

Estabilidad e inamovilidad laboral. Un esfuerzo de distinción

Ramón Alfredo Aguilar C.*

Sumario

Introducción

- 1. Estabilidad e inamovilidad en el orden constitucional**
- 2. La estabilidad laboral** 2.1. *Definición* 2.2. *Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo (derogada)* 2.3. *La estabilidad en el Derecho comparado* 2.4. *Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras* 2.4.1. Características del régimen de la estabilidad vigente 2.4.2. Trabajadores excluidos del régimen de estabilidad vigente 2.4.3. Procedimiento de protección de la estabilidad en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras
- 3. La inamovilidad** 3.1. *Definición* 3.1.1. Fuero extraordinario y temporal 3.1.2. Se concede a los trabajadores que se encuentran en una situación jurídica que requiere especial protección por representar intereses superiores del ordenamiento 3.1.3. Tiene por objeto prevenir acciones discriminatorias por parte del empleador 3.1.4. Se verifica a través de la exigencia legal de la “previa” calificación de la justificación del despido, el traslado o la desmejora, por parte de la autoridad competente

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Especialista en Derecho Procesal, Doctorando en Ciencias mención “Derecho”, Profesor Agregado de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, Profesor de postgrado. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialización en Derecho Laboral (tesista). **Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD)**, Secretario General. **Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)**, Subdirector de la *Revista de Derecho Funcionario*.

- 3.1.4.1. Procedimiento previo
- 3.1.4.2. Calificación por parte de un tercero
- 3.2. *La inamovilidad presupone estabilidad*
- 3.2.1. Inamovilidad de trabajadores contratados por tiempo u obra determinada
- 3.2.2. Inamovilidad de trabajadores en período de prueba
- 3.2.3. Inamovilidad de trabajadores de dirección
- 3.2.4. Inamovilidad de trabajadores de servicio doméstico
- 3.3. *Procedimientos para la protección de la inamovilidad*
- 3.3.1. Procedimiento previo
- 3.3.2. Procedimiento de reenganche y pago de salarios caídos

Conclusiones

Introducción

Constituye para nosotros profundo orgullo colaborar en esta obra homenaje al Dr. Fernando Parra Aranguren, reconocido jurista venezolano, excelso *ius laboralista*, a quien respetamos y admiramos desde la perspectiva de estudiante al cursar su cátedra de Derecho del Trabajo en la Universidad Central de Venezuela en el año lectivo 1987-1988, y desde la perspectiva profesional y académica, al apreciar su objetiva y valiente labor editorial en las publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia por más de diez años.

Con humildad nos permitimos presentar estas consideraciones en torno a los temas de estabilidad e inamovilidad laboral aún inacabados en su estudio doctrinario y jurisprudencial. Al respecto, nos parece fundamental el aporte presentado por Parra Aranguren¹, de quien reivindicamos la posición que parte de la ubicación o pertenencia jurídica de dichas instituciones, una al derecho individual y otra al derecho colectivo, como instrumento que bien sirve de base histórica y teleológica para su diferenciación y análisis científico.

¹ Parra Aranguren, Fernando: “La estabilidad laboral y su vigencia en una economía globalizada”. En: **I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laborales: su impacto en el desarrollo económico**. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas, 2005.

Nos proponemos la separación conceptual de ambas instituciones laborales, sin ser ajenos a la alta dificultad que ello conlleva, especialmente en nuestro país, donde, por una parte, se ha mantenido por más de 14 años un sistema irracional de “general y permanente” inamovilidad laboral², y por otra, la circunstancia de que la vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras³ prácticamente ha refundido y confundido los alcances y consecuencias de ambas formas de protección, sin reparar en la razón de ser de cada uno de estos mecanismos, sin distinguir los bienes jurídicos protegidos, o considerar la posibilidad o necesidad de establecer formas alternativas de cumplimiento en los casos en que no resulte posible o conveniente la efectiva reinstalación del trabajador sujeto de protección. Agréguese a estas dificultades, que, a pesar de los aportes de calificada doctrina nacional⁴, ni la legislación ni la jurisprudencia han prestado mayor atención a la regulación constitucional que diferencia entre los despidos nulos y los despidos injustificados.

Por supuesto, no nos circunscribimos en este trabajo a un mero análisis teórico de los mecanismos en referencia, sino más bien a su sistemática y práctica revisión, con especial atención a los preceptos y principios constitucionales que informan las instituciones, incluidos dentro de estos, las normas (convenios y recomendaciones) emanadas de la Organización Internacional del Trabajo,

² Desde el 15 de octubre de 2001 y hasta la actualidad, se han dictado y mantenido vigentes 22 Decretos de inamovilidad, según se revisa en el desarrollo de este trabajo.

³ Publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.076 extraordinaria, de fecha 07 de mayo de 2012.

⁴ Bontes Calderón, Irma: “Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores”. En: **Jornadas Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Evaluación del primer año de vigencia**. Universidad Católica Andrés Bello. Magaly Vásquez, coordinadora. Caracas, 2013; Carballo Mena, César: “Despido nulo por discriminación”. En: *Revista Derecho del Trabajo*. N° 3. Fundación *Universitas*. Barquisimeto, 2007. Fábrega Trueba, Ramón: “Aproximación a la definición de despido nulo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras”. En: *Revista Derecho del Trabajo*. N° 15. Fundación *Universitas*. Barquisimeto, 2013; y Ortiz-Ortiz, Rafael: “El despido nulo en la Constitución venezolana”. En: *Revista de Derecho*. N° 16. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005.

como fuentes primarias y supremas, que bien permiten la reinterpretación, aplicación y hasta la desaplicación de las normas legales y sublegales que han venido confundiendo y desnaturalizando las figuras de estabilidad e inamovilidad, a veces en violación de garantías y derechos fundamentales. Quizá algunas de nuestras apreciaciones resulten de *lege ferenda*, empero preferimos pensar que bastaría con un serio análisis constitucional para verificar los correctivos necesarios, a través de los controles, difuso o concentrado, que permite y obliga el texto fundamental. Veamos.

1. Estabilidad e inamovilidad en el orden constitucional

Según hemos referido desde nuestra introducción, no resulta sencilla la diferenciación de las dos figuras objeto de estudio, menos aún en el estado actual de nuestra legislación, que, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, parece haber confundido los alcances de ambas instituciones creando en todos los casos una suerte de estabilidad general y absoluta, al tiempo de omitir toda regulación sobre los “despidos nulos” previstos y proscritos por la Constitución⁵. Así las cosas, a los fines de plantear la distinción que se propone, consideramos necesario –aun antes de formular definiciones– partir de los postulados constitucionales que disponen normas en relación con las instituciones en análisis.

La Constitución prevé todo un catálogo de derechos y garantías vinculadas al hecho social trabajo⁶, dentro de los que incluye la protección de la estabilidad laboral, la proscripción de los despidos nulos y la protección de inamovilidad

⁵ Publicada originalmente en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa con modificaciones en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 extraordinario, de fecha 24 de marzo del 2000, y enmendada y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.908 extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

⁶ Parra Aranguren: ob. cit., p. 159, “... la Constitución venezolana de 1999 especifica los derechos sociales y de las familias (Título III, capítulo V), correspondiendo a los del trabajo, los enunciados entre los artículos 87 y 97, ambos inclusive. Los tres primeros consagran los principios generales de la disciplina; los cinco siguientes (del 90 al 94, ambos inclusive) regulan en derecho individual del trabajo; y los tres finales, el derecho colectivo”.

para los promotores e integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales. En tal sentido, las normas de los artículos 93 y 95, disponen:

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

Artículo 95.- Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho. Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones...

Lo primero que puede advertirse de la redacción de las normas transcritas, es que el constituyente previó dos garantías distintas, una de “estabilidad” que en principio parece estar dirigida a todos los trabajadores, y otra de “inamovilidad” que ampara el ejercicio de la libertad sindical, específicamente a los promotores o integrantes de las directivas sindicales. Claramente, el constituyente distingue –aunque sin definir– entre las figuras de estabilidad e inamovilidad, pues utiliza dos términos distintos en normas contenidas en el mismo capítulo y relacionadas al Derecho Laboral. Por otra parte, del artículo 93 se desprende que la Constitución concibe dos diferentes tipos de despido: los injustificados o sin causa (*ad nutum*), que deben ser “limitados” por la ley; y los despidos nulos, es decir, aquellos realizados por discriminación o violación de derechos fundamentales.

Obviamente, esta exégesis gramatical no obra suficiente para definir los alcances de las instituciones en estudio, pero sí permite sostener la separación

formulada por el constituyente entre estabilidad e inamovilidad, y la incorporación al ordenamiento venezolano de una nueva institución (despidos nulos), que viene a formar parte de la ecuación, y posiblemente a hacer más difícil la separación de los conceptos. Aunque, quizá, según proponemos, sirva para entender mejor el alcance de aquellas.

2. La estabilidad laboral

2.1. Definición

Se entiende por estabilidad "... la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización"⁷. En el mismo sentido, se sostiene que "El conjunto de reglas jurídicas destinadas a propiciar la preservación del vínculo laboral, en particular frente a la voluntad arbitraria del patrono, configuran el régimen de estabilidad en el empleo, el cual se desgaja del más amplio derecho al trabajo"⁸. Se trata de una institución propia del Derecho Laboral que bajo la óptica tuitiva que le es connatural, procura la permanencia de cada individuo en el empleo, garantizando el derecho de trabajar, así como el sustento del trabajador y su familia.

Conforme a la normativa internacional⁹, esta protección o derecho de estabilidad se constituye a través de dos principales nociones: la exigencia de que la terminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador (despido) esté fundamentada en una causa justificada (definida por la ley); y la posibilidad de que la autoridad competente califique o juzgue la causa invocada por el empleador, para que en caso de despido injustificado o *ad nutum* se proceda a la reincorporación del trabajador, o alternativamente, al pago de una indemnización.

⁷ García Vara, Juan: **Estabilidad laboral en Venezuela**. 2ª, Editorial Pierre Tapia. Caracas, 1996, pp. 29-30.

⁸ Carballo Mena, César: "Régimen de estabilidad en el empleo". En: *Revista Derecho del Trabajo*. N° 15. Fundación *Universitas*. Barquisimeto, 2013, p. 63.

⁹ Véase: Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, OIT, 1982. <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>, marzo de 2013.

Según se desprende del Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, la forma general para verificar la protección contra los despidos injustificados parece ser la reincorporación o reenganche del trabajador; sin embargo, el mismo convenio –como es lógico– prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales regulen o establezcan el pago sustitutivo o por equivalente de una indemnización en aquellos casos en que no sea posible la reincorporación, o respecto de determinada categoría de trabajadores o labores. Surge así la posibilidad de que la estabilidad laboral se proteja y manifieste de dos diferenciadas maneras: i. Mediante el mandato de reincorporación o reenganche efectivo del trabajador, sin posibilidad de pago por equivalente, lo que se conoce como “estabilidad absoluta”¹⁰; o ii. permitiendo la posibilidad de liberarse de tal obligación por parte del patrono a través del pago alternativo y facultativo de una indemnización dineraria en favor del trabajador, en lo que se conoce como “estabilidad relativa”¹¹.

Debemos destacar, a los fines de prevenir confusiones terminológicas, que en este artículo utilizamos la expresión “estabilidad absoluta” atendiendo solamente a la referida característica o efecto que implica el mandato de reincorporación efectiva del trabajador sin que pueda suplirse tal obligación a través de pago compensatorio o formas alternativas. De allí que al utilizar esta expresión nos referimos al señalado “efecto” o “consecuencia jurídica”, advirtiendo que la misma puede derivar tanto del régimen de “estabilidad laboral” (protector del empleo), como del régimen de “inamovilidad” (protector de otros intereses generales). En otras palabras, el término “estabilidad absoluta” aquí empleado no siempre está referido a la “estabilidad laboral”,

¹⁰ Carballo Mena: ob. cit. (“Régimen de estabilidad en el empleo”), p. 65, “La infracción del régimen de estabilidad absoluta supondría la nulidad de la medida extintiva del vínculo laboral y el consecuente deber patronal de reparar de modo perfecto el daño causado, es decir, restituir la situación jurídica infringida mediante la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo”.

¹¹ Alfonzo-Guzmán, Rafael: **Nueva didáctica del Derecho del Trabajo**. 12ª, Editorial Melvin C.A. Caracas, 2001, p. 305, “Estabilidad relativa o impropia, que engendra, tan solo, derecho a una indemnización en 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 a su voluntad”.

del cual solo es una consecuencia en los casos en que así se dispone por ley o convencionalmente. Continuemos con el régimen de estabilidad.

2.2. *Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo (derogada)*

Conforme a la previsión de los artículos 112 y siguientes de la derogada Ley Orgánica del Trabajo¹², el mandato constitucional de limitar los despidos injustificados¹³, se verificaba a través de un régimen general de estabilidad “relativa”, que suponía la posibilidad por parte del empleador de extinguir la relación laboral unilateralmente sin que existiera causa justificada, siempre que pagara la indemnización respectiva. Si el patrono despedía injustificadamente y no pagaba la indemnización, el trabajador despedido podía acudir a los órganos jurisdiccionales para solicitar la calificación del despido como injustificado y solicitar su reenganche y pago de salarios caídos (dejados de percibir por el tiempo transcurrido entre el despido y la reincorporación). Pero siempre existiendo la posibilidad para el empleador de poner fin al procedimiento, o incluso prevenirlo, pagando la indemnización correspondiente¹⁴. Tal posibilidad de pago sustitutivo, incluso podría efectuarse luego de la sentencia definitiva de reincorporación, a través de la persistencia en el despido, que también implicaba la señalada consecuencia de pago de los salarios caídos más la indemnización por despido injustificado, y posiblemente el pago adicional de las costas procesales.

Alternativamente, podía el trabajador despedido, en vez de solicitar el reenganche, optar por la opción de exigir judicialmente el pago de las indemnizaciones por despido injustificado, con lo cual también se estaría dando lugar

¹² Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.152 extraordinario, de fecha 19 de junio de 1997.

¹³ Bajo la vigencia de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, también se preveía la protección constitucional de la estabilidad laboral, conforme al artículo 88 de la Constitución de 1961.

¹⁴ **Artículo 126.-** Si el patrono, al hacer el despido, pagare al trabajador la indemnización a que se refiere el artículo anterior, no habrá lugar al procedimiento. Si dicho pago lo hiciera en el curso del mismo, éste terminará con el pago adicional de los salarios caídos.

a la protección del empleo, a través del pago de las indemnizaciones derivadas de la violación del régimen de estabilidad.

Bajo aquellas previsiones de la Ley Orgánica del Trabajo, solo gozaban excepcionalmente de “estabilidad absoluta” algunas categorías de trabajadores a los que se reconocía el derecho a la obligatoria reincorporación sin posibilidad de pago alternativo de indemnizaciones, específicamente, los funcionarios de carrera, por efecto del régimen de carrera administrativa previsto constitucional y estatutariamente¹⁵; los trabajadores de la industria petrolera por previsión del artículo 32 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos¹⁶; y los trabajadores de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) por disposición de su Convención Colectiva¹⁷. También gozaban de estabilidad absoluta los trabajadores amparados por fuero de inamovilidad laboral (sindical, maternal, etc.), sin que esta última circunstancia implique confundir la estabilidad absoluta y la inamovilidad, pues, según se ha indicado y se explicará seguidamente, la inamovilidad implica estabilidad absoluta, en el sentido de obligatoriedad en el reenganche, pero no toda estabilidad absoluta es inamovilidad, existiendo además diferencias en cuanto a su causa y formas de protección. Respecto al régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sostuvo:

¹⁵ Artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.522, de fecha del 06 de septiembre de 2002). La consideración de que los funcionarios públicos gozan de estabilidad absoluta, que compartimos, es postulada por Carballo Mena: ob. cit. (“Despido nulo por discriminación”), pp. 397 y ss., y criticada por Ortiz-Ortiz, Rafael: “Algunas consideraciones sobre la inamovilidad laboral”. En: **Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Libro homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera**. Vol. II. Universidad Católica Andrés Bello. Fernando Parra Aranguren y César Carballo Mena, coordinadores. Caracas, 2011, pp. 273-334.

¹⁶ A pesar de la claridad de la norma y de contradecir previos criterios jurisprudenciales sostenidos desde el año 1994, el TSJ/SCS, sent. N° 365, de fecha 29 de mayo de 2003, concluyó que a los trabajadores petroleros les correspondía un régimen de estabilidad relativa.

¹⁷ Carballo Mena: ob. cit. (“Despido nulo por discriminación”), p. 413.

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 (...)—; 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 solo 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). Siendo que nuestra Constitución postula los dos elementos esenciales que integran la construcción teleológica de la estabilidad en el trabajo, a saber, la permanencia y la justa causa, entonces, y en aras de garantizar el primero de estos elementos, delegó en la Ley la función de definir conceptualmente, el sistema o modelo de permanencia en el empleo que imperaría en el ámbito de las relaciones jurídicas objeto del hecho social trabajo. De allí, el que la Ley deba establecer los límites bajo los cuales se tolera el despido sin causa, si tal fuere el caso, lo cual, actualmente se encuentra zanjado al adoptar la vigente Ley Orgánica del Trabajo, el sistema de estabilidad relativa. Por tanto, ciertamente, la consecuencia jurídica directa de calificar la jurisdicción del trabajo al despido como injustificado, es la nulidad del mismo y en consecuencia, la obligación de reinstalación y cancelación de los salarios dejados de percibir —garantía legal—, solo que tal obligación es limitada, ello, en el entendido de que el deudor (empleador) detenta la facultad de subrogarse en una prestación facultativa, a saber, el resarcimiento pecuniario del daño generado. Finalmente, nuestra Carta Magna igualmente propugna la nulidad de cualquier despido contrario a los postulados esenciales que ella misma desarrolla, esencialmente, en materia de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo, credo, o cualquier otra condición que afecte la dignidad humana¹⁸.

En conclusión, en consonancia con la disposición constitucional del artículo 93, la legislación derogada preveía un mecanismo de “limitación” de los despidos injustificados, a través del referido sistema de estabilidad relativa.

¹⁸ TSJ/SCS, sent. N° 1192, de fecha 22 de septiembre de 2004.

2.3. *La estabilidad en el Derecho comparado*

A los fines de contrastar el tratamiento de la institución de la estabilidad en el ámbito internacional, con la regulación que actualmente recibe en nuestro país, pasamos a revisar a título de ejemplo, algunas legislaciones foráneas que regulan realidades sociales similares a la nuestra¹⁹:

La legislación mexicana²⁰ dispone casos específicos en los que por la naturaleza de la relación resulta inconveniente la reinstalación, al tiempo que faculta al órgano decisorio (Junta de Conciliación y Arbitraje) para que verifique los supuestos en que por razón del trabajo que desempeña el trabajador o por las características de sus labores “está en contacto directo y permanente” con el patrono, así como otras circunstancias, que permitan determinar que “no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo”. Supuestos en los cuales lo que procede es el pago de una indemnización económica, como forma típica de pago o cumplimiento de la obligación en equivalente, propio de la ejecución forzosa de obligaciones de hacer.

En el mismo sentido, en Uruguay, se prescribe indemnización por despido injustificado a través del pago de suma de dinero tarifada²¹, disponiéndose

¹⁹ Estos ejemplos han sido expuestos en Aguilar C., Ramón Alfredo: **Constitución, potestades administrativas y derechos fundamentales en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras**. FUNEDA. Caracas, 2014.

²⁰ Ley Federal del Trabajo: “**Artículo 49**.- El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes: I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año; II. si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo; III. en los casos de trabajadores de confianza; IV. en el servicio doméstico; y V. cuando se trate de trabajadores eventuales”, <http://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/125.pdf>, mayo 2013.

²¹ “Protección General contra el despido en el Ordenamiento Jurídico Nacional. La reparación de los daños producto del despido, se tarifican mediante el pago de una ‘indemnización por despido’ por el hecho de rescindir el contrato, con abstención de toda valoración del comportamiento del empleador; que se cuantifica conforme a los criterios de antigüedad y remuneración que establece la ley; siendo el límite máximo

solo la reincorporación efectiva del trabajador en los casos de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, así como una protección especial (también dineraria, pero de mayor cuantía), para las “situaciones de mayor vulnerabilidad” (en casos de accidentes y enfermedades profesionales; en ocasión de la maternidad; reposos o incapacidad médica; y de los trabajadores que hayan fungido como testigos en contra del patrono en casos de acoso sexual en el ámbito laboral)²².

En Colombia, la posibilidad de reintegro efectivo en casos de despidos injustificados (estabilidad) fue suprimida del Código Sustantivo del Trabajo a través de la Ley Nº 50 de 1990, disponiéndose únicamente las indemnizaciones dinerarias previstas en el artículo 64 del referido Código, sobreviviendo solamente tal derecho a la reincorporación para aquellos trabajadores que para el momento de la reforma legal (1990) tuvieran diez o más años de servicio cumplidos. Cabe destacar, que aún bajo la vigencia de la legislación reformada, y también respecto de los referidos trabajadores amparados por el régimen transitorio, la posibilidad de reintegro efectivo constituía una “potestad” del juez, quien dependiendo de las circunstancias de cada caso, podía escoger entre el reintegro del trabajador al cargo y la indemnización de perjuicios en dinero. Para tal apreciación, el juez debía determinar los casos en que resultaba desaconsejable el reintegro, debido a las incompatibilidades presentadas²³, especialmente cuando dicho reintegro “no es conveniente para el propio trabajador”, como lo ha precisado la Corte Constitucional de dicho país²⁴. La misma Corte Constitucional colombiana ha concluido que la estabilidad no implica inamovilidad, y aun cuando el referido derecho de estabilidad también posee rango constitucional (artículo 53 de la

de la indemnización monetaria de despido para un trabajador con remuneración mensual, el equivalente a seis mensualidades”, Nimo Cabrera, Pedro: “Derecho al trabajo y permanencia en el empleo como expresión de dignidad laboral”. En: *Revista Derecho del Trabajo*. Nº 15. Fundación *Universitas*. Barquisimeto, 2013, p. 55.

²² *Ibid.*, pp. 55-57.

²³ Obando Garrido, José María: **Derecho Laboral**. Ediciones Doctrina y Ley, Ltda. Bogotá, 2007, p. 551.

²⁴ Benítez Pinedo, Jorge Mario, *et alter*: **El principio de estabilidad laboral en los pronunciamientos de la Corte Constitucional 1992-2005**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p. 20.

Constitución Política), se ha entendido que su protección se produce a través de la imposición de una obligación secundaria al empleador (pecuniaria), como consecuencia de su responsabilidad²⁵.

También es pertinente referirnos al sistema español, en el que claramente se distingue entre despido “nulo”, tal y como aquí lo denomina nuestra Constitución, y el despido “improcedente”. El primero (despido nulo) corresponde al que tiene por causa la discriminación o violación de derechos fundamentales; y el segundo, es aquel no amparado en causas legales, que en nuestro país denominamos despido injustificado y se corresponde con la noción de estabilidad laboral. En los casos de despidos improcedentes se prevé para el patrono la alternabilidad de las obligaciones de readmitir (reenganchar) al trabajador, o dar por terminada la relación laboral pagando una indemnización adicional a los salarios de tramitación (caídos), cuyo importe es superior al venezolano, pues se contemplaba el pago de 45 días de salario por año de servicios, hasta un máximo de 42 mensualidades²⁶. Diferenciadamente en el caso de los despidos “nullos”, se da lugar a la orden de reincorporación efectiva, sin posibilidad de pago alternativo (inamovilidad), estableciéndose para los casos de ejecución forzosa, por incumplimiento de la orden de reenganche –por tratarse de una obligación personalísima de hacer– la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, a través de la continuidad de pago de salarios, con sus incrementos ulteriores, por medio de mandatos consecutivos de pagos equivalentes a seis meses, hasta la readmisión, o hasta tanto otras circunstancias determinen el fin de la relación (renuncia del trabajador a su derecho a reincorporarse, o cuando la readmisión sea imposible por cese o cierre de la empresa)²⁷.

²⁵ *Ibíd.*, p. 17.

²⁶ Debido a la crisis económica sufrida en España, en el año 2012 se modificaron estas indemnizaciones –pero sin efecto retroactivo– disminuyendo la indemnización a 33 días de salario por cada año de servicios y hasta un máximo de 24 mensualidades. Véase: Ortega Prieto, Eduardo y Ortega Figuerial, Eduardo: **La reforma laboral 2012**. La Ley. Madrid, 2012, p. 173.

²⁷ Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia: **Derecho del Trabajo**. Thomson Civitas. Madrid, 2005, pp. 507-520.

Como se aprecia, la protección de la estabilidad en las legislaciones foráneas se verifica a través de indemnizaciones para el pago de los salarios caídos, siendo que la orden de reincorporación, reenganche o reinserción, puede sustituirse por el pago de otras indemnizaciones dinerarias de mayor o menor cuantía dependiendo de cada ordenamiento, tal y como se disponía en nuestra legislación, antes de la existencia de la regulación del artículo 91 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Como se ha indicado, la Ley Orgánica del Trabajo consagraba un sistema general de “estabilidad relativa”, obviamente más sano y a tono con la paz social, conforme al cual el empleador podía “jurídicamente, rescindir, sin justa causa, la relación laboral mediante un pago indemnizatorio previsto en la ley”²⁸.

2.4. Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

2.4.1. Características del régimen de la estabilidad vigente

En la actualidad, en virtud de la entrada en vigencia de la muy censurable Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras²⁹, se han verificado sustanciales cambios, siendo uno de los más relevantes la obligatoriedad del reenganche (imposibilidad de insistir en el despido a través del pago de indemnización), con lo cual la estabilidad pasa a ser “absoluta”; a lo que debe adicionarse la penalización (criminalización) de la negativa del patrono a proceder a la efectiva reincorporación del trabajador. Al efecto, la Ley Orgánica dispone:

²⁸ Parra Aranguren: ob. cit., p. 163. El autor en relación con el régimen de la Ley Orgánica del Trabajo refiere: “Efectuado el despido, el trabajador puede de solicitar la calificación del mismo ante el órgano jurisdiccional y éste, si no existe causa que lo justifique, emite una orden de reenganche que el dador de trabajo está autorizado para incumplir mediante el pago de una suma de dinero. Además, si cancela la indemnización en la oportunidad del despido, por considerarlo de antemano injustificado, puede evadir el procedimiento de calificación. Cuando se estipula convencionalmente, por lo general, ambos hechos –procedimiento de calificación u obligación de reenganche, según el caso– pueden no actualizarse abandonándosele al asalariado la cantidad pactada, normalmente por una superior a la legal”, *ibíd.*, pp. 163-164.

²⁹ Respecto a la inconstitucionalidad de todo el texto legal y de específicas normas por violación de derechos fundamentales y garantías constitucionales nos hemos pronunciado, Aguilar C.: ob. cit., *passim*.

Artículo 91.- Definitivamente firme la sentencia del Juez o Jueza de Juicio que declaró con lugar la solicitud de calificación de despido incoada por el trabajador o trabajadora, se procederá a su reenganche y al pago de los salarios caídos durante el procedimiento y hasta la efectiva reincorporación del trabajador o trabajadora a su puesto de trabajo. El patrono o patrona deberá cumplir voluntariamente con la sentencia dentro de los tres días hábiles siguientes a su publicación, si no lo hiciera a partir del cuarto día hábil el Juez o Jueza de Sustanciación, Mediación y Ejecución, procederá a la ejecución forzosa de la sentencia, embargando, en vía ejecutiva, bienes del patrono o patrona para satisfacer el pago de los salarios caídos causados o que se causaren, hasta el reenganche efectivo del trabajador o trabajadora demandante. Si el demandado o demandada se negare a cumplir con la orden judicial de reenganche, incurrirá en el delito de desacato a la autoridad judicial con pena de prisión de seis a quince meses. A los fines de establecer las responsabilidades penales a que haya lugar, el Juez o Jueza del Trabajo oficiará al Ministerio Público.

La norma prevé la obligación ineludible de incorporar al trabajador que ha sido despedido injustificadamente, sin permitir fórmulas alternativas de ejecución o indemnización, y penalizando con privación de la libertad el desacato de la orden de reenganche. Con tal tratamiento la Ley entra en franca contradicción con el mandato constitucional que distingue entre los despidos injustificados y los despidos nulos, obviando que los despidos injustificados deben ser “limitados” por la ley, sin que ello implique que en todos los casos un “despido justificado” se pueda considerar como “nulo”³⁰. La misma Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras en el artículo 77 dispone: “Esta Ley establece la garantía de estabilidad en el trabajo y la limitación de toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Ley son

³⁰ “Establecer la garantía de estabilidad en el trabajo ordenando al legislador que limite toda forma de despido injustificado, no proscribire de manera absoluta la posibilidad de los mismos, solo, tal y como el término lo refiere, los limita, restringe o circunscribe (...) caso contrario pasa con los despidos efectuados en contravención a la Constitución, los cuales efectivamente están expresamente vedados”, Bontes Calderón: ob. cit., p. 30.

ulos”. Con lo cual se rebasa nuevamente el mandato de la norma constitucional, y se pretende equiparar jerárquicamente la ley con la Constitución, pero contrariando sus expresos postulados.

La citada norma del artículo 91 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, de forma también inconstitucional está convirtiendo el incumplimiento de una obligación civil (laboral) en un delito, desatendiendo el carácter eminentemente social y humano de toda relación laboral. Considérese que incluso el Convenido N° 158 de la OIT, que regula la materia, prevé en su artículo 10, la procedencia del “pago” de una indemnización en aquellos casos en que “no sea posible la readmisión del trabajador”, de manera que es ese (el pago de una indemnización) el mecanismo lícito alternativo para satisfacer el derecho de estabilidad, y no, pretender en todos los casos la ejecución forzosa del reenganche bajo pena de privación de la libertad³¹. Adicionalmente, al tipificarse la negativa de reenganche como constitutiva del delito de “desacato a la autoridad judicial”, hasta ahora solo dispuesta legalmente en caso de incumplimiento de amparos constitucionales, conlleva a considerar que todo incumplimiento de alguna sentencia judicial implicaría tal delito, obviando todas las formas de ejecución forzosa y abriendo la posibilidad de retroceder en el tiempo para volver al sistema de “prisión por deudas”, definitivamente proscrito de nuestro sistema constitucional conforme al artículo 7,7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³².

Considérese que las relaciones laborales son de carácter “humano”, por lo que deben tratarse en el contexto del “derecho social”³³, ateniendo la circunstancia

³¹ “Se verifica a través de esta normativa una gruesa violación de los principios de proporcionalidad y del carácter subsidiario del derecho penal, imponiendo la criminalización de la actividad patronal sin que en la realidad, ni en la conciencia social exista la convicción sobre la nocividad de la conducta sancionada, ni sobre la necesidad de penalizar de tal forma a un empleador por resistirse a la reincorporación de un trabajador”, Aguilar C.: ob. cit., p. 55.

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

³³ Caridad Morquera, Freddy Orlando: “La prestación social de antigüedad, según la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”. En: **Jornadas Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Evaluación del primer año de**

común de que en múltiples ocasiones el deterioro de las relaciones interpersonales entre trabajadores y empleadores (o sus representantes) pueden llevar a la necesidad de poner fin a la relación, con el objeto de preservar el ambiente laboral, la dignidad de ambas partes e incluso prevenir acciones o vías de hechos entre ellas, especialmente en aquellas entidades de trabajo con pocos trabajadores o en las que el quehacer diario implica constante y cercano contacto entre empleador y trabajador³⁴. En estas situaciones, muy comunes en la práctica laboral, lo cónsono dentro de la noción de Estado Social es establecer las indemnizaciones a que haya lugar (en caso de que no exista causa justificada para el despido), pero en ningún caso someter a patronos y trabajadores a mantener una relación insostenible y que solo generará mayor conflictividad.

En palabras del maestro De La Cueva: “Una estabilidad absoluta parece difícil de lograr, para no decir imposible, porque en algunas hipótesis podría ser contraria a la naturaleza de las cosas y porque podría conducir a la destrucción de derechos humanos que exigen el mismo respeto que los derechos sociales”³⁵.

Conforme a lo expuesto, consideramos que la protección constitucional de la estabilidad a través de la “limitación” legal a los despidos injustificados, estaría suficientemente garantizada con la producción de una orden judicial de reincorporación, siempre y cuando se permita al patrono el pago por equivalente de una indemnización dineraria tarifada por la ley, es decir, a través de un sistema de “estabilidad relativa”. Contrariamente, un sistema de estabilidad absoluta, como se pretende en la vigente legislación, no solo obra contra derechos fundamentales

vigencia. Universidad Católica Andrés Bello. Magaly Vásquez, coordinadora. Caracas, 2013, p. 198, “... el trabajo humano es un hecho influido por factores de muy diferentes órdenes: ético, sociológico, psicológico, físico, jurídico, etc., que determinan la inclinación y el aprecio de la sociedad hacia el trabajo, el respecto a los valores morales que su práctica entraña, la duración y condiciones en que esa actividad debe prestarse”.

³⁴ Tal era el fundamento de la previsión del párrafo único del artículo 117 de la Ley Orgánica del Trabajo, que preveía la no obligación de reenganche para los “patronos que ocupen menos de diez trabajadores”, y en igual sentido, la previsión del artículo 191 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

³⁵ De La Cueva, Mario: **El nuevo Derecho mexicano del trabajo**. Tomo I. 22ª, Editorial Porrúa. México, D.F., 2011, pp. 221-222.

del empleador sino que amenaza la dignidad de las partes y atenta “contra el alto interés público y contra la inversión privada nacional y extranjera”³⁶. Adicionalmente, al disponerse tal suerte de estabilidad absoluta general, se ignora la diferencia que el texto constitucional impone al distinguir entre despidos injustificados y despidos nulos, al tiempo que por sus consecuencias últimas, asimila por sus efectos a la estabilidad con la inamovilidad, permitiendo ahora sí, una práctica confusión de las instituciones.

En conclusión, la estabilidad es un derecho, o más bien una protección que, desde el orden constitucional, procura la conservación o mantenimiento del empleo, derivado en la garantía de no ser despedido sino por causas justificadas conforme a las previsiones legales, y que implica el derecho a ser reincorporado al puesto de trabajo en caso de que la autoridad judicial determine (califique) la “injustificación” del despido, más el pago de los salarios dejados de percibir durante el procedimiento; o alternatively, el pago por parte del patrono de una indemnización dineraria tarifada por la ley en consideración de la antigüedad y el salario del trabajador afectado.

2.4.2. Trabajadores excluidos del régimen de estabilidad vigente

Según se ha referido previamente, el Convenio N° 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, así como la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo (N° 166 de la OIT 1982), prevén la procedencia del “pago” de una indemnización en aquellos casos en que “no sea posible la readmisión del trabajador”, e igualmente conforme al artículo 2,5 del Convenio, “cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea”.

³⁶ Véase: TSJ/SCS, sent. N° 1119, de fecha 22 de septiembre de 2004. En igual sentido, TSJ/SCS, sent. N° 1124, de fecha 29 de septiembre de 2004, concluyó: “Por tanto, no puede esta Sala de Casación avalar una tesis sostenida por el juez de Alzada, de que haya una limitación absoluta de despedir y en cada oportunidad que se produzca un despido, el mismo es nulo, pues, ello equivaldría a establecer una especie de estabilidad absoluta en todo el país, lo cual es contrario al alto interés público”.

Lo que evidencia que internacionalmente se ha reconocido la posibilidad –acaso la necesidad– de excluir a ciertas categorías de trabajadores, que por la actividad realizada, por el tipo o tamaño de la empresa empleadora, o por las peculiaridades de cada caso, no estarían amparados de la misma forma que la generalidad de los trabajadores. Conforme a estas lógicas nociones, en el Derecho comparado: “Las disposiciones generales en materia de terminación, ya se trate de la legislación general del trabajo o de disposiciones específicas, no se aplican a veces a determinadas categorías de trabajadores que pueden en algunos casos regirse por disposiciones especiales. Se trata de los trabajadores domésticos, los trabajadores agrícolas, los trabajadores familiares, los trabajadores de la construcción o la gente de mar. En algunos países, se excluyen las personas que ocupan puestos directivos de confianza”³⁷.

Diferenciadamente en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se ha concebido irracionalmente una especie de estabilidad absoluta general, que en todos los casos pretende forzar la reincorporación efectiva del trabajador, sin permitir formas alternativas de cumplimiento, ni distinguir los supuestos en que el reenganche afectaría sustancialmente la relación interpersonal, la producción, la empresa misma o la dignidad de las partes.

En esta materia, la derogada Ley Orgánica del Trabajo, expresamente excluía del régimen de estabilidad laboral a los trabajadores de dirección, a quienes tuvieran menos de tres meses al servicio del patrono, y a los trabajadores temporeros, eventuales, ocasionales y domésticos³⁸. Así mismo, se eximía de la obligación de reincorporar al trabajador a los patronos que ocuparen menos de diez trabajadores³⁹.

En la actualidad, conforme al artículo 87 de la Ley Orgánica, estarían dotados de estabilidad (y derecho efectivo al reenganche) los otrora denominados

³⁷ Conferencia Internacional del Trabajo (OIT): **Protección contra el despido injustificado**. Informe de la Comisión de Expertos. Ginebra, 1995, pp. 32-33.

³⁸ *Vid.* artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo.

³⁹ Artículo 117 párrafo único de la Ley Orgánica del Trabajo y artículo 191 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (derogados por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras).

“trabajadores de confianza”⁴⁰, excluidos de estabilidad conforme a la Ley contra Despidos Injustificados⁴¹ y dotados de la misma por la Ley Orgánica del Trabajo. Gozan también de esta protección, los empleados domésticos⁴², y los empleados temporeros, eventuales u ocasionales, antes excluidos por la norma del artículo 112 *eiusdem*. De manera que podría un patrono ser compelido coactivamente bajo este nuevo mecanismo a reincorporar a un empleado de confianza (un gerente que maneja dinero o lo representa frente a terceros, por ejemplo), o una familia, forzada a aceptar en su vivienda a la persona de servicio (mucama, chofer, jardinero, etc.)⁴³ cuya relación habría terminado precisamente por considerar el empleador que ya no existía la confianza suficiente y necesaria para sostener este tipo de vínculo laboral⁴⁴. Huelgan comentarios.

⁴⁰ Según la Ley Orgánica del Trabajo: “**Artículo 45.-** Se entiende por trabajador de confianza aquel cuya labor implica el conocimiento personal de secretos industriales o comerciales del patrono, o su participación en la administración del negocio, o en la supervisión de otros trabajadores”. Bajo el imperio de la Ley derogada esta categoría de trabajadores gozaba de estabilidad, a pesar de su condición de representantes de patrono o del grado de confianza con su patrono, no obstante por tratarse de un régimen de estabilidad relativa, podía el empleador poner fin a la relación pagando la indemnización respectiva. Así mismo, se les habría excluido de la inamovilidad establecida por los Decretos presidenciales.

⁴¹ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.736 extraordinario, de fecha 05 de mayo de 1975.

⁴² Bontes Calderón: ob. cit., p. 44, “Al solo quedar expresamente excluidos del régimen los trabajadores de dirección, debe entenderse por interpretación en contrario que el resto de las categorías están protegidas, por tanto los trabajadores temporeros, eventuales, ocasionales y domésticos, son beneficiarios ahora de la estabilidad prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, siendo que antes estaban expresamente excluidos, a consideración de quien suscribe por razones obvias, pues por ejemplo darle estabilidad absoluta a un trabajador doméstico cuya labor y a veces la pernocta es dentro de la casa del empleador, no luce coherente”.

⁴³ Carballo Mena: ob. cit. (“Régimen de estabilidad en el empleo”), pp. 72-73, con respecto al régimen de estabilidad consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo debe ratificarse que por disposición de la parte *in fine* del párrafo único del artículo 112 (los trabajadores domésticos) se encuentran excluidos de dicha protección; además por ser una institución que resulta incompatible con la naturaleza de la relación de suprema confianza que debe existir entre las partes, no pudiendo concebirse estar obligado a permitir que coactivamente un trabajador se reintegre al entorno familiar del patrono que consideró necesario terminar con esta vinculación.

⁴⁴ *Vid.* TSJ/SCS, sent. N° 0522, de fecha 14 de abril de 2009, comentada *infra*.

Conforme a la normativa vigente, solo quedan excluidos del régimen de estabilidad, los trabajadores con menos de un mes de servicios; los empleados de dirección; y los trabajadores contratados por tiempo determinado, en el entendido que gozan de estabilidad por y hasta el tiempo de vigencia del contrato, pero una vez vencido el término o ejecutada la obra, no podrán exigir la continuidad de la relación laboral. En igual sentido, está excluida la estabilidad en los contratados de la industria de la construcción (por obra), y en el trabajo en el transporte marítimo (contrato “por viaje”, o de enganche), actividades en las que los contratos se consideran por tiempo u obra determinada, sin que se desvirtúe tal condición o se adquiera estabilidad, aun en caso de sucesivas renovaciones (artículos 63 y 247).

Quedan igualmente excluidos del régimen de estabilidad general, e incluso de estabilidad absoluta que la ley especial les consagra, los funcionarios que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción (de alto nivel o de confianza) previstos en los artículos 19, 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que constituyen excepción al régimen general de estabilidad derivado de la carrera que por mandato constitucional debe prevalecer en la función pública.

2.4.3. Procedimiento de protección de la estabilidad en la Ley

Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

La protección del derecho a la estabilidad se patentiza a través de un procedimiento judicial que debe incoar el trabajador una vez despedido, y que tiene por objetivo establecer la calificación de la justificación del despido con la finalidad de satisfacer la pretensión del trabajador de ser reincorporado a su puesto de trabajo, además, a ser indemnizado con el pago de los salarios dejados de percibir durante el trámite del procedimiento y hasta la efectiva reincorporación⁴⁵. Esta pretensión debe ejercerse a través de demanda en forma que debe cumplir con los requisitos del artículo 123 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁴⁶ y dentro del plazo de caducidad de diez días hábiles previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

⁴⁵ *Vid.* artículo 89 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

⁴⁶ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.504, de fecha 13 de agosto de 2002.

Este procedimiento se sigue por el trámite del juicio ordinario laboral previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pero con las peculiaridades dispuestas en los artículos 187 al 192 *eiusdem* y las modificaciones (derogatorias) dispuestas en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, específicamente relacionadas al incremento del lapso para interponer la pretensión (de cinco a diez días); la proscripción de la posibilidad de pago de indemnizaciones por parte del patrono como medio alternativo de cumplimiento y como forma de terminar anticipadamente el procedimiento, ahora solo procedente por voluntad del trabajador; la eliminación de la exención de reenganche en caso de empleadores con menos de diez trabajadores; y la inconstitucional criminalización de la negativa a reenganchar por parte del empleador o sus representantes.

Alternativamente, si el trabajador despedido injustificadamente, no desea o pretende la reincorporación al puesto de trabajo, tiene la posibilidad de demandar judicialmente al patrono para exigir la indemnización por despido injustificado prevista en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, lo que consiste en otra forma de protección de la estabilidad, pues implica para el patrono una suerte de sanción pecuniaria que debe pagar a favor del trabajador, en caso de que no logre justificar en el proceso la causa lícita del despido. Esta indemnización consiste en el pago de una cantidad igual a la que le corresponda al trabajador por concepto de prestación de antigüedad. Lo que en la práctica forense se ha denominado “pago doble de prestaciones” y que constituye una de las escasas reivindicaciones o incremento real de beneficios contemplados en la referida Ley Orgánica. En realidad no se trata de un pago “doble”, sino del pago de una cantidad igual, que al sumarse a la debida por la antigüedad (derecho adquirido), puede conllevar a recibir una cantidad que en total representa el doble de lo que se percibiría en caso de renuncia o de despido justificado.

3. La inamovilidad

3.1. Definición

Entendemos la inamovilidad como un fuero extraordinario y temporal que ampara a los trabajadores que se encuentran en una determinada situación que requiere especial protección por representar intereses superiores del

ordenamiento, a objeto de prevenir acciones de discriminación por parte del empleador, y que se concreta a través de la exigencia legal de previa calificación de la justificación para proceder al despido, el traslado o la desmejora de los trabajadores amparados, por parte de un tercero constituido por la autoridad competente. Precisemos los alcances de esta definición de inamovilidad, que bien servirán para el objetivo propuesto de diferenciarla de la estabilidad:

3.1.1. Fuero extraordinario y temporal

A diferencia de la estabilidad, que en principio obra como general y como derecho de todo trabajador, la inamovilidad se constituye en un “privilegio” que solo ampara a aquellos que se encuentran dentro de la situación jurídica especialmente definida y protegida por la ley por representar intereses superiores del ordenamiento (libertad sindical, maternidad, paternidad, interés colectivo de seguridad e higiene en el trabajo, etc.) y por la posibilidad de que dicha situación propenda a la discriminación del trabajador por parte del patrono. La estabilidad es la regla general y los casos de exclusión de trabajadores constituyen la excepción; por el contrario, la inamovilidad es un privilegio que limita el *ius variandi* del empleador, impidiendo o postergando la posibilidad de despido, traslado o desmejora, hasta tanto la autoridad competente –de forma previa– constata la justificación (licitud) de la actuación patronal y autorice el despido o alteración de las condiciones de trabajo. De allí que no pueda extenderse la inamovilidad por analogía a supuestos que no estén específicamente previstos, y que siempre deba sustentarse en una razón de interés general o de tutela especial que justifique el privilegio o fuero de inamovilidad.

Se trata de un régimen de excepción creado para prevenir actos discriminatorios, en protección de bienes jurídicos superiores, por lo que se exige un procedimiento previo de calificación, siendo que en caso de contravención, los actos ejecutados por el patrono se consideran nulos, dando lugar a la reposición de la situación jurídica infringida, lo que en caso de despidos (sin previa autorización) implica “estabilidad absoluta” (en el referido sentido de conllevar a la obligatoria reincorporación del trabajador). En torno a esta característica, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido:

De acuerdo con el criterio jurisprudencial transcrito *supra*, la “estabilidad absoluta o propia”, está concebida como una protección temporal de permanencia del trabajador en su empleo por circunstancias especiales o excepcionales que origina, en su favor, el derecho a no ser despedido del trabajo sino por las causales establecidas en la ley y con la autorización previa del Inspector del Trabajo, mientras que la “estabilidad relativa o impropia”, está ideada como un sistema de protección básico, similar al de la estabilidad absoluta aplicable a la generalidad de los trabajadores, el cual se diferencia en que la obligación del patrono de reenganchar al trabajador es de carácter facultativo; por lo tanto, al momento de ordenarse la reincorporación y pago de salarios caídos de un trabajador despedido de manera injustificada, el patrono puede liberarse de dicha carga resarciendo pecuniariamente el daño generado, a través del pago de una indemnización por el despido. La noción de estabilidad absoluta se consolida como una modalidad del régimen de permanencia en el trabajo que autoriza la ley en supuestos que requieren de una tutela especial y, por tanto, en ausencia de norma expresa que confiera dicho alcance, la regla aplicable para garantizar la persistencia en el puesto de trabajo será la que orienta a la estabilidad relativa; en consecuencia, la regla general en las relaciones laborales es que los trabajadores gozan de una estabilidad relativa y la excepción es que disfrutan de estabilidad absoluta⁴⁷.

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

3.1.2. Se concede a los trabajadores que se encuentran en una situación jurídica que requiere especial protección por representar intereses superiores del ordenamiento

Según se ha referido, la estabilidad implica la protección del derecho “individual” de cada trabajador de permanecer en el empleo. Diferenciadamente, el interés

⁴⁷ TSJ/SC, sent. N° 1.952, de fecha 15 de diciembre de 2011.

jurídico protegido en los casos de inamovilidad, está constituido por otros bienes superiores del ordenamiento, distintos a la mera estabilidad o conservación del puesto de trabajo. Como enseña Parra Aranguren, se trata de una institución originada o propia del derecho sindical⁴⁸, inicialmente concebida para la protección de los representantes sindicales y luego extendida al derecho colectivo para los trabajadores involucrados en acciones o situaciones propias del ejercicio de la libertad sindical (discusión de contratos colectivos, huelga, elecciones sindicales, etc.)⁴⁹, por lo que se requiere garantizar no solo su permanencia en el trabajo (estabilidad), sino prevenir y contener cualesquier práctica discriminatoria que pueda desarrollar el empleador en contra del ejercicio de los derechos colectivos en juego. De allí que el bien jurídico inmediatamente tutelado no es el empleo, sino los derechos inherentes a la libertad sindical, que se verían conculcados si el patrono arremete contra los líderes representantes de los trabajadores o amenaza a los miembros de la masa laboral en momentos en que se está verificando un conflicto, exigiendo reivindicaciones o ejerciendo la democracia sindical.

Conforme a esto, resulta acertada la apreciación de Parra Aranguren⁵⁰, en distinguir la inamovilidad de la estabilidad absoluta, pues si bien ambas disponen como forma de protección la reincorporación efectiva del trabajador afectado en caso de despido, se diferencian en que la inamovilidad pertenece al derecho colectivo (protege intereses generales), mientras que la estabilidad pertenece al derecho individual, pues solo protege el derecho de cada trabajador⁵¹.

⁴⁸ Parra Aranguren: ob. cit., p. 165, “Originado como instituto propio del derecho sindical, devino perteneciente del derecho colectivo del trabajo, en lo cual se diferencia de la estabilidad, conforme a lo señalado. Consciente de un privilegio mediante el cual sus titulares no pueden ‘ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el inspector del Trabajo’”.

⁴⁹ La libertad sindical no se limita a la posibilidad de crear sindicatos o de afiliarse (o no), lo que representaría el aspecto “individual” de este derecho, sino que conlleva también la posibilidad del ejercicio efectivo de la defensa de los derechos de los trabajadores, lo que representa su aspecto colectivo, y se manifiesta a través de los derechos a la negociación colectiva y la huelga, sin los cuales la libertad sindical se traduciría en un derecho vacío o inútil. Véase: Ojeda Avilés, Antonio: **Derecho sindical**. 8ª, Tecnos. Madrid, 2013.

⁵⁰ Parra Aranguren: ob. cit., p. 165.

⁵¹ En el mismo sentido se pronuncia Pró-Rísquez, Juan Carlos: “Comentarios sustantivos y procesales a la estabilidad a la inamovilidad en el Derecho del Trabajo venezolano”.

Tal pertenencia de la inamovilidad al derecho colectivo, aparece además del propio texto constitucional que en su artículo 95 consagra el goce de la inamovilidad como protección a los promotores e integrantes de las directivas sindicales durante el tiempo y en las condiciones que requieran para el ejercicio de sus funciones; origen que también ha sido reconocido por la Sala Constitucional⁵². Sin embargo, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras en sus artículos 418, 419, 420, 421 y 425, pareciere separar o distinguir entre “fuero sindical” e “inamovilidad”, aunque les otorga idénticas consecuencias y tratamiento. De su parte, Ortiz-Ortiz contrariando la posición de Parra Aranguren, considera que la inamovilidad es un supuesto de “estabilidad” y clasifica ésta en varios tipos y subtipos⁵³.

Para nosotros la protección de la libertad sindical es uno (el primero históricamente) de los bienes jurídicos protegidos a través de la inamovilidad, y de allí que no consideramos pertinente distinguir en plano de igualdad –como lo hace la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras– entre fuero sindical e inamovilidad, no existe “fuero sindical o inamovilidad”, lo que existe es una relación de causa y efecto, la libertad sindical da lugar o se protege a través del “fuero” que implica inamovilidad. Quizá sería más aceptable reconocer una relación de género y especie, en la que la inamovilidad es el género y el fuero sindical una de las especies. Recuérdese además que el “fuero” o “privilegio”, precisamente viene o está constituido por la especial protección de inamovilidad, y de allí que válidamente puede hablarse de “fuero sindical”, “fuero paternal” o “fuero maternal”, todos los cuales implican la protección especial de inamovilidad, y, por consecuencia de ésta, implican también estabilidad absoluta.

En relación con la diferenciación entre “estabilidad absoluta e inamovilidad”, nos inclinamos a suscribir la posición de Parra Aranguren, en cuanto separa

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

⁵² Véase: TSJ/SC, sent. N° 1.185, de fecha 17 de junio de 2004 y sent. N° 1.076, de fecha 02 de junio de 2005, entre otras.

⁵³ Ortiz-Ortiz: ob. cit., (“Algunas consideraciones sobre la inamovilidad laboral”), *passim*.

la estabilidad (general) de la inamovilidad, la primera propia del derecho individual y la segunda originaria del derecho colectivo, empero, al referirnos a la estabilidad “absoluta”, aclaramos e insistimos en lo dicho previamente, que preferimos utilizar el término atendiendo a su característica o efecto de que implica el mandato de reincorporación efectiva del trabajador sin que pueda suplirse tal obligación a través de pago compensatorio o formas alternativas. De allí que utilizamos esta expresión como un efecto o consecuencia jurídica, advirtiendo que la misma puede derivar tanto del régimen de “estabilidad laboral” (propio del derecho individual) como del régimen de “inamovilidad” (originado en el derecho colectivo). Por supuesto que la inamovilidad es mucho más amplia que la estabilidad absoluta, que es solo una de las consecuencias de aquella.

Continuando con la característica de “protección de interés superiores del ordenamiento”, destacamos que la inamovilidad protege el ejercicio del derecho colectivo (libertad sindical), para impedir la discriminación (prácticas anti-sindicales) que puede desplegar el empleador en contra de los sujetos que se encuentran en esta situación que constituye un interés superior del ordenamiento⁵⁴. Así mismo, el legislador ha extendido la protección de inamovilidad a otras situaciones que también pueden dar lugar a discriminación y que requieren de un especial amparo por constituir intereses superiores. Desde esta perspectiva, la protección o fuero de inamovilidad de carácter colectivo (íntimamente vinculada al ejercicio de la libertad sindical) bien puede extenderse a la mujer embarazada, también sujeto de protección constitucional (artículo 76) y ubicada en una situación (maternidad) que comprende intereses generales, que al implicar mayores, distintas, temporales y adicionales cargas para el empleador, bien puede generar en éste la idea de prescindir de la trabajadora, despidiéndola por su “especial condición”, o someterla a otras formas de trato discriminatorio (traslado o desmejora) con la intención de que renuncie. Así mismo, consideramos que tal fuero de inamovilidad podría extenderse –como se ha verificado en nuestra legislación– a la protección del colectivo de trabajadores en determinadas circunstancias temporales o en

⁵⁴ *Vid.* artículos 95, 96 y 97 de la Constitución y artículos 2 y 3 del Convenio N° 98 de la OIT.

otras situaciones en las que se pretenda proscribir o contrarrestar la discriminación (delegados de prevención, representantes laborales en junta directivas de empresas estatales, etc.), es decir, siempre circunscrito a prevenir la discriminación en situaciones excepcionales y temporales. Se trata entonces, de “intereses superiores”, como los define Ortiz-Ortiz, quien, a pesar de mostrarse en desacuerdo con la ubicación de la inamovilidad en el plano del derecho colectivo, concluye:

La inamovilidad no se consagra como “privilegio personal” sino en razón de que el trabajador “representa” u “ostenta” una condición o una situación que se reputa importante para la sociedad y que, el Estado, como su personificación jurídica, debe procurar su tutela y protección. Se trata entonces de un interés superior a la voluntad de las partes que se constituye en pilar necesario para la paz social y el ejercicio de los derechos colectivos⁵⁵.

En otras palabras, cuando estamos en presencia de la inamovilidad vamos a encontrar que el trabajador encarna unos bienes jurídicos que son sensibles para la sociedad y el Estado (tal como la libertad sindical, gravidez y maternidad, situaciones de minusvalía física, etc.), y al existir estos valores que trascienden la esfera de lo individual, encontramos la presencia de intereses sociales o intereses públicos⁵⁶.

Estos intereses superiores o bienes jurídicos especialmente protegidos, también pueden ser, y son, amparados por el legislador dentro del marco de las relaciones laborales a través de la figura de la inamovilidad, y es así como además de la protección constitucional de inamovilidad para los promoventes y miembros de las directivas de los sindicatos, también se ha consagrado protección legal en materias de: libertad sindical y representación de los trabajadores; maternidad y paternidad; y salud o seguridad social.

i. Libertad sindical y representación de los trabajadores: Atendiendo a su origen y principal razón de ser, la inamovilidad laboral ampara y protege distintas

⁵⁵ Ortiz-Ortiz: ob. cit., (“Algunas consideraciones sobre la inamovilidad laboral”), p. 287.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 306.

expresiones de la libertad sindical y otras formas de representación de los trabajadores en su control o determinación de la actividad del patrono o las condiciones de trabajo. En tal sentido, se dispone legalmente el fuero a favor de: a. Miembros de juntas directivas de sindicatos (artículo 419, numerales 3, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). b. Los promotores y adherentes en la formación de organizaciones sindicales (artículo 419 numerales 1 y 2 *eiusdem*). c. Los participantes en procesos de elección sindical (artículo 419 N° 7). d. Trabajadores interesados y participantes en un proceso de tramitación y negociación de una convención colectiva, reunión normativa laboral o en ejercicio del derecho de huelga (artículo 419 numerales 9, 10 y 11). e. Delegados de prevención en materia de higiene y seguridad en el trabajo (artículo 44 de la Ley Orgánica de Protección, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo). f. Representantes de trabajadores en juntas directivas de empresas del Estado⁵⁷. g. Supuestos de “intervención” de empresas por el Ejecutivo Nacional (artículo 148 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras)⁵⁸.

ii. Fueros maternal y paternal: a. Fuero maternal (artículo 335 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), extensivo a los casos de colocación familiar y adopción (artículos 335 y 420 N° 3 *eiusdem*).

⁵⁷ Conforme a la norma del artículo 610 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo: “En los directorios, juntas directivas o administradoras o consejos de administración de los institutos autónomos y organismos de desarrollo económico o social del sector público, y de las empresas en que el Estado u otra persona de derecho público sea titular de más del 50 % del capital, existirán por lo menos dos directores laborales”, que eran elegidos uno por la federación de trabajadores más representativa a nivel nacional, y el otro por elección directa de los trabajadores de la respectiva empresa pública. Dichos trabajadores, gozaban de inamovilidad (fuero sindical) conforme al artículo 617 *eiusdem*. En la actualidad, a pesar del supuesto carácter popular y reivindicativo de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, esta figura de representación de los trabajadores en la gestión de las empresas públicas ha desaparecido, y solo se hace referencia a la misma en la disposición transitoria sexta: “Hasta tanto no entre en vigencia una ley especial que establezca las formas de participación de los trabajadores y trabajadoras en la gestión de las entidades de trabajo, los directores y directoras laborales en las entidades de trabajo públicas continuarán cumpliendo sus funciones por el periodo para el cual fueron electos”.

⁵⁸ Sobre la inconstitucionalidad de esta figura de “intervención” de empresas nos hemos pronunciado: Aguilar C.: ob. cit., *passim*.

b. Fuero paternal (artículo 420 N° 2, de la misma Ley) extensivo también a los casos de colocación familiar y adopción (artículos 339 y 420 N° 3 *eiusdem*).

iii. Protección de la salud y seguridad social: a. Suspensión de la relación laboral (artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), que se discriminan en el artículo 72 *eiusdem*. b. Trabajadores víctimas de accidente o enfermedad ocupacional, que produjere pérdida de su capacidad habitual, hasta por un año después de su efectivo reingreso o reubicación a un puesto de trabajo adecuado (artículo 100, cuarto aparte, de la Ley Orgánica de Protección, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo). c. Trabajadores con hijos que posean alguna discapacidad o enfermedad que le impida o dificulte valerse por sí mismo (artículos 420 numeral 4 *eiusdem*, y 347 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras).

En la mayoría de los supuestos enunciados se encuentran presentes los requisitos y características arriba expuestas; sin embargo, en otros, puede apreciarse que lo que se pretende es simplemente la conservación del empleo y no la protección contra la discriminación, e incluso se concede la protección de manera permanente. Lo que evidencia la ya delatada confusión de las instituciones de estabilidad e inamovilidad, incluso a nivel normativo.

iv. Inamovilidad laboral por Decreto presidencial: ni la Ley del Trabajo de 1936 y sus reformas, ni la de 1990, ni la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, preveían expresas facultades para que el Ejecutivo Nacional acordara por vía de decretos (actos administrativos de rango sublegal) la protección de inamovilidad en favor de determinada categoría de trabajadores. Por el contrario, debe advertirse que tanto la Constitución de 1961, en sus artículos 136 N° 24 y 139, como la vigente Constitución de 1999, en sus artículos 156 N° 32 y 187 N° 1, determinan como de “reserva legal” la normativa en relación con “deberes y garantías constitucionales” y la legislación “del trabajo”, de allí que bien pudieran considerarse como inconstitucionales los decretos que en tal sentido se habrían dictado en vigencia de dicha legislación. Por regla general, siendo la inamovilidad un “privilegio” y con ello, una excepción el régimen de igualdad ante la ley, consideramos que la misma solo puede establecerse por el legislador y no por vía reglamentaria o por decretos del Ejecutivo Nacional.

No obstante, aceptamos que razonablemente el legislador otorgue facultades al Ejecutivo Nacional para que en determinadas circunstancias previstas por la ley, dicte o acuerde la especial protección de inamovilidad, pero sin que tal delegación pueda constituirse bajo la forma de un mandato “en blanco”, pues en todo caso, debe la ley disponer los parámetros bajo los cuales excepcionalmente el Ejecutivo Nacional podría declarar la protección o fuero de inamovilidad, y siempre que se respeten las características que le son propias, es decir, los enunciados caracteres de fuero “extraordinario y temporal”. En tal sentido, bajo la vigencia de las legislaciones en comentario, los decretos dictados por el Ejecutivo Nacional se sustentaban en las disposiciones legales que permitían “establecer cláusulas irrenunciables en beneficio de los trabajadores y de la economía nacional que se considerarán integrantes del contrato de trabajo”, que solo podían producirse: “Cuando el interés público y la urgencia” así lo requieran, y siempre bajo el control parlamentario, a través de un obligado mecanismo de consideración que otorgaba al Congreso Nacional potestades para ratificar o suspender el Decreto respectivo⁵⁹.

Así, bajo la vigencia de las referidas leyes de 1936 (y sus reformas), 1990 y 1997, se dictaron algunos decretos de inamovilidad, en los que se aprecia como fundamento la circunstancia de que se pronunciaron en momentos en que se encontraban en consideración o discusión nuevas reivindicaciones para los trabajadores, y que como característica común, estuvieron vigentes por periodos breves (estricto carácter temporal)⁶⁰. Especial referencia merece el Decreto N° 1.757⁶¹, en tanto la inamovilidad decretada tenía fundamento en que a nivel nacional y en el seno de una comisión tripartita se estaba desarrollando el proceso de reforma del régimen laboral legal vigente, lo que evidencia que en el fondo se trataba de una suerte de protección a la “negociación colectiva” de condiciones laborales, esta vez de mucho mayor espectro por tratarse de la reforma del ordenamiento jurídico, pero con efectiva participación de los factores de producción, gobierno,

⁵⁹ Vid. artículo 22 de la Ley del Trabajo de 1990.

⁶⁰ Vid. Decreto N° 92, “Por el cual se prohíbe el despido de trabajadores en todo el territorio nacional, por un plazo de treinta días consecutivos contados a partir de la fecha del presente decreto, salvo en los casos que en él se expresa”, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 30.398, de fecha 15 de mayo de 1974.

⁶¹ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.169, de fecha 19 de marzo de 1997.

empresarios y trabajadores. Destacamos igualmente, que, a pesar de la gruesa importancia y la seriedad o complejidad del proceso, la inamovilidad acordada solo se dictó por 45 días⁶², y en ella expresamente se excluyó del ámbito de validez subjetivo del Decreto a “los trabajadores que no gozan de estabilidad” (artículo 2). Con todo lo cual, en términos sustantivos, puede verificarse que la inamovilidad decretada cumplía con las características de procurar la protección de intereses colectivos, de ser extraordinaria y temporal.

Con posterioridad a los referidos decretos, y específicamente a partir del año 2001 y hasta la actualidad se ha instituido a través de continuados decretos presidenciales⁶³, un régimen de inamovilidad general y permanente, que obviamente desvirtúa la razón de ser de la institución, irrumpiendo con las

⁶² Posteriormente extendida por 45 días adicionales conforme a la Resolución N° 2.098, de fecha 28 de abril de 1997, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.196, de fecha 30 de abril de 1997.

⁶³ Decreto N° 1.472 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.298, de fecha 05 de octubre de 2001); Decreto N° 1.752 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.585 extraordinario, de fecha 28 de abril de 2002); Decreto N° 1.833 (*Gaceta Oficial...* N° 37.472, de fecha 26 de junio de 2002); Decreto N° 1.889 (*Gaceta Oficial...* N° 37.491, de fecha 25 de julio de 2002); Decreto N° 2.053 (*Gaceta Oficial...* N° 5.607 extraordinario, de fecha 24 de octubre de 2002); Decreto N° 2.271 (*Gaceta Oficial...* N° 37.608, de fecha 13 de enero de 2003); Decreto N° 2.509 (*Gaceta Oficial...* N° 37.731, de fecha 14 de julio de 2003); Decreto N° 2.806 (*Gaceta Oficial...* N° 37.857, de fecha 14 de enero de 2004); Decreto N° 3.154 (*Gaceta Oficial...* N° 38.034, de fecha 30 de septiembre de 2004); Decreto N° 3.546 (*Gaceta Oficial...* N° 38.154, de fecha 29 de marzo de 2005); Decreto N° 3.957 (*Gaceta Oficial...* N° 38.280, de fecha 26 de septiembre de 2005); Decreto N° 4.397 (*Gaceta Oficial...* N° 38.410, de fecha 31 de marzo de 2006); Decreto N° 4.848 (*Gaceta Oficial...* N° 38.532, de fecha 28 de septiembre de 2006); Decreto N° 5.265 (*Gaceta Oficial...* N° 38.656, de fecha 30 de marzo de 2007); Decreto N° 5.752 (*Gaceta Oficial...* N° 38.839, de fecha 27 de diciembre de 2007); Decreto N° 6.603 (*Gaceta Oficial...* N° 39.090, de fecha 02 de enero de 2009); Decreto N° 7.154 (*Gaceta Oficial...* N° 39.334, del 23 de diciembre de 2009); Decreto N° 7.914 (*Gaceta Oficial...* N° 39.575, de fecha 26 de diciembre de 2010); Decreto N° 8.732 (*Gaceta Oficial...* N° 39.828, de fecha 26 de diciembre de 2011); Decreto N° 9.322 (*Gaceta Oficial...* N° 40.079, de fecha 27 de diciembre de 2012); Decreto N° 639 (*Gaceta Oficial...* N° 40.310, de fecha 06 de diciembre de 2013) y Decreto N° 1.583 (*Gaceta Oficial...* N° 6.168 extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 2014).

características que la conforman, contrariando su condición de fuero extraordinario y temporal destinado a proteger intereses superiores del ordenamiento⁶⁴.

En los decretos vigentes desde el año 2001 hasta el 2011 se estableció la protección de inamovilidad para los trabajadores que devengaban un salario mensual equivalente hasta tres salarios mínimos, determinado siempre una vigencia temporal que se fue incrementando paulatinamente, y que al verificarse a través de renovaciones consecutivas, continuadas e ininterrumpidas, se convirtió en un mecanismo permanente en el tiempo. Posteriormente, a través de Decreto N° 8.732, con vigencia del primero de enero hasta el 31 de diciembre de 2012, se mantuvo la inamovilidad, pero ahora de forma prácticamente general, al no considerar siquiera el rango de salario de los trabajadores. Destacamos que, si bien estos decretos excluían a los trabajadores de confianza y dirección, no hacen exclusión de los trabajadores que no gozan de estabilidad ni de los trabajadores domésticos, al tiempo que al suprimirse de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras la figura de los trabajadores de confianza, la inamovilidad vigente se ha convertido en general y permanente, excluyendo solamente a los trabajadores de dirección y a quienes tengan menos de un mes de servicios en la empresa.

Ostensiblemente se trata de un sistema pernicioso, que no solo desconoce los caracteres propios de la institución, sino que además atenta contra la economía nacional y la inversión privada. Tal suerte de inamovilidad general y su consecuencia de estabilidad absoluta constituye una absoluta modificación de todo el sistema productivo nacional, y desconoce la diferencia entre despidos injustificados y despidos nulos que contempla el artículo 93 de la Constitución, afectado otros derechos fundamentales de los empleadores, al tiempo que atenta “contra el alto interés público y contra la inversión privada nacional

⁶⁴ Ortiz-Ortiz: ob. cit., (“Algunas consideraciones sobre la inamovilidad laboral”), pp. 296-297, al referirse a los decretos presidenciales de inamovilidad, a los que denomina “estabilidad ejecutiva”, concluye: “tales actos administrativos no tienen sustento ni basamento en una situación semejante a las analizadas (tutela de intereses superiores), de modo que la ‘causa’ del acto administrativo que ordena la inamovilidad tiene un vicio en su causa que lo nulifica, pues constituiría una injerencia arbitraria y no legitimada del Estado en la esfera de los derechos económicos de los particulares”.

y extranjera”, como acertadamente ha concluido la Sala de Casación Social⁶⁵. Todo lo cual, además, irrumpe con el carácter extraordinario y de tutela especial y temporal que se ha reconocido jurisprudencialmente –caso con carácter vinculante– a la inamovilidad.

3.1.3. Tiene por objeto prevenir acciones discriminatorias por parte del empleador

Amén de otras características diferenciadoras que hemos venido destacando y las que se desarrollan *infra*, consideramos que la fundamental distinción entre la estabilidad y la inamovilidad se consigue en su finalidad o sustento teleológico. La finalidad y razón de ser de la estabilidad es la protección del empleo, la conservación del puesto de trabajo, la procura de que el patrono no ponga fin a la relación de manera arbitraria, injustificada o *ad nutum*. Diferenciadamente, el fin o razón de ser de la inamovilidad es prevenir algunas formas de discriminación que pueda ejercer el patrono en contra de los trabajadores que se encuentran en determinadas condiciones que requieren de especial protección. En la inamovilidad no solo se pretende verificar la justificación o no de un despido, lo que se quiere es prevenir que las razones del despido (traslado o desmejora) tengan como motivo la condición que ostenta el trabajador, pues en tal caso se estaría en presencia de un acto que violenta el derecho a la igualdad y se constituye en discriminatorio⁶⁶.

Siendo la inamovilidad una institución originada en el derecho colectivo, es fácil advertir que su fin inmediato no era proteger la estabilidad de los dirigentes sindicales, sino proteger la institución de la libertad sindical, que sería vulnerada si los dirigentes son afectados por su condición, discriminándolos con motivo de su situación, y haciéndolos sujetos de prácticas antisindicales, como desmejoras o traslados que bien servirían para amedrentarlos, o en casos extremos, a través de su despido, para impedir absolutamente la actividad

⁶⁵ Véase las sentencias números 1.119 y 1.124, citadas *supra*.

⁶⁶ Como se desprende de lo antes indicado, la inamovilidad exhibe carácter preventivo, razón por la que, en todo caso, el despido traslado o alteración de las condiciones laborales del titular solo procederá en supuestos justificados y previamente calificados como tales por el inspector del trabajo competente. Carballo Mena: ob. cit. (“Régimen de estabilidad en el empleo”), p. 68.

sindical. No se protege entonces al líder sindical individualmente considerado, ni se protege solamente contra el despido *ad nutum*, sino que se protege de todo acto de discriminación que en definitiva afectaría a la masa trabajadora y el ejercicio de la libertad sindical⁶⁷.

El derecho del trabajo, su nacimiento y desarrollo se fundamentan, en la existencia, reconocimiento y protección de la libertad sindical, en tanto ésta constituye la primera forma de equilibrio entre patronos y trabajadores. El débil jurídico se equipara al empleador al poder exigir y negociar condiciones de trabajo, lo cual ha sido posible a través del ejercicio de la libertad sindical y sus clásicas manifestaciones de derecho a sindicación, derecho a la negociación colectiva, y derecho a huelga. Derechos que se verían minimizados o neutralizados, si se permite que los empleadores arremetan contra la dirigencia sindical, y por ello, los representantes del colectivo no pueden ser libre y arbitrariamente desmejorados, traslados o despedidos⁶⁸. En tal sentido, dentro de varias recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de Consejo de Administración de la OIT, se ha concluido:

Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo –tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales– y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia

⁶⁷ La inamovilidad “No se circunscribe a la imposibilidad del despido injustificado únicamente, sino que amplía su espectro y prohíbe los traslados o desmejoras sin justa causa, con el adicional de que si existiera ésta, debe ser previamente calificada por el órgano respectivo, en caso venezolano, la Inspectoría del Trabajo”, Bontes Calderón: ob. cit., p. 37.

⁶⁸ “Nadie debe ser despedido u objeto de medidas perjudiciales en el empleo a causa de su filiación sindical o de la realización de actividades sindicales legítimas, y es importante que en la práctica se prohíban y sancionen todos los actos de discriminación en relación con el empleo”, **La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT**. 5ª (revisada), Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2006, p. 165.

deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad⁶⁹.

El mismo Comité ha considerado como un mecanismo de protección preventiva contra actos de discriminación antisindical la obtención de una autorización previa antes de proceder al despido de un dirigente sindical, así como “obligar a los empleadores a aportar la prueba de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo”⁷⁰, que es precisamente el sistema acogido en nuestro país, donde se dispone la protección a través de un procedimiento calificación previa y autorización.

La protección de la inamovilidad se constituye entonces en un mecanismo que consiste en que la justificación para cambiar las condiciones de trabajo (desmejora o traslado) o para poner fin a la relación (despido), sean calificadas y autorizadas “previamente” por la autoridad, pues la ley presume que tales actuaciones patronales podrían tener como motivo la condición que se ostenta, lo que se traduciría en una discriminación que infringe directamente la garantía de igualdad ante la ley prevista en el artículo 21 de la Constitución, así como los derechos colectivos de toda la masa trabajadora previstos en los artículos 93, 94 y 95 de la Constitución. Apréciense entonces, que lo que se protege no es el empleo de uno u otro directivo sindical, o de uno u otro trabajador que esté participando en las elecciones sindicales, o del delegado de prevención (higiene y seguridad), pues ello sería la finalidad de la estabilidad; lo que se protege es el colectivo, que se vería afectado e impedido de reivindicaciones o privado de una efectiva representación, si se permite que el patrono con motivo de su situación los discrimine, afectándolos en sus condiciones de trabajo o poniendo fin a la relación. Siguiendo a Carballo Mena:

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 171.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 177.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce inamovilidad a ciertas categorías de trabajadores en atención a las peculiares circunstancias en que esto se encuentran y que, en definitiva, recomiendan brindarles tutela reforzada por virtud de la potencial discriminación de la que podrían ser víctimas. En otros términos, es el carácter de sujeto pasivo de una potencial discriminación el elemento común de las diversas manifestaciones de inamovilidad consagradas en nuestro ordenamiento jurídico⁷¹.

La inamovilidad entraña, de una parte, la estabilidad absoluta del titular, y de la otra, la intangibilidad de los contenidos de la aludida relación jurídica pues impide tanto el traslado como la alteración de las condiciones de trabajo, salvo que mediere causa para ello y fuere así previamente declarado por el funcionario administrativo competente: en otras palabras, insertando el régimen de inamovilidades dentro del perímetro de las discriminaciones presuntas, se proscribire toda conducta patronal que tenga por objeto anular o alterar arbitrariamente el goce o disfrute de los derechos del trabajador inamovible⁷².

La protección de un interés superior justifica el porqué y el para qué de la protección. Se ampara la libertad sindical porque siendo un derecho humano fundamental que permite la equiparación de los trabajadores y la defensa de sus derechos, implica una carga para los patronos y consecuentemente puede representar una contraposición a sus intereses. Siendo así, la inamovilidad se crea para impedir que el patrono atente contra este derecho a través de prácticas anti-sindicales, entre las cuales las más comunes están constituidas por actos discriminatorios contra los representantes o contra los trabajadores participantes en un conflicto o que ejercen la democracia sindical. Ostensiblemente, la forma más radical de amedrentamiento contra los trabajadores, es el despido de sus

⁷¹ Carballo Mena, César Augusto: “Derecho a la igualdad e interdicción de discriminaciones en el empleo por razón de sexo, género u orientación sexual”. En: **Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Libro homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera**. Vol. I. Universidad Católica Andrés Bello. Fernando Parra Aranguren y César Carballo Mena, coordinadores. Caracas, 2011, pp. 389-390.

⁷² Carballo Mena: ob. cit. (“Régimen de estabilidad en el empleo”), p. 68.

dirigentes, concretándose en tales casos, una típica forma de “despido nulo”, que es lo que proscribe la Constitución (artículo 93), constituyéndose la inamovilidad en unos de los mecanismos de protección legal contra esta forma de despidos contrarios a la Constitución.

Según hemos referido previamente, el legislador ha extendido la protección de inamovilidad a otras situaciones que también pueden dar lugar a discriminación y que requieren de un especial amparo por constituir intereses superiores. Tal es el caso de la protección o fuero maternal, que se concede a la mujer embarazada y en puerperio (hasta dos años después del parto). En este caso se protege un interés superior o general, la maternidad (artículo 76 de la Constitución), que coloca a la mujer en una situación que conlleva a mayores, distintas, temporales y adicionales cargas para el empleador, y que podrían generar en éste la idea de prescindir de la trabajadora, despidiéndola por su “especial condición”, o someterla a otras formas de trato discriminatorio (traslado o desmejora) con la intención de que renuncie.

La protección de la mujer embarazada o en puerperio, no tiene ni puede tener como fundamento la necesidad de conservar el empleo o garantizar la manutención del recién nacido, pues si así fuere, la misma correspondería a todo trabajador con hijos y hasta tanto éstos tengan edad para sostenerse por sí mismos, lo que se ve contrariado por la consagración de un plazo mucho más breve (dos años). El fundamento lógico de la protección en realidad es impedir la discriminación de la mujer en esta condición, habida cuenta que a diferencia de otros trabajadores representa una carga mayor para el empleador, en tanto: i. Puede surgir la obligatoriedad para el patrono de modificar o adaptar sus condiciones de trabajo (artículos 333 y 334 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras)⁷³; ii. debe disfrutar un extenso período de descanso o licencia pre y postnatal de aproximadamente seis meses (artículo

⁷³ Carballo Mena: ob. cit. (“Régimen de estabilidad en el empleo”), p. 72, sostiene: “En efecto, el embarazo hace de la trabajadora una potencial víctima de discriminaciones de origen patronal, toda vez que con él se inician un cúmulo de significativas alteraciones fisiológicas, metabólicas y morfológicas que han de afectar en algún grado su normal desenvolvimiento en el puesto de trabajo”.

336 *eiusdem*), en el cual debe ser suplida por otro trabajador y a pesar de no prestar servicios, igualmente recibe beneficios a cargo del patrono como el ticket de alimentación (artículo 6 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores⁷⁴); iii. una vez reincorporada después del parto goza de jornada laboral reducida hasta en tres horas diarias a los fines de la lactancia (artículo 345 Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras); y iv. posteriormente tendrá derecho al pago de guardería (artículo 344 *eiusdem*). Todo lo cual implica onerosidad y distorsiones en la prestación de servicios, que la convierten en potencial víctima de discriminación, justificando la especial protección.

Así mismo, es pertinente prevenir la discriminación en protección del colectivo de trabajadores en determinadas circunstancias temporales o en otras situaciones en las que la actividad del trabajador amparado implique poderes para éste, que se contraponen a los intereses del empleador, como ocurre en los supuestos de los delegados de prevención y los representantes laborales en junta directivas de empresas estatales. Estos sujetos son órganos de control de la actividad del empleador y pueden forzar la toma de decisiones respecto de las condiciones de trabajo u otros aspectos administrativos u operativos de la empresa, por lo que limitan las potestades del empresario, pudiendo dar lugar a la toma de represalias o a procurar su amedrentamiento para que se plieguen a los intereses patronales.

En definitiva, la inamovilidad protege estas instituciones o intereses superiores, no solo por su entereza e importancia, sino por la circunstancia de que implican la posibilidad cierta de que degeneren en prácticas discriminatorias por parte del patrono, y es por eso que en tales situaciones se exige que la justificación del despido, el traslado o el cambio *in peius* de condiciones (desmejora), sea previamente calificado y autorizado por la autoridad competente, a los fines de que el patrono evidencie que existen razones justificadas, y desvirtúe la presunción de que la acción tiene como motivo las circunstancias propias de la institución que se protege, es decir, se previene la posibilidad de que se dé trato diferenciado y perjudicial al trabajador con motivo de su especial condición

⁷⁴ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.660, de fecha 04 de mayo de 2011.

o situación⁷⁵. Tal es el sentido que se ha concebido a la protección en el sistema de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyas decisiones y recomendaciones, el criterio reiterado ha sido la verificación de la “discriminación” como forma de violación de la garantía a la libertad sindical⁷⁶.

Como se ha dicho, son diferentes los bienes jurídicos protegidos, la estabilidad garantiza el empleo; la inamovilidad protege otros intereses superiores del ordenamiento impidiendo la discriminación, resaltando otra diferencia entre ambas instituciones, en tanto la protección de inamovilidad es más amplia o de mayor entidad, pues no solo impide el despido, sino que también previene la alteración arbitraria o maliciosa de las condiciones de trabajo (traslado o desmejora).

3.1.4. Se verifica a través de la exigencia legal de la “previa” calificación de la justificación del despido, el traslado o la desmejora, por parte de la autoridad competente

3.1.4.1. Procedimiento previo

La protección del trabajador inamovible se verifica a través de la exigencia legal de que el patrono alegue, pruebe y justifique ante la autoridad competente la licitud de su decisión de despedir o alternar las condiciones de trabajo (traslado o desmejora), lo cual debe hacer de forma previa y como requisito de validez de la actuación, que en caso de contravención será considerada como írrita y sin efectos. Ante la situación que ocupa el sujeto protegido, la ley presume que la alteración de las condiciones de trabajo o la extinción del vínculo laboral, podría obedecer precisamente a la especial condición del sujeto, constituyéndose en una forma de discriminación. Por ello, está forzado el patrono a desvirtuar previamente tal presunción, lo que debe hacer a través de un procedi-

⁷⁵ En nuestra legislación, lamentablemente, no se ha desarrollado la especial protección contra los despidos nulos, que se verifican por violaciones directas a la Constitución, y principalmente por motivos que implican discriminación. Por suerte, aún antes de la existencia de la norma Constitucional (artículo 93), ya nuestro ordenamiento había dispuesto esta forma de protección (inamovilidad) que precisamente es un mecanismo que previene tales situaciones.

⁷⁶ Oficina Internacional del Trabajo: ob cit. (**La libertad sindical...**), pp. 165-181.

miento contradictorio en el que se debata, pruebe y califique jurídicamente la justificación o licitud del despido, traslado o desmejora. Tal es la forma de protección acogida en nuestro ordenamiento, que podría denominarse “desafuero”⁷⁷, en cuanto implica la posibilidad de despedir o alterar las condiciones de trabajo de un trabajador amparado por un fuero de protección.

Esta característica genera otra substancial diferencia con la estabilidad laboral, en la que la calificación respecto a la justificación del despido se realiza con posterioridad a su ocurrencia (indistintamente que se trate de estabilidad absoluta o relativa). En la inamovilidad la calificación es previa, y de realizarse el despido, traslado o desmejora sin la autorización respectiva, el trabajador tiene derecho a que se restituya la situación jurídica infringida a través de un procedimiento legal, sin que en dicho trámite se pueda discutir sobre la “justificación” de la actuación patronal, pues ésta resulta sencillamente ilícita, por no haber respetado y cumplido con la exigencia legal de autorización previa.

Aun cuando existan razones justificadas legalmente para despedir o modificar las condiciones de trabajo, las mismas son impertinentes en el proceso de reenganche o restitución de condiciones, pues existiendo la inamovilidad y no habiéndose obtenido previamente la autorización, la actuación patronal se considera nula y debe dejarse sin efectos. Por ello, en el respectivo procedimiento solo deben verificarse tres elementos concurrentes: i. Que el trabajador goza o está investido del fuero de protección; ii. que el trabajador ha sido sujeto de un acto de despido o alteración de las condiciones de trabajo (traslado o desmejora); y iii. que el empleador no cuenta con la previa autorización proferida por la autoridad competente. Verificado estos supuestos debe proceder la reincorporación, independientemente de las causales de justificación que pueda oponer el empleador, pues las mismas son impertinentes

⁷⁷ El término “desafuero” puede resultar inapropiado en sentido gramatical, pues implicaría privar al trabajador del fuero (protección), siendo que, por el contrario, el procedimiento previo de calificación y autorización representa la consolidación del privilegio; sin embargo, el uso cotidiano la expresión en el medio forense y la idea que traduce, de ser un mecanismo que permite el despido o alteración de las condiciones de trabajo, nos hace considerarlo aceptable a fines de estas líneas.

a este proceso⁷⁸, y solo pueden ser alegadas y probadas en el trámite previo de autorización o desafuero.

3.1.4.2. Calificación por parte de un tercero

La revisión previa de la justificación y licitud del despido, traslado o desmejora, se realiza a través de un procedimiento que debe ser tramitado y decidido por un tercero (ajeno a la relación) según determine la ley. Tratándose de un conflicto de intereses de carácter jurídico, en el que se debe garantizar el debido proceso, establecer hechos y aplicar consecuencias jurídicas, no nos cabe dudas de que se trata de una típica actividad jurisdiccional, cuyo conocimiento debe corresponder a los tribunales del trabajo en tanto jurisdicción especial creada por mandato constitucional⁷⁹, o cuando menos a una comisión tripartita como se dispone en otros ordenamientos y se establecía respecto de la estabilidad en la Ley contra Despedidos Injustificados de 1974. Por demás, si los procesos derivados o en relación con la estabilidad laboral son conocidos por los tribunales laborales, con mayor razón, deben conocer de los casos de inamovilidad que involucran adicionales derechos fundamentales. En este sentido, el Comité de Libertad Sindical de Consejo de Administración de la OIT, ha destacado la necesidad de acudir a “tribunales o a personas imparciales”, exigiendo siempre que “los trabajadores que se consideran perjudicados como consecuencia de sus actividades sindicales deben disponer de medios de reparación que sean rápidos, económicos y totalmente imparciales”.

No obstante, en nuestro país, el conocimiento de los conflictos relativos a inamovilidad laboral han sido atribuidos históricamente a las Inspectorías del Trabajo, órganos administrativos, subordinados al Ejecutivo Nacional, no independientes ni imparciales⁸⁰, que además no cuentan con las condiciones de infraestructura, personal, ni técnicas, necesarias para resolver satisfactoriamente estos asuntos⁸¹.

⁷⁸ Destacamos que conforme con la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se ha suprimido el requerimiento de constatación de estas condiciones y sin procedimiento previo se permite que los inspectores del trabajo, orden la reincorporación de los trabajadores supuestamente afectados como se verá más adelante.

⁷⁹ Disposición transitoria cuarta de la Constitución.

⁸⁰ Véase: Carballo Mena: ob. cit. (“Derecho la igualdad e interdicción...”), p. 391.

Destacamos que tanto en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, como en el proyecto original de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, elaborado por magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, se propuso que el conocimiento de estos procedimientos se encomendara a los tribunales del trabajo atendiendo así a su naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, hasta la fecha se ha mantenido esta espuria “competencia” administrativa en franco desconocimiento de los derechos de acción y tutela judicial efectiva⁸².

Este tercero tendrá la función de tramitar y decir el respectivo procedimiento, en el cual el empleador debe desvirtuar la presunción de discriminación, alegando y probando las razones que justifiquen el desafuero del trabajador amparado, quien en todo caso en virtud de los derechos a la defensa y al debido proceso, debe ser citado, y tener oportunidad de oponerse a la solicitud, formular alegatos, defensas, y aportar y controlar las pruebas respectivas. Como se ha dicho, se trata de un auténtico proceso jurisdiccional, lamentablemente asignado a los órganos administrativos del trabajo.

3.2. La inamovilidad presupone estabilidad

En la práctica forense y en la doctrina⁸³ ha surgido la inquietud sobre la posibilidad o no de que un trabajador privado de estabilidad pueda ser amparado por un fuero de inamovilidad. O planteado en términos específicos: ¿goza de inamovilidad la mujer embarazada contratada por tiempo determinado?; o ¿el empleado de dirección que se convierte en directivo de un sindicato o es elegido delegado de prevención? La solución no obra sencilla, y, como señala

⁸¹ Solo a modo de ejemplo cuantitativo, considérese que en el área metropolitana de Caracas, existen apenas tres inspectorías del trabajo que conocen de las distintas reclamaciones por inamovilidad derivadas del fuero sindical, fuero maternal, por Decreto presidencial y todas las demás previstas en la ley, siendo que por contraste, existen 45 tribunales de primera instancia laboral (sustanciación y mediación), que bien pudieran conocer de estos asuntos.

⁸² Respecto a la ilicitud de esta atribución de funciones jurisdiccionales a los órganos de administración del trabajo, presentamos acción de inconstitucionalidad contra las respectivas normas de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, siendo declarado sin lugar dicha pretensión constitucional, por TSJ/SC, sent. N° 1.889, de fecha 17 de octubre de 2007.

⁸³ Ortiz-Ortiz: ob. cit., (“Algunas consideraciones sobre la inamovilidad laboral”), p. 319.

Ortiz-Ortiz, la “respuesta se encuentra huérfana en doctrina y, más aún, en la jurisprudencia”⁸⁴. No obstante, es común que en el medio forense se sostenga que quien no tiene estabilidad no puede tener inamovilidad, lo que posiblemente deviene de así haber sido previsto expresamente en algunos decretos de inamovilidad dictados antes del actual régimen.

Tratándose de instituciones con diferentes finalidades, con distintos procedimientos y distintos ámbitos de protección, pareciere que no resulta propio el planteamiento, pues si no se trata de una relación de género y especie, ni existen otros puntos de coincidencia sino la circunstancia de que en algunos casos ambas instituciones (estabilidad e inamovilidad) conllevan a “estabilidad absoluta”; nos parece *prima facie* que no existe razón para disponer que alguna de las instituciones dependa de la otra, precisamente por tratarse de instituciones diferenciadas, y que en nuestro criterio pueden existir una sin la otra, o también, coexistir. Sin embargo, pensamos que lo que sí puede ocurrir es que concurren razones para excluir una y otra forma de protección debido a la naturaleza de las labores desempeñadas, el tamaño de la empresa, u otras circunstancias que pueden implicar razonablemente la imposibilidad o inconveniencia de exigir al patrono que proceda a la efectiva reincorporación, y de allí que las mismas razones que sirven para excluir la estabilidad absoluta, seguramente, servirán para justificar la exclusión de la inamovilidad y sus consecuencias. Añadidamente, en el plano lógico es fácil entender que en aquellos casos que no exista la obligación del patrono de “justificar” el despido (lo que ocurre con los trabajadores excluidos de estabilidad), entonces mal podría exigirse que deba obtener la calificación “previa” de tal justificación, lo que desde un punto de vista práctico puede llevar a la conclusión de que la inamovilidad presupone la estabilidad.

Por lo expuesto, y como regla general, somos proclives a considerar que la inamovilidad presupone la estabilidad; no obstante, por ser instituciones independientes, proponemos que para resolver las interrogantes planteadas en los ejemplos expuestos, lo que debe revisarse en cada caso concreto es si resulta

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 319-329. En la obra citada el autor presenta significativo aporte para dar respuestas a estas interrogantes.

improcedente la forma de protección de inamovilidad, por no ser exigible la previa calificación de justificación del despido, traslado o desmejora, o por resultar la reincorporación efectiva, contraria a otros derechos fundamentales. Entendiendo también que en algunos supuestos en que el legislador haya previsto estabilidad para un trabajador, no obstante pudiera negarse la procedencia de la protección de inamovilidad, por ser esta contraria a la naturaleza de las labores o cargo ocupado. Veamos:

3.2.1. Inamovilidad de trabajadores contratados por tiempo u obra determinada

En los supuestos de trabajadores contratos por tiempo u obra determinada, es posible que luego de haberse celebrado el respectivo contrato, el trabajador se ubique en una situación de tutela especial, por ejemplo, por estarse discutiendo una contratación colectiva en la empresa; haber sido elegido el trabajador como delegado de prevención, con motivo de la maternidad o paternidad⁸⁵, u otros supuestos de suspensión de la relación laboral. Ante la interrogante de si en estos casos el trabajador adquiere o está investido de inamovilidad, la única respuesta posible es que “sí”, en primer lugar porque ninguna norma lo excluye de tal protección, y en segundo término, porque las razones y formas de discriminación vienen aunadas a la situación en que se encuentra el trabajador. En consecuencia, si antes de la expiración del término del contrato o de la conclusión de la obra, el trabajador es despedido, trasladado o desmejorado sin la previa autorización del funcionario competente, tendrá derecho a la protección y la restitución de la situación jurídica infringida.

Ahora bien, lo que debe quedar claro es que, al vencimiento del término del contrato o al concluirse la obra, la relación laboral culmina por una causa preestablecida voluntariamente por las partes y que es distinta al “despido”⁸⁶, y de allí

⁸⁵ En los supuestos de maternidad y paternidad incluso es posible que para el momento de la contratación ya el trabajador o trabajadora se hallará bajo el supuesto de protección.

⁸⁶ El artículo 76 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, dispone: “La relación de trabajo puede terminar por despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas”. Verificándose que la terminación por “voluntad común de las partes” es distinta al “despido”.

que cesé o concluya la relación laboral, la mutua condición de “empleador-trabajador” y por supuesto, la inamovilidad, pues ésta es un fuero de protección de quien trabaja, y no de quien por virtud de su voluntad o de los términos del contrato ha dejado de trabajar. Al término de la relación, no hay “despido”, ni traslado, ni desmejora, de allí que no requiera el empleador que se califique la justificación, pues la relación ha concluido por otras causas distintas al despido⁸⁷.

3.2.2. Inamovilidad de trabajadores en período de prueba

Supuesto similar al de los trabajadores contratados por tiempo u obra determinada, es el de los trabajadores en período de prueba. Conforme al artículo 25 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo⁸⁸, “Las partes podrán pactar en los contratos de trabajo celebrados por escrito un período de prueba que no excederá de 90 días continuos⁸⁹, a objeto de que el trabajador o trabajadora juzgue si las condiciones de trabajo son de su conveniencia y el patrono o patrona aprecie sus conocimientos y aptitudes”. Así mismo, dispone la norma: “Durante el período de prueba, cualquiera de las partes podrá dar por extinguido el contrato de trabajo sin que hubiere lugar a indemnización alguna”, con lo cual se excluye la estabilidad, y no se requiere que las partes justifiquen la terminación. De hecho, la norma no refiere o habla de “despido”, sino más bien de “extinción del contrato”, creando otra forma de terminación del contrato distinta a las previstas en el artículo 76 de la Ley Orgánica, o que bien puede asimilarse al pacto o voluntad de las partes. Resulta perfectamente entendible que la relación laboral no adquiera estabilidad, hasta tanto las partes (ambas) no constaten definitivamente la conveniencia de las condiciones y de la relación

⁸⁷ Ortiz-Ortiz: ob. cit., (“Algunas consideraciones sobre la inamovilidad laboral”), p. 321, “En efecto, frente a un contrato a tiempo determinado o contratado para una obra determinada no podrá argüirse una condición de fuero sindical para ‘extender’ la existencia del contrato por la razón elemental de que no existe técnicamente un despido, sino una terminación consensual del contrato de trabajo”.

⁸⁸ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.426, de fecha 28 de abril de 2006.

⁸⁹ Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (artículo 87), los trabajadores gozan de estabilidad a partir del primer mes de servicios, por lo que se ha entendido que el período de prueba debe limitarse al término máximo de 30 días.

desde la perspectiva real de la prestación material del servicio, y por ello, se permite esta excepción o exclusión del régimen general de estabilidad.

En este supuesto, si se entiende que el acto unilateral del empleador pueda considerarse como un “despido”, la norma excluye la necesidad de que se trate de un despido disciplinario (justificado), y siendo así, aun cuando el trabajador pudiera gozar del fuero de inamovilidad, la finalidad de la misma carecería de sentido y sería inaplicable en estas circunstancias, pues no siendo necesaria la justificación del despido o de la terminación, nada habría que calificarse “previamente” por parte del funcionario competente.

3.2.3. Inamovilidad de trabajadores de dirección

Los referidos decretos presidenciales de inamovilidad general y permanente, dictados por el Ejecutivo Nacional desde el año 2001 hasta la actualidad, cuando menos han tenido la previsión de excluir de su ámbito de aplicación subjetiva a los empleados “de dirección”. Sin embargo, en principio nada obsta para que un trabajador de esta categoría entre en un supuesto de fuero especial que implique otras formas de inamovilidad, especialmente los relativos a condiciones personales, como las inherentes a la maternidad, paternidad o salud⁹⁰.

Por definición legal: se entiende por trabajador de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros, y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones (artículo 37 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). Al respecto, la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Social ha señalado:

⁹⁰ Aunque resulta poco probable desde el punto de vista material y hasta pueda considerarse como ilícito por violar el principio de pureza en materia sindical y por ser los empleados de dirección representantes del patrono, podría presentarse la situación de que un empleado de este tipo se agremie a una organización sindical, o sea elegido por parte de los trabajadores como delegado de prevención, con lo que podría sostenerse que queda amparado por el fuero de inamovilidad respectivo. Resulta de mayor posibilidad fáctica y jurídica, que un empleado de esta categoría, se coloque en la posición protegida por los fueros maternal o paternal, o por razones de salud.

Cuando el legislador se refiere a esta categoría de empleados, indicando que son aquellos que intervienen en la dirección de la empresa, no pretende que sea considerado como empleado de dirección cualquier trabajador que de alguna manera tome o transmita decisiones, pues en el proceso productivo de una empresa gran número de personas intervienen diariamente en la toma de decisiones, muchas de ellas rutinarias y considerar a todo el que tome una resolución o transmite una orden previamente determinada como empleado de dirección llevaría al absurdo de calificar a la gran mayoría de los trabajadores como empleados de dirección, obviando el carácter restringido de tal categoría de trabajadores. Son empleados de dirección solo quienes intervienen directamente en la toma de decisiones, que determinan el rumbo de la empresa y que pueden representarla u obligarla frente a los demás trabajadores. Es evidente que por la intervención decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de sus fines de producción, los empleados de dirección se encuentran de tal manera ligados a la figura del empleador, que llegan a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de voluntad. Para que un trabajador pueda ser calificado como empleado de dirección, debe quedar claro que éste participa en la toma de decisiones y no solo ejecuta y realiza los actos administrativos necesarios para cumplir con las órdenes, objetivos y políticas que han sido determinadas previamente por el patrono y los verdaderos empleados de dirección⁹¹.

En estos supuestos, nos encontramos ante un claro caso de trabajadores desprovistos de estabilidad, lo que implica que el empleador para hacer uso del *ius variandi* y despedir, no requiere invocar una causa justificada, por lo que el fuero de inamovilidad adolece de sentido y aplicación, pues no podría exigirse que se demuestre “previamente” una “justa” causa de despido, cuando la ley no requiere de tal causa justificada. Los empleados de dirección son prácticamente “empleadores”, están ubicados del lado de la empresa, al punto que representan al patrono, comprometen su responsabilidad y su patrimonio, e incluso pueden tener potestades disciplinarias respecto de los demás trabajadores, entendiéndose este tipo de relación como de absoluta confianza, por lo

⁹¹ TSJ/SCS, sent. N° 542, de fecha 18 de diciembre de 2000, ratificada entre otras, en sent. N° 406, de fecha 10 de abril de 2008 y N° 1.556, de fecha 13 de diciembre de 2012.

que, si bien no se excluyen otros derechos laborales, si se excluyen aquellos que no son compatibles con la naturaleza del cargo que se ocupa, como por ejemplo el pago de horas extraordinarias y la estabilidad.

Los empleados de dirección representan a la empresa y comprometen su patrimonio, por lo que su gestión y servicios son de alta confianza, responsabilidad y productividad, y por ello, existe libertad para el empleador de poner fin a la relación en cualquier momento en que considere que la persona en concreto ya no puede continuar dirigiendo el negocio, sea por las razones que fueren. Imagínese que se pretenda obligar a una empresa a continuar la relación con un trabajador de dirección que ha resultado altamente conflictivo y que abusa o maltrata a los subalternos; o del cual se sospecha acciones de mal manejo de fondos o connivencia con la competencia; o que simplemente se niega a seguir los parámetros impuestos por los socios de la empresa. Aun tratándose de una mujer embarazada o de un representante de los trabajadores, es obvio que atentaría contra toda razón, que se pretenda poner el destino de la empresa en manos de una persona en la cual no se confía. En estos supuestos, cabe perfectamente dar respuesta a la pregunta con la que se dio inicio a este acápite: la estabilidad es un presupuesto de la inamovilidad, o lo que es igual, quien no posee estabilidad no puede estar amparado de inamovilidad, pues por regla general las mismas razones que excluyen aquella, dan lugar a la imposibilidad de aceptar la consecuencia de estabilidad absoluta de ésta.

Mismas consideraciones son aplicables *mutatis mutandi*, a los funcionarios de “alto nivel”, quienes al no ostentar cargos de carrera, no gozan de la estabilidad propia de dicho sistema, siendo considerados “de libre nombramiento y remoción”, con lo cual el ente u órgano público empleador puede en cualquier momento proceder a la remoción y retiro, sin que se exija causa justificada para ello, pues no se trata de un despido o destitución por razones disciplinarias. No existiendo motivos que justificar, no puede exigirse un procedimiento previo para calificar dicha justificación.

No somos ajenos a que en casos como el de la mujer embarazada existe un alto interés jurídico (maternidad) protegido desde el orden constitucional, sin

embargo, como se ha explicado, la protección no es para garantizar el empleo o la manutención de la mujer y el hijo, sino para evitar discriminaciones y prevenir el despido (destitución) *ab nutum*, empero cuando la naturaleza del cargo no requiere de justa causa para la terminación de la relación, entonces la forma “previa” de calificación y autorización que es el núcleo práctico de la protección de inamovilidad no tendría cabida, pues no existiría causa que justificar previamente. En estos casos, consideramos que, quizá de *lege ferenda*, o posiblemente por vía de amparo constitucional, la protección constitucional que se consagra a la maternidad, especialmente en cuanto al sustento de la madre y el hijo recién nacido, debería en caso de cesantía de la empleada de dirección o de alto nivel ser asumida o cumplida a través del sistema de seguridad social.

3.2.4. Inamovilidad de trabajadores de servicio doméstico

Caso interesante resulta el de los trabajadores de servicio doméstico, especialmente por la ya advertida circunstancia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, al parecer gozan de estabilidad, al no haber sido excluidos en las normas respectivas, como si se preveía en la derogada Ley Orgánica del Trabajo. Estos trabajadores (choferes particulares, camareros, cocineros, jardineros, niñeras, lavaderos, planchadores y otros oficios de índole similar), que prestan sus servicios en un hogar o casa de habitación o a una persona determinada para su servicio personal o el de su familia, conforme a los términos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se regirán por lo contenido en dicha ley “a todos sus efectos” (artículo 207)⁹², lo que comprendería el régimen general de estabilidad.

Para algunos autores, aún bajo la vigencia del régimen de la Ley Orgánica del Trabajo que excluía la estabilidad de los trabajadores domésticos, se consideraba posible que la trabajadora de servicio doméstico embarazada gozara de inamovilidad, argumentando que se trataba de un regímenes distintos, y que esta categoría

⁹² No obstante la equiparación absoluta con lo demás trabajadores, la norma siguiente (artículo 208), señala que dichas relaciones se regirán por ley especial. Obviamente la ley contempla una gruesa incongruencia, pues equipara a los trabajadores domésticos en “todo”, y luego remite a una legislación especial, lo que implica forzosamente, la existencia de condiciones “especiales” para este tipo de trabajadores.

de trabajadores no estaba expresamente excluida del Título VI de la Ley, que regulaba la inamovilidad⁹³. De nuestra parte, coincidimos con De La Cueva, quien precisamente coloca el caso de los trabajadores de servicio doméstico, como ejemplo de aquellos supuestos en que resulta imposible la estabilidad absoluta, en tanto “no es posible obligar a ningún ser humano a convivir en su hogar con un trabajador doméstico”, “porque podría conducir a la destrucción de derechos humanos que exigen el mismo respeto que los derechos sociales”⁹⁴.

Obligar a cualquier persona o familia a mantener en su hogar a otra persona ajena al seno familiar, atentaría directamente contra el derecho a la protección del hogar, intimidad y de la familia, que consagra nuestra Constitución (artículos 47, 60 y 75), acarreando seguramente mayores situaciones de conflicto en afectación de la dignidad de ambas partes. De allí que la Sala de Casación Social haya concluido:

Con respecto al régimen de estabilidad consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo debe ratificarse que por disposición de la parte *in fine* del párrafo único del artículo 112, se encuentran excluidos de dicha protección; además por ser una institución que resulta incompatible con la naturaleza de la relación de suprema confianza que debe existir entre las partes, no pudiendo concebirse estar obligado a permitir que coactivamente un trabajador se reintegre al entorno familiar del patrono que consideró necesario terminar con esta vinculación⁹⁵.

Nótese que la exclusión de la estabilidad formulada por la Sala, no se fundamentó exclusivamente en la disposición legal que otrora privaba a los trabajadores domésticos de la estabilidad, sino que yendo más allá, destacó la incompatibilidad de la obligatoria reinstalación con la naturaleza de suprema confianza, propia de este tipo de relación. Haciendo eco de tales consideraciones, entendemos que aun

⁹³ Zuleta de Merchan, Carmen: “Título VI. De la protección de la maternidad y la familia”. En: **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento**. Tomo II. 3ª, Jurídicas Rincón. Oscar Hernández Álvarez, coordinador. Barquisimeto, 2001, p. 437.

⁹⁴ De La Cueva: ob. cit., pp. 221-222.

⁹⁵ TSJ/SCS, sent. N° 0522, citada *supra*.

en vigencia de la legislación actual, resulta imposible y contravendría derechos fundamentales y de rango constitucional, que se pretenda la efectiva reincorporación de un personal de servicio doméstico dentro de una casa de familia y sede de un hogar. La prestación de los servicios en el seno del hogar, a favor –individual y directo– de personas determinadas, y la inserción del trabajador en la vida íntima y familiar, son los factores determinantes para calificar a un trabajador como doméstico y de allí que “idénticas tareas ejecutadas fuera de la familia o de forma impersonal, sin intimidad ni convivencia, dejan de ser domésticas y se enmarcan dentro de la legislación ordinaria del trabajo. Es el caso de los mismos oficios realizados en hoteles, hospitales, restaurantes y demás establecimientos distintos al hogar o casa”⁹⁶. Tal carácter de familiaridad e intimidad, conllevan la imposibilidad jurídica racional, de pretender una orden efectiva de reincorporación, que afectaría ostensiblemente otros intereses superiores del ordenamiento, el hogar, la familia, la intimidad y la vida privada, en definitiva, la paz social.

Entendemos la importancia de la protección a la mujer embarazada y en puerperio, no obstante, el objetivo de la inamovilidad es impedir la discriminación, exigiendo que se justifique de manera previa la razón del despido, empero, en aquellos casos en que la razón del despido no debe ser causada o justificada, por considerarse que la naturaleza sustancial de la relación permite que el empleador pueda darla por terminada en cualquier momento, entonces no resulta necesaria ni exigible la calificación previa, ni resulta lícita la obligatoriedad de reinserción. Según hemos propuesto *supra*, de *lege ferenda*, o posiblemente por vía de amparo constitucional, la protección constitucional que se consagra a la maternidad, especialmente en cuanto al sustento de la madre y el hijo recién nacido, debería en caso de cesantía de la empleada doméstica ser asumida por el sistema de seguridad social, pues al fin y al cabo, es el Estado (no los patronos) quien se constituye en sujeto pasivo de las normas de seguridad social previstas en los artículos 76 y 86 de la Constitución.

⁹⁶ Bustamante Pulido, César: “Capítulo II. De los Trabajadores Domésticos”. En: **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento**. Tomo I. 3^a, Jurídicas Rincón. Oscar Hernández Álvarez, coordinador. Barquisimeto, 2001, p. 298.

3.3. Procedimientos para la protección de la inamovilidad

La protección del fuero de inamovilidad en nuestro país se verifica a través de sendos procedimientos administrativos, uno para la calificación previa de la causa lícita y justificada de despido o modificación de las condiciones de trabajo, a los fines de obtener la autorización correspondiente (desafuero); y otro para restituir los derechos de los trabajadores amparados en caso de que se procesa al despido o la modificación de condiciones sin la debida autorización previa.

3.3.1. Procedimiento previo

Conforme a la previsión del artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras: “Los trabajadores y trabajadoras protegidos de inamovilidad no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin una causa justificada la cual deberá ser previamente calificada por el inspector o inspectora del trabajo” (en igual sentido: artículo 418 de la misma Ley). A tal efecto, el artículo 422 *eiusdem* dispone el procedimiento administrativo (cuasi-jurisdiccional) para la autorización o desafuero, que deberá interponerse por el patrono dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia de los hechos que justificarían el despido o la modificación de las condiciones de trabajo. Se trata de un procedimiento contradictorio, al cual debe citarse al trabajador a fines de garantizar su derecho a la defensa y debido proceso, participando ambas partes en la formulación de alegatos, y la promoción, evacuación y control de las pruebas. Este procedimiento culmina a través de providencia administrativa dictada por el inspector del trabajo respectivo, y pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser atacada por vía judicial a través de demanda contencioso administrativa de nulidad, cuyo conocimiento está atribuido a los tribunales laborales ordinarios. La acción contenciosa administrativa se sigue por el trámite procedimental previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁹⁷, pero se tramita ante los tribunales laborales ordinarios, por remisión de la norma del artículo 25 N° 3 de la referida Ley⁹⁸ y conforme a la Sala Constitucional, sentencia N° 955 de fecha 23 de septiembre de 2010.

⁹⁷ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.451, de fecha 22 de junio de 2010.

⁹⁸ Después de muchos años de vaivenes jurisprudenciales respecto a la competencia judicial para conocer de las demandas de nulidad contra actos de las inspectoría del

Una vez que el empleador es autorizado en sede administrativa, puede proceder al despido o la modificación de condiciones. Si no lo hiciera, no podrá verificar tales actuaciones, que serían calificadas como nulas y darían lugar al procedimiento de restitución.

Aun cuando la ley parece solo prever este mecanismo para el desafuero o autorización, consideramos que el despido o cambio de condiciones también sería posible y lícito, si se ejecuta en el contexto de las negociaciones colectivas propias de los procesos colectivos de reducción de personal o de reforma *in peius* de condiciones, pues en el fondo, estos evidenciarían la justificación de los despidos o desmejoras. Aun cuando la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras nada refiere a la posibilidad de reforma *in peius* de las condiciones, como si lo regulaban los artículos 525 y 526 de la Ley Orgánica del Trabajo, y ha mutado el procedimiento de reducción de personal por razones económicas o tecnológicas a una suerte de “intervención” del Estado, consideramos que se trata de procesos propios del ejercicio de la libertad sindical y la resolución pacífica y colectiva de los conflictos (de rango constitucional), que pueden verificarse en la forma prevista en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (artículos 46 al 49), aún vigente.

3.3.2. Procedimiento de reenganche y pago de salarios caídos

En caso de que el trabajador amparado sea despedido o modificadas sus condiciones de trabajo sin la previa autorización de la autoridad competente, tiene derecho a solicitar y obtener la restitución de la situación jurídica infringida, a través de un procedimiento expedito, imparcial y eficaz, pero que al mismo tiempo garantice los derechos del empleador al debido proceso, así como la posibilidad de revisión o impugnación del acto administrativo acudiendo a los

trabajo, al parecer la duda ha sido resuelta por supuesta aplicación de la referida norma legal, que por cierto es bastante ambigua en su redacción, como delata Silva Bocaney, José Gregorio: “De la competencia en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En: **Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**. Vol. II. Funeda. Caracas, 2011, pp. 271-296. Véase en esta *Revista*: Hernández-Mendible, Víctor Rafael: “**El control contencioso administrativo de las autoridades administrativas del trabajo, la seguridad y salud en el trabajo**”, pp. 137 y ss. [Nota del editor].

órganos jurisdiccionales. A tal efecto, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras ha previsto un mecanismo que si bien resulta extremadamente expedito, es al mismo tiempo absolutamente inconstitucional y violatorio de derechos humanos de los empleadores y sus representantes.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras en franca violación de los principios y garantías constitucionales del debido proceso, derecho a la defensa y de acceso a la justicia, ha dispuesto en el artículo 425 un seudoprocedimiento conforme al cual, sin haberse citado al patrono, ni haber sido oído, sin presentar alegatos, defensas o pruebas, *inaudita alteram parte*, y con el solo dicho del trabajador reclamante; se ordena el reenganche de éste y pago de salarios caídos, lo que además debe ser acatado inmediatamente por el patrono, bajo apercibimiento de que en caso de negativa, éste o sus representantes pueden ser aprehendidos en flagrancia y puestos a órdenes de la Fiscalía del Ministerio Público⁹⁹, y ser posteriormente condenados a pena de arresto policial de seis a 15 meses (artículo 538 *eiusdem*). Así mismo, y por si fuera poco lo espurio del procedimiento, la Ley impide el acceso a la justicia, hasta tanto no se demuestre haber ejecutado la orden administrativa de reenganche (artículo 94 de la misma Ley).

Estas disposiciones legales violan de manera grotesca y flagrante los enunciados principios y garantías constitucionales al debido proceso, la defensa, tutela judicial efectiva y atentan contra la libertad personal, pues nuevamente criminalizan actos o hechos de naturaleza civil (laboral)¹⁰⁰, al tiempo que la providencia de

⁹⁹ Carballo Mena: ob. cit. (“Régimen de estabilidad en el empleo”), p. 72, “... el desacato administrativo frente a algún representante de las ‘fuerzas de orden público’ será considerado como flagrancia (artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). Esta circunstancia resulta violatoria del derecho fundamental a la defensa y al debido proceso, toda vez que en definitiva será el inspector del trabajo quien determine libérrimamente si se produjo el desacato, configurándose de este modo un mecanismo indirecto de imposición administrativa de medidas privativas de libertad”.

¹⁰⁰ Bontes Calderón: ob. cit., p. 57, “Finalmente, se debe insistir que tanto en materia de estabilidad como de inamovilidad, la sanción penal que involucra una medida privativa de libertad luce excesiva para el tipo de incumplimiento referido en estos sistemas de protección; una ley o norma puede ser suficientemente coercitiva con el establecimiento

reenganche se dicta sin procedimiento previo, citación, alegatos o pruebas¹⁰¹, limitando (negando) luego el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva¹⁰². Por otra parte, al penalizarse con la privación de libertad el incumplimiento de la orden de reenganche y “pago” de salarios caídos, se está retrocediendo en la imposición de la proscrita “prisión por deuda”, en violación tajante del núcleo esencial de la garantía y derecho a la libertad personal¹⁰³.

A todas luces, juzgamos más acertado y legítimo el tratamiento otrora concedido al procedimiento por la Ley Orgánica del Trabajo, con la salvedad de

de sanciones administrativas y/o pecuniarias, de manera de inhibir a los posibles infractores. ‘El legislador no debe proponerse la felicidad de cierto orden de ciudadanos con exclusión de los demás, sino la felicidad de todos’ Platón”. En el mismo sentido Fábrega: ob. cit., p. 360, sostiene: “Aunado a lo anterior y habiéndose instaurado un procedimiento administrativo de reenganche y pagos de la salarios caídos por un trabajador amparado con inamovilidad laboral que fue despedido sin justa causa y al ser declarado con lugar por el inspector del trabajo, la solicitud administrativa, el no acatar tal medida, por desacato el patrono sería arrestado, tal y como lo dispone el artículo 538 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el empleador al desacatar la orden de reenganche y pago de salarios caídos del inspector, surge una problemática, en un país donde la impunidad cabalga a sus anchas por todo el territorio y al patrono que no reenganche lo arrestamos. Consideramos una extralimitación legislativa no acorde con la realidad”.

¹⁰¹ “La garantía de la defensa asegura a las partes la posibilidad de intervenir desde que se inicia el proceso. Atendido el carácter genuinamente procesal de esta garantía, su vigencia y con ello la posibilidad de las partes de intervenir, comienza desde el instante mismo en que surge el proceso (...) ‘El juicio principiará por demanda’. Desde ese mismo instante cobran plena virtualidad las garantías constitucionales del proceso y, en particular, la defensa, que lo hace protegiendo, en primer lugar, el otorgamiento a la persona contra la que va dirigida la demanda, de la posibilidad y oportunidad de contestar aquella o, en general, de adoptar la actitud que estime conveniente. Por lo tanto, lo primero que garantiza, al menos en la estructura de la mayoría de los procedimientos, es que presentada la demanda, se tomen las medidas necesarias para darla a conocer al demandado, a fin de que este pueda realmente desarrollar la actividad que estime del caso para la tutela de sus intereses”, Pérez Carocca, Alex: **Garantía constitucional de la defensa procesal**. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 2004, p. 199.

¹⁰² Sobre estos aspectos nos hemos pronunciado ampliamente: Aguilar C.: ob. cit., *passim*.

¹⁰³ *Vid.* artículos 24 y 49 de la Constitución y 7,7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

considerar que siempre este tipo de conflictos debería ser conocido por órganos jurisdiccionales y no por entes u órganos administrativos.

Conclusiones

Para resumir las diferencias entre estabilidad e inamovilidad, serían:

i. Origen: La estabilidad es propia del derecho individual del trabajo, mientras la inamovilidad es originaria del derecho colectivo, aunque se ha extendido como forma de protección a otras áreas.

ii. Finalidad e interés jurídico protegido: la estabilidad garantiza el empleo, su fin es la conservación del puesto de trabajo y el sustento del trabajador. La inamovilidad tiene como objeto proteger al trabajador de actos discriminatorios (despido, traslado o desmejora) que tengan por causas la situación que ostenta u ocupa el trabajador, y que se vincula a intereses superiores del ordenamiento (distintos a la estabilidad, tales como la libertad sindical, la maternidad, etc.).

iii. Vigencia y sujetos de protección: la estabilidad por regla general es para todos los trabajadores, excluyéndose excepcionalmente algunas categorías de trabajadores, en virtud de las características propias de la relación o de las funciones desempeñadas (trabajadores de dirección, empleados domésticos, empresas pequeñas o familiares, etc.), y por ello se mantiene en el tiempo de forma permanente. La inamovilidad o fuero de protección es de carácter extraordinario y temporal, pues protege a determinados sujetos que en un momento dado se colocan en la situación que representa intereses colectivos o superiores, y que pueden dar lugar a actos de discriminación.

iv. Alcance de la protección: la estabilidad pretende evitar y sanciona los despidos injustificados; la protección de inamovilidad es más amplia o de mayor entidad, pues no solo impide el despido, sino que también previene otras formas de discriminación, como la alteración arbitraria o maliciosa de las condiciones de trabajo (traslado o desmejora).

v. Oportunidad de los mecanismos de protección: En la estabilidad la calificación respecto a la justificación del despido se realiza con posterioridad a su

ocurrencia (indistintamente que se trate de estabilidad absoluta o relativa). En la inamovilidad la calificación es previa, y de realizarse el despido, traslado o desmejora sin la autorización respectiva, el trabajador tiene derecho a que se restituya la situación jurídica infringida a través de un procedimiento restitutorio, sin que en dicho procedimiento se pueda discutir sobre la “justificación” de la actuación patronal, pues ésta resulta sencillamente ilícita, por no haber respetado y cumplido con la exigencia legal de autorización previa.

vi. Efectos: En la estabilidad puede disponerse la obligatoriedad del efectivo reenganche del trabajador despedido (estabilidad absoluta), o la posibilidad de pago sustitutivo o indemnizatorio, como medio alternativo a la obligación de reincorporar (estabilidad relativa). Una interpretación serena del artículo 93 de la Constitución conlleva a entender que la forma general de estabilidad es de tipo relativo. En la inamovilidad, la regla general es la estabilidad absoluta, así como la obligatoria restitución de la situación jurídica infringida en casos de modificación arbitraria de las condiciones de trabajo (traslado o desmejora).

vii. Jurisdicción y competencia: actualmente en nuestro país, el conocimiento de los conflictos relativos a la estabilidad corresponde a los órganos jurisdiccionales con competencia en materia laboral (tribunales del trabajo), mientras que los procedimientos relativos a la inamovilidad los conocen las inspectorías del trabajo. En nuestro criterio, todos estos conflictos intersubjetivos de naturaleza jurídica deberían ser conocidos por la jurisdicción laboral imperativamente creada por mandato constitucional.

* * *

Resumen: el autor toma dos figuras propias del Derecho Laboral, como son la estabilidad y la inamovilidad, y a partir de ellas establece las notas que trazan el bosquejo para su nítida diferenciación, demuestra que una está asociada con los derechos individuales y, la otra, con derechos colectivos y prácticas antisindicales; estos elementos son los que justifican un trato disímil. Al estudiar la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras señala que la misma contiene ciertos retrocesos en esta materia que deben ser obviamente corregidos. **Palabras clave:** estabilidad, inamovilidad, despidos injustificados. Recibido: 08-03-2015. Aprobado: 13-03-2015.