya ratificación por parte de Venezuela ha hecho vinculantes a estos documentos, como normativa de rango constitucional. Así tenemos, que el Convenio 158 ratificado por nuestro país el 6 de mayo de 1985 ha sido aplicado escasamente en Venezuela. Son pocos las controversias dirimidas en los Tribunales del Trabajo que evidencian la aplicación de los argumentos contenidos en dicho documento, entre las cuales podemos citar las siguientes:

1. Sentencia del Juzgado Superior de Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, LUBEN MEDINA contra la Sociedad Mercantil PERFORMANCE TRAINING AND CONSULTING PLUS, C.A. del 8 de agosto de 2003, demanda por Calificación de Despido, de cuyo contenido extraemos lo siguiente:

> Así mismo el articulo 126 de la Ley Orgánica del Trabajo, concordante con los artículos del reglamento 61 y 62 y el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT, permite al patrono ponerle fin a la relación de trabajo y al procedimiento de estabilidad laboral, en cualquier estado y grado de la causa, si paga además de lo contemplado en el articulo 108 de la referida ley, los salarios que hubiere dejando de percibir durante el procedimiento y las indemnizaciones que contempla el articulo 125, por lo que cuando el patrono persiste en el despido surge para el trabajador el derecho a reclamar los conceptos y montos anotados en la disposición anotada.

Con los argumentos expuestos el sentenciador decide a favor del empleador y su derecho de persistir en el despido y lo sustenta en los artículos correspondientes de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997), y en el Convenio 158 de la OIT, otorgándole una interpretación forzada para afianzar el derecho del patrono de prescindir de los servicios del trabajador aún sin justa causa.

2. Sentencia del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, Los Teques, en el expediente No. 0156-04, JOAO PEDRO NUNES DA SILVA, contra BAR Y RESTAURANT FUNCHAL,

C.A.., juicio por calificación de despido, de fecha 19 de mayo de 2004, que establece en su contenido los siguientes argumentos para decidir:

> Observa este Juzgador que el Convenio N° 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, del año 1982 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Venezuela el día 06 de mayo de 1985, en su Artículo 5, ordena a todos los Estados miembros, que deberán efectuar las disposiciones del presente Convenio, por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esa disposiciones se apliquen por vía de Contrato Colectivo, Laudo Arbitral o Sentencias Judiciales o cualquier otra forma de practica nacional.
> En este caso en particular, cuando se habla de un despido injustificado, la Ley Orgánica del Trabajo en su Artículo 116 y siguientes, protege o prevé todo lo necesario a proteger o tutelar el derecho a la estabilidad en el empleo de todo trabajador, que goza de la misma. Estabilidad que es relativa y así lo ha señalado el Juzgador, pero deviene directamente de lo señalado en el Artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dice: "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".
> ¿Por qué se invoca esa norma? Porque esa norma constitucional es la que da origen y es el fundamento de la estabilidad. Efectivamente en la primera parte del Artículo 93, existía el mismo concepto de la constitución del año 1961, que es la norma que da origen al Artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, quiere decir, que la estabilidad relativa en el trabajo, admite unas limitaciones, pero siempre y cuando no sea contraria a la ley, o sea, en la forma establecida en la ley. ASÍ SE ESTABLECE.-
> Esto quiere decir, que efectivamente tal y como se invoca en la doctrina establecida por este Juzgador, en el caso antes mencionado, que dentro del derecho a la tutela judicial efectiva de todo trabajador, cabe la garantía de indemnidad, la cual esta prevista o consagrada el Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo del año 1982, en consecuencia, el despido de un trabajador como consecuencia de haber ejercido una acción judicial constituye una clara vulneración del derecho de la tutela judicial efectiva, que en nuestro ordenamiento constitucional aparece consagrado en el Artículo 26 de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. ASÍ SE DECIDE.-

Con base en estos argumentos, la autoridad juzgadora declara sin lugar apelación ejercida por la parte demandada, bajo la consideración de que se trata de un despido nulo, que no tiene efecto jurídico alguno. Consideró además, el Juez de alzada la inconstitucionalidad de haber procedido a despedir a ese trabajador.

No obstante, de la coherencia en la argumentación del Juez Superior y la consecuente decisión con la aplicación de toda la normativa que rige el régimen de estabilidad, estando vigente para ese entonces el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo relativo a las precedencias de las sentencias de la Sala Social del TSJ, el Juez de alzada debió justificar su decisión, que de forma sobrevenida se presentó, contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que en fecha muy cercana (el día antes) el Tribunal conoció que por efecto de un recurso de control de legalidad (18 de mayo de 2004) el Tribunal Supremo de Justicia decidió en un caso muy similar, a favor de la insistencia en el despido, vale decir, en el expediente No. 04-076, CRUZ MARTINEZ contra BAR RESTAURANT EL FUNCHAL C.A., de fecha 20 de noviembre de 2003, el cual no será objeto de revisión en este estudio, con respecto a la sentencia de alzada.

3. Sentencia del Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida. Sede Alterna El Vigía, de fecha 3 de octubre de 2006, asunto LP31-L-2005-000195, HERNAN SALAS MARTINEZ contra REINA COROMOTO CHACÓN GÓMEZ y RICHARD ANDERSON HERNANDEZ MORA, por cobro de prestaciones sociales, más allá de no tratarse de una decisión por reenganche que implicaría el tratamiento del tema de estabilidad, destacamos el uso del Convenio 158 para fundamentar la argumentación de la decisión definitiva, no obstante es menester resaltar que el enfoque dado al contenido de la norma internacional no se corresponde con el contenido. Así tenemos que la parte motiva de la sentencia mencionada establece:

> Así mismo el artículo 4 del Convenio 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, establece que: "no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento del empresa, establecimiento o servicio".
> (omissis)

Seguidamente, en párrafos posteriores del contenido, tenemos:

> El artículo 92 de la Constitución en la República Bolivariana de Venezuela establece que todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho prestaciones sociales que le recompensa en la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera interés. **De igual forma el artículo 12 del antes mencionado convenio de la OIT establece en su cardinal 1, que de conformidad con la**

> **legislación y la práctica nacional, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, a prestaciones del seguro de desempleo o de otras formas de seguridad social o a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.** (destacado añadido)

4. Sentencia del Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 5 de diciembre de 2007, MARIO DE JESÚS BREA MONSALVE, contra C.A., METRO DE CARACAS, por pago de salarios caídos. Se declaró la falta de jurisdicción para conocer del caso argumentando que "si se está ante una persistencia en el despido no puede haber pronunciamiento sobre reenganche alguno, ni sobre calificación de despido porque ya el despido fue admitido como injustificado en razón de la persistencia en el despido" .Así estableció:

> "(...) Entiende este Juzgador que si se está ante una persistencia en el despido no puede haber pronunciamiento sobre reenganche alguno, ni sobre calificación de despido porque ya el despido fue admitido como injustificado en razón de la persistencia en el despido (...).
> En razón de lo antes trascrito observa este Juzgador que, entonces, lo denominado por la Doctrina Internacional como la garantía de indemnidad, lo cual, significa que aquellos trabajadores que tienen durante su relación de trabajo incoada una reclamación bien sea judicial o administrativa, están cubiertos por una garantía respecto a la terminación de la relación de trabajo en razón de que no deben ser objeto de un despido injustificado, es similar a la estabilidad absoluta de los trabajadores que gozan de inamovilidad, -que es lo que está dilucidando la parte demandante y lo ha señalado a lo largo del proceso y que es lo que la demandada también pide se pronuncie éste Tribunal- y entiende este Juzgador entonces que la jurisdicción para conocer de lo que

es la estabilidad relativa es única y exclusivamente para los Tribunales del Trabajo, pero, la estabilidad absoluta, es decir, cuando el trabajador no puede ser objeto de un despido injustificado, en consecuencia, es la Inspectoría del Trabajo, es decir, los órganos administrativos del trabajo. Como quiera que este Juzgador no puede pronunciarse validamente porque no tiene atribuida la competencia en ese sentido sobre la nulidad o no del despido sufrido sobre el ciudadano actor en los términos señalados por la Constitución en el artículo 93 y conforme a lo señalado en el Convenio 158, entiende entonces, este Juzgador que hasta tanto no se dilucide esa situación no puede pronunciarse sobre los demás elementos, es decir, cuales son los elementos si el despido fuese válido y no fuese contrario al convenio 158 y no fuese contrario a lo señalado en el artículo 93 de la Constitución en consecuencia la persistencia es válida y legítima porque goza de estabilidad relativa y en consecuencia deberá pronunciarse sobre la inconformidad en el pago presentado, pero, como quiera que ese punto previo es fundamental; por ello, este Juzgador hizo la pregunta a la parte demandante al respecto, ya que si él estuviera reclamando su indemnidad en función de que hubo una insolvencia de la demandada respecto al pago no habría nulidad en el despido, por ello de es Perogrullo, sino no hubiera tantas demandas por prestaciones sociales, ello no tiene sentido alguno, sin embargo, el actor volvió a insistir en que ello es secundario, lo principal es la nulidad del despido, en virtud del artículo 93 y en virtud de la cláusula 31 de la Convención Colectiva, y habla de nulidad del despido, porque no debe ser despedido por ninguna causa, ni justificada, ni injustificada, en consecuencia, entiende este Juzgador que no tiene la jurisdicción correspondiente, procediendo entonces a declinar la jurisdicción y seguir la consulta obligatoria ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, para que se ésta quién decida sobre la garantía de indemnidad, si ésta cubre o no al ciudadano trabajador accionante, y cual es la consecuencia jurídica de ello conforme al Convenio 158 artículo 5° de la OIT. Así se decide (...)". (Sic).

Decisión sobre la cual, la Sala Político Administrativa, ante el conflicto de competencia planteado decidió con base a los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) que establecen las indemnizaciones por

despido injustificado y los efectos de su pago, respectivamente, y en el artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con base en lo que dio preponderancia al derecho del patrono de persistir en el despido.

De lo anteriormente expuesto, además de reiterar la casi nula aplicación del Convenio 158 de la OIT en las decisiones de los Tribunales Nacionales, llama la atención la diversidad de interpretaciones por parte de los operadores de justicia, ya que en estos pocos casos observamos que ha servido para argumentar tanto la posibilidad de la insistencia en el despido como su imposibilidad. Sin embargo, destaca la consolidación que le da el Tribunal Supremo de Justicia a la aplicación del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) con lo cual reafirma el derecho del patrono de persistir en el despido, con lo cual privilegia la Ley sobre el Convenio Internacional.

B. DECISIONES EMANADAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

1. Sentencia de la Sala de Casación Social, del 22 de septiembre de 2004 CANDIDO GABRIEL ALVAREZ NAVARRO contra SNACKS AMÉRICA LATINA VENEZUELA S.R.L. con ponencia del Magistrado Omar Mora, en Recurso de Control de Legalidad contra la sentencia del Juzgado Superior

primero del Trabajo de la circunscripción judicial del estado Miranda admitiéndose y declarándose con Lugar el recurso interpuesto, en cuyo contenido la Sala señala:

> Con tal proceder, el juzgador de la recurrida se extralimita en el ámbito de sus funciones, al conocer y decidir sobre asuntos cuyas atribuciones le son propias a la Administración Pública, específicamente a los órganos administrativos del trabajo, razón ésta, más que suficiente para declarar con lugar el recurso de control de legalidad propuesto por la parte demandada.
> Asimismo, observa la Sala como el Juez Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, el cual profirió la sentencia objeto del presente recurso, ha venido sosteniendo recurrentemente una tesis llamada nulidad del despido que no es acorde con el espíritu y la letra de nuestra Carta Magna ni con la legislación laboral, extendiendo beneficios que no están expresamente consagrados en el ordenamiento jurídico patrio, atentando de esta manera contra el alto interés público y contra la inversión privada nacional y extranjera.
> Ahora bien, es fundamental para la Sala precisar a fines estrictamente pedagógicos, que bajo la concepción ideológica de nuestro legislador, e incluso del constituyente -el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone el que la "Ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar (fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno; Diccionario de la lengua española; Espasa, 2001) toda forma de despido no justificado-; la permanencia o estabilidad en el trabajo se garantiza conforme al sistema o régimen consagrado en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo (estabilidad relativa), y sólo en situaciones de protección especial -individual o colectiva- decae tal régimen general para ceder ante otro delimitado en la Ley (supuestos de inamovilidad contemplados en la Ley Orgánica del Trabajo).

Continúa la citada sentencia con el contenido siguiente:

> Siendo que nuestra Constitución postula los dos elementos esenciales que integran la construcción teleológica de la

> estabilidad en el trabajo, a saber, la permanencia y la justa causa, entonces, y en aras de garantizar el primero de estos elementos, delegó en la Ley la función de definir conceptualmente, el sistema o modelo de permanencia en el empleo que imperaría en el ámbito de las relaciones jurídicas objeto del hecho social trabajo.
> De allí, el que la Ley deba establecer los límites bajo los cuales se tolera el despido sin causa, si tal fuere el caso, lo cual, actualmente se encuentra zanjado al adoptar la vigente Ley Orgánica del Trabajo, el sistema de estabilidad relativa.
> Por tanto, ciertamente, la consecuencia jurídica directa de calificar la jurisdicción del trabajo al despido como injustificado, es la nulidad del mismo y en consecuencia, la obligación de reinstalación y cancelación de los salarios dejados de percibir - garantía legal-, solo que tal obligación es limitada, ello, en el entendido de que el deudor (empleador) detenta la facultad de subrogarse en una prestación facultativa, a saber, el resarcimiento pecuniario del daño generado.

Seguimos en sus comentarios sobre el contenido de la sentencia, el discurso del maestro Espinoza (2008), quien en su impecable crítica resalta que la Sala Social del TSJ incurre en un contrasentido cuando dice que ·"*la permanencia o estabilidad en el trabajo se garantiza conforme al sistema o régimen consagrado en los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo (estabilidad relativa)"* debido a que permanencia y estabilidad no son lo mismo. El reconocido autor observa que la Constitución de 1999 ordena construir un sistema de estabilidad en el empleo que considere razonablemente, por una parte la existencia de causas de orden subjetivo relativas a las deficiencias personales del trabajador que no le permitan conservar el empleo, no los intereses materiales del empleador, sino el

carácter social del trabajo y, por otro, dentro de ese mismo orden de ideas, las necesidades económicas y sociales de la empresa en el sentido estricto en el que necesariamente tenga que realizar reducciones de personal y hasta el cierre temporal o definitivo del proceso de producción.

En efecto, es solo a consecuencia de razones de orden económico o técnico que se podrían autorizar la reducción de personal de la empresa, en cuyo caso pueden ser despedidos trabajadores que no han incurrido en causal alguna, Nada más justo que establecer precisos límites a esos despidos, que serían injustificados a tenor de lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente. Así, y no de ninguna otra forma, debe entenderse técnicamente la expresión "...y dispondrá lo conducente para limitar toda clase despido no justificado" (Espinoza, 2008, 301).

2. Sentencia de la Sala de Casación Social, de fecha 25 de mayo de 2004, en demanda por calificación de despido caso CRUZ MARTÍNEZ contra la empresa BAR RESTAURANT EL FUNCHAL, C.A. recurso de Control de Legalidad contra sentencia del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, conociendo en apelación, con sentencia definitiva de fecha 20 de noviembre del año 2003, mediante la cual declaró nula la persistencia en el despido realizado por la empresa demandada, ordenando así el reenganche y pago de salarios

caídos. En este sentido, la Sala de Casación Social expresa lo que a continuación se señala:

> Aprecia la Sala, que efectivamente tal y como lo alega el recurrente, la sentencia recurrida en base a jurisprudencia y doctrina extranjera declaró 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.
>
> Ahora bien, a los fines de resolver lo alegado por el recurrente, se hace necesario transcribir los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo que establecen las indemnizaciones por despido injustificado y los efectos de su pago, respectivamente, cuando dicen:
> (omissis)
> Asimismo, el artículo 190 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece lo siguiente:
> (omissis)
> De las normas anteriormente transcritas se desprende que el patrono tiene la facultad de ponerle fin al procedimiento de estabilidad laboral si persiste en el despido bien en el transcurso del procedimiento o en la oportunidad de la ejecución del fallo, con lo cual se libera de reenganchar al trabajador, debiendo cancelar la antigüedad, los salarios caídos dejados de percibir durante el procedimiento, más las indemnizaciones por despido injustificado, es decir, la indemnización por despido y la sustitutiva del preaviso, establecidas es la referida Ley Sustantiva Laboral.
>
> Por consiguiente, mal puede pretender el sentenciador de alzada anular la persistencia en el despido en base a una supuesta "situación de causa y efecto" por el despido "nulo" del ciudadano Cruz Martínez como consecuencia directa del ejercicio de la reclamación administrativa y judicial que hiciera el mismo en contra del patrono que, a su vez, generó la persistencia del despido, pues ello iría en contra de la potestad legal que tiene el empleador de persistir en cualquier momento, en su propósito de despedir al trabajador, claro está, manteniendo las obligaciones de pagar todos los derechos y beneficios que legalmente le correspondan,

> más los pagos adicionales que consagra la ley, todo ello de conformidad con el referido artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
>
> En consecuencia, considera esta Sala de Casación Social que el sentenciador de alzada, incurrió en la violación de los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo y, 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. Así se decide.

Con estos argumentos, la Sala de Casación Social declaró Con Lugar el recurso de Control de Legalidad, anuló la sentencia del Tribunal Superior y confirmó en todas sus partes la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial arriba señalada, acogiendo por tanto la motivación acreditada en dicha sentencia.

La Sala de Casación Social lejos de mantener la posición asumida por el Tribunal Superior fundamentada en el Convenio 158, y prohibir el despido de un trabajador que fue sustentado por el hecho de haber ejercido el trabajador una reclamación judicial, dictó sentencia con fundamento en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo y el derecho del empleador de insistir en el despido.

Abunda pues la Sala en la aplicación del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, en insistir en una interpretación errónea ante el mandato

consagrado en el artículo 93 y el artículo 89.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que protege la estabilidad del trabajador y, en apartarse y subvalorar los contenidos de los instrumentos internacionales que son de obligatorio cumplimiento a tenor de los consagrado en el artículo 23 *ejusdem*. Más allá de observarse un actuar congruente con el ordenamiento jurídico patrio, se califica el actuar del sentenciador de alzada a través de la sentencia como una violación de los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo y, 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.

3. La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia del 21 de febrero de 2002 del Magistrado Omar Mora, en el expediente No. 01-665, en el Juicio CESAR ELÍAS PETIT GOMEZ contra PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA C.A., interpreta el contenido del artículo 93 Constitucional en los términos siguientes:

> Estas indemnizaciones actúan, tal como lo sostiene el tratadista patrio Rafael Alfonzo Guzmán en su obra Nueva Didáctica del Trabajo, "simplemente como una sanción económica contra el despido injustificado (o asimilable a tal, por ej.: crisis económica o tecnológica de la empresa) de trabajadores amparados por estabilidad", cuya finalidad radica principalmente en limitar este tipo de despido a través de medios onerosos que puedan disuadir al patrono de su propósito y preservar así la estabilidad en el empleo.
>
> **Por último, debe esta Sala de Casación Social reafirmar la**

protección de orden constitucional de la cual goza el hecho social trabajo, tendiente a garantizar la estabilidad en el empleo, expresamente consagrado en el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone a la letra: "La Ley Garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado."

De este principio rector de protección "derivan otros que concretizan el ánimo tuitivo en esferas específicas de la relación de trabajo, y que, por ende, perfeccionan aquella máxima general, entre ellos el principio de continuidad o preservación de la relación de trabajo". (Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena. Tripartismo y Derecho del Trabajo).

Cabe también destacar el pronunciamiento de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados que estudió el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, contenido en los comentarios a la referida Ley por el autor Jorge Rogers Longa Sosa, al siguiente tenor:

"(...) el costo del despido es una forma de la garantía de estabilidad en el trabajo que contempla el encabezamiento del artículo 88 de la Constitución de la República (Hoy artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), perfectamente interpretada por ese mecanismo denominada de estabilidad relativa o indirecta, suerte de "estabilidad endógena, convenida y voluntaria", como lo denomina el insigne jurista, hombre público y teórico patronal, Dr. Horacio Guillermo Villalobos (...)."

En atención a la disposición constitucional anterior, así como a los argumentos expuestos a lo largo de la presente decisión, concluye la Sala que el pago de las indemnizaciones por despido injustificado previstas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, deben calcularse sobre la base del tiempo total de servicios prestados por el trabajador, aun cuando sea anterior a la reforma de la Ley, hasta un máximo de 150 días de salario, pues, lo contrario significaría permitir el abaratamiento del despido, comprometiendo el carácter contralor de la estabilidad atribuida a la indemnización, que como se dijo previamente, constituye una sanción en pro de la disuasión del patrono

> **para desistir de su propósito. Así se decide**. (resaltado añadido)

En atención a lo citado, advertimos la interpretación que consistentemente en todas sus decisiones realiza la Sala Social del TSJ en sus decisiones que en forma contradictoria reafirma "*...la protección del orden Constitucional del cual goza el hecho social del trabajo tendente a garantizar la estabilidad en el empleo, expresamente consagrada en el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...*" y seguidamente en lugar de otorgar el justo reenganche, admite el pago de indemnizaciones para el despido injustificado a tenor del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo y con un discurso subsanador atribuye a la indemnización una carácter contralor de la estabilidad, reafirmando que es una sanción en pro de la disuasión del patrono para desistir de su propósito.

4. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso J.G. BÁEZ, con la sentencia N° 1482, de fecha 28 de junio de 2002, con respecto a la estabilidad afirma lo siguiente:

> "Ahora bien, dentro de los derechos negociables del trabajador, se encuentra el derecho a la estabilidad relativa, cuyo correlativo es la obligación de reenganche que tiene el patrono cuando decide, de manera intempestiva e injustificada (despido ad nutum), la finalización de la relación laboral. La anterior aseveración es demostrable fácilmente si se observa la posibilidad que el legislador le da al patrono para que cumpla o no con su obligación del reenganche, ya que éste puede escoger

> entre el reenganche del trabajador o el pago de la indemnización que establece el artículo 125 de la Ley Sustantiva Laboral. Si el derecho a la estabilidad relativa fuera un derecho irrenunciable, el legislador no hubiese dado al patrono la facultad de escogencia entre el cumplimiento de una u otra obligación. De allí que se pueda sostener que el trabajador puede disponer de su derecho al reenganche, lo cual puede derivarse del recibo, de parte de éste, de las prestaciones sociales que le correspondan con ocasión de la terminación de la relación laboral, bien antes de la instauración de un procedimiento por calificación de despido o bien después de ella, pues la obligación de pago de las prestaciones sociales, por parte del patrono, surge o es causada por la terminación de la relación laboral, independientemente del motivo que la origine. Esa obligación es, a tenor de lo que dispone nuestra Constitución, de exigibilidad inmediata (ex artículo 92); por ello, si el trabajador acepta el cumplimiento de tal obligación, es porque admite la terminación de la relación laboral, que es precisamente lo que se trata de evitar en un juicio de estabilidad, el cual tiene, como fin último, el reenganche del trabajador: de allí que, si el trabajador acepta el pago de las prestaciones sociales, está renunciando a su derecho al reenganche, lo cual no es óbice para que pueda accionar ante los órganos de administración de justicia, con la finalidad de reclamar otras cantidades de dinero que estime se le adeuden, sin que pretenda la obtención del reenganche

Vemos entonces, que a diez años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), con un desarrollo normativo de avanzada, particularmente en los derechos sociales, no se observa congruencia entre las decisiones de los órganos jurisdiccionales y los postulados de la Carta Magna, toda vez que las autoridades judiciales insisten en mantener vigente la posibilidad del patrono de insistir en el despido que estima el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo contenido

que a la luz del artículo 93 de la Constitución se presenta incongruente y contradictorio con las protecciones que esa normativa ofrece.

CAPITULO IV

LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL DERECHO A ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

La OIT en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Ginebra en junio de 1999 aboga por el trabajo decente en estos términos: *"La OIT milita por un trabajo decente. No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable. No cabe disociar la cantidad del empleo de su calidad"*(s/i). Sostiene pues la OIT, que el trabajo decente es sinónimo de trabajo productivo en el cual se protegerlos derechos, engendra ingresos adecuados y genera protección social apropiada; se trata de promover oportunidades para que hombres y mujeres puedan conseguir una ocupación productiva justamente remunerada, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

Sabido es que la OIT dentro de su meta de promover el trabajo decente y productivo se ha propuesto cuatro objetivos estratégicos: Promover y cumplir los principios y derechos fundamentales en el trabajo, como elementos esenciales del trabajo decente; crear mayores oportunidades para las

mujeres y los hombres, con objeto de que dispongan de unos ingresos y de un empleo decentes, se trata no solo de promover la creación de empleos si no que estos empleos y trabajos sean de calidad; realzar el alcance y la eficacia de la proyección social para todos, el progreso económico debe aunarse a la estabilidad social que exige garantizar un mínimo de protección social; y, fortalecer el tripartismo y el dialogo social.

Como ya se dijo en capítulos anteriores, en el ámbito laboral *estabilidad* consiste en el derecho de un trabajador a conservar su puesto de trabajo indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias, es un factor que se deriva de la característica de tracto sucesivo propio del contrato de trabajo, Cabanellas (1982) al abordar la estabilidad absoluta y la relativa las asocia con las nociones de perdurabilidad y de durabilidad respectivamente y plantea las siguientes diferencias. Más allá de los comentarios e intereses de políticos, gobernantes y empresarios, la estabilidad laboral relativa entendida como la posibilidad del empleador de extinguir el vínculo laboral sin expresión de causa, resulta contraproducente con el respeto de los derechos humanos; por su parte la estabilidad laboral absoluta, entendida como la protección contra el despido arbitrario coincide con la noción misma de empleo decente o productivo (OIT, 1919).

La OIT (1919) realizó un estudio a comienzos del siglo XX que caracterizó América Latina a través de tres grandes transformaciones: la globalización, la liberalización de los mercados de bienes y servicios y, la democratización de los regímenes políticos. Con respecto a la primera, Tokman y Martínez (1997) en Alburquerque (2003) establecieron lo siguiente:

> "Es el fenómeno de la globalización el que hace que en el contexto de economías mucho más abiertas e integradas respecto a como estaban anteriormente, los países requieran aumentar de manera sostenida su capacidad de competir internacionalmente, pero en condiciones en las que buena parte de las decisiones económicas que antes podían adoptarse con cierto grado de autonomía ahora son interdependientes de la situación internacional, mientras que otras que correspondían exclusivamente a la esfera de las competencias de los gobiernos se trasladan crecientemente a la esfera de los agentes privados". (p. 39)

Asimismo, estos autores consideran que la liberalización de los mercados de bienes y servicios, trae consigo un papel más preponderante de ajustes en la asignación de los recursos, acompañada de un proceso de desregularización y, como consecuencia, de la redefinición del papel y de los instrumentos de intervención del Estado. (Tokman, 1997, citado por Alburquerque, 2003, 39)

Finalmente, señalan los citados autores que es "*la democratización de los regímenes políticos, lo que promueve junto con la revitalización de las libertades públicas, el fortalecimiento de las organizaciones sociales y el*

desarrollo del diálogo y la negociación colectiva entre los actores como forma de institucionalizar y procesar divergencias de intereses y conflictos" (Alburquerque,2003, 40)

Visto esto, tenemos que estas transformaciones inciden en forma determinante tanto en la relación laboral como en los mercados de trabajo, así como en los modelos de formación profesional y en los sistemas de protección laboral. Nos encontramos así en un escenario donde por un lado se tiende a la flexibilización y con ella a disminuir los costos del despido y por otro a defender la estabilidad como un mecanismo dirigido a controlar o frenar el despido, donde consagran su atención al estudio de las formas de ruptura del contrato de trabajo y sobre todo del despido.

Tal como afirma Albuquerque (2003) para unos la estabilidad absoluta con derecho a la reintegración del trabajador despedido injustificadamente pertenece al pasado, pues la generalidad de las legislaciones reconoce hoy el régimen de estabilidad relativa, con base en la cual no se puede obligar al patrono a reincorporar en su lugar de trabajo al trabajador despedido (p. 46) Siendo así, el concepto de estabilidad se orienta hacia una visión estrecha, donde la atención se concentra sobre el despido considerado como obstáculo para la continuidad de la presencia del trabajador en la empresa (Reynoso, 1990, 94). Las normas internacionales adoptadas sobre el tema

recuperan esta concepción, según la cual el despido no debe ser pronunciado salvo circunstancias excepcionales tal como lo vemos en la Recomendación No 119 de la OIT sobre la Terminación de la Relación de Trabajo.

En este tenor, el maestro Espinoza (2010) afirma lo que a continuación se señala:

> "es necesario conocer los esfuerzos de la OIT para el establecimiento de una nueva concepción de la relación de trabajo, sobre las bases de ampliación de su ámbito subjetivo y de la superación de la rigidez hegemónica de la idea de subordinación jurídica y su renovación con reconocimientos de carácter social, como la dependencia económica, la teoría de la integración a la empresa, las limitaciones severas a la tercerización; la superación de las concesiones límites a la contratación temporal y a la tesis de las zonas grises, con la aplicación de nuevos elementos exegéticos, como le haz de indicios y la ampliación de los poderes del juez con ensanchamiento de los mecanismos interpretativos de la sana crítica y una racional concesión de confianza jurisdiccional con la adopción racional de dispositivos propios de la plena convicción y la equidad". (p. 8 y p. 9)

A. INSTRUMENTOS SOBRE ESTABILIDAD APROBADOS EN EL SENO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Es con la Constitución de México de 1917, conocida también como de Constitución de Querétaro que se habla por primera vez de la necesidad de la existencia de una causa justificada para proceder al despido, noción que

en la década de los sesenta adquirió mayor difusión a través del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919), donde se ha mostrado gran interés, a tal punto, que ha permanecido como tema de agenda, cuyas discusiones han generado la adopción de sendos instrumentos dirigidos a la protección del trabajador ante el despido, como se verifica, en los anales de la Conferencia Internacional del Trabajo, en consecuencia, se han adoptado cuatro instrumentos a saber, la Recomendación 119 sobre la terminación de la relación de trabajo en 1963, en 1982 el Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la Recomendación 166 del mismo título, finalmente en época más reciente, en el año 2006, en el marco de la 95° Conferencia Internacional del Trabajo fue aprobada la Recomendación 198 titulada sobre la relación de trabajo.

Vemos entonces, que con la Recomendación No. 119 de la OIT sobre la terminación de la Relación de Trabajo, se introdujeron novedades importantes en las legislaciones y en la práctica de numerosos Estados miembros relativas a las cuestiones abarcadas por dicha recomendación,

Después de haber reconocido el papel que jugó esta recomendación, así como la evolución producida en la materia, la comisión de la Conferencia Internacional de la OIT programó la elaboración de otro instrumento internacional que tomaría la forma de un convenio con un carácter más

sólido, ello a diferencia de las recomendaciones, que no son vinculantes para los Estados, así casi dos décadas después la 68° Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en 1982, adoptó el Convenio No. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo y la Recomendación No. 166, sobre la misma materia, que introdujeron elementos de importancia en torno al tema de estabilidad donde se consagra el principio de que el trabajador debe tener derecho a conservar su puesto, a menos que existan causas especiales que justifique su despido, adicionalmente a las garantías para proteger ese derecho del trabajador.

Según se ha visto el Convenio 158 fue adoptado por una mayoría considerable y se ocupa de diferentes aspectos relativos al despido; por su parte, la Recomendación No. 166 que complementa al Convenio 158, fue aprobada también por una gran mayoría, allí se incorpora ciertas declaraciones tales como el procedimiento de recursos contra el despido, el período de tiempo libre durante el preaviso, el certificado de trabajo, la indemnización de fin de servicios y otras formas de protección del ingreso.

En este orden de ideas, resaltamos que si bien es cierto que estos instrumentos adoptados por la OIT son aquellos que se ocupan de manera directa del despido, no obstante existen otros convenios en los cuales el despido individual ha sido objeto de una referencia indirecta como es el caso

de los Convenios 98 "Sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva" (1949), el Convenio 103 "Sobre la Protección de la Maternidad" (1952) y el Convenio 135 Relativo a la Protección y Facilidades que deben Otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa (1971) (Reynoso, 1990, p. 56) pero que no serán objeto de este estudio.

B. RECOMENDACIÓN NO. 119 SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

La Recomendación No. 119 fue aprobada en el marco de celebración de la 47° Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo el 26 de junio de 1963, documento con el cual se marca un hito por ser allí por primera vez en donde en un instrumento de carácter internacional se establecen lineamientos en contra del despido y cuyo contenido influyó en las legislaciones, sobre todo de Latinoamérica.

Los aspectos tratados fueron varios, primero se estableció la obligación de justificar el despido por el empleador con un motivo válido ligado a la aptitud y a la conducta del trabajador, o fundado sobre las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio (artículo 2-1, recomendación 119), se consideró de igual manera, que algunas

situaciones no deberían ser calificadas como motivos de despido: afiliación sindical, denuncia de violación de la legislación, la raza, el color, el sexo, etc.. (art. 3). Esta Recomendación aseguró también una serie de protecciones contra el despido, como el derecho de recurso (artículo 4), el preaviso (artículo 7), el certificado de trabajo, etc.

Vemos entonces, que la Conferencia General de la OIT con la recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador considera en el artículo 1, la procedencia del despido del trabajador únicamente por causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio, excluyendo así en el artículo 3, causas relativas a la afiliación o actividades sindicales; la propuesta de candidatura a representar a los trabajadores; la presentación de buena fe de queja o participación en procedimientos entablados contra un empleador por razón de violaciones alegadas de la legislación; razones de índole discriminatorio (la raza, el color, el sexo, el estado matrimonial, la religión, la opinión política, la procedencia nacional o el origen social).

A continuación, el artículo 4 versa sobre el derecho del trabajado a recurrir en un plazo razonable en contra de la terminación de su relación de trabajo ante un organismo instituido en virtud de un contrato colectivo o ante un

organismo neutral, tal como un tribunal, un árbitro, una junta de arbitraje u otro organismo análogo, que tenga facultad para pronunciarse sobe ello (artículo 5) y de considerar que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada, deberían estar facultados para ordenar que el trabajador interesado, de no ser reintegrado en su empleo, el resarcimiento con una indemnización adecuada. (artículo 6).

Asimismo, en el tenor de la Recomendación 119, se consagra el preaviso (artículo 7), el derecho a recibir una carta de trabajo (artículo 8), además del derecho a acceder a un seguro de desempleo por fin de servicios u otras prestaciones análogas (artículo 9) y además considera que dicha forma de despido "*debería limitarse a aquellos casos en que no puede esperarse que el empleador, según las reglas de la buena fe, haya tenido posibilidad de obrar de otro modo*". Es importante resaltar que en este contenido se contempla además la posibilidad de defenderse por si o por intermedio de un tercero ante la acusación de haber cometido una falta grave.

Con respecto a la figura de la reducción de personal el artículo 12 prevé que para efectuarse una reducción de personal debería procederse lo antes posible a la consulta previa con los representantes de los trabajadores sobre todas las cuestiones apropiadas: efectos de una reducción de personal, la disminución de las horas extraordinarias, la formación y la readaptación de

los trabajadores, las transferencias entre servicios, el escalonamiento de las medidas de reducción durante determinado período, la atenuación al mínimo de las consecuencias de esta reducción para los trabajadores interesados y la selección de los trabajadores que hubieran de ser objeto de la reducción; y de tener repercusiones importantes en una región o rama económica determinada, el empleador debería notificarlo a las autoridades públicas competentes antes de proceder a tal reducción, para tal efecto, el artículo 16 adiciona que los trabajadores cuya relación de trabajo se hubiere dado por terminada a consecuencia de una reducción de personal deberían, en la medida de lo posible, gozar de prioridad para ser readmitidos cuando el empleador vuelva a contratar trabajadores.

Finalmente, en el aparte IV "Campo de Aplicación" conforme al artículo 18, la Recomendación 119 se aplica a todos los sectores de actividad económica y a todas las categorías de trabajadores, pudiendo excluirse de su campo de aplicación a los trabajadores contratados por un período o para una obra previamente especificados, en aquellos casos en que, por la naturaleza del trabajo que haya de efectuarse, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada; a los trabajadores que efectúen un período de prueba, cuya duración sea fijada de antemano y sea razonable; a los trabajadores contratados con carácter ocasional por un período de corta duración; a los funcionarios públicos de la administración del Estado, pero

sólo en la medida en que las disposiciones constitucionales se opongan a la aplicación de una o varias disposiciones de la presente Recomendación.

C. CONVENIO 158 "SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR".

El Convenio 158 vino a ocupar el lugar de la Recomendación 119 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1963 en la que se postulaba que "*el trabajador tiene derecho a mantener su empleo a menos que exista una causa justificada en contrario*". En el mismo sentido se dictó la Resolución No. 166 en la Sexagésima Octava Sesión del 2 de junio de 1982 y ambos, el Convenio 158 y la Resolución 166 dejaron sin efecto la Resolución 119.

Ciertamente, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, se aprobó el Convenio 158 "Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador" (OIT, 1982), vinculante para Venezuela desde el 22 de agosto de 1985, fecha cuando fue publicado en la Gaceta Oficial de la República No. 33.170, desde cuando se convirtió en Ley Nacional. Con el mismo, la posibilidad de despido del patrono sin haber incurrido el trabajador en causa alguna, queda circunscrita a causales

específicas o relacionadas con su conducta y capacidad o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, tal como lo contempla el artículo 4.

Asimismo, en el artículo 5 del Convenio citado, vemos que se especifica como no constitutiva de causal de despido situaciones muy comunes en las que el empleador deliberadamente crea escenarios para dar legitimidad a la ausencia de esa causal, es frecuente que el ejercicio de algunos derechos, tales como derechos sindicales y la inasistencia durante licencia maternal o de enfermedad, es visto por algunos empleadores como oportunidad para despedir a un trabajador dándole aspecto a esto, de despido justificado.

Con respecto a la causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, estipula el Convenio en el artículo 7 una garantía adicional para el trabajador a través de la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él. En efecto, tal como indica el contenido del mencionado artículo de la Sección B. titulada "*Procedimientos Previos a la Terminación o en Ocasión de ésta*" existe la obligatoriedad de permitir la defensa del trabajador antes de dar por terminada una relación de trabajo por motivos de conducta o rendimiento, lo que se constituye en una garantía o protección adicional.

Los artículos 8 al 10 correspondientes a la Sección C del Convenio establecen los recurso que tiene el trabajador contra la terminación de la relación de trabajo, así, el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral (tribunal o junta de arbitraje) y, se considerará que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación, es decir que se establece un lapso de prescripción de la acción.

De otra parte, conforme al artículo 9 del Convenio citado, la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo es del empleador, además, en el numeral 3 ejusdem, se establece lo siguiente:

> En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio. (Convenio 158, artículo 9.3)

Seguidamente, el artículo 10 faculta a los organismos juzgadores para ordenar la reinstalación del trabajador injustamente despedido, esto solo si

en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, casos en los cuales tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada y, el artículo 11 en la sección D contempla un lapso de preaviso que se podrá hacer efectivo solo en casos en el trabajador no haya incurrido en una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante ese tiempo.

La Sección E. corresponde a la "*Indemnización por fin de Servicios y otras Medidas de Protección de los Ingresos*" , vemos entonces que en el artículo 12 se resguardan los derechos de los trabajadores una vez terminada la relación de trabajo, que va dirigida al pago de una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, en los términos siguientes:

> 1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:
> a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o
> b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o

c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.
2. Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado b) de dicho párrafo.
3. En caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.

La Parte III del citado Convenio comprende las *"Disposiciones Complementarias Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Motivos Económicos, Tecnológicos, Estructurales o Análogos"*, donde en los artículos 13 y 14, disponen la obligatoriedad de consulta a los representantes de los Trabajadores y la notificación a las autoridades competentes, cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, ofreciendo a su vez a los representantes de los trabajadores interesados, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos.

A tenor de lo explicado, el maestro De Buen (1995) afirma lo siguiente:

> "El esquema del Convenio 158 no parece, en términos generales, excesivamente generoso. Plantea alternativas de hacer a un lado la estabilidad en razón de la naturaleza de los trabajos o de la calidad de los trabajadores y, en el fondo no reconoce una estabilidad absoluta sino otra bastante relativa" (p. 199).

Más adelante y a manera conclusiva el citado maestro al referirse al Convenio 158 lo hace la forma que a continuación se cita:

> "El Convenio 158 de la OIT marca una pauta importante a seguir. No se deja envolver por los encantos de la estabilidad absoluta y permite un desahucio irresponsable. Acepta condiciones y modalidades propias de cada país. Pero sostiene una política de respeto al empleo, tanto para crearlo como para conservarlo lo que lo convierte en un modelo observable y seguible. (De Buen, 1995, 213)

Siguiendo las palabras de Espinoza (2000) con la ratificación del Convenio 158 la estabilidad en el trabajo subió a los cielos de la legislación nacional, a lo que agrega *"mientras ese convenio no sea legítimamente denunciado, conforme a las normas específicas de denuncia de la Constitución de la OIT y las establecidas en el propio convenio, no se puede legislar internamente en términos que disminuyan los derechos de los trabajadores consagrados en ese instrumento legal de origen OIT"* (p. 309).

Finalmente debemos resaltar que este Convenio ratificado por nuestro país en el mes de agosto de 1985, ha sido aplicado escasamente en Venezuela,

no obstante de ser vinculante e ir en consonancia directa con los postulados y las protecciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

D. RECOMENDACIÓN No. 166 SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

En fecha 22 de junio de 1982, en el seno de la 68° Conferencia de la OIT, celebrada en Ginebra se adoptó junto con el Convenio 158 y con el objeto de complementar su contenido, la Recomendación No. 166 *"Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo"* por iniciativa del empleador, para ser aplicada a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas, de donde se pueden excluir de parte o de la totalidad de su ámbito de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo determinado, la aquellos que se encuentren en período de prueba con duración previamente fijada, los trabajadores ocasionales y a aquellas personas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales, solo previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan.

El numeral 3 *ejusdem* prevé garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que establece el Convenio 158 y la presente Recomendación, entre ellas: limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que, a causa de la índole y condiciones del trabajo y, de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada; salvo en los casos señalados, así pues considera los contratos a tiempo determinado como contratos de trabajo de duración indeterminada y más aún ante la renovación reiterada de los primeros.

Seguidamente, el numeral 5 de este instrumento determina que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación; la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de obligaciones cívicas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, esto último propicio para la exigencia por parte del patrono de una certificación médica.

Por otra parte, por efecto del numeral 7 no se considera motivo de despido la comisión de una única falta por parte del trabajador, cuya índole, en virtud de la legislación o la práctica nacional, sólo justificaría la terminación en caso de

reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada, tampoco de acuerdo al numeral 8 lo es el desempeño insatisfactorio del trabajador, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore. En el caso de que el empleador de por terminada la relación de trabajo, el trabajador tiene derecho a contar con asistencia de otra persona, a que se le notifique por escrito de la decisión y a que su empleador le extienda una constancia por escrito en la que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación.

Observa además la Recomendación 166, un aparte dedicado a la indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos, vemos en el aparte 18 que de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho: a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de

seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o a una combinación de ambas. En caso de terminación por falta grave podría preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas previo análisis del caso en particular.

En el aparte III prevé disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, señalando en el numeral 19 como principio el evitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por los motivos mencionados y con ello esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo.

Los numerales consiguientes indican medidas que deberían considerarse con miras a evitar o limitar al máximo las terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (numeral 21), los criterios de selección del personal con quienes se va a extinguir la relación de trabajo en caso de operar la terminación por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (numeral 23) y las prioridades de readmisión de aquellos trabajadores con los cuales se término la relación de trabajo (numeral 24).

Finalmente los numerales 25 y 26 se refieren a la atenuación de los efectos de la terminación de la relación de trabajo con base en lo cual en el contenido de los mismos se exhorta a las autoridades nacionales competentes y al empleador a actuar en pro de la procura de un nuevo empleo.

Es pues menester, resaltar la importancia de la Recomendación No. 166 que viene a complementar el contenido del Convenio 158, ambos instrumentos de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, con los cuales se intenta poner fin a la práctica del despido improcedente, se protege el empleo lo cual es un elemento esencial de los programas nacionales de la OIT sobre trabajo decente, una disposición de los instrumentos internacionales relativos al comportamiento empresarial y un tema del diálogo social internacional.

E. RECOMENDACIÓN No. 198 SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La Relación de Trabajo ha sido objeto de estudio en la OIT durante por lo menos diez años antes del establecimiento de los lineamientos definitivos hasta junio del año 2006. Ciertamente, en el marco de la 95° Reunión de la Conferencia Internacional de la OIT celebrado el 31 de mayo de 2006, se

aprobó la Recomendación 198, producto de la cual se le dio el contenido definitivo al instrumento sobre la relación de trabajo, con el cual se trata de dar una respuesta al problema común en muchos países de las relaciones de trabajo simuladas o encubiertas.

Así, por ser esta una recomendación que lleva implícito la voluntad del Estado parte, en su aplicación se presenta como un instrumento que proporciona los elementos necesarios con los cuales los Estados pueden abordar el problema a través de pautas sencillas. Es característica resaltante de su contenido el estar apoyada en el tripartismo tanto para la formulación de la política sobre la relación de trabajo, como para el seguimiento de su aplicación , lo cual a decir del autor es un rasgo de fortaleza y de legitimidad de la política propuesta (Marin, 2009, 228). En este mismo orden de ideas, el maestro Espinoza (2010) dice lo siguiente:

> La recomendación 198 del año 2006 consagra principios de avanzada como los que establecen que deben admitirse una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo: los que disponen la presunción legal de existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios; y los que determinan qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados como trabajadores asalariados (p.9)

Se trata pues, de una recomendación de aplicación general, centrada en las relaciones de trabajo encubiertas y en mecanismos para garantizar a las

partes de la relación de trabajo la protección que les corresponde y que, tal como estipula Marin (2009), debía dar orientaciones a los Estados Miembros, sin definir universalmente la esencia de la relación de trabajo, ser flexible y abordar los problemas de género, no interferir con los auténticos contratos comerciales y arreglos contractuales con los trabajadores independientes, promover la negociación colectiva y el diálogo social y tomar en consideración la evolución reciente de las relaciones de trabajo. Esos rasgos que le fueron impuestos determinaron las características de la recomendación (p.225).

Resalta del contenido de esta recomendación que los Estados deben fijar su política, con base en lo establecido en su legislación interna, para lo cual la recomendación expone las pautas mínimas en los términos que a continuación se señalan:

> 1 Dar orientación sobre la manera de determinar eficazmente la relación de trabajo y distinguir entre trabajadores dependientes e independientes.
> 2 Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas.
> 3 Regular los acuerdos contractuales, para asegurar la protección de los trabajadores y definir las responsabilidades para esa protección.
> 4 Otorgar el acceso efectivo a procedimientos de solución de controversias.
> 5 Asegurar la aplicación de la legislación pertinente
> 6 Prever una formación apropiada y adecuada en normas internacionales del trabajo, derecho comparado y jurisprudencia para los responsables de la aplicación de esas políticas. (Marin, 2009, 226).

La recomendación está centrada en la determinación de la relación de trabajo y a combatir relaciones de trabajo encubiertas. En cuanto a lo primero, nos encontramos en el contenido de la recomendación con el establecimiento del principio de realidad, en la determinación de la naturaleza de la relación con base en los hechos; a través de la promoción de métodos específicos de orientación a trabajadores y empleadores para hacer esa determinación, facilitar la prueba de la relación de trabajo, establecer las condiciones que definen la relación de trabajo, adoptar medidas que garanticen el cumplimiento y la aplicación de la legislación pertinente, eliminar incentivos a las relaciones de trabajo disfrazadas.

Resalta que la Recomendación 198/06 solicita a los Estados adaptarse a la Declaración sobre principios y derechos fundamentales del trabajo y a la Agenda sobre el trabajo decente y más concretamente requiere llevar a cabo una revisión periódica de las situaciones que disimulan la utilización de mano de obra en condiciones reales de dependencia económica y/o de sometimiento al poder de dirección de otro sujeto sin ningún margen de autonomía en la organización de la prestación laboral.

Esta recomendación, en palabras de Perone (2009) "*además de ofrecer un medio útil para la lucha contra la elusión y el fraude en detrimento del trabajo subordinado, también para proteger a las personas que trabajan en formas*

que no sean las de la subordinación, pero que no justifica la negligencia por parte de quienes tienen la responsabilidad de dirigir el progreso del mundo del trabajo". (p. 238)

De acuerdo con Espinoza (2010) es menester referirnos al Informe de la Comisión de Expertos de la Unión Europea, conocido como el Informe Supiot, el cual se adelantó a suministrar los soportes científicos que serían recogidos en esta Recomendación 198 (p.9), asimismo, es importante que conozcamos la inmensa jerarquía renovadora, el alto grado de modernidad progresista que reviste la Resolución del Parlamento Europeo, del 11 de julio de 2007, que en dictado resolutorio No. 1 dice "*Acoge con satisfacción un nuevo planteamiento del derecho laboral que aspire a cubrir a todos los trabajadores, independientemente de su situación contractual*" (p. 10).

F. APLICACIÓN DE LOS POSTULADOS DE LOS INSTRUMENTOS SOBRE ESTABILIDAD APROBADOS EN EL SENO DE LA OIT Y RATIFICADOS POR VENEZUELA EN LOS TRIBUNALES NACIONALES

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) otorga jerarquía constitucional y preeminencia sobre el ordenamiento jurídico interno a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos,

suscritos y ratificados por Venezuela, en la medida en que estos contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, por tanto tal como establece la propia norma son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (artículo 23), previamente y sobre el mismo tenor en el artículo 19 establece:

> Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Por lo expresado, no cabe duda del carácter imperativo que tiene la aplicación de los contenidos de los instrumentos internacionales aprobados y ratificados por Venezuela, incluso con preeminencia sobre el derecho interno y es cuyo efecto entonces de obligatoria aplicación para los Tribunales de la República, cuando de temas relativos a los derechos humanos se trate, vale decir, en este caso, en materia relativa a estabilidad laboral.

El ilustre laboralista uruguayo Barbagelata (s/i, citado por Espinoza, 2010, 309) registra con satisfacción la conformación de ese sistema normativo que la jurisprudencia francesa ha consagrado como el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Al respecto dice: "*De este*

modo, al pleno reconocimiento de que todas las normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente integran un sistema con jerarquía constitucional". A este sistema normativo, los tribunales constitucionales y la doctrina latinoamericana, tomando prestada una expresión acuñada por el *Conseil Constitutionnel* francés, pero ampliando su contenido han dado el nombre de bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. El bloque de constitucionalidad se ha concretado en los diferentes países a través de diversas fórmulas en efecto en el caso de Venezuela el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

> La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Consecuentemente, el maestro Espinoza (2010) considera que este artículo funciona como la antesala de la consagración de la supra constitucionalidad de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos por parte del artículo 23 (CRBV, 1999). Este planteamiento venezolano encaja dentro de la doctrina de una tendencia de acogida dentro de la doctrina de los órganos jurisprudenciales latinoamericanos, que, como dice el propio Barbagelata, "*no se limitan a la remisión genérica del tribunal francés, sino que especifican que el bloque de la constitucionalidad está compuesto por*

todas aquellas disposiciones y principios a los que se les reconoce valor constitucional". Es pues a efecto de estos contenidos que corresponde la obligación de tribunales nacionales de aplicar en forma preferente su contenido a los contenidos de las leyes nacionales. (p 309)

En otro orden de ideas, de acuerdo al contenido del artículo 27 del Texto Fundamental toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, precisamente, en el caso que nos ocupa la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagró dos principios fundamentales: La jerarquía constitucional y hasta supraconstitucional de los Convenios y la consagración de la especialidad independencia y autonomía de la jurisdicción laboral, esto último a través de la disposición transitoria cuarta, numeral que ordenó a la Asamblea que en el término del primer año de su ejercicio constitucional se dictará:

> "Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso".

Finalmente, en una imperiosa revisión del resto del ordenamiento jurídico laboral encontramos en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) la jerarquía de aplicación de la ley especial sobre la general, es decir la prioridad de aplicación de la ley laboral y con ella las normas de origen internacional por vía de los tratados y convenios, igualmente el artículo 60 *ejusdem* dispone que además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, para la resolución de un caso determinado se aplicarán, en el orden indicado: a) La convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral, si fuere el caso; b) el contrato de trabajo; c) los principios que inspiran la legislación del trabajo, tales como los contenidos explícita o implícitamente en declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia y doctrina nacionales; ubicando estos sobre d) la costumbre y el uso, e) los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo, las normas y principios generales del Derecho; y f) la equidad.

En resumen, tenemos que los Convenios suscritos y ratificados por la República son de aplicación privilegiada, se aplican a consecuencia del contenido del artículo 60 en primer lugar, toda vez que se designa carácter imperativo a las disposiciones constitucionales y legales en donde están ubicadas por vía constitucional los Convenios, Acuerdos y Tratados

Internacionales, debido a su carácter de normas de rango constitucional y, por tanto, de aplicación preferente a toda norma legal incluso la de carácter orgánico.

Para los Convenios no ratificados por Venezuela, que no tienen aún carácter de ley de la República, encuentran también fuente de aplicación en el rango del literal c) pues a ellos se está refiriendo la norma cuando hablan de los adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo" toda vez que los ratificados ya están clasificados como norma privilegiada en el encabezamiento del artículo; de modo que su aplicación está aparejada a la de la jurisprudencia y de la doctrina patria.

El mismo tratamiento hermenéutico exigen las recomendaciones emitidas por la OIT, se ha dicho que como no tienen función normativa" se ha buscado su inclusión entre las fuentes; y en ese sentido la mención que de ellas hace el literal c) no dejaría duda alguna sobre su calificación, esto significa que tanto los convenios no ratificados como las recomendaciones, para los criterios de aplicación e interpretación del legislador venezolano tienen etiqueta de Principios que inspiran la legislación del Trabajo" y, por ello, son de aplicación preferencial por encima de la costumbre y el uso; de los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo, de las normas y

principios generales del Derecho y de la equidad a que se refieren los literales d) e) f) y g) del articulo 60 (Espinoza, 2010, p. 316, 317)

CAPITULO V

LA TERMINACION DE LA RELACION DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR FRENTE A LA ESTABILIDAD ESTIPULADA EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EN LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA OIT

Tal como se ha observado a lo largo de los capítulos anteriores, en Venezuela existe una divergencia entre lo consagrado en las normas constitucionales (CRBV, 2000) sobre el tema de estabilidad en el trabajo y, lo estipulado en los Pactos, Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados y ratificados, todo esto con respecto al tratamiento o la forma como está regulado el tema en la Ley Orgánica del Trabajo vigente (LOT, 1997), en cuyos postulados se hace permisivo el despido injustificado, con base en lo cual, el patrono puede poner fin a una relación de trabajo, aún sin tener causa para ello, persiste en el despido, rompe el vínculo de trabajo, con el solo pago de sumas de dinero previamente establecidas en la Ley, que por lo general resultan irrisorias y que son de carácter indemnizarlo, todo esto con la protección de los tribunales nacionales, lo que se materializa como un franco desacato de los preceptos constitucionales, por demás protectores de ese derecho.

A) EL ARTÍCULO 125 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Al hablar sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, indefectiblemente nos estamos refiriendo al despido por causa injustificada o al retiro del trabajador por causa justificada, contenidos estos previstos en la Ley Orgánica del Trabajo vigente. En efecto, la Ley Orgánica del Trabajo que data del año 1997, observa en su normativa la posibilidad del trabajador de poner fin a la relación de trabajo de forma justificada cuando se fundamente en una de las causales previstas por la propia Ley, a consecuencia de lo cual, los efectos patrimoniales se equipararán a los del despido justificado (LOT, art, 100).

En este mismo orden de ideas, el artículo 103 *ejusdem* determina cuales son las causas justificadas de retiro, siendo estos solamente relativos a hechos del patrono, de sus representantes o de familiares que vivan con él, entre los cuales vale acotar los contenidos en los literales e) y f) referentes a cualquier acto que constituya falta grave a las obligaciones que le impone la relación de trabajo y cualquier acto constitutivo de un despido indirecto. Contenidos estos, donde subyace la posibilidad del patrono de prescindir por esta vía de cualquier trabajador, a través de un actuar lejano a la buena fe

esperada, que ponga en el escenario la oportunidad para que el propio trabajador se retire de la empresa.

Aunado a esto, tenemos el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) que permite al patrono persistir en el despido realizado de forma injustificada solamente con el pago de montos indemnizatorios en los términos siguientes:

> **Artículo 125.** 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 que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, una indemnización equivalente a:
> 1) Diez (10) días de salario si la antigüedad fuere mayor de tres (3) meses y no excediere de seis (6) meses.
> 2) Treinta (30) días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior de 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:
> a) Quince (15) días de salario, cuando la antigüedad fuere mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6) meses;
> b) Treinta (30) días de salario, cuando fuere superior a seis (6) meses y menor de un (1) año;
> c) Cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuere igual o superior a un (1) año;
> d) Sesenta (60) días de salario, cuando fuere igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10) años; y
> e) Noventa (90) días de salario, si excediere del límite anterior.
> El salario de base para el cálculo de esta indemnización no excederá de diez (10) salarios mínimos mensuales.
> PARÁGRAFO ÚNICO.-. Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores o sus causahabientes el ejercicio de las acciones que puedan corresponderles conforme al derecho común.

Del mismo modo, el artículo 126 de la LOT (1997), refuerza el contenido anterior eliminando la posibilidad de procedimiento en el caso de que el patrono, al hacer el despido, pagare al trabajador la indemnización a que se refiere el artículo 125 (LOT, 1997), con lo cual pone así en la voluntad del patrono, el destino laboral de los trabajadores que de él dependan, motivo por el que, es poco preciso hablar de estabilidad en esos términos, imprecisión esta que un sector de la doctrina resuelve bajo la concepción de estabilidad relativa.

Estos preceptos normativos aunque cónsonos con la Constitución Nacional de 1961, que fue la Carta Magna marco con base en la cual se promulgó la Ley Orgánica del Trabajo actual (1997), perdieron vigencia con respecto a la novedosa y avanzada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) que a tenor del artículo 89.4 establece que los despidos contrarios a la Constitución son considerados nulos, en los términos siguientes:

> Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo 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:
> (omissis)
> 4. **Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.** (resaltado añadido)

Adicionalmente y en el mismo tenor, en el artículo 93 *ejusdem* se determina la obligatoriedad de la ley de garantizar la estabilidad en el trabajo y disponer lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado, a cuya letra se consideran nulos los despidos contrarios a la Constitución (CRBV, 2000).

Se observa claramente entonces, la necesidad de una inminente reforma de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) para adaptarla a los nuevos parámetros constitucionales, lo que se encuentra preceptuado en el numeral 3 de la disposición transitoria cuarta Constitucional, sin embargo, a diez años de la promulgación de la Carta Magna vigente, el Poder Legislativo se encuentra en mora y en consecuencia persiste la pugna normativa entre lo que es y lo que debe ser, aunque vale reiterar que esto no es visto así por los tribunales de la República, como se explicó en capítulos anteriores.

La concepción sobre el derecho a la estabilidad que encontramos en la Constitución venezolana de 2000 es sustancialmente distinta a la que propugnaba la Constitución Nacional de 1961, que se refería al tema de manera muy escueta, limitándose en su artículo 88, solamente a establecer la reserva legal en la adopción de medidas que garanticen la estabilidad en el trabajo, de donde es importante resaltar, que el Constituyente del momento más allá de definirla como un derecho y como materia de reserva

legal, no proporcionó los parámetros a ser tomados en cuenta por el legislador para el desarrollo de ese derecho.

Esto explica la causa por la cual la Ley Orgánica del Trabajo (1997) vigente, en forma congruente con su marco de referencia: la Constitución Nacional de 1961, refleje ese mandato de la forma en que se encuentra regulado en el Título II referido como "De la Relación de Trabajo". Vemos entonces, en los Capítulos VI y VII contenidos en el mencionado Título II relativos a la "Terminación de la Relación de Trabajo" y a la "Estabilidad en el Trabajo" respectivamente, que se precisa como formas de despido: el justificado y el injustificado, lo cual se traduce en que el legislador asumió una interpretación amplia del precepto constitucional con una doble vertiente, donde protege el derecho del trabajador de mantenerse en su trabajo pero a la vez considera la posibilidad de que el empleador, de forma unilateral y totalmente legal, rompa ese vínculo con el correspondiente pago de una suma de dinero de carácter indemnizatorio.

No hay duda sobre la constitucionalidad de esa normativa laboral con respecto a su marco de referencia, ergo la Constitución de 1961, toda vez que se protege desde un punto de vista muy general la estabilidad en el trabajo. La Ley advierte la obligación del patrono de indemnizar al trabajador en caso de ser considerado el despido sin justa causa, tiene la exigencia de

subsanar el daño causado a través del pago de sumas de dinero previamente establecidas en el propio artículo 125 (LOT, 1997), siendo de esta forma, que el legislador de la época, interpretó la protección del derecho a la estabilidad, en resumen, considera legal el despido sin justa causa y a sabiendas de que se ocasiona un daño se anticipa a predeterminar el monto de la indemnización.

Ahora bien, con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), la nueva concepción del Estado obliga a crear una nueva normativa, y a armonizar las leyes anteriores, situación esta que fue prevista en las Disposiciones Transitorias y, para el caso que nos ocupa, como *supra* explicamos, aún no se ha hecho.

Según se ha visto, la Constitución vigente (CRBV, 2000) se presenta con una indiscutible evolución en cuanto a los derechos sociales se refiere, en el caso específico del derecho a la estabilidad, ya no solamente se reconoce, como fue en el caso de la Constitución anterior, sino que además expone limitaciones para ser tomadas en el desarrollo legislativo, establecidas en el artículo 93.

De allí pues, que nos encontramos ante un escenario distinto que conduce a la necesidad de analizar ese nuevo carácter que tiene el derecho a la

estabilidad en el precepto constitucional frente a la posibilidad de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador que es favorecida por la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997). Dentro de esta perspectiva, durante los años de vigencia de la Carta Magna han convivido y conviven, por un lado la imposibilidad constitucional de efectuar despidos injustificados y por otro, por la vía legal, la procedencia de los mismos con el pago de una indemnización.

Inexplicablemente, lejos de haberse observado la inconstitucionalidad de permitir por la vía legal la persistencia en el despido, su aplicación se presenta como la panacea jurídica para terminar sin mayores implicaciones relaciones de trabajo, se mantiene la legalidad del abuso por parte del patrono que se puede definir como su "derecho a despedir" y aún siendo éste, condenado al reenganche del trabajador por decisión de los operadores de justicia, simplemente puede insistir en el despido con la única penalidad de tener que pagar sumas de dinero predeterminadas en la ley, que resultan prácticamente de carácter simbólico porque no compensan el perjuicio real que se le causa al trabajador, cuya buena conducta, años de labor para un mismo patrono y cualidades, dejan de importar, ante la decisión unilateral de terminar la relación de trabajo y prescindir de sus servicios.

B. EL ARTÍCULO 125 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO Y LOS INSTRUMENTOS APROBADOS EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

El concepto de estabilidad laboral está estrechamente relacionado con el de despido y por tanto, tal como se interpreta y aplica por los tribunales de la República, a través del hecho de permitir la posibilidad del empleador de extinguir el vínculo sin expresión de causa, se evidencia como atentatorio contra la materialización del trabajo como derecho humano, en el que la estabilidad laboral solo se debe perder por condiciones o modalidades previamente establecidas que protejan al trabajador contra arbitrariedades del patrono y que coincida por ende, con la noción misma de empleo decente o productivo postulado por la OIT.

Siendo la Organización Internacional del Trabajo, una institución que agrupa gran parte de los países del mundo, dedicada a la defensa de los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, establece directrices y parámetros a seguir para regular el tratamiento del tema por parte de los tribunales y de los legisladores de los países miembros, en consecuencia, es ese contexto el que se impone en todo lo referente a la regulación de la estabilidad en el derecho humano trabajo, toda vez que la misma Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) a través del artículo 23 privilegia la protección de los derechos humanos y en consecuencia, del derecho al

trabajo, además de la protección que se privilegia en los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, que con rango supra constitucional, son de aplicación preferente a la normativa interna.

Es menester precisar los contenidos relativos a la estabilidad en el trabajo, desarrollados en el seno de las discusiones de la OIT, institución que propugna desde su creación principios y valores determinantes en la definición de trabajo y, que de una u otra forma llevan implícito el concepto mismo de estabilidad.

En efecto, para la OIT el trabajo debe ser fuente de dignidad, el trabajo no es una mercancía, y la pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad de todos, asimismo y en ese contexto, son de aplicación preferente a la normativa interna, la Recomendación 119 *"Recomendación Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo"* (OIT, 1963), la Recomendación No. 166 *"Recomendación Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo"* (OIT, 1982), la Recomendación 198 *"Recomendación sobre la Relación de Trabajo"* (OIT, 2006) y el estudio del Convenio 158 *"Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del empleador"* (OIT, 1982), este último ratificado por Venezuela en el año 1995, a tenor del cual con su fórmula jurídica de Convenio, se convierte en una normativa de aplicación preferente a la normativa de carácter legal que

regula la materia, donde aunque patrocina la estabilidad relativa, sus postulados se pueden entender en términos más favorables al trabajador que la presentada en la Ley Orgánica del Trabajo vigente.

Tenemos entonces, que estos instrumentos de la OIT permiten atemperar la figura de la insistencia del despido, pero su aplicación en las decisiones de los Tribunales nacionales ha sido poco frecuente o casi nula, por tanto en todos los casos, aún en aquellos que pueden resultar extremos, como aquellos en los cuales el propio patrono crea las condiciones para hacer incurrir en falta al trabajador y darle apariencia de justificado al deseo de despedirlo, simplemente logra el objetivo por el contenido poderoso del artículo 125 (LOT, 1997).

No se trata de adoptar posición al lado de uno u otro tipo de estabilidad ya que la tendencia puede estar influenciada por la visión que se adopte, de lo que se trata es de aplicar la normativa vigente en su concepción sistémica, que fundamentada en los preceptos constitucionales obliga a proteger la estabilidad del trabajador tanto porque así está establecido en la normativa, como por vía de Convenios y Resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919) y que apuntan a todo evento a la protección del trabajador.

Según se ha citado, es menester resaltar la importancia de las recomendaciones y convenios en la materia de terminación de la relación de trabajo, aprobados en la Organización Internacional del Trabajo y que son vinculantes para Venezuela. Vemos entonces que la Recomendación No. 119, la Recomendación No. 166, el Convenio 158 y la Recomendación No. 198, en sus contenidos ponen fin a la práctica del despido considerado improcedente, protegen el empleo y combaten las relaciones de trabajo encubiertas, a través del establecimiento del principio de realidad, en la determinación de la naturaleza de la relación con base en los hechos y de limitantes en la forma de hacer despido, ya que centran las causas en el propio actuar del trabajador, dejando al patrono la posibilidad de efectuar despido solamente por razones de índole netamente económico o técnico, conocido esto por la doctrina como despido socialmente justificado.

En este orden de ideas, tenemos que la Organización Internacional del Trabajo promueve el trabajo decente como fundamento esencial para el bienestar de las personas, que "*además de generar un ingreso, el trabajo facilita el progreso social y económico, y fortalece a las personas, a sus familias y comunidades*", postula además "*que el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de los individuos durante su vida laboral*". (OIT).

Así pues, la puesta en práctica del programa de trabajo decente que desarrolla ese organismo se logra de acuerdo a lo que la propia organización postula a través de la aplicación de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT que tienen como objetivo transversal la igualdad de género: crear trabajo, garantizar los derechos de los trabajadores, extender la protección social, para promover tanto la inclusión social como la productividad al garantizar el disfrute de condiciones de trabajo seguras y, promover el diálogo social.

Tenemos entonces que el concepto de trabajo se basa en el reconocimiento de que el trabajo es fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, paz en la comunidad, democracias que actúan en beneficio de todos, y crecimiento económico, que aumenta las oportunidades de trabajo productivo y el desarrollo de las empresas, que refleja las prioridades de la agenda social, económica y política de países y del sistema internacional.

C. LA ESTABILIDAD Y LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR ANTE UNA INMINENTE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) estipula en el numeral 3 de la disposición transitoria cuarta la obligatoriedad de la

Asamblea Nacional de reformar la Ley Orgánica del Trabajo (1997), mandato establecido en los parámetros siguientes:

> ***Cuarta.*** Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:
> (omissis)
> 3. Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez años. Durante este lapso, mientras no entre en vigencia la reforma de la ley seguirá aplicándose de forma transitoria el régimen de la prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente. Asimismo, contemplará un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por la República.

Sin embargo, con diez años de vigencia, aunque se han hecho grandes avances en el mandato del numeral 4, en particular en lo relativo a la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) y al funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, en lo que respecta a la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), esta aun no se ha materializado, subsistiendo en consecuencia, el incumplimiento del mandato del numeral 3 citado, que da oportunidad a las contradicciones que se observan entre la ley laboral vigente, de data anterior a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y, que por ende no recoge esos principios de avanzada estipulados en materia laboral.

Por vocación constitucional, a partir del año 1999 Venezuela se constituye a través del artículo 2 (CRBV, 2000) en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, cuyos fines esenciales contenidos en el artículo 3 *ejusdem* son la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad, en los cuales la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

En esta misma dirección, el artículo 19 *ejusdem* refiere como una de las garantías del Estado, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, el respeto y garantía por parte del Poder Público de conformidad con la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen, seguidamente los artículos 22 y 23 (CRBV, 2000) también expresan la protección de los derechos humanos tanto de los contenidos en la Carta Magna como en los instrumentos internacionales, además de su preponderante aplicación sobre el derecho interno.

Dadas las condiciones constitucionales que anteceden, es inexplicable como subsiste y prevalece el contenido del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) y su consecuente aplicación por parte de los Jueces de la República, donde la falta de protección de la estabilidad en el trabajo, pone en manos del patrono la posibilidad de efectuar despido sin justa causa, con

apenas una indemnización, lo que va en dirección contraria a la concepción del Estado mismo y por ende de sus fines y valores. Es pues inminente en este escenario, la necesidad de una reforma constitucional que por demás está reiterar que se constituyó en mandato en la propia Carta Magna y que hasta hoy no ha sido cumplido.

Siguiendo las afirmaciones del maestro Espinoza Prieto (2010) sobre lo que debe versar la reforma laboral (p. 236), citamos textualmente su contenido, por considerar que expresa claramente el "deber ser" de la ley.

> La reforma laboral venezolana para encajar dentro del concierto universal de la construcción del nuevo Derecho del Trabajo post neoliberal y ajustarse al proyecto progresista de la Constitución de la República de1999, debe centrarse en el establecimiento de un régimen de estabilidad en el empleo amplio, racional, equilibrado, con verdadero sentido de cohesión social y fundado sobre las concepciones novísimas del nuevo enfoque de la relación de trabajo que se perfila desde las sugerencias renovadoras de la "Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo (2006) de la Organización Internacional del Trabajo".

Adicionalmente a lo citado reafirmamos que el deber ser de esta reforma es plasmar la estabilidad absoluta, para resolver el despido improcedente a través de la declaración de nulidad del despido y la restitución del trabajador en su empleo, ya que desde el punto de vista de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente, no tiene sentido ni fundamento, sobre todo a tenor de los artículos 93 y 89.4 de nuestra Carta Magna,

permitirse hablar de estabilidad relativa o de insistencia en el despido por parte del patrono. (Espinoza, 2010, 236)

Debe entonces, el legislador entender el significado de la letra de la Carta Constitucional, y normar los importantes mandatos allí contenidos para proteger el derecho humano trabajo a través a su vez, de la protección de la estabilidad, obedeciendo las más modernas concepciones doctrinarias, consagradas en el artículo 93 (CRBV, 1999) donde con precisión expresa *"y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado"*.

En consecuencia, "*la reforma debe considerar la regulación de un sistema de estabilidad en el trabajo que proteja al trabajador en la procura de la continuidad de un estatus profesional más allá de un empleo estable y de la empresa*" (Espinoza, 2010, 237).

Es una oportunidad valiosa, la que tiene la recientemente instalada Asamblea Nacional para saldar esa deuda constitucional y de una vez por todas armonizar la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) con los principios de avanzada que se encuentran postulados en la Carta Magna vigente, aunado a lo cual existe también un escenario en el que existe un sn número de planteamientos de importantes juristas y doctrinarios de reconocida

trayectoria, que sin duda deben ser revisados a modo de orientación para los contenidos normativos.

En este orden de ideas, se puede citar al eminente jurista Juan García Vara, de reconocida trayectoria como Juez Superior del Trabajo, a cuyo criterio plasmado en innumerables sentencias, en los casos en que los patronos proceden a cancelar el monto de las obligaciones establecidas en el artículo 125 LOT, mediante cheques que no se pueden hacer efectivos, ha estimado que el Juez debe entonces calificar el despido como injustificado y en consecuencia ordenar el reenganche y pago de los salarios caídos, independientemente de las sanciones adicionales que impliquen la emisión de cheque sin fondo. (s/i, citado por Espinoza, 2010, 58).

Por su parte, Rafael Caldera (1960, citado por Espinoza, 2010, 121) aborda el tema del despido indirecto afirmando *"El llamado despido indirecto es una justa causa de retiro, es decir, de terminación de la relación de trabajo por voluntad del trabajador"*. Así pues, el propio Caldera señala que la institución del despido indirecto se incorpora a nuestra legislación en la reforma de la Ley del Trabajo de 4 de mayo de 1945, lo cual supone que su adopción debe haber sido precedida de conscientes estudios y medulosas deliberaciones (1960, citado por Espinoza, 2010, 125). Vemos así, que a concepción de este autor mantuvo la legalidad de la existencia de la institución del Despido

Indirecto como forma de terminación de la relación de trabajo, en la Ley del Trabajo.

En opinión del recientemente fallecido jurista Pedro Miguel Reyes quien en materia de despido indirecto, a través de un voto salvado en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 17 de febrero de 1984, manifestó su vehemente defensa de los objetivos de la Ley Contra Despidos Indirectos y que citamos aquí porque ofrece ideas de suprema vigencia que sustentan la oposición a mantener como legal, el llamado despido indirecto. El citado jurista, expresa las consecuencias que traería la aplicación de los conceptos admitidos por la sentencia de la Corte Primera, en los siguientes términos:

> *"produciría un amplio y peligroso vacío en el sistema de control y protección de la estabilidad en las relaciones laborales; en efecto;* ***de ahora en adelante un patrono no tendría más que modificar los términos de la relación laboral, para ejemplo rebajarle el salario al trabajador, y así logrará su objetivo de despedirlo injustificadamente****; pero, además, por efecto de la maniobra, se encontrará fuera del ámbito de la competencia de las Comisiones Tripartitas" (s/i, citado por Espinoza, 2010, p. 168)*

En este mismo orden de ideas, nos permitimos destacar lo expresado por Humberto Villasmil Prieto quien afirma que la voluntad de poner fin a la relación de trabajo no responde necesariamente a ninguna declaración

expresa verbal o escrita sino a una expresión de hecho que sugiera o insinúe la voluntad resolutoria de la relación (s/i, Espinoza, 2010, 212)

Finalmente, debemos destacar los importantes aportes del propio maestro Espinoza, quien en su amplia trayectoria ha realizado estudios minuciosos sobre el contenido sobre el cual debe versar la reformar de la Ley Orgánica del Trabajo y quien además ha participado como asesor en la Comisión que elaboró el proyecto que existe. El mencionado autor propone lo siguiente:

> Primero: No puede existir diferencia en cuanto a los efectos del despido directo y del indirecto ambos son especies de un mismo género de ilícitos laborales, consistentes en la manifestación de la voluntad rescisoria de la relación de trabajo por parte del empleador.
> (omissis)
> Segundo: La acción de estabilidad, en cuanto tiene por objeto restituir la relación de trabajo al estado en que se encontraba antes de ocurrir el ilícito laboral en que incurre el patrono, y, en consecuencia, restablecer la normalidad de las obligaciones de las partes, especialmente la del patrono de pagar el salario, no puede, jamás, considerarse desprovista de efectos patrimoniales.
> (omissis)
> Tercero. La teoría del despido indirecto, como todo el contexto de la doctrina de la extinción de la relación de trabajo, arranca del concepto de la esencia de las obligaciones fundamentales de las partes, la del trabajador de poner al servicio del patrono su energía de trabajo y la del patrono de pagar el salario.
> (omissis)
> Cuarto: La calificación de la conducta patronal como causal de despido indirecto está determinada por el exceso que ella pueda representar sobre la facultad racional de modificación de las condiciones de trabajo que le otorga al empleador el ejercicio del ius variandi.
> (omissis) (p. 229 a 233)

CAPITULO VI.

NULIDAD DEL DESPIDO INJUSTO A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 89, NUMERAL 4 Y 93 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

Por estabilidad en el empleo o simplemente estabilidad laboral hemos revisado numerosos puntos de vista y definiciones cuyos contenidos versan en torno a la garantía de conservación del empleo mientras no haya causa justificada para ello y la prohibición del despido *ad nutum* por ser contrario al derecho al trabajo.

En este orden de ideas, el despido cuando procede sin causa justa se presenta manifiestamente contrario al ordenamiento constitucional y, constituye en el fondo una grave violación a los derechos fundamentales del trabajador, lo cual debe ser declarado por vía judicial con una sentencia de nulidad del despido. Tenemos en nuestro ordenamiento jurídico los artículos 89.4 y 93 constitucionales que abogan con firmeza por la estabilidad de los trabajadores, el constituyente no dejó de esta forma, lugar a dudas, de su voluntad de negarse a las pretensiones de los patronos sobre la disponibilidad y el destino de los trabajadores.

Es así que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, existe una concepción protectora de índole eminentemente social que propugna la Teoría de la Nulidad del Despido a través del contenido consagrado en los artículos 89.4 y 93 (CRBV, 2000), sustentándose de esta forma el interés del trabajador a permanecer en su puesto de trabajo, en donde subyace el resguardo a la paz social.

Señala el citado articulado que "Los despidos contrarios a la Constitución son nulos" lo que reafirma el carácter constitucional de la estabilidad en su expresión cabal por lo que lo que resulta todavía impropio la concepción de estabilidad relativa o indirecta. Tal como expresa el maestro Espinoza la nulidad establece que el acto írrito no surte efecto alguno y la obligación del órgano que lo califica, es restituir la situación jurídica infringida al estado y condiciones en que se encontraba la relación de trabajo en el momento de producirse el despido motivo por el que, las disposiciones que se opongan a esos efectos resultan de contenido inconstitucional y, así debe ser declarado con respecto al artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) que autoriza al patrono a reincidir en el despido. (Espinoza, 2000, 130)

"No se puede reincidir en lo que es nulo de nulidad absoluta", oor lo tanto, se impone la inaplicación de la disposición de la ley, con fundamento en el artículo 334 de la Carta Magna, de esta forma, los artículos 89.4 y 93 se

pueden considerar las disposiciones más importante como garantías laborales reconocidas por la Constitución. Así entonces, en palabras del citado maestro "*Todo despido que no esté socialmente justificado es contrario a la Constitución*". (Espinoza, 2000, 131)

El mismo destino sigue el artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) que versa sobre el retiro justificado, que no es otra cosa que poner nuevamente en manos del patrono, desde un punto de vista la posibilidad del patrono de disponer del trabajador y de prescindir de sus servicios con mecanismos poco ortodoxos, pero que se pueden constituir en un arma a favor del patrono y en contra del trabajador.

Al respecto Villasmil (2005) refiere al retiro justificado (artículo 103, LOT) como consecuencia de un ilícito laboral, lo define en consecuencia como despido indirecto, que coloca el derecho del trabajo venezolano al mismo tenor de otras legislaciones que denominan a esa forma de retiro como un modo de despido (p. 327). Es así que el despido indirecto, como retiro en los términos del citado artículo, no alude sino a la denuncia de la conducta ilícita del patrono, anterior a la resolución efectiva que a consecuencia, hace el trabajador, esto se puede asimilar a una expresión de voluntad del patrono que inequívocamente deja ver su intención de resolver el vínculo de trabajo (Villasmil 2005, 334).

Visto esto, tenemos nuevamente una violación a los artículos constitucionales en estudio, toda vez que, el retiro del trabajador se justifica en una conducta lesiva por parte del patrono que adicionalmente ofrece un beneficio adicional a su mal actuar que se observa en la obligatoria conducta del trabajador de ni siquiera solicitar el reenganche, por ser éste quien al no convalidad la conducta ilegítima del patrono decide retirarse.

El despido indirecto, como ilícito laboral atribuible al patrono, responde a una calificación valorativa que hace el propio legislador, por lo que resulta inadmisible pretender que la ocurrencia de algunos de los supuestos estipulados no descubra la intencionalidad del patrono demostrativo de su decisión de rescindir vínculo. (Villasmil, 2005, 335)

Tal como afirma Espinoza Prieto (2000) lo que caracteriza el despido indirecto es que se trata de una proposición novatoria del contrato de trabajo propuesta por el patrono, más allá de las facultades contractuales que le atañen en el ejercicio del llamado *ius variandi* y, por ello, abusiva, que el trabajador rechaza retirándose con base en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997)

En consecuencia el despido injustificado y el retiro justificado o despido indirecto tienen en común la voluntad del patrono de prescindir de los

servicios del trabajador, entendiéndose ambos como despido injustificado su contenido inconstitucional debe ser desaplicado o, en todo caso traer consigo la nulidad del despido o del retiro, porque es en el patrono en donde reposa la voluntad de extinguir el vínculo, situación que está muy lejos de la protección debida al trabajo como derecho humano, como fin mismo del Estado y ante lo claramente previsto en los artículos 89.4 y 93 constitucionales.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado sobre figuras como el derecho a la estabilidad y la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador se desprenden una serie de conclusiones relevantes para entender la importancia que tiene el derecho a la estabilidad como parte del derecho humano trabajo y en consecuencia la relevancia que al mismo se le ha dado a través de Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales, que otorgan a la protección de su ejercicio un imperativo adicional al ya contenido en la normativa interna nacional y, que obligan a entender que no se puede hablar del ejercicio pleno del derecho al trabajo aislado del resguardo a la estabilidad de la que debe gozar el trabajador.

El ordenamiento jurídico venezolano protector, a través de su instrumento fundamental, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), del derecho a la estabilidad como elemento del derecho al trabajo, estipula a través de su articulado, específicamente en los artículos 89.4 y 93 la imposibilidad de despedir al trabajador en ausencia de causa justificada y en consecuencia considera nulo todo despido hecho contrariando este postulado. A esto se agregan contenidos normativos relativos a la

aplicación preferente de los instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos, estipulados en el artículo 23 del propio contenido de la Carta Magna, que reiteran de esta forma el reconocimiento del derecho de la estabilidad al proteger el trabajo como derecho humano y que por ende se constituyen en recurso normativo adicional frente al surgimiento de situaciones de arbitrariedad por parte del patrono, dirigidas a violentar esa estabilidad.

Son muchos los estudios y opiniones que encontramos en la doctrina patria e internacional sobre estabilidad y, que de acuerdo al punto de vista del que se trate se ubica en estabilidad absoluta y estabilidad relativa, estabilidad en el empleo y estabilidad en el trabajo y, estabilidad en el cargo y estabilidad en la empresa, entre otras clasificaciones, no obstante la discusión mayormente se centra en la diversidad de acepciones sobre estabilidad absoluta y estabilidad relativa que es en donde converge el meollo del problema ya que no existe un consenso del deber ser, ni siquiera entre los que defienden la misma óptica, por tanto es allí donde recae además, hablando en términos gráficos, la inclinación de la balanza, en donde en un extremo está el reconocimiento a la estabilidad sin posibilidad de aceptar la oportunidad del patrono de despedir sin causa justificada y en recorrido hacia el otro extremo su derecho de insistir en el despido, denominado en la mayoría de los casos como estabilidad relativa.

Con base en esta diversidad de concepciones se pudo evidenciar que el tratamiento del derecho a la estabilidad en los tribunales nacionales dista mucho de ser congruente con la normativa constitucional, más allá de lo cual se precisa que prevalece el reconocimiento de la comúnmente definida por los autores patrios y por los propios tribunales, como estabilidad relativa que es la contenida en la Ley Orgánica del Trabajo y, que permite el despido sin causa justificada con la sola sanción para el patrono, de la cancelación de montos previamente establecidos que resultan irrisorios.

En la situación actual prevalece pues la tendencia de los tribunales de la República de permitir sin miramientos la insistencia en el despido por parte del patrono, con lo cual además de pasar por alto los mandatos constitucionales sobre la materia, obvian la inminente obligatoriedad de aplicar las recomendaciones y convenios aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Venezuela, relativos estos a la terminación de la relación de trabajo y que son de aplicación preferente a los postulados constitucionales de acuerdo a los artículos 2 y 23, siendo el primero de ellos, donde se define a Venezuela como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna entre los valores la preeminencia de los derechos humanos, donde vale decir incluye el derecho al trabajo.

Se evidencia que las decisiones de los tribunales nacionales apuntan en dirección distinta a lo que el ordenamiento jurídico en su concepción sistémica establece, se centran pues en resolver las demandas relativas, cuando de esos casos se trata, con la sola aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), permitiendo por esa vía la insistencia en el despido, situación esta aceptada hasta por el Tribunal Supremo de Justicia y, ante la cual a diez años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), nadie se ha preocupado por resolver, muy por el contrario ha generado sanciones a los pocos jueces que han pretendido aplicar el derecho de forma correcta.

Del mismo modo se concluye, que la esencia del problema es la necesaria y obligatoria conciliación que debe existir entre esta protección a la estabilidad que señala la Carta fundamental y el desarrollo de su contenido en esos mismos términos en las leyes relacionadas con el tema, como la Ley Orgánica del Trabajo, lo cual hace inminente que se sancione y promulgue, de una vez por todas, una reforma de la misma, que actualice la normativa, que regule la materia de forma congruente y, que por ende elimine toda posibilidad de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, toda vez que tal como está planteado en la actualidad, no obstante, del tratamiento constitucional de la materia, lo que impera y prevalece es el derecho del empleador a despedir al trabajador o prescindir

de sus servicios con indemnizaciones irrisorias más que cualquier derecho de trabajador.

En estos términos debe entonces, solventarse la mora que se tiene con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Carta Magna (2000) y además de realizar la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), debe preverse en la misma la nulidad del despido injusto que, de una vez por todas, observe una congruencia y coherencia a la luz de los artículos 89, numeral 4 y 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esta reforma es oportunidad para que se otorgue una verdadera estabilidad a los trabajadores y que tal como sucede con los funcionarios públicos, esa estabilidad solo pueda desvirtuarse por causas que deben estar solo en manos del trabajador, protegiéndolo así contra las arbitrariedades del patrono y que coincida además, con la noción misma de empleo decente o productivo postulado por la Organización Internacional del Trabajo.

La promulgación de la reforma Ley Orgánica del Trabajo, debe contener pues, preceptos que apunten hacia lo que los autores denominan estabilidad absoluta y debe obviar referirse al retiro justificado en los términos que lo hace la ley laboral vigente, ya que de manera disimulada vuelve a poner en manos del patrono la posibilidad de prescindir de los servicios del trabajador, donde subyace la oportunidad de, actuando de mala fe, omitir obligaciones

legales o actuar de manera tal, que se cree el escenario propicio para que el trabajador decida, a causa de la conducta inadecuada del patrono, retirarse de su puesto de trabajo y, por esta vía se permitiría entonces la conducta arbitraria del patrono.

En concordancia con la opinión del maestro Espinoza Prieto, el deber ser de la reforma es plasmar la estabilidad absoluta, para resolver el despido improcedente a través de la declaración de nulidad del despido y la restitución del trabajador en su empleo ya que, desde el punto de vista de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente, no tiene sentido ni fundamento, sobre todo a tenor de los artículos 93 y 89.4 de nuestra Carta Magna, permitirse hablar de estabilidad relativa o de persistencia en el despido por parte del patrono.

Del mismo modo resaltamos, que la estabilidad en el empleo se constituye en un valor social y económico que debe estar sólidamente sustentado en un sustrato jurídico que evite las contradicciones entre lo legal y lo constitucional, que proteja esa estabilidad en el trabajo desde todo punto de vista, ya que dejar a merced del patrono el destino laboral de los trabajadores juega a favor de la incertidumbre, atenta contra el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores y por ende mantiene a la expectativa el equilibrio y la paz social.

Es oportunidad valiosa para la recientemente instalada Asamblea Nacional de aportar, con la Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), un instrumento que, de ser desarrollado adecuadamente por el legislador con base en los parámetros constitucionales tanto de la normativa allí plasmada como de los contenidos de los instrumentos internacionales, sin lugar a dudas contribuirá notablemente al mejoramiento de las relaciones laborales en Venezuela, ofreciendo soluciones a problemas que en la realidad configuran aspectos muy negativos.

Como miembros de la Organización Internacional del Trabajo disponemos de resoluciones y acuerdo sobre la terminación de la relación de trabajo, que sirven de modelo para lo que debe contener esa reforma en materia de estabilidad, así vemos que particularmente las Recomendaciones No. 119 y No. 166 "Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo", la Recomendación No. 198 "Sobre la Relación de Trabajo" y el Convenio 158 "Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador" plasman en sus contenidos la legalidad de la terminación de la relación de trabajo a causa del actuar del trabajador, dejando al patrono solo la posibilidad de prescindir de sus servicios por razones de índole económico o basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, conocido esto en la doctrina como despido socialmente justificado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Addame, J. (1995) **Los derechos de la persona humana, estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca** [Libro en línea] México DF: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Consultado el 12 de octubre de 2010 en: http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/4.pdf

Albuquerque, R. ¿Se Desploma el derecho del Trabajo? (2003). **Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano**. [Libro en línea]. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México. Consultado el 12 de octubre de 2010 en: http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1090.

Alfonzo-Guzmán, R. (1985). **Estudio analítico de la ley del trabajo venezolana.** (2ª. ed., Tomo I), Caracas: Tabaré Güerere.

Alfonzo-Guzmán, R. (2000). **Nueva didáctica del derecho del trabajo** (11ª. ed.). Caracas: Melvin.

Alfonzo-Guzmán, R. (2004). **Nueva didáctica del derecho del trabajo. Adaptada a la Constitución de 1999 y a la ley orgánica del trabajo y su reglamentación** (13ª. ed.). Caracas: Melvin C.A.

Barbagelata, H. Las nuevas dimensiones del derecho a la estabilidad. El derecho a la promoción y a la capacitación (1982). **Libro Homenaje al Maestro Mario de la Cueva** [Libro en línea]. Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas. Consultado el 12 de octubre de 2010 en http://www.bibliojuridica.org/libros/2/683/3.pdf

Cabanellas, G. (1983). **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** (Tomo III y IV). Buenos Aires: Heliasta.

Cabanellas, G. y Alcalá, L. (1982). **Tratado de política laboral y social** (3ª. ed.). Buenos Aires: Heliasta SRL.

Carballo, C. (2001). **Derecho laboral venezolano. Ensayos**. Caracas: Publicaciones UCAB.

Carrillo, T. (1984). **Historia de la legislación venezolana,** (Tomo I). Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Código Sustantivo del Trabajo (1950). **Diario Oficial de la República de Colombia**, 27.622, Junio 7 de 1951. Consultado el 3 de octubre de 2010 en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html

Código de Trabajo de la República Dominicana. Ley No. 16-92 (1992) **Gaceta Oficial de la República Dominicana,** 9836, Mayo 29 de 1992. [Documento en línea]. Consultado el 3 de octubre de 2010 en: http://www.suprema.gov.do/PDF_2/codigos/Codigo_Trabajo.pdf

Código de Trabajo de la República del Ecuador. Codificación 2005 – 017. (2005). Registro Oficial de la República del Ecuador, Suplemento 167, Diciembre 16 de 2005.Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (1925). **Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela,** Julio 1 de 1925.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (1936). **Gaceta Oficial** (Extraordinario), Julio 21 de 1936.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (1947). **Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela** (Extraordinario), 194, Julio 5 de 1947.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (1953). **Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela**, 372 (Extraordinario). Abril 15 de 1953.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,** 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Constitución de la República de Venezuela (1961). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** 3.357, Enero 23 de 1961.

Constitución Española (1978). [Documento en línea]. Consultado el 14 de diciembre de 2010 en:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf

Constitución Política del Perú (1993) [Documento en línea]. Consultado el 3 de octubre de 2010 en: http://www2.congreso.gob.pe/congreso/Constitución-Política-08-09-09.doc

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de Querétaro (1917). [Documento en línea]. Consultado el 26 de junio de 2009 en: http://74.125.93.132/search?q=cache:D9leMe-ptr0J:compilacion.ordenjuridico.gob.mx/obtenerdoc.php%3Fpath%3D/Documentos/ESTADO/QUERETARO/o28486.doc%26nombreclave%3Do28486.doc+constituci%C3%B3n+de+queretaro&cd=14&hl=es&ct=clnk&gl=ve

Córdova, E. El Trabajo Decente (2008). **Revista de Derecho del Trabajo No. 6** (extraordinaria) (2008). Barquisimeto: Fundación Universitas.

De Buen, N. y Morgado, E. (1997). **Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social.** México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

De Buen, N. Conferencia Magistral para el XII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santa Cruz, Bolivia. (1995). **Estudios de Derecho del Trabajo bajo la óptica de dos maestros**. Barquisimeto: Fundación Universitas.

De la Cueva, M. (1965). **Ponencia presentada ante el primer congreso iberoamericano de derecho del trabajo**, Madrid: s/i.

De la Cueva, M. (1982). **El nuevo derecho mexicano del trabajo** (8ª.ed., tomo I). México DF: Porrúa.

De la Cueva, M. (1996). **El nuevo derecho mexicano del trabajo** (14ª ed., 2 vols.). México DF: Porrúa.

De la Villa, L. y López, L. (2003). **Los principios del derecho del trabajo.** Madrid: Centro de Estudios Financieros, Imprime Coyve, S.A.

Deveali, M. (1956). **Lineamientos de derecho del trabajo.** Buenos Aires: Tipográfica Editora.

Deveali, M. (1983). **El Derecho del Trabajo en su aplicación y tendencias.** Buenos Aires: Astrea.

Enjuto, D. **Incapacidad temporal y despido: ¿nulidad o improcedencia?** [Documento en línea] Comentario a la sentencia número 2451/2007 del TSJ de Cataluña, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 y la sentencia número 62/2008 del Tribunal Constitucional. Consultado el 14 de octubre de 2010 en http://www.upf.edu/iuslabor/012008/DerecholndividualDiegoEnjuto.pdf.

Espinoza Prieto, A. (1969). **Exposición de motivos del proyecto de ley de estabilidad de 1969.** [Documento en línea]. Disponible en: (facilitado en digital por el propio autor). mpburbano@hotmail.com.

Espinoza Prieto, A. (1992). **El régimen de prestaciones sociales.** Valencia: Vadell Hermanos.

Espinoza Prieto, A. (2000). **Derecho laboral. Vivencia de la estabilidad en el trabajo**. Caracas: Buchivacoa.

Espinoza Prieto, A. (2000). **Despido indirecto y efectos patrimoniales del retiro**. Caracas: Buchivacoa.

Espinoza Prieto, A. (2000). **Los derechos laborales**. Texto de los Derechos Laborales Regulados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas: Buchivacoa.

Espinoza Prieto, A. (2008). Estabilidad en el empleo, Constitución y jurisprudencia. Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo en los albores del siglo XXI. **Memorias y Comunicaciones del 2º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.**. Barquisimeto: Fundación Universitas.

Espinoza Prieto, A. (2010). La reforma laboral. Reto del siglo XXI. La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio. **Derecho del Trabajo Número 10 (enero/diciembre) 2010**. Barquisimeto: Universitas Fundación.

Espinoza Prieto, A. (2010). **Despido indirecto y efectos patrimoniales del retiro** (2ª. ed.). (en imprenta) [Documento en línea]. Disponible en mpburbano@hotmail.com.

Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.453**, (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

González, M. (2003). **La irrenunciabilidad, la transacción y otros temas laborales**. Edo. Carabobo: Vadell Hermanos.

Gutiérrez, I. (1998). **Manual sobre estabilidad laboral relativa**. Caracas: Livrosca.

Henríquez, R. (2004). **Nuevo proceso laboral venezolano**. Caracas: Torino.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). **Metodología de la investigación** (3da ed.). México DF: McGraw-Hll.

Krotoschin, E. (1959). **Tendencias actuales en el derecho del trabajo**. Buenos Aires: s/i.

Lastra, J. (s/i). **El futuro del derecho del trabajo**. [Libro en línea]. Consultado el 12 de octubre de 2010 en: http://www.bibliojuridica.org/libros/1/99/12.pdf

Lastra, J. El trabajo valor supremo en la vida social (1995). **Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca**. [Libro en línea]. Serie G Estudios Doctrinales No. 179. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Consultado el 12 de octubre de 2010 en: http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/11.pdf

Ley contra Despidos Injustificados. (1974) **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 30.468, Agosto 8 de 1974.

Ley del Trabajo (1947) **Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela**, 22.202, Noviembre 3 de 1947.

Ley del Trabajo (1966) **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 1.034 (Extraordinario), Julio 20 de 1966.

Ley del Trabajo (1983). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 3.219 (Extraordinario), Julio12 de 1983.

Ley de Contratos de Trabajo No. 20.744 (1974) (en línea) Argentina. Consultado el 3 de octubre de 2010 en: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/norma.htm

Ley del Estatuto de los Trabajadores (en línea) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo de 1995. España Consultado el 3 de octubre de 2010 en: http://www.terra.es/personal/fcyborg/ideologia/estatuto-trabajadores.htm.

Ley Federal Del Trabajo (en línea) **Diario Oficial de la Federación de la República de Bolivia.** Abril 1 de 1970. Última reforma publicada DOF 17-01-2006. Consultado el 3 de octubre de 2010 en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf

Ley Orgánica del Trabajo (1990). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 4.240 (extraordinario), Diciembre 20 de 1990.

Ley Orgánica del Trabajo. (1997). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5.152 (extraordinario), Junio 19 de 1997.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.504, Agosto13 de 2002.

Marcano, L. (2007). **El estado y el derecho constitucional comparado.** (3ª. ed.). Caracas: Distribuidores Moilibros.

Marin, E Confusión y fraude en la relación de trabajo. La Recomendación 198 de la OIT. (2009). **Homenaje a los maestros Efrén Córdova y Néstor de Buen.** Barquisimeto: Fundación Universitas.

Mirabal, I. (Comp.) (2009). **Estudios de derecho del trabajo bajo la óptica de dos maestros. Fundación Universitas**. Barquisimeto: Horizonte. C.A.

Organización de Estados Americanos (OEA). **Carta Democrática Interamericana** (2001) [Documento en línea]. Consultado el 1 de octubre de 2010 en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

Organización Internacional del Trabajo (OIT). **El programa de trabajo decente** [Documento en línea]. Consultado el 8 de enero de 2011. en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--es/index.htm

Organización de Estados Americanos (OEA). **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** 1988 [Documento en línea] (Protocolo de San Salvador) 17 de noviembre de 1988. Consultado el 1 de octubre de 2010 en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

Organización de Estados Americanos (OEA). **Convención Americana sobre Derechos Humanos,** (1977). Pacto de San José San José de Costa Rica. [Documento en línea]. Consultado el 1 de octubre de 2010 en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

Organización Internacional del Trabajo (OIT) **Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)** (1919) (Ultima enmienda aprobada por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1.o de noviembre de 1974) [Documento en línea]. Consultado el 20 de mayo de 2009 en http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). **Convenio 158 "Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador"** (1982). [Documento en línea]. Consultado el 26 de junio de 2009 en: http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm

Organización Internacional del Trabajo (OIT). **Declaración de la OIT relativa a Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento** (1998) [Documento en línea]. Consultado el 8 de diciembre de 2010 en: http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo (OIT). **Recomendación No. 119 Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo** (1963). [Documento en línea]. Consultado el 26 de junio de 2009 en: http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm

Organización Internacional del Trabajo (OIT). **Recomendación No. 166 Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo,** (1982) [Documento en línea]. Consultado el 26 de junio de 2009 en: http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm

Organización Internacional del Trabajo (OIT). **Recomendación No. 198 Recomendación sobre la relación de trabajo,** (2006) [Documento en línea]. Consultado el 26 de junio de 2009 en: http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sind_for/cas_ors/pdf/anexo.pdf

Organización de Naciones Unidas (ONU). **Declaración Universal sobre Derechos Humanos** (1948) [Documento en línea], 10 de diciembre de 1948. Consultado el 1 de octubre de 2010 en: http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml

Revista de Derecho del Trabajo No. 7 (extraordinaria) (2009). Fundación Universitas, Barquisimeto, edo. Lara.

Reynoso, C. (1990). ***El despido individual en América latina*** [Libro en línea]. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Consultado el 22 de mayo de 2009 en: http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=476

Rodríguez, J. (2004). **Derechos fundamentales y relaciones laborales.** Buenos Aires: Astrea.

Rondón, H. (2005). **Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas** (5ª. reimp.). Caracas: Ex libris.

Russomano, M. (1981). **La estabilidad del trabajador en la empresa** (Trad. H. Fix-Zamudio y J. Dávalos). México DF: Universidad Nacional de México.

Torres, I. (2004). **Procedimientos sobre inamovilidad y estabilidad de trabajadores y funcionarios públicos**. Caracas: Paredes Libros Jurídicos.

Vasak, K. (1977). "**Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights**", Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO).

Venezuela, Juzgado Superior de Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, **Sentencia en el caso Luben Medina contra la Sociedad Mercantil Performance Training and Consulting Plus CA**, 8 de agosto de 2003.

Venezuela, Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, (Los Teques), sentencia en el expediente No. 0156-04, **Calificación de Despido Joao Pedro Nunes Da Silva, contra Bar Y Restaurant Funchal CA**, 19 de mayo de 2004.

Venezuela, Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida (Sede Alterna El Vigía), sentencia en el expediente No. LP31-L-2005-000195, **Cobro de Prestaciones Sociales Hernán Salas Martínez contra Reina Coromoto Chacón Gómez y Richard Anderson Hernández Mora**, 3 de octubre de 2006.

Venezuela, Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, sentencia en el caso pago de salarios caídos **Mario de Jesús Brea Monsalve contra CA Metro de Caracas**, 5 de diciembre de 2007.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). Sala Constitucional. Sentencia No. 1185, 17 de junio de 2004, **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.323, Noviembre 13 de 2001.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Sala de Casación Social, **sentencia en el expediente No. 01-665, César Elías Petit Gómez contra Procter & Gamble de Venezuela CA**, 21 de febrero de 2002.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, **sentencia N° 1482**, 28 de junio de 2002.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Sala de Casación Social, **Recurso de Control de Legalidad contra la sentencia del Juzgado Superior primero del Trabajo de la circunscripción judicial del estado Miranda Cándido Gabriel Alvarez Navarro contra Snacks América Latina Venezuela SRL**, 22 de septiembre de 2004.

Villasmil, H. (2005). **Estudios de derecho del trabajo** (2ª. ed.). Caracas: Texto C.A. Universidad Católica Andrés Bello.

Zuleta, C. (2007). **Derecho Constitucional del Trabajo. Selección de la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, enero de 2000-junio de 2007** (2da. ed.). Colección Doctrina Judicial No. 21, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.