

ALGUNOS ASPECTOS DEL NUEVO REGIMEN LEGAL DE LA ANTIGÜEDAD Y LA CESANTIA EN VENEZUELA

Con ocasión de las II Jornadas Jurídicas José María Domínguez Escovar, celebradas en Barquisimeto en enero de 1977, y presididas por el Dr. Rafael Caldera, me correspondió tratar sobre el tema de la antigüedad, la cesantía y los fideicomisos laborales. El estímulo recibido, en esa oportunidad, de parte del Dr. Caldera, me animó a continuar trabajando sobre los diversos problemas que se plantean con motivo de la normativa legal que rige estas instituciones. El presente trabajo recoge la primera parte de la elaboración conceptual de esas inquietudes. Debo expresar a la Universidad Católica Andrés Bello mi agradecimiento por la generosa distinción de que me hizo objeto al invitarme a participar en el justo homenaje que se rinde a quien es el Maestro por excelencia del Derecho del Trabajo en Venezuela.

H. O. A.

ANTECEDENTES

Desde las primeras décadas del presente siglo, el Derecho Laboral comenzó a considerar la idea de que al trabajador debe corresponder algún tipo de prestación económica en función de su tiempo de permanencia en la Empresa. El Decreto Ley italiano sobre Empleo Privado de 1924, fue hasta donde sabemos, la primera legislación positiva que, “confirmando una práctica seguida desde hace tiempo”¹, estableció el pago de la prestación que, conocida con diversos nombres en los diferentes ordenamientos jurídicos, corresponde a la que nuestra Ley denomina indemnización de antigüedad. El Artículo 10, Ordinal cuarto de dicho Decreto establecía que a los empleados que tuviesen más de un año de antigüedad correspon-

1. RIVA SANSEVERINO, LUISA, *Diritto del Lavoro*, CEDAM, Padova, 1967, p. 339.

día en todo caso, además del preaviso, una indemnización no inferior a la mitad del importe de tantas mensualidades de estipendio como los años de servicios prestados. La Carta del Trabajo, promulgada por el Gran Consejo Fascista en 1927, propulsó la extensión de esta indemnización a todos los trabajadores al proclamar (número XVII) que: “en las Empresas de trabajo continuo los trabajadores tienen derecho, en caso de resolución de las relaciones de trabajo por despido sin culpa, a una indemnización proporcionada a los años de servicio. Esta indemnización es debida, incluso en caso de muerte del trabajador”². La indemnización fue paulatinamente acogida con diversas modalidades, por las legislaciones positivas de muchos otros países.

El proyecto de Ley del Trabajo preparado en 1936 por la Oficina Nacional del Trabajo, decía en su Artículo 18, Parágrafo 1º: “En caso de terminación del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, cuando el obrero o empleado pierde el trabajo por causa ajena a su voluntad, el patrono deberá pagar al empleado u obrero una indemnización de un mes de salario por cada año de trabajo ininterrumpido al servicio de él. Esta indemnización no podrá exceder del salario de un año”. El legislador de 1936 acogió la norma (Artículo 27, Parágrafo 1º de la Ley del Trabajo promulgada en ese año); modificándola en cuanto al monto de la indemnización (estableció quince días por año) y disminuyendo su tope máximo al salario de seis meses.

En la reforma de 1945 se regula la indemnización en un Artículo autónomo (número 36) en el cual se introducen varias modificaciones. Se utiliza el vocablo “trabajador”, comprensivo de empleados y obreros; se precisa la procedencia de la indemnización en los casos de despido injustificado y retiro justificado —la ley modificada hablaba simplemente de “despido”—, además de aquellos en que la pérdida del trabajo ocurre por “causas ajenas a la voluntad del trabajador; a los fines del cómputo de la indemnización, la fracción de ocho meses de tiempo ininterrumpido de servicio se equipara al año; se elimina el tope máximo de seis meses; se precisa cuál ha de ser el salario

2. FEROCI, VIRGILIO, *Derecho Sindical y Corporativo*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, p. 358.

base para el cálculo de la indemnización —salario del último mes para trabajadores a sueldo fijo y doceava parte de los salarios devengados durante los seis meses inmediatamente anteriores a la cesantía del trabajo, para los trabajadores a destajo; se elimina la expresión que señalaba que la indemnización era procedente en los contratos a tiempo indeterminado, con lo cual se dio lugar a la polémica, ya hoy superada, sobre si procedía o no el pago de la indemnización en los contratos de trabajo por tiempo determinado o para una obra determinada³.

En la reforma legislativa de 1947 se introdujeron dos nuevos Artículos con los números 38 y 39. El Artículo 38, aún vigente, dice: "Cuando el contrato de trabajo termine por muerte del trabajador que no sea consecuencia de un riesgo profesional, los beneficiarios señalados en el Artículo 142 tendrán derecho a percibir la prestación" —antigüedad— "que hubiere correspondido al trabajador conforme al Artículo anterior en los términos y condiciones establecidos en los Artículos 142, 143, 144 y 145". Estos Artículos regulan el pago de la indemnización por muerte ocasionada por accidente o enfermedad profesional. Esta disposición puso fin a la discusión sobre si la antigüedad acordada en los términos de la Ley de 1936 y la reforma de 1945, era procedente en los casos de muerte del trabajador no debida a causas profesionales⁴. La supervivencia de esta norma en sus términos originales, no pareciera tener mucho sentido después de la reforma de 1974, a la cual nos referiremos más adelante, ya que a partir del nuevo texto legal, la antigüedad es un "derecho adquirido" del trabajador, que se incorpora a su patrimonio durante su vida, y no una prestación que, con ocasión de su muerte, nace directamente "en cabeza" de las personas señaladas por el Artículo 141 (hoy 147) de la Ley del Trabajo.

3. En este sentido puede verse: CALDERA, RAFAEL, *Derecho del Trabajo*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1960, p. 399; ALFONZO GUZMAN, RAFAEL, *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*, UCV, Caracas, 1967, Tomo I, pp. 525 y ss.; Hernández Tovar, Vicente, *Curso de Derecho del Trabajo*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1971, Tomo I, p. 460.

4. Véase en la nota 34 del Capítulo II de este trabajo, comentario del Dr. CALDERA sobre esta reforma.

El Artículo 39 consagra el denominado "auxilio de cesantía" en los siguientes términos: Cuando el trabajador contratado por tiempo indeterminado pierde el trabajo por despido injustificado o se retire por causa justificada de las determinadas en el Artículo 32, tendrá derecho a recibir, además de la prestación acordada en el Artículo 37 un auxilio de cesantía, conforme a las siguientes reglas: a) Después de trabajo ininterrumpido no menor de tres meses ni mayor de seis, equivalente a cinco días de salario; b) Después de un trabajo ininterrumpido mayor de seis meses pero menor de un año, equivalente a diez días de salario; c) Después de un trabajo ininterrumpido mayor de un año, equivalente a quince días de salario por cada año de trabajo o fracción mayor de ocho meses; d) En ningún caso podrá exceder dicho auxilio del salario de ocho meses; e) El trabajador gozará de este derecho aunque pase inmediatamente a prestar sus servicios a otro patrono; y f) No se hará efectivo el auxilio cuando el trabajador al terminar un contrato de trabajo quede amparado por una jubilación, pensión de vejez o de retiro; o protegido por el seguro de paro forzoso; o en caso de fallecimiento. Párrafo Unico. A los efectos de este beneficio sólo se tomarán en consideración los servicios prestados ininterrumpidamente a partir del dieciséis de Julio de mil novecientos treinta y seis.

Mediante el auxilio de cesantía se refuerza, en los casos de despido injustificado y de retiro justificado, la indemnización de antigüedad, elevando después de un año de servicios, el pago que debe hacerse al trabajador hasta el importe de un mes por año que se proponía en el proyecto de la Oficina Nacional del Trabajo y que es frecuente en muchas legislaciones. El alcance de la cesantía de acuerdo al texto legal que acabamos de transcribir, era mucho más restringido que el de la antigüedad. No procedía sino en los casos de despido injustificado y de retiro justificado, de tal manera que cuando la relación de trabajo terminaba por circunstancias distintas a éstas pero ajenas a la voluntad del trabajador, éste tenía derecho a percibir la antigüedad pero no la cesantía. Se excluía su pago en aquellos casos de fallecimiento o en los cuales el trabajador quedase amparado por las pensiones o seguros indicados por la Ley; se establecía un tope máximo de ocho meses de salario, no se computaban los años de servicios trans-

curridos con anterioridad a la Ley del Trabajo de 1936 y en forma expresa se establecía que su procedencia se limitaba a los contratos por tiempo indeterminado, con lo cual quedó eliminada la posibilidad de que se plantease en relación a ella, discusión que surgió en relación a la procedencia o no de la antigüedad en los contratos para una obra determinada o por tiempo determinado.

En 1966 el Congreso Nacional modifica la Ley del Seguro Social, extendiendo el alcance de las prestaciones y beneficios del sistema de seguridad social nacional y, en la misma fecha, reforma la Ley del Trabajo a fin de eliminar el Ordinal "F" anteriormente transcrito, con el objeto de permitir que los beneficiarios de las pensiones y beneficios señalados en el mismo, pudieran percibir el auxilio de cesantía, cuando reuniesen los otros requisitos legalmente exigibles⁵.

De la normativa legal que acabamos de ver, resulta que la procedencia de las prestaciones de "antigüedad" y "cesantía" estaba en función de las causas de terminación de la relación de trabajo. Cuando ésta se extinguía por despido injustificado (terminación por voluntad unilateral del patrono no fundada en alguna de las causales establecidas por el Artículo 31 de la Ley del Trabajo) o por retiro justificado (terminación por voluntad unilateral del trabajador fundada en alguna de las causales establecidas por los Artículos 32 y 33 ejusdem), el trabajador tenía derecho a la cesantía y a la antigüedad. Asimismo, le correspondía ésta última cuando la extinción se producía por causa ajena a su voluntad. Si por el contrario, la relación laboral terminaba por despido justificado a tenor del Artículo 31 ejusdem o por retiro voluntario no justificado de acuerdo a los referidos Artículos 32 y 33, el trabajador perdía todo derecho a la antigüedad y a la cesantía, independientemente del número de años de servicios que tuviera. De allí

5. RAFAEL ALFONZO GUZMAN (Ob. cit., Tomo I, p. 536) expresa su opinión en relación a esta reforma en los siguientes términos: "En el fondo, la reforma en cuestión era jurídicamente innecesaria, pues el auxilio de cesantía resultaba improcedente en los referidos casos, por no darse en ellos las condiciones determinantes de la indemnización: el despido injustificado o el retiro justificado del trabajador. La reforma no ha cumplido, pues, su propósito al suprimir simplemente el citado aparte f), ya que ha debido ordenar, expresamente, el pago del beneficio en las hipótesis a que el mismo se contraía".

que una sola falta de las indicadas en el mencionado Artículo 31 o el hecho de que el trabajador se retirase voluntariamente, así fuere en búsqueda de mejores condiciones de trabajo o de un merecido descanso, bastaba para que éste perdiese sus prestaciones sociales, aun cuando tuviese largos años de fiel y eficiente prestación de servicios. Tal situación no era, evidentemente, la más equitativa para los trabajadores y por ello se explica que en la contratación colectiva se fuese extinguiendo cada vez más el tipo de cláusula que consideraba a la antigüedad y la cesantía como “derechos adquiridos” del trabajador. Así, para el año de 1974, cuando se promulga el Decreto Presidencial al cual nos referimos a continuación, la mayor parte de los contratos colectivos importantes del país, establecían la antigüedad— y en ocasiones la cesantía—, como “un derecho adquirido” del trabajador que correspondía a éste independientemente de cual fuere la causa de terminación de la relación laboral⁶.

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió en 1974 el Congreso Nacional, el Presidente de la República, Carlos Andrés Pérez, promulgó tres decretos leyes que reformaron el régimen legal de la antigüedad y la cesantía. Tal reforma significó un positivo avance en la legislación laboral venezolana, aun cuando adoleció de importantes fallas de técnica legislativa que dieron lugar a una serie de puntos oscuros a los cuales nos referiremos en el transcurso del presente trabajo.

El Decreto número 124 de fecha 31 de Mayo de 1974 reforma los Artículos 37 y 39⁷ estableciendo que la antigüedad y la

6. LUCENA R., HECTOR, *La Contratación Colectiva, Estudio y Tendencias de su contenido*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1974, p. 99 y 102. En un estudio sobre una muestra de sesenta y cinco (65) contratos colectivos, unos nacionales y otros regionales, todos con cobertura en el Estado Aragua y vigentes para el año 1973, señala que el noventa y dos por ciento (92%) de los contratos estudiados establecían la antigüedad como derecho adquirido y el sesenta y dos por ciento (62%) de los mismos lo hacía con la cesantía.

7. La redacción definitiva de los Artículos 37 y 39 de la Ley del Trabajo quedó así:

ARTICULO 37.—El trabajador tendrá derecho a recibir del patrono por cada año o fracción superior a ocho meses de trabajo ininterrumpido que tenga de antigüedad a su servicio, la mitad de los salarios que haya devengado en el mes inmediatamente anterior.

En el caso de que el trabajo hubiere sido contratado a destajo, o por piezas, dicha quincena será equivalente a la doceava parte de la suma de

cesantía se considerarán como “derechos adquiridos” y no se perderán estos beneficios cualquiera que sea la causa de terminación del contrato de trabajo. En ambos Artículos se incluyó un Parágrafo Unico —que desaparecería en ulterior reforma— que decía: “El Ejecutivo Nacional reglamentará las condiciones y términos en que los patronos deberán cancelar la prestación consagrada en este Artículo”. Posteriormente se cambia la anunciada intención de regular por la vía reglamentaria el pago de la antigüedad y la cesantía y mediante Decreto 859 de fecha 15 de Abril de 1975, publicado en la Gaceta Oficial del 25 del mismo mes y año, el Presidente nuevamente reforma la Ley del Trabajo a fin de eliminar los referidos Parágrafos Unicos e incorporar un nuevo Capítulo con la denominación “De los derechos adquiridos por Antigüedad y auxilio de Cesantía”, cuyo articulado —41 al 45— establece un complejo sistema de regulación de ambas prestaciones sociales. Por último, un nuevo Decreto, el Número 876 de fecha 22 de Abril de 1975, además de establecer el denominado “bono vacacional”, modifica el literal “d” del Artículo 39 afectando el tope máximo de ocho meses de salario a que estaba sometido el “auxilio de cesantía” desde su incorporación a la Ley del Trabajo mediante la reforma de 1947, el cual se mantiene únicamente

todos los salarios devengados por el trabajador durante los seis meses inmediatamente anteriores a la cesación del trabajo. La indemnización establecida en este Artículo se considerará como derecho adquirido y no se perderá este beneficio cualquiera que sea la causa de terminación del contrato de trabajo.

Lo dispuesto en este Artículo no impide a los trabajadores el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme el derecho común.

ARTICULO 39.—El trabajador tendrá derecho a recibir, además de la prestación acordada en el Artículo 37, un auxilio de cesantía conforme a las siguientes reglas:

- a) Después de un trabajo ininterrumpido no menor de tres meses ni mayor de seis meses, equivalente a cinco días de salario.
- b) Después de un trabajo ininterrumpido mayor de seis meses pero menor de un año, equivalente a diez días de salario.
- c) Después de un trabajo ininterrumpido mayor de un año equivalente a quince días de salarios por cada año de trabajo o fracción de ocho meses.
- d) El auxilio de cesantía causado antes del 1º de Mayo de 1975 se calculará de manera que en ningún caso podrá exceder del salario de ocho meses; desde esta fecha en adelante deberá agregarse al auxilio de cesantía el que se fuere causando, calculando de la manera indicada en este Artículo, sin limitación alguna.

El auxilio de cesantía establecido en este Artículo se considerará como derecho adquirido y no se perderá este beneficio cualquiera que sea la causa de terminación del contrato de trabajo.

en relación al tiempo de servicio prestado con anterioridad al 1° de Mayo de 1975.

II. APLICACION TEMPORAL DE LAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE ANTIGÜEDAD Y CESANTIA

Como se ha visto en el capítulo anterior, el régimen legal de la antigüedad y la cesantía en Venezuela ha sido objeto de sucesivas reformas. Determinar la eficacia temporal de las distintas normas que han regido la materia es problema de difícil inteligencia, que nos lleva a considerar la cuestión de la irretroactividad de la Ley, la cual, sin eufemismo, ha sido considerada como la más difícil de la ciencia del Derecho⁸. Tal cuestión gira en torno al principio de que las Leyes rigen desde la fecha de su promulgación o desde la fecha posterior que ellas mismas indicaren, no pudiendo ser aplicables en forma retroactiva. Entre nosotros este principio encuentra expresión en el Código Civil⁹, y en la Constitución Nacional¹⁰. De sencillez sólo aparente, el principio de irretroactividad de las leyes y, en general, el problema de la aplicación de las mismas en el tiempo, entraña una serie de dificultades cuyo estudio y solución son objeto de una especial disciplina jurídica que se ha denominado Derecho Intertemporal o Derecho Transitorio. JOAQUÍN SÁNCHEZ COVISA, autor del más completo trabajo que sobre este problema se ha escrito entre nosotros, hace el planteamiento teórico del mismo en términos tan claros que preferimos reproducirlos textualmente, aun a riesgo de hacernos largos. Dice el mencionado autor: "los supuestos de hechos "S" de cualquier norma de Derecho pueden considerarse siempre constituidos en un instante temporal preciso y, por lo tanto,

-
8. MERLIN, citado por JOAQUIN SANCHEZ COVISA, *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976, p. 219.
 9. Código Civil, Artículo 1°: "La Ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique". Artículo 3°: "La Ley no tiene efecto retroactivo".
 10. Constitución Nacional, Artículo 44: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a Ley vigente en que se promovieron".

se realizan siempre bajo la vigencia de una sola ley, en tanto que las consecuencias jurídicas "C" pueden realizarse en un instante preciso o en un determinado transcurso de tiempo y, por lo tanto, pueden tener lugar bajo la vigencia de dos o más leyes sucesivas. Un supuesto de hecho puede constar de un solo hecho material instantáneo —como el de la mayoría de edad, que se realiza en el momento preciso de cumplir los veintiún años— o de una sucesión de hechos materiales como puede ser un contrato en el cual es imaginable la existencia de una oferta, discusión y aceptación sucesivas o como sucede necesariamente en la usucapión, que exige una posesión continuada en el tiempo. Pero en este último caso a pesar de que el supuesto de hecho tiene una aparente prolongación en el tiempo sólo se realiza verdaderamente en el momento preciso en que se consuma su último elemento constitutivo que es, en el contrato, el de la perfección, y en la usucapión el de la terminación del plazo.

Por el contrario, la consecuencia jurídica "C" de un supuesto de hecho, es decir los efectos de un hecho o acto jurídico cualquiera, pueden tener lugar en un instante preciso, como por ejemplo la transmisión de la propiedad subsiguiente a un contrato que tiene lugar en el mismo instante de su perfección —o pueden tener lugar en un lapso más o menos prolongado, como los derechos y obligaciones que se derivan del arrendamiento, del contrato de trabajo, del matrimonio o de la filiación"¹¹.

Trasladando las anteriores consideraciones a la materia que nos ocupa, podemos determinar que la instauración de una relación de trabajo entre un patrono y un obrero determinado, es un supuesto de hecho que se realiza en un momento preciso, referible a una ley vigente determinada, pero que da lugar a consecuencias jurídicas que se producen a lo largo del transcurso del tiempo de duración de esa relación laboral, razón por la cual pudieran ser referidas a las diversas leyes que fuesen promulgadas durante ese lapso. El problema de la aplicación temporal de las leyes implica la determinación de cuál instrumento normativo debe regir la producción de un supuesto de hecho y cuál la producción de las consecuencias jurídicas

11. SANCHEZ COVISA, JOAQUIN, Ob. cit., pp. 222 y ss.

que, en forma instantánea o sucesiva, se derivan del mismo. Así, si pensamos en una hipotética relación de trabajo iniciada en 1935 y continuada hasta nuestros días, nos encontramos que el nacimiento de dicha relación se produjo bajo la vigencia formal de la Ley del Trabajo de 1928, pero que sus consecuencias, entre ellas las relativas a las prestaciones sociales de las que nos hemos venido ocupando, se han producido bajo la vigencia de varias regulaciones jurídicas: la Ley del Trabajo de 1936 y sus sucesivas reformas de 1945, 1947, 1966, 1974 y 1975. Determinar la respectiva aplicabilidad de esas regulaciones a dicha relación laboral y a las consecuencias jurídicas que de ella se han derivado sucesivamente a lo largo de los años, nos lleva al "quid" del problema de la aplicación temporal de la ley laboral, es decir de su retroactividad o irretroactividad.

Hacer una exposición de las diversas teorías que se han formulado sobre la irretroactividad de la ley, excedería los límites de este trabajo, a más de ser tarea ya realizada por diversos autores, a cuya consulta remitimos al lector interesado¹². Sin ánimo de hacer planteamientos novedosos, intentaremos un tratamiento global y sistemático de la materia, que nos permita llegar a conclusiones generales que nos auxilien en la búsqueda de soluciones adecuadas a los diversos problemas que en relación a la misma constantemente se plantean.

Para ello nos basaremos en cuatro principios orientadores, que en cierta forma resumen los puntos de coincidencia general que podemos encontrar en la doctrina establecida, a partir de este siglo, por algunos tratadistas del Derecho, tales como PLANIOL y RIPERT¹³, ENNECCERUS¹⁴, RUGGIERO¹⁵, COLIN y CAPITANT¹⁶,

-
12. Véase entre otros, SANCHEZ COVISA, JOAQUIN, *Ob cit.*, pp. 230 y ss. y 270 y ss.; GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1977, pp. 388 y ss.; DURAND, PAUL y JAUSSAUD, R., *Traité du Droit du Travail*, Dalloz, París, 1947, Tomo I, pp. 197 y ss.; DE LA CUEVA, MARIO, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1967, Tomo I, pp. 406 y ss.
 13. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES, *Traité Elementaire de Droit Civil*, París, 1928, Tomo I.
 14. ENNECCERUS, KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Bosch., Barcelona, 1934.
 15. RUGGIERO, ROBERTO DE, *Instituciones de Derecho Civil*, Reus, Madrid.
 16. COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRI, *Course Elementaire de Droit Civil*, Francais, Dalloz, París, 1930, Tomo I.

ROUBIER¹⁷, DE PAGE¹⁸ y algunos ius laboralistas como DURAND y JAUSSAUD¹⁹, DE LA CUEVA²⁰, KROTOSCHIN²¹, CALDERA²², DE FERRARI²³, BAYÓN CHACÓN-PÉREZ BOTIJA²⁴, etc. Observemos, antes de entrar en la exposición de estos principios, que ellos nos ayudarán a resolver aquellas situaciones en las cuales una norma no haya previsto nada en cuanto a su aplicación temporal, pues es perfectamente posible que la propia ley, con el solo límite que entre nosotros supone el enunciado constitucional de irretroactividad, contemple disposiciones relativas a este problema, en cuyo caso serán éstas las que indiquen la solución correcta.

1. Los hechos, actos o situaciones jurídicas que se produzcan con posterioridad a la vigencia de una "Ley nueva" se encuentran regidos por la misma. Por el contrario, dicha Ley no afecta la constitución y validez de los hechos, actos y situaciones jurídicas realizadas con anterioridad a su vigencia, así como tampoco es aplicable a los efectos o consecuencias jurídicas que de ellos se deriven y que hayan sido plenamente consumados bajo la vigencia de una ley anterior. Si, contrariando este principio, se sometiere al imperio de la "ley nueva" la constitución o validez de hechos, actos o situaciones jurídicas realizados bajo la vigencia de la ley derogada o la regulación de sus efectos o consecuencias jurídicas consolidadas durante ese período estaríamos frente a un caso de aplicación retroactiva —y por tanto inconstitucional— de la "nueva ley".

Dos ejemplos nos permitirán ilustrar el alcance de este principio. El Código Civil de 1922 (Artículo 824) permitía el otorgamiento de testamentos conjuntos, lo cual fue prohibido por el Código Civil de 1942 (Artículo 835). En consecuencia, se deben considerar nulos todos los testamentos conjuntos que se otorgaren después de la vigencia de esa norma, pero se ten-

-
17. ROUBIER, PAUL, *Les Conflits de loi dans le temp*, Librairie du Recueil, París, 1929-1933, dos tomos.
 18. DE PAGE, HENRY, *Traité Elementaire de Droit Civil Belgue, Etablissements Emile Bruylant, Brusellas, 1948.*
 19. DURAND, PAUL y JAUSSAUD, R., *Ob. cit.*
 20. DE LA CUEVA, MARIO, *Ob. cit.*, Tomo I.
 21. KROTOSCHIN, ERNESTO, *Instituciones de Derecho del Trabajo, De Palma, Buenos Aires, 1968.*
 22. CALDERA, RAFAEL, *Ob. cit.*
 23. DE FERRARI, FRANCISCO, *De Palma, Buenos Aires, 1968, Vol. I.*
 24. BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo, D. Marcial Pons, Madrid, 1965 y 1966, Vol. I.*

drán como válidos los testamentos conjuntos otorgados con anterioridad, pues la nueva norma del Código Civil, no puede ser aplicada para considerar la validez de un acto jurídico —testamento— producido antes de su vigencia. Lo contrario sería retroactividad de la Ley.

El Código Civil de 1942 estableció una nueva disposición (Artículo 767) que dice: “Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo el caso de adulterio”. Si una unión concubinaria se extinguió en el año de 1935 por muerte del concubino, los herederos de la fallecida concubina que no lo fueren de aquél, no podrán pretender la liquidación de una presunta comunidad con base en la referida norma, ya que ésta no puede regir una situación jurídica definitivamente consumada con anterioridad a su vigencia. Si las consecuencias de dicha unión concubinaria-constituida y extinguida antes de la vigencia de la referida norma se sometiesen a su imperio, se estaría haciendo una aplicación retroactiva y por ende, inconstitucional de la ley.

2. Los efectos o consecuencias de hechos, actos o situaciones jurídicas preexistentes al imperio de una nueva ley, deberán ser regidos por ésta si se han producido después de que ella ha entrado en vigencia. Esta hipótesis se plantea cuando un hecho, acto o situación jurídica genera efectos que se van produciendo sucesivamente en el transcurso del tiempo, de manera que puede ocurrir que durante el proceso de producción de los mismos, sea modificada, una o más veces, la ley que rigió en el momento originario del hecho, acto o situación jurídica que los genera. Así, si una persona es adoptada en 1960, bajo la vigencia de las normas sobre adopción establecidas por el Código Civil de 1942 y su padre adoptante fallece en 1975, bajo el imperio de la Ley de Adopción de 1972, los efectos sucesorales respectivos estarán regidos por esta ley y no por el Código de 1942. En consecuencia, se aplicará la

norma contenida en el Artículo 66 de la Ley de Adopción²⁵, que garantiza al hijo adoptivo derechos sucesorales equivalentes a los del hijo natural y no a la contenida en el Artículo 828 del Código Civil²⁶, que condiciona el derecho del hijo adoptivo a la sucesión de su padre adoptivo a la no existencia de posteridad legítima ni natural y lo limita a un máximo del quinto de los bienes hereditarios. En este caso, no se está aplicando retroactivamente la “Ley nueva”, ya que ella no está obrando hacia el pasado para valorar la validez de un hecho, acto o situación jurídica, ni para regular sus efectos ya consolidados, sino que simplemente, está siendo aplicada a una consecuencia jurídica que se produce con posterioridad a su vigencia, aun cuando la razón última de su existencia pudiera encontrarse en un acto jurídico —la adopción— que se celebró con anterioridad a la misma. Por ello, al aplicarse en forma *inmediata*, tanto a las “nuevas” situaciones jurídicas, es decir a las posteriores a su vigencia, como a los “nuevos” efectos de hechos, actos o situaciones preexistentes, la “Ley nueva” está actuando en el presente y hacia el futuro y no hacia el pasado, no está interfiriendo en el correcto campo de aplicación de la ley derogada y por tanto sería inexacto decir que tiene efectos retroactivos²⁷.

-
25. Ley de Adopción, Artículo 66: “El adoptado en adopción simple”, —en este caso la adopción sería simple por cuanto fue hecha con anterioridad a la nueva ley que consagra la adopción plena— “tiene en la herencia del adoptante, sea éste varón o mujer, derechos equivalentes a los que se reconocen al hijo natural respecto de su padre, en el Título II, Libro Tercero del Código Civil. Sin embargo, el adoptado en adopción simple no es heredero legitimario del adoptante”.
26. Código Civil, Artículo 828: “Cuando no hubiere posteridad legítima ni natural, los hijos adoptivos concurrirán con las personas llamadas a suceder por los Artículos anteriores” —ascendientes, cónyuge y colaterales— “pero sólo tomarán una cuota igual a la de la menos favorecida de aquellas personas, cuota que no excederá, en ningún caso, del quinto de los bienes. El hijo adoptivo no tiene derechos hereditarios en la familia del padre adoptante y éste tampoco los tiene respecto del hijo adoptivo, ni respecto de su familia”.
27. Este planteamiento difiere del expuesto por SANCHEZ COVISA, Ob. cit., pp. 251 y ss., quien afirma: “La Ley no regula las consecuencias futuras de supuestos de hechos pasados, es decir, no afecta a los efectos jurídicos producidos después de su vigencia, cuando tales efectos son consecuencia de un hecho anterior”. El alcance de la diferencia entre ambos planteamientos es menor que el que aparenta, pues SANCHEZ COVISA, con agudo criterio, hace hincapié en que el núcleo de la cuestión radica en la siguiente pregunta: “¿En qué momentos se verifica el supuesto de hecho “S” de una consecuencia jurídica “C”. Es decir, en qué ocasiones el efecto futuro “C” es realmente una consecuencia de un hecho “S” anterior a la nueva ley —caso en que no será afectado por ella— y en qué ocasiones lo es de

3. En relación a aquellos actos y situaciones jurídicas que, como los contratos, se encuentran regidos por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se establece una excepción al enunciado contenido en el Ordinal 2. Así, los efectos o consecuencias jurídicas de dichos actos o contratos se regirán por la ley vigente en el momento de su celebración aun cuando dichos efectos deban producirse sucesivamente en el transcurso del tiempo y dicha ley haya sido modificada, una o más veces, durante el proceso de su producción. La aplicación de este criterio de excepción, conocido con el nombre de "supervivencia de la ley antigua", encuentra fundamento en el referido principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas son libres de establecer las obligaciones a que quieren sujetarse, de manera que el contenido y alcance de éstas son determinados por el libre consentimiento de las partes intervinientes.

Las leyes dispositivas, que no interesan al orden público, respetan esa autonomía y se limitan a establecer normas supletorias a la voluntad de las partes; las cuales, al obligarse, pueden adherirse total o parcialmente a la regulación establecida por tales normas, así como modificarla, ampliarla o restringirla. De tal manera, al celebrarse un contrato, sus efectos, sean los propios de la ejecución instantánea o de la ejecución sucesiva, se encuentran determinados ab initio tanto por las disposiciones expresas de las partes, como por las normas supletorias que éstas no hayan modificado y estén contenidas en la legislación imperante en el momento de su celebración. Por ello, los efectos jurídicos de los contratos y otros actos de su propia naturaleza convencional, deben estar regidos por la ley vigente en el momento de su celebración, aun cuando dichos efectos se produzcan con posterioridad a su derogación, pues la aplicación de una "nueva" ley podría dar lugar a que tales contratos generasen consecuencias jurídicas distintas a las queridas por las partes, lo cual violentaría la autonomía de su

un hecho "S" posterior a la nueva ley —caso en que sí será afectado por ella?". Aplicando el criterio de este autor podríamos, en el ejemplo de la adopción, llegar a la misma solución, es decir, a la aplicación de la Ley de 1972, por cuanto la consecuencia jurídica —derecho a suceder del hijo adoptivo— no se derivaría del supuesto de la adopción —ocurrída antes de la vigencia de la Ley— sino del supuesto de la muerte del adoptante, ocurrido con posterioridad a la misma y por tanto sujeto a ella.

querer. ROUBIER, quien ha sido el más alto exponente de esta concepción, dice: "Los contratantes, que vinculan a él —al contrato— sus intereses, saben qué pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto, o incluso de la Ley. Es evidente que la elección hecha por las partes sería inútil si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato fue concluido, viniese a echar por tierra sus previsiones. Cuando dos personas se casan, cuando un sujeto adquiere un usufructo o una hipoteca encontramos indudablemente como base de tales actos un hecho voluntario; pero los interesados saben que no hay más elección que la de seguir o no el régimen legal. Por el contrario, cuando dos personas celebran una venta o un contrato de arrendamiento, saben que pueden insertar determinadas cláusulas, condiciones o modalidades del acto y si algo esperan de la Ley, es solamente una protección complementaria, en relación con lo que hubieran dejado de prever o de enunciar"²⁸. Con igual claridad se expresan PLANIOL y RIPERT: "...es preciso mantener esa situación contractual sujeta al imperio de la antigua ley, en los casos en que la nueva ley no lo prohíba por motivos de orden público". (A esta última consideración nos referimos a continuación, en el ordinal 4º de esta exposición). "En efecto, cuando las partes celebraron el contrato se entiende han tomado el contenido de la ley vigente, adoptándola implícitamente, lo cual se deduce que no la hayan desechado de modo expreso; la ley antigua, por ello, forma parte del contrato y se aplica como estipulación implícita de las partes, aun cuando se encuentre ya derogada por una nueva ley"²⁹.

El Artículo 1815 del Código Civil de 1942, por ejemplo, introdujo una nueva disposición según la cual "el acreedor debe poner en conocimiento del fiador la mora del deudor, inmediatamente que ésta ocurra". Si un contrato de fianza se celebró en 1940 y el deudor incurrió en mora en 1943, el fiador no podía reclamar, con base en el referido Artículo, que se le debió avisar inmediatamente de esta circunstancia, ya que tal obligación para el acreedor no estaba contemplada en el Código Civil de 1922, bajo cuya vigencia se celebró el contrato. Some-

28. ROUBIER, Ob. cit., Tomo I, p. 598.

29. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGE, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Cultural S. A., La Habana, 1936, Tomo Sexto, p. 40.

ter al acreedor a dar el aviso a que se refiere el mencionado Artículo 1815 sería atentar contra su autonomía de voluntad, ya que cuando él celebró el contrato de fianza, lo hizo en el entendido de que no estaba obligado a avisar al fiador la mora del deudor, ya que la ley no contemplaba tal disposición ni las partes la habían establecido expresamente.

4. El principio de “supervivencia de la ley antigua” no es aplicable a los actos, situaciones o relaciones jurídicas cuya regulación, por estar sometida a normas de orden público, no descansa en la autonomía de la voluntad. En estos casos, no se justifica el criterio de excepción que hemos comentado en el Ordinal 3º, puesto que tratándose de normas imperativas y no supletorias de la voluntad de las partes, su aplicación inmediata no vulnera la ordenación jurídica de los actos o situaciones respectivas, ya que la misma es establecida por el Estado sin estar sujeta al querer de los particulares. Por ello, las leyes de “orden público” o “imperativas”; como indistintamente se les conoce, están sujetas al principio general comentado en el Ordinal 2º y no a la excepción a que nos hemos referido en el Ordinal 3º. Así, por ejemplo, las disposiciones contenidas en la Ley de Alquileres de 1960, por ser de orden público, son aplicables a los contratos de arrendamiento de viviendas celebrados con anterioridad a su vigencia.

El Derecho del Trabajo es, característicamente, un derecho imperativo. Sus normas no tienden a suplir la voluntad de las partes, sino que constituyen un acto soberano del poder público destinado a vincular a los sujetos a los cuales están dirigidas con prescindencia de su voluntad y aun en contra de ella, si fuere el caso. Por razones de supremo interés colectivo y de Justicia Social, el Estado ha sustraído la regulación de las relaciones de trabajo del campo de la autonomía de la voluntad y ha establecido normas, que constituyen un mínimo de protección irrenunciable para el trabajador y que puede ser superado —no disminuido— por la contratación colectiva o individual. Tales normas, por interesar al orden público son de aplicación inmediata y rigen tanto para las relaciones laborales que se establezcan después de su vigencia, como para los efectos o consecuencias producidos con posterioridad a la misma, por relaciones laborales preexistentes. Así cuando el Artículo 59

de la Ley del Trabajo³⁰, establecido mediante Decreto-Ley Presidencial N° 876 publicado con fecha cinco de mayo de mil novecientos setenta y cinco, ordena el pago del llamado "bono vacacional" equivalente a un día de salario por cada año de trabajo, tal pago debe hacerse a todos los trabajadores, independientemente de que su relación laboral se haya iniciado antes o después de la promulgación de dicho Decreto y el bono correspondiente a cada trabajador se calculará tomando en cuenta el número de años de servicios prestados por el mismo, contados a partir de la fecha de inicio de su relación de trabajo y no, como han sostenido algunos, a partir de la fecha del Decreto Presidencial que lo estableció³¹.

Pensamos que las ideas que hemos expuesto pueden auxiliarnos como criterios orientadores en la solución de los problemas planteados por la aplicación temporal de las normas laborales, los cuales son particularmente importantes y variados en virtud del carácter especialmente dinámico de esta disciplina. El enfoque que hemos hecho está fundamentalmente como dijimos con anterioridad, dentro de los conceptos que desde principios de este siglo han venido siendo utilizados para el estudio de esta difícil problemática por destacados autores de la Teoría General del Derecho y del Derecho del Trabajo. Nos permitiremos citar brevemente algunos de ellos: VAREILLES-SOMMIERES, pionero en la moderna doctrina sobre la retroactividad, dice que "la irretroactividad de la Ley implica, por lo tanto, solamente, el respeto de los efectos ya producidos, pero no de los efectos por producirse"³².

PLANIOU y RIPERT dicen: "Cuando dos leyes sucesivas pueden aplicarse a una situación jurídica determinada, el conflicto

-
30. Ley del Trabajo, Artículo 59: "Sin perjuicio de que los contratos colectivos establezcan un régimen más favorable al trabajador, los patronos deberán cancelar a éste, en la oportunidad de concederle vacaciones y además del pago por su disfrute, una bonificación especial de un día de salario por cada año de servicio, hasta un máximo de quince días".
31. Recién promulgado el Decreto, los sectores obrero y empresarial, a través de calificados voceros, emitieron criterios contrapuestos en relación a la interpretación del Artículo 59, difiriendo, entre otras cosas en cuanto a si los años de servicios prestados con anterioridad al Decreto debían o no ser considerados para el cómputo del bono vacacional. La Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo emitió dictamen en sentido afirmativo.
32. VAREILLES-SOMMIERES, DE, Une Theorie nouvelle sur la retroactivité des lois (Rev. crit. de Legislation et de Jurisprudence), Paris, 1893, p. 444.

entre estas dos leyes puede únicamente resolverse según una de las tres maneras siguientes: a) Se puede decir que la ley nueva, aboliendo los efectos ya producidos en el pasado por la ley antigua, rige la situación jurídica de que se trate, desde el momento en que dicha situación jurídica tomó nacimiento. La ley nueva, es retroactiva. b) se puede decidir en forma inversa, esto es, que a pesar de la ley nueva, la Ley antigua continúa rigiendo la situación jurídica nacida bajo su imperio. Se tiene, entonces, supervivencia de la Ley antigua. c) Queda una tercera solución, que consiste en asignar a las dos leyes sucesivas, épocas respectivas de aplicación. Hasta la vigencia de la ley nueva, la ley antigua rigió la situación jurídica creada bajo su imperio y los efectos jurídicos ya realizados, no serán afectados. Pero, desde su entrada en vigor, la ley nueva surte efectos; se apodera, a partir de esa fecha, de la situación jurídica existente, sea en casos extremos, para abolirla, sea lo que ocurrirá generalmente, para desprender consecuencias nuevas. Se dice, en este caso que la ley nueva producirá un efecto inmediato". "La ley es retroactiva", dicen "cuando vuelve sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizados. Fuera de eso no existe retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores sin ser retroactiva"³³.

RUGGIERO afirma: "El hecho realizado en sí y en los efectos futuros que de él deriven, debe ser regulado en algunas materias (preferentemente en aquellas que predominan la autonomía de la voluntad privada y el interés particular) por la ley que regía al tiempo en que se verificó; pero, con haberse verificado bajo el imperio de una norma diversa, no excluye el que por el contrario, sea regido en otras materias (especialmente en las que predomina el interés del Estado y el orden público) por la ley nueva"³⁴.

DURAND y JAUSSAUD dicen: "La ley nueva no puede aplicarse a la constitución o extinción de una situación jurídica, cuyos elementos quedaron reunidos bajo el imperio de la ley antigua, tampoco tiene efectos de ley nueva sobre las conse-

33. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGE, *Traité Elementaire du Droit Civil Français*, París, 1928, Tomo I, p. 91.

34. RUGGIERO, ROBERTO, *Ob. cit.*, Tomo I, p. 180.

cuencias de la situación jurídica que se hubieren producido bajo el mismo imperio de la ley antigua. Pero la ley nueva se aplica en el futuro con un efecto inmediato y rige los efectos futuros de las situaciones jurídicas anteriormente constituidas. Excepcionalmente, puede producirse la supervivencia de la ley antigua o una aplicación retroactiva de la ley nueva. La supervivencia de la ley antigua se encuentra en el dominio de los contratos, pues esta ley continúa rigiendo los efectos de los contratos que no estuvieren totalmente ejecutados en la fecha en que entró en vigor la ley nueva. En cuanto a la retroactividad de la ley nueva, depende, sea de una manifestación de voluntad del legislador, sea de la naturaleza de la ley (Leyes confirmativas e interpretativas)³⁵.

MARIO DE LA CUEVA aplicando las anteriores consideraciones generales al Derecho del Trabajo y comentando una sentencia en este sentido de la Corte Suprema de Justicia de México, hace un claro resumen de la solución al problema de la aplicación temporal de las leyes laborales: "Toda ley es de aplicación inmediata y, en consecuencia, su efecto natural es regir todas las relaciones jurídicas a partir de la fecha en que cobra vigencia; este efecto natural de la ley es nombrado por el Profesor KROTOSCHIN retroactividad de primer grado, pero el mismo autor indica que no es una auténtica retroactividad; la misma opinión es sustentada por MARCEL PLANIOL y por los Profesores DURAND y JAUSSAUD. Una ley es retroactiva—retroactividad de segundo grado según KROTOSCHIN— cuando vuelve sobre el pasado para juzgar el nacimiento de una relación jurídica o destruir los efectos producidos antes de su entrada en vigor. En la materia de los contratos, la ley antigua debe continuar rigiendo los efectos futuros de los contratos celebrados durante su vigencia; esta supervivencia de la ley antigua se justifica en la doctrina en nombre del principio de seguridad jurídica, pues los contratantes, al momento de celebrar el contrato, deben tener la certidumbre de que su voluntad, protegida por el derecho vigente en ese momento, será respetada, esto es, deben estar ciertos de que una manifestación de voluntad, jurídicamente válida, deberá cumplirse; sin esta certeza, devendrá precario el régimen de los contratos"...

35. DURAND, P. y JAUSSAUD, R., Ob. cit., Tomo I, pp. 197 y ss.

“En la doctrina de Derecho Civil, la supervivencia de la Ley antigua se apoya, en última instancia, en el principio de la autonomía de la voluntad; pero no puede admitirse en el derecho del trabajo, porque ese principio, en lo que toca a la regulación del contenido de las relaciones de trabajo, no existe, pues, inversamente, el contenido de la relación de trabajo está imperativamente regido, durante toda la vida de la relación, por las normas jurídicas vigentes; o expresado en otros términos: la voluntad de los particulares no puede detener la marcha del derecho del trabajo. Por otra parte y de acuerdo con la doctrina, los contratos se dividen en momentáneos y de tracto-sucesivo; los primeros son aquellos que, en un mismo acto, se celebran y producen todos sus efectos, como la compraventa y los segundos, son los que prolongan sus efectos en el tiempo; pues bien, los efectos aun no realizados en los contratos de la segunda especie, aun en la teoría del derecho civil, quedan regidos por la ley nueva, cuando se trata de leyes que afectan el orden y el interés públicos, pues estas leyes, por el interés que persiguen, no están sujetas a la voluntad de los particulares, esto es, las leyes que representan el orden y el interés públicos son de aplicación inmediata; este punto de vista ha sido sustentado por la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia, a propósito de la capitalización de intereses, institución prohibida por el Código Civil de 1928 y es también el fundamento de las leyes sobre congelación de rentas en los contratos de arrendamiento; y si esta solución es válida en el derecho civil, con razón mayor debe aplicarse en el derecho del trabajo, estatuto que está formado, en todas sus partes, por normas del más alto interés público”³⁶. En sentido igual o similar a DE LA CUEVA se pronuncia la más calificada doctrina laboral³⁷.

Desde el momento mismo de su consagración por el Artículo 27 de la Ley del Trabajo de 1936, la prestación de antigüedad presentó problemas en cuanto a su aplicación temporal³⁸. Se adujo por parte del sector patronal que para la determinación del monto de la antigüedad no podría tomarse en

36. DE LA CUEVA, MARIO, Ob. cit., pp. 413 y ss.

37. Véanse notas 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de este Capítulo.

38. En la primera edición de la obra de CALDERA, *Derecho del Trabajo*, Tipografía La Nación, Caracas, 1939, pp. 307 y ss., se incluye un Capítulo referente a la situación entonces presentada.

cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, por cuanto ello significaría darle efecto retroactivo. El sector laboral sostuvo el criterio opuesto que fue igualmente acogido por la Oficina Nacional del Trabajo, en ejercicio de las funciones judiciales que transitoriamente ejerció, por varios fallos de Tribunales y por la Procuraduría General de la República. Dijo la Oficina Nacional del Trabajo: "La disposición del párrafo 1º de este Artículo 27 (Artículo 37 de la Ley vigente) se aplica plenamente a los casos en los cuales un empleado u obrero pierda su trabajo por razón de despido o por otra causa ajena a su voluntad; cuando el empleado u obrero estaba trabajando de modo ininterrumpido en cumplimiento de un contrato de trabajo, expreso o presunto, por tiempo indeterminado y celebrado con anterioridad a la fecha de la promulgación de la vigente Ley del Trabajo. La aplicación de esa disposición legal a tales casos no constituye, en modo alguno, un efecto retroactivo de la actual Ley del Trabajo". El pago de la antigüedad, asienta la Oficina, "es una obligación legal en el sentido que no tiene por fuente ningún contrato, sino una disposición imperativa y de orden público de la Ley; y es extraña a todo contrato, precisamente porque no tiene aplicación sino, justamente, cuando el contrato se extingue por una causa enteramente imprevista en el mismo contrato, cual lo es el despido injustificado del patrono o cualquier otra causa ajena a la voluntad del trabajador tratándose de contratos por tiempo indeterminado. No contradice esta opinión el falso argumento de que tal aplicación de la vigente Ley del Trabajo en el caso concreto a que nos venimos refiriendo, a los contratos anteriores a su promulgación, equivale a dar efecto retroactivo a la Ley, por el hecho de que se tiene en cuenta la duración que ha tenido el contrato para calcular el monto de la indemnización. Tal conclusión es inexacta, puesto que, al tomar como simple base de cálculo aritmético el tiempo de duración del contrato, no se está aplicando la Ley al contrato mismo, sino que, simplemente, se está contemplando un hecho cumplido (la duración que haya tenido un contrato, real o presunto) para tomarla como factor de una multiplicación, ordenada por la Ley y que es necesario realizar para calcular el monto de la obligación dimanada exclusivamente de esa misma Ley"... "Las indemnizaciones previstas en el párrafo 1º del Artículo 27 de la Ley del Trabajo vi-

gente y que se refieren a un hecho verificado después de haber ella entrado en vigencia, tienen la característica de una pena (carga), aplicable desde el momento en que se verifica el hecho considerado en ellas"... "La situación que contempla la Ley es el hecho de la rescisión del contrato por despido u otra causa ajena a la voluntad del obrero. Si este hecho se realiza bajo el imperio de la ley nueva, sus consecuencias deben ser regidas por ésta. Habría retroactividad si se quisiera aplicar la ley nueva a un despido o hecho ajeno a la voluntad del obrero, ocurrido antes de su entrada en vigor"³⁹.

La Corte Federal y de Casación, en fallo criticado por los especialistas del trabajo y cuya doctrina no fue pacíficamente acogida por los juzgadores laborales de instancia, declaró nula la decisión de la Oficina Nacional del Trabajo. El Alto Tribunal sintetizó su doctrina afirmando: "que las indemnizaciones por despido de los obreros, aunque tal despido haya ocurrido bajo la vigencia de la nueva Ley del Trabajo, se rigen como efecto o consecuencia directa que son de la resolución de contratos celebrados antes de la dicha Ley, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio sobre esta materia, según los casos, pues éstas fueron las únicas leyes que las partes pudieron tener en cuenta al contratar; que prescindir de tales normas, para aplicar el artículo 27 de la Ley del Trabajo, es darle efecto retroactivo a esta Ley, violando así el Artículo 90 de la Constitución Nacional; que no previendo dicho Artículo 27, casos o situaciones en que el despido ocurra porque el negocio mismo ya no puede continuar bien por quiebra manifiesta o inminente o por otra circunstancia económica en cualquiera de las cuales el principal o dueño resulte la primera víctima de esa situación quedando en iguales o tal vez en peores condiciones pecuniarias que su empleado, no previéndose esto, resulta así concedido en dichos casos al empleado u obrero el privilegio de aliviar su situación, ultimando el hundimiento económico de su principal, quien para indemnizarle esa cesantía obligada y ruinoso para ambos, tendría que, o dejarse sustraer del bolsillo "legalmente", algún exiguo ahorro, quedando así en la más absoluta inopia, o contraer compromisos gravando sus posibles actividades futuras, resultando así me-

39. PORRAS RENGEL, JUAN, Ob. cit., Tomo I, pp. 22 y ss., Tomo II, pp. 1.903 y ss.

noscabadas eventualmente, según la especialidad de las circunstancias, otras garantías constitucionales: la propiedad, la libertad del trabajo y de la industria y la igualdad ante la Ley"... "No había necesidad de examinar en sí misma, o sea, en su funcionamiento, la base del cálculo del Artículo 27, para decidir que se estaba aplicando retroactivamente este precepto, pues, como ya se dijo, para saber si hay retroactividad, basta comprobar que se ha aplicado la Ley nueva en casos que deben regirse por la ley del contrato, sea cual fuere el resultado económico a que el cálculo de la pena condujese. Pero, aparte de esto, la sola forma de cálculo de la pena o indemnización implica también retroactividad, pues con ella se hace producir un efecto nuevo (el de agravar la pena) a la duración de contratos que empezaron y terminaron antes de la vigencia de la Ley del Trabajo. Esa duración no es sino un efecto voluntario de los contratos de trabajo, es obra de la conducta contractual de ambas partes; esa conducta, esa voluntad recíproca de las partes, en hacer durar la relación contractual se desarrolló libremente porque, atentas a la ley del contrato, aquéllas no podían temer que una nueva ley viniese a injertar en esa obra de su exclusiva voluntad, una consecuencia más en beneficio exclusivo de una de las partes, con perjuicio de la otra, rompiendo así la nueva Ley la base de igualdad que en cuanto a este punto garantizaba la ley anterior. De tal modo es así, que si los principales o patronos cuando contrataron bajo la ley precedente hubiesen sospechado que una nueva ley vendría a establecer, con efecto retroactivo, tal forma de indemnización, es casi seguro que habrían ejercido prudentemente, en discretos períodos de duración, su derecho reconocido por la Ley, de resolver unilateralmente sus contratos de trabajo"⁴⁰.

Partiendo de las consideraciones que expusimos al hablar sobre el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, podemos concluir que la tesis contenida en los fallos revocados era más ajustada a los criterios técnicos establecidos por la doctrina que la sostenida en la sentencia de la Corte. Dado lo incipiente de nuestra legislación y doctrina laborales para aquel momento, parece explicable que nuestro máximo Tribunal sostuviese un punto de vista, muy apegado a la concepción

40. PORRAS RENGEL, JUAN, *Ob. cit.*, Tomo II, pp. 1895 y s.

civilista tradicional del contrato de trabajo y no tuviese en cuenta el carácter de orden público propio de las leyes laborales. Por ello, este criterio estaba destinado a no dejar huella profunda en la evolución del Derecho del Trabajo venezolano.

En 1947, cuando se establece el auxilio de cesantía, el legislador, como bien lo señala CALDERA en la segunda edición de su obra, "se guió por el criterio de considerar errada la jurisprudencia de Casación en materia de retroactividad, puesto que mandó a computar, para la nueva indemnización años anteriores a la fecha de su entrada en vigencia que era el 3 de Noviembre de 1947"⁴¹. Este imperativo legal fue considerado por algunos como violatorio del principio de la irretroactividad de las leyes, contenido en el Artículo 181 de la Constitución Nacional entonces vigente⁴² y con este fundamento se introdujo ante la Corte Federal y de Casación un recurso de nulidad del párrafo único del Artículo 39 de la Ley del Trabajo⁴³. La Corte, en decisión que sin duda constituye una rectificación a su anterior criterio, rechazó el recurso de inconstitucionalidad, estimando que no existía la colisión denunciada, porque del párrafo en cuestión, "sólo se desprende que en el cómputo para medir la indemnización a la cual se refiere el párrafo se tomarán en cuenta los servicios prestados hasta la fecha señalada, que es anterior a la promulgación de la Ley, lo cual significa únicamente el establecimiento de un término pasado, en sentido material, que no responde al concepto jurídico del pasado sobre el cual el Legislador no puede extender los efectos de la nueva Ley". Señala la Corte que el despido y el retiro "no constituyen un derecho proveniente de la relación contractual establecida por la voluntad de las partes, que puedan someter su cumplimiento a estipulaciones contrarias

41. CALDERA, RAFAEL, Ob. cit., pp. 415 y ss. Señala CALDERA otro problema relativo a la aplicación temporal de la reforma: "Por otra parte, la reforma del 47 introdujo la indemnización por causa de muerte no debida a infortunio profesional. Hasta entonces —por sobre algunos pareceres, entre ellos el mío— privaba el criterio de que en la Ley no la concedía. ¿A partir de cuándo debe computarse la antigüedad en este caso? ¿Desde el 16 de Julio de 1936 o desde el 3 de Noviembre de 1947?"

42. El Artículo 181 de la Constitución de 1947 es equivalente al Artículo 44 de la Constitución vigente de 1961. Véase nota 3 de este Capítulo.

43. La reforma de 1947 estableció en el párrafo único del Artículo 39 lo siguiente: "A los efectos de este beneficio sólo se tomarán en consideración los servicios prestados ininterrumpidamente a partir del dieciséis de Julio de mil novecientos treinta y seis".

a las prescripciones a que los ha sometido la Ley, reputadas irrenunciables por su contenido social, que persigue lograr el equilibrio entre el capital y el trabajo”, lo cual “obliga a rechazar en esta materia los principios del derecho común en virtud de los cuales las normas legales supletorias de la voluntad de las partes rigen para todas las relaciones emanadas del contrato celebrado bajo su imperio por todo el tiempo de vigencia de aquél”. Concluye la Corte: “Provieniendo el auxilio de cesantía establecido en la disposición de la vigente Ley del Trabajo que se analiza de un hecho regido por ella que crea la situación jurídica subjetiva, en virtud de la cual surge para el trabajador el derecho de percibir la prestación y para el patrono la obligación de pagarla, el cómputo establecido por el Legislador para determinar su monto, atendiendo por un elemental principio de equidad y justicia, el tiempo de servicios prestados de modo ininterrumpido, lógicamente se proyecta de manera material a un término temporal anterior a la promulgación de la nueva ley; de manera que cuando el párrafo en cuestión dispone que “a los efectos de este beneficio se tomarán en consideración los servicios prestados ininterrumpidamente a partir del diez y seis de Julio de mil novecientos treinta y seis, en realidad lo que está es poniéndole un límite al tiempo de servicios que han de tomarse en cuenta para determinar el monto del auxilio de cesantía establecido por causa de despido injustificado o retiro voluntario por causa justificada según la Ley. Y esta incursión en el pasado material no modifica ninguna situación jurídica subjetiva producida bajo el imperio de la ley anterior de la cual hayan surgido derechos legítimamente adquiridos que deba respetar la nueva ley, en virtud del principio de la irretroactividad consagrado por el Artículo 181 de la Constitución Nacional⁴⁴.

Al ser reformados los Artículos 37 y 39 de la Ley del Trabajo por el Decreto Presidencial N° 124 que estableció la antigüedad y la cesantía como “derechos adquiridos”, se planteó, en términos semejantes a los de 1936 y 1947, la cuestión de la aplicación temporal de la reforma. Así, mientras unos sostuvieron que para el pago de “los derechos adquiridos” de antigüedad y cesantía debía comprometerse todo el tiempo de

44. Compilación Legislativa de Venezuela, Editorial Andrés Bello, Buenos Aires, 1951, Tomo i°, 1948-49, pp. 737 y ss.

servicios prestados por el trabajador, incluso el transcurrido con anterioridad al Decreto 124, otros afirmaron que en el momento de terminación de la relación laboral, cuando se fuese a liquidar las prestaciones del trabajador había que hacer una distinción: el tiempo transcurrido después del Decreto daría lugar al cómputo de la antigüedad y cesantía como "derechos adquiridos", es decir independientemente del motivo de la terminación, mientras que para el cómputo del tiempo transcurrido con anterioridad había que atender al viejo régimen, es decir, que la procedencia o improcedencia del importe correspondiente a dicho tiempo estaría en función de la causa de finalización de la relación de trabajo.

Planteada la discusión en los términos anteriormente descritos, no tardó en resolverse en la práctica a favor del primero de los criterios anotados. Y ello se debió, a nuestro juicio, a varios factores. En primer lugar, la existencia de antecedentes judiciales como los producidos a partir de 1948, las conclusiones logradas por la más moderna doctrina sobre la aplicación inmediata de las normas del trabajo en general, y el mayor grado de desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia laborales en nuestro País, descartaron la utilización de fórmulas civilistas tradicionales como las acogidas por la Corte en 1937. En segundo lugar, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, cuyas opiniones no tienen fuerza vinculante, pero constituyen sin duda, un importante elemento de orientación para la práctica laboral, en dictamen de fecha 10 de Octubre de 1974 que alcanzó gran divulgación, sostuvo que "los artículos 37 y 39 de la Ley del Trabajo publicada el 4 de Junio de 1974, son aplicables a los contratos que por cualquier causa terminen bajo su vigencia, con efectos sobre todo el tiempo que haya durado la respectiva relación, sin que por ello pueda considerarse que dicha aplicación es retroactiva"⁴⁵. Por otra parte, el propio Legislador —en este caso el Presidente de la República, haciendo uso de sus facultades extraordinarias— resolvió la cuestión cuando, al promulgar el Decreto 859 del 25-4-75, estableció que los patronos estaban obligados a abonar en cuentas individuales de los

45. ARAUJO, JESUS y BOGGIANO, GRACIELA, Dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, publicado por la Revista del Instituto Venezolano de Derecho Social, Editorial Sucre, Caracas, 1975, N° 39, pp. 37 y ss.

trabajadores, abiertas en la contabilidad de la Empresa, no sólo las cantidades correspondientes a los años que transcurrieren con posterioridad al Decreto, sino también las correspondientes a los servicios prestados con anterioridad al mismo, por todas las cuales deberán, además pagar intereses⁴⁶. Por último, cabe destacar que ya ha habido algunos pronunciamientos judiciales en este sentido⁴⁷.

La aplicación de los principios orientadores señalados en materia de retroactividad de la Ley, nos lleva a concluir que el criterio que viene prevaleciendo es el correcto. En efecto, para la determinación del monto de la antigüedad y la cesantía se computan el tiempo de servicios transcurrido con anterioridad al Decreto y ello no significa, de modo alguno, aplicación retroactiva del mismo: se trata de la aplicación inmediata de una norma que rige todas las relaciones laborales existentes durante su vigencia, incluso las constituidas con anterioridad. La norma debe respetar los efectos jurídicos consolidados con anterioridad a ella, pero no los que posteriormente se produzcan como consecuencia de relaciones de trabajo activas durante su vigencia, aun cuando hayan sido establecidas con antelación. Por ello, el Decreto 124 rige, después de su publicación en la Gaceta Oficial, todos los efectos jurídicos que a partir de ese momento vayan produciendo las relaciones de trabajo existentes en el país, de manera que la antigüedad y la cesantía, por voluntad imperativa de la ley, no susceptible de ser relajada por acuerdos particulares, pasan a ser "derechos adquiridos" de todos los trabajadores, independientemente de la causa de terminación de la relación laboral y de la fecha de inicio de la misma.

El tiempo de las prestaciones deberá ser calculado en función del tiempo ininterrumpido de servicios que cada trabajador

-
46. Ley del Trabajo, Artículo 41, Parágrafo Quinto: "El abono en cuenta a que se refiere el encabezamiento de este artículo, de la suma equivalente a las prestaciones de antigüedad y auxilio de cesantía causados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Decreto, podrá ser hecho por los patronos durante un lapso no mayor de cinco (5) años, pero la totalidad de esta suma devengará intereses desde la fecha indicada de conformidad con lo establecido en el Parágrafo anterior". Este Artículo es considerado retroactivo por RAFAEL ALFONZO GUZMAN, cuyo criterio en relación a este particular comentaremos más adelante.
47. La Jurisprudencia Venezolana editada por Ramírez y Garay, Caracas 1976, Tomo XLIX, pp. 318 y ss. y 327, recoge dos sentencias en este sentido del Juzgado Superior Primero del Distrito Federal.

haya cumplido en su respectiva Empresa, aun cuando su ingreso a la misma hubiere ocurrido con anterioridad al Decreto. El tiempo de duración de la relación no viene a ser sino la medida que el legislador utilizó para cuantificar el monto de las prestaciones que deben corresponder a los trabajadores cuya relación laboral finalice durante el imperio de la nueva ley. No hay aplicación retroactiva del Decreto, porque no se están afectando ni las relaciones laborales extinguidas antes de su vigencia, ni los efectos ya consumados de relaciones que, nacidas antes del mismo, son respetadas en sus consecuencias pasadas, pero que, en virtud de que la nueva ley es de orden público, deben adaptar sus consecuencias futuras al nuevo contenido normativo. Habría retroactividad si la norma volviendo hacia el pasado, hiciera nueva valoración de una situación jurídica ya consolidada —cual sería la del trabajador despedido justificadamente y sin derecho a prestaciones— le diere nueva vida e hiciera desprender de ella nuevas consecuencias, como las de otorgar a dicho trabajador el derecho a cobrar una antigüedad y una cesantía que no recibió porque no le correspondían de acuerdo a la ley vigente para el momento de su despido.

El criterio que acabamos de exponer ha encontrado aceptación bastante generalizada en nuestra doctrina⁴⁸ y práctica laborales y ha sido utilizado para resolver los otros problemas planteados por las recientes reformas presidenciales, entre ellos el relativo al bono vacacional, al cual nos referimos anteriormente, y los inherentes al régimen de pago de la propia antigüedad y cesantía. En cuanto a este último aspecto, es interesante anotar la opinión del destacado especialista Dr. RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, quien atribuye vicio de retroactividad al Artículo 41 de la Ley del Trabajo, "que ordena el abono en cuenta y la constitución de fideicomisos individuales sobre la

48. Este ha sido el criterio predominante entre los especialistas en diversas Jornadas, Foros y Seminarios sobre Derecho Laboral realizados después de las reformas presidenciales. Entre quienes han expresado por escrito este criterio podemos citar a: ALVAREZ LORETO, MANUEL, Nuevas Disposiciones sobre Antigüedad y Cesantía. Observaciones acerca del problema de la irretroactividad, publicado en Revista del Instituto Venezolano de Derecho Social, Editorial Sucre, Caracas, 1975, N° 39, pp. 43 y ss.; ARAUJO, JESUS, Comentarios a la Ley Contra Despidos Injustificados, Italgáfica, S.R.L. Caracas, 1975, pp. 53 y ss.; ALFONZO GUZMAN, RAFAEL, con las reservas que comentamos a continuación, Didáctica del Derecho del Trabajo, U.C.V., Caracas, 1976, pp. 163 y ss.

base de las prestaciones por antigüedad y auxilio de cesantía causados con anterioridad al 25-4-75, fecha del Decreto 859, creador de la señalada obligación. Tal disposición" —afirma— "erige en causa inmediata del deber del patrono un hecho anterior a su promulgación: los años de servicios pasados bajo la vigencia de la ley derogada. Se da así el supuesto de la retroactividad, que es el de una norma que concurre con otra, dictada con anterioridad, para regular con efectos diferentes un mismo hecho jurídico pasado: el tiempo de servicios del trabajador. Obsérvese que no se trata de apreciar la duración del contrato de trabajo como factor de una prestación económica causada por un hecho sobrevenido bajo la vigencia de la nueva ley... En el caso en estudio sucede de distinta manera, pues la causa inmediata del abono en cuenta y del pago de las sumas fideicometidas no es ningún hecho acaecido después del 25-4-75, sino el tiempo de servicios anterior a esta fecha. En esta forma, la nueva Ley (Decreto 859) no aprecia el tiempo pasado como un medio para calcular la prestación que es objeto del derecho, sino como principio adquisitivo de éste, atribuyéndole con ello una aptitud jurídica para crear obligaciones de la cual carecía según la norma derogada"⁴⁹.

En relación a esta opinión, observamos que del texto citado se desprende que ALFONZO GUZMÁN considera correcto, por cuanto no lesiona el principio de irretroactividad, el que se computen los años de servicios ininterrumpidos prestados con anterioridad al Decreto 124 de fecha 31-5-74, a los fines de determinar el monto de la antigüedad y cesantía correspondiente a un trabajador cuya relación laboral ha finalizado después de esa norma, pero que estima que la ley incurre en retroactividad cuando ordena el cómputo de los servicios anteriores al Decreto 859 del 25-4-75, a los fines de determinar las cantidades que deben abonarse en cuenta a cada trabajador y que, eventualmente, podrán serles entregadas para su inversión, en fideicomisos. No encontramos fundada esta distinción, pues, a nuestro juicio, en ambos casos se trata de la aplicación inmediata de una nueva norma laboral, que respeta los efectos jurídicos ya consolidados de las relaciones laborales pre-existentes, pero que requiere que éstas se adapten al nuevo

49. ALFONZO GUZMAN, RAFAEL, Ob. cit., pp. 163 y ss.

contenido normativo que de inmediato pasa a regir los efectos futuros de dichas relaciones. Así, si una relación de trabajo finaliza con posterioridad al Decreto 124, la situación será regida por esta norma en el sentido de que las respectivas prestaciones sociales deberán ser pagadas como “derechos adquiridos” en conformidad con la misma. De igual manera, si no se trata de la terminación, sino de la subsistencia de una relación laboral después del Decreto 859, éste también someterá dicha relación a su inmediato imperio, de forma que el trabajador, para quien la antigüedad y la cesantía ya eran “derechos adquiridos” de acuerdo al Decreto 124, será destinatario inmediato de las normas contenidas en el Decreto 859 y tendrá derecho a que, mediante el abono en cuenta, se deje constancia del importe respectivo de “sus derechos adquiridos”, cuyo pago le correspondería en ese momento, en caso de finalizar su relación. Y es que el abono en cuenta, como lo asienta el propio ALFONZO GUZMÁN, es tan sólo una constancia de un crédito calculado de conformidad con los Artículos 37 y 39 de la Ley del Trabajo⁵⁰. Por ello nos parece contradictorio que se justifique el cómputo del tiempo anterior a la nueva ley cuando se trate del pago de las prestaciones por haber terminado la relación laboral y no cuando se trate de hacer los abonos contables que dejan constancia de las acreencias del trabajador para el momento de su registro y cuyo saldo final servirá para determinar el importe de las prestaciones a que tendrá derecho en la oportunidad en que el pago sea procedente.

Es nuestro criterio que en ambos casos las nuevas normas se están aplicando a consecuencias jurídicas generadas con posterioridad a ellas por una relación laboral preexistente. En el primer caso, el Decreto 124 se está aplicando a las nuevas consecuencias jurídicas —las propias de la terminación— de una relación que fue establecida con anterioridad a su vigencia. En el segundo caso, el Decreto 859, se aplica a los nuevos efectos que con posterioridad a su vigencia se continúan derivando de una relación laboral previamente constituida, pero que, por ser de ejecución sucesiva las obligaciones que este tipo

50. *Ibidem*, p. 162.

de vínculo produce, prolonga sus consecuencias jurídicas a lo largo del tiempo. De allí, que la situación jurídica de ser trabajador subordinado a un patrono en 1976, por ejemplo, genera una serie de consecuencias que deben ser reguladas por la ley vigente en ese año, aun cuando la relación de trabajo se haya iniciado en 1970. Por tanto, para este trabajador de 1976, la antigüedad y la cesantía serán “derechos adquiridos” —Decreto 124— cuyos importes, en virtud de lo establecido en el Decreto 859, vigente para ese momento, “deberán ser abonados anualmente en una cuenta individual del trabajador que será abierta en la contabilidad de la Empresa, y entregadas al finalizar la relación laboral”, o entregados “periódicamente, a título de adelanto, según los términos y condiciones que estipulen o hubieren estipulado de común acuerdo el patrono y sus trabajadores o por vía de contratación colectiva, siempre y cuando las cantidades así entregadas sean destinadas por el trabajador a la constitución de fideicomisos individuales”⁵¹. No existe, pues, retroactividad de la ley ni en la primera ni en la segunda hipótesis. En ambas, de acuerdo a los principios generales que hemos expuesto, está produciendo la aplicación inmediata de una norma laboral (de orden público), que toma el tiempo trabajado, no como un supuesto productor de derechos, sino como una regla para el cálculo aritmético del monto de la prestación⁵².

Con la exposición contenida en este Capítulo, no pretendemos haber agotado el tratamiento de las diversas cuestiones que pueden suscitarse por la aplicación temporal de nuestras normas positivas sobre antigüedad y cesantía. Esperamos, sí, que los criterios expuestos puedan ser de alguna utilidad para la solución de los problemas que se presenten.

III. NATURALEZA JURIDICA DE LA ANTIGÜEDAD Y LA CESANTIA

La determinación de la naturaleza jurídica de las prestaciones sociales que —como las nuestras de “antigüedad” y

51. Ley del Trabajo, Artículo 41.

52. En este sentido se pronuncia CALDERA, Ob. cit., pp. 414 y ss., nota 466, al comentar criterio contrario de SANCHEZ COVISA.

“cesantía”— corresponden a los trabajadores al término de la relación laboral y en función del tiempo de su permanencia en la Empresa, ha sido motivo de larga discusión entre los ius laboristas⁵³. La cuestión ha sido ampliamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales⁵⁴. Pero sus planteamientos deben ser revisados a la luz de la reciente reforma, ya que la precisa determinación de la naturaleza jurídica de una prestación de este tipo debe hacerse en función del ordenamiento jurídico positivo que la consagra. La importancia de este problema no es solamente teórica, pues de la solución que se adopte pueden desprenderse relevantes consecuencias prácticas, tales como las relativas al tratamiento fiscal de la antigüedad y la cesantía, y a la consideración o no de las mismas para el cómputo de diversos beneficios laborales como las utilidades, vacaciones, etc., así como de las contribuciones Parafiscales, que calculadas en razón del salario de los trabajadores, son debidas al Instituto Nacional de Cooperación Educativa y al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

El texto legal de la reforma de los Artículos 37 y 39 de la Ley del Trabajo no contribuye al esclarecimiento del problema que venimos planteando. El Decreto N° 124 agrega al Artículo 37 de la Ley del Trabajo un nuevo aparte, en el cual se emplea la palabra “indemnización”, de connotada significación jurídica y que —tal vez por ello— había sido evitada por la legislación anterior. Dice dicho aparte que “La indemnización establecida en este Artículo se considerará como derecho adquirido y no se perderá este beneficio cualquiera que sea la causa de terminación del contrato de trabajo”. Es de observar que luego de ser calificada como “indemnización”, la antigüedad es considerada como un “derecho adquirido”, para luego ser catalogada como “beneficio”. Como puede verse,

-
53. Muy diversas teorías se han formulado al respecto. Entre las exposiciones sistemáticas más completas del problema puede verse: DEVEALI, MARIO, *Naturaleza de la Indemnización por Despido*, Revista de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Tomo I, pp. 305 y ss.; CABANELLAS, GUILLERMO, *Contrato de Trabajo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, Volumen III, pp. 575 y ss.; POZZO, JUAN, *Manual Teórico y Práctico de Derecho del Trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, 1961, Vol. I, pp. 441 y ss.
54. CALDERA, RAFAEL, *Ob. cit.*, pp. 349 y ss.; ALFONZO GUZMAN, RAFAEL, *Ob. cit.*, Tomo I, pp. 516 y ss.; HERNANDEZ TOVAR, VICENTE, *Ob. cit.*, Tomo I, pp. 448 y ss.; MUJICA RODRIGUEZ, RAFAEL, *Las Obligaciones en el Contrato de Trabajo*, Wilmar Editores S. A., Caracas, 1968, p. 456.

el texto legal es extremadamente confuso. La indemnización es la reparación que se debe a quien se infringió un daño y por tanto no puede haber "derecho Adquirido" a la indemnización si no ha existido la acción dañosa, como ocurre cuando la relación laboral termina por la propia voluntad del trabajador o, en general, en circunstancias que no configuren un daño para el mismo. La expresión "derecho adquirido" utilizada por la doctrina general del derecho en relación al problema de la aplicación temporal de la Ley, fue tomada sin duda de la práctica que la venía empleando en la contratación colectiva, pero no dice mucho por sí misma, puesto que todos los derechos son "adquiridos" desde el momento en que entran en el patrimonio de una persona. Hablar de derechos adquiridos nos sirve para indicar que la antigüedad y la cesantía no son ya simples "expectativas o esperanzas de derecho", pero no para determinar cuál sea su naturaleza. Asimismo, tampoco es esclarecedora la expresión "beneficio" utilizada en la reforma.

Para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la antigüedad y la cesantía en el nuevo régimen legal venezolano, debemos buscar orientación en las discusiones que la doctrina se ha planteado ante este tipo de prestaciones y lograr conclusiones concretas aplicables a nuestro actual Derecho Positivo. A los fines de facilitar una exposición sistemática, clasificaremos en cuatro grupos las diversas teorías que ha formulado la doctrina laboralista y, por último, expondremos nuestro criterio en relación a la situación legal venezolana. En este sentido podemos señalar cuatro grupos de teorías:

a) Las que consideran que las prestaciones por antigüedad tienen una naturaleza indemnizatoria o de resarcimiento.

b) Las que sostienen que estas prestaciones forman parte del salario debido por el patrono.

c) Las que señalan que participan de la naturaleza de las instituciones de seguridad social

d) Las que consideran que tienen una naturaleza mixta.

a) Un señalado grupo de autores sostiene que estas prestaciones constituyen una indemnización debida por el patrono al trabajador y tendiente a reparar los daños sufridos por el trabajador por la pérdida del empleo. Ante el argumento de

que no siempre que ocurría un despido el trabajador quedaba sin empleo pues podía suceder que encontrase inmediatamente otra ocupación y que, incluso, ésta fuese mejor remunerada, se dijo que aún en estas circunstancias el trabajador sufre un daño, el cual fue definido como la pérdida de las ventajas que reportan al empleado una mayor o menor antigüedad en su empleo⁵⁵. Para fundamentar la procedencia de la indemnización, algunos autores utilizan la teoría del abuso del derecho⁵⁶, otros afirman que se trata de un resarcimiento tarificado de los daños que produce al empleado el cambio de ocupación originado por voluntad unilateral del empleador⁵⁷, coincidiendo en general las teorías que agrupamos en este ordinal, en que el pago de las cantidades debidas por este concepto al trabajador, está orientado por la idea de reparar un daño que le ha sido causado en el momento de terminación de la relación laboral, por lo cual es en esa oportunidad y no antes, cuando dicho pago es exigible. En relación a este criterio, es de observar que muchas legislaciones utilizan la expresión "indemnización" de antigüedad o por despido, aun en aquellos casos en los cuales el pago procede hasta cuando el contrato de trabajo termina por renuncia voluntaria o por despido justificado, tal como ocurre con las nuevas disposiciones de las legislaciones venezolana e italiana, que inapropiadamente hablan de "indemnización de antigüedad"⁵⁸.

Creemos que con anterioridad a la reciente reforma legislativa, hubiera podido discutirse la naturaleza indemnizatoria de nuestras prestaciones sociales de antigüedad y cesantía, especialmente de esta última, que procedía únicamente en los

-
55. RIVA SANSEVERINO, LUISA, *Trattato de Diritto del Lavoro*, dirigido por Borsi y Pergolesi, CEDAM, PADOVA, 1960, Tomo II, p. N° 206. Obsérvese que esta opinión es emitida por la destacada autora italiana antes de la promulgación de la Ley N° 604 del 15-7-66 que establece la procedencia de la antigüedad en todo caso de resolución del Contrato de trabajo.
56. POZZO, JUAN, *Ob. cit.*, p. 441, señala que esta teoría fue acogida por el Artículo 23 del Código de Trabajo, Libro I y expuesta por ROUAST y DURAND, *Precis de Legislation Industrielle (Droit de Travail)* Nos. 350 y 351.
57. POZZO, JUAN, *Ibidem*, p. 444.
58. CABANELLAS, GUILLERMO, *Op. cit.*, Vol. III, p. 576, dice, en este sentido que "aun, utilizando el término indemnización, no en todos los casos corresponde el concepto de esta voz; ya que en ciertas circunstancias, correspondería el abono de la indemnización aun cuando no existiere daño o perjuicio alguno".

casos de despido injustificado y de retiro justificado. Pero a nuestro juicio es obvio, que tal criterio es inadecuado para conceptuar las nuevas disposiciones que consagran la procedencia de dichas prestaciones independientemente de cualquiera que sea la causa de terminación de la relación de trabajo, lo cual significa que su pago es exigible aun en aquellos casos en los cuales el patrono no haya causado un daño al trabajador —puesto que fue la libre voluntad de éste y no la suya la que puso fin a la relación—, así como también lo es cuando el propio patrono haya experimentado un perjuicio en virtud de la conducta dañosa del trabajador que incurrió en causal de despido justificado o que sin ninguna causa legal se retiró voluntariamente, dando lugar —en cualquiera de los casos— a que la Empresa haya experimentado algún tipo de trastornos. Es por ello que consideramos inadecuado que en la reforma legal de 1974, se introdujera la expresión “indemnización” para denominar a un derecho al cual se estaba dando una regulación que lo alejaba de la naturaleza propia de este concepto.

Creemos, por otra parte, que en la legislación venezolana existe una verdadera indemnización por despido, establecida en la Ley Contra Despidos Injustificados y consistente, no en los “derechos adquiridos de antigüedad y cesantía” que en todo caso proceden, sino en el pago adicional —equivalente al monto de los salarios caídos, del preaviso, la antigüedad y la cesantía— que debe hacer el patrono, que condenado por la sentencia firme de una Comisión Tripartita a reenganchar al trabajador que ha sido despedido sin causa justificada, persista en el despido y opte por el pago de dicha indemnización⁵⁹.

b) En un segundo grupo de teorías podemos encontrar como común denominador la idea de que estas prestaciones

59. Ley Contra Despidos Injustificados, Artículo 5º: “... Cuando la Comisión considere injustificado el despido del trabajador, después de examinar las pruebas presentadas por el patrono, ordenará su reincorporación al trabajo y el pago de los salarios correspondientes a los días en que permaneció separado. Si el patrono persistiere en su propósito de despedir al trabajador, podrá hacerlo siempre que le pague una indemnización de antigüedad y auxilio de cesantía dobles de los contemplados en la Ley del Trabajo, más el doble que puede corresponderle por concepto de preaviso, estando obligado a sustituirlo por otro, con salario no inferior, al trabajador despedido”. En semejante sentido, los Artículos 8 y 35 del Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados, se refieren al pago de la indemnización.

son fundamentalmente, parte de la remuneración debida al trabajador. Así, en la doctrina argentina, desde hace varias décadas tomó cuerpo la idea de que la indemnización por despido constituye un salario diferido, que se paga al final de la relación laboral y complementa la remuneración periódica percibida por el trabajador⁶⁰. "Se trata", dice KROTOSCHIM, "de compensar los servicios y años invertidos en la Empresa, considerando que no han sido totalmente resarcidos por las remuneraciones recibidas, sobre todo en vista de que la remuneración cubre las necesidades actuales del trabajador, pero no también las futuras, y que la pertenencia más o menos prolongada a la Empresa autoriza al trabajador a exigir también esta previsión para el momento en que entra en inactividad. La teoría según la cual esta clase de indemnización constituye una especie de salario diferido, parece ser por eso la que más se adecúa a su esencia"⁶¹. Por referirse a una reforma legal en cierto modo semejante a la ocurrida entre nosotros, resulta interesante citar la opinión de LUISA RIVA SANSEVERINO, que al comentar la Ley Italiana número 604 de fecha 15-7-66, relativa a los despidos individuales y que establece en su Artículo 9 que "la indemnización de antigüedad es debida al trabajador en todo caso de resolución de la relación de trabajo", dice: "La circunstancia de que la indemnización de antigüedad ha dejado de ser preventivamente condicionada, hace que ella valga actualmente como parte de la retribución que el patrono, en vez de versar periódicamente, paga a su dependiente al acto de la cesación de la relación de trabajo, por cualquier causa que la relación haya venido a cesar"⁶².

Consideramos que las prestaciones de antigüedad y cesantía, así como todos los derechos y beneficios laborales desde un punto de vista lato, forman parte de la contraprestación debida al trabajador por sus servicios. Pero ello no implica que dichas prestaciones deban ser consideradas como integrando lo que, desde un punto de vista más restringido, cons-

60. CABANELLAS, GUILLERMO, Ob. cit., cita una opinión de Orlando, contenida en el "Informe sobre el Artículo 4° del Decreto 112 de Febrero de 1919". A este criterio, se adhieren, entre otros, GRECO, GALLART FOLCH, DURAND, KROTOSCHIM, etc.

61. KROTOSCHIM, ERNESTO, Instituciones de Derecho del Trabajo, De Palma, Buenos Aires, 1968, pp. 537 y ss.

62. RIVA SANSEVERINO, LUISA, Ob. cit., p. 340.

tituye el concepto técnico de salario, aun considerando los amplios términos de la definición contenida en el Reglamento de nuestra Ley del Trabajo⁶³. Esta distinción tiene interés no sólo desde el punto de vista teórico, sino también en cuanto a las consecuencias prácticas que de ella se desprenden. En efecto, si la antigüedad y la cesantía forman parte del salario del trabajador su monto debería ser tomado en cuenta a los fines de determinar la base de cálculo utilizable para su propio cómputo así como el de las utilidades, vacaciones, horas extraordinarias, bono nocturno, días feriados y de descanso, preaviso, indemnización de daños y perjuicios, cotizaciones al Seguro Social e Instituto Nacional de Cooperación Educativa, etc. Formando parte del salario, deberían estar sometidas al tratamiento fiscal que éste corresponde, con lo cual perderían fundamentación las normas especiales que establecen que su importe no está sujeto al pago del Impuesto Sobre la Renta, ni al Impuesto Sucesoral, en caso de muerte del trabajador beneficiario de las mismas. Asimismo, les deberían ser aplicables las normas y principios que constituyen en general, la regulación jurídica del salario.

Varias razones nos llevan a pensar que la antigüedad y la cesantía no participan de la naturaleza propia del salario *strictu sensu*:

1. En materia de salarios, la Ley del Trabajo y su Reglamento (Artículos 72 y 108, respectivamente) establecen que las partes son libres de fijar su importe, quedando a salvo las disposiciones de los contratos colectivos y la facultad que corresponde al Ejecutivo Nacional, en ciertos casos y conforme a determinados procedimientos (Artículos 81 de la Ley del Trabajo y 126 y ss. del Reglamento) de fijar salarios mínimos obligatorios. Las partes no tienen igual libertad en relación a la fijación de la antigüedad y la cesantía, ya que, convenida

63. Reglamento de la Ley del Trabajo. Artículo 106: "Se entiende por salario la retribución que con carácter periódico recibe el trabajador por la labor que ejecuta y comprende los pagos que se le hacen por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas permanentes, sobre-sueldos, retribución de las horas extras, bonificación del trabajo nocturno, comisiones y el equivalente a prestaciones en especie, tales como uso de vivienda, de vehículos, y otras que sean necesarias para la ejecución del servicio, o la realización de la labor, y cualquier cantidad que pueda calificarse como tal de acuerdo con la Ley del Trabajo y el presente reglamento".

por ellas la cuantía del salario, el importe de dichas prestaciones se ajustará necesariamente a lo establecido en los Artículos 37 y 39 de la Ley del Trabajo⁶⁴, salvo que la contratación colectiva o individual establezcan un monto más favorable al trabajador, lo cual, por cierto, no es frecuente entre nosotros.

2. Entre los principios rectores del régimen legal del salario, se encuentra el de la inmediata disponibilidad del mismo. El Artículo 74 de la Ley del Trabajo dice que "las partes fijarán el plazo para el pago del salario, pero nunca podrá ser mayor de una semana el que se convenga para el pago a los obreros ni de un mes el que se fije para los domésticos y demás empleados". Es criterio reiterado por la doctrina y la jurisprudencia que, una vez cumplida la oportunidad legal respectiva, el patrono está obligado a pagar inmediatamente el salario considerándose falta grave suya, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 32 ejusdem, la retención, aún parcial o por breve tiempo, que hiciere del mismo⁶⁵. La antigüedad y la cesantía están sometidas a una normativa totalmente opuesta. El trabajador no puede disponer de ellas, sino en el momento de terminación de la relación laboral. Se permite la constitución de fideicomisos o el otorgamiento de préstamos o garantías sobre el monto de estas prestaciones, pero se prohíbe su pago anticipado, salvo el caso de aquellos patronos que venían pagando periódicamente la antigüedad con anterioridad a la reforma, los cuales podrán continuar haciéndolo⁶⁶.

3. El salario constituye la principal obligación que el patrono tiene en la relación de trabajo. La acreencia del trabajador en cuanto al salario queda satisfecha con el correcto y oportuno pago del mismo, el cual libera inmediatamente al patrono de la referida obligación. El pago de la antigüedad y la cesantía correspondientes a un trabajador no libera al patrono de su correspondiente obligación sino cuando se ha

64. Véase nota 7, Capítulo I.

65. PORRAS RENGEL, JUAN, *Jurisprudencia de la Ley del Trabajo*, Fundación Rojas Austudillo, Caracas, recoge diversas sentencias en este sentido. Véase, Tomo IX, 1976, p. 177; Tomo VII, 1968, p. 234, p. 381, p. 151; Tomo II, p. 1.127; p. 1.128; p. 1.129; p. 1.130; p. 1.131; p. 1.133; p. 1.134; p. 1.135; p. 1.137; p. 1.139; p. 1.142; p. 1.144; p. 1.145; p. 1.147; p. 1.150; p. 1.151; p. 1.153; p. 1.155; p. 1.156; p. 1.158; p. 1.161 y p. 1.165.

66. Ley del Trabajo, Artículos 41 y 43.

hecho al término de la relación de trabajo y en conformidad al último salario devengado. Así, el patrono que ha pagado anticipos de antigüedad o cesantía, así como el que por estos conceptos ha hecho abonos en la cuenta de prestaciones sociales de un trabajador a su cargo, no queda por ello liberado de su obligación legal en cuanto a dichas prestaciones, ya que al término de la relación laboral deberá, según establece la opinión dominante, reajustar el monto de los respectivos anticipos o abonos, a fin de adecuarlos a la cantidad que corresponda al trabajador en conformidad al salario devengado para el momento de terminación de la relación laboral. Hecho este reajuste, el patrono deberá pagar el saldo respectivo que resultare a favor del trabajador y sólo cuanto tal pago se haya efectuado quedará liberado de su obligación legal⁶⁷.

4. Desde un punto de vista práctico-contable, si consideramos que la antigüedad y la cesantía forman parte del salario, es lógico pensar que su importe deba ser tomado en cuenta para fijar la base de cómputo para calcular su propio monto, así como el de las utilidades, vacaciones, y demás prestaciones laborales. Ello nos llevaría a una serie de operaciones matemáticas que nos encerrarían en un círculo vicioso. Así, a cada trabajador le corresponde por año de servicio quince días de antigüedad y quince días de cesantía, calculados conforme al salario devengado en el mes anterior a la terminación de la relación laboral. Pero si consideramos que el concepto de salario incluye a la antigüedad y a la cesantía, la determinación de la base salarial adecuada para el cálculo de estas prestaciones, debe hacerse considerando el importe de las mismas y no sólo lo efectivamente percibido por el trabajador en el último mes, por lo cual, para fijar el monto de las referidas prestaciones, deberíamos multiplicar el salario mensual del trabajador por trece (número de mensualidades que recibe si consideramos los treinta días que le corresponden por antigüedad y cesantía) y dividirlo entre doce, lo cual nos daría la base para el cálculo de dichas prestaciones. Pero esta base tampoco resultaría definitiva, ya que los treinta días por prestaciones han sido calculados de acuerdo al salario del último mes, antes de realizar la referida operación, razón por la cual

67. En sentido contrario véase, ALFONSO GUZMAN, RAFAEL, *Didáctica del Derecho del Trabajo*, U.C.V., Caracas, 1967, pp. 162 y ss.

deberíamos revisar nuevamente el cálculo y así hasta el infinito. La complejidad contable resulta mucho mayor si tomamos en cuenta que una situación similar podría presentarse al calcular otros beneficios laborales tarifados a razón del salario⁶⁸.

Por todas las razones expuestas, consideramos que no es correcto afirmar que la antigüedad y la cesantía participen de la naturaleza característica del salario formando parte integral del mismo, ni que le sean aplicables las normas y principios que lo regulen. En consecuencia, su monto no debe ser considerado para la determinación de la base de cálculo de ellas mismas, ni de otros beneficios laborales computables en función del salario. Así mismo, se explica que el tratamiento fiscal de estas prestaciones y, en general, su regulación jurídica, sea diferente a la propia del salario.

c) Otros autores sostienen que estas prestaciones participan de la naturaleza propia de la seguridad social. DE FERRARI, comentando la indemnización por despido establecida por la Ley uruguaya, dice: "no se trata de una indemnización corriente ni tiene su naturaleza jurídica, porque no se basa en la culpa sino en la idea del riesgo. Tampoco es un crédito de carácter salarial, razón por la cual no procede efectuar, sobre las cantidades que se paguen por ese concepto, las deducciones o retenciones que las leyes obligan o permitan hacer sobre el salario... En nuestro concepto la indemnización por el hecho del despido posee la naturaleza de las prestaciones que tiene a su cargo la seguridad social. No es por eso mismo una parte o forma del salario, ni tampoco específicamente una indemnización. Es más bien una obligación que deriva del advenimiento de un riesgo social y que con el tiempo comprometerá la responsabilidad colectiva y no la individual, como ocurrió antes con otras obligaciones. Integra, pues, el conjunto de cautelas o garantías debidas al hombre en toda sociedad bien

68. En relación a la necesidad de evitar este círculo vicioso son interesantes las observaciones que en diversas conferencias ha planteado el Dr. RAFAEL RUIZ CARRILLO, quien ha esbozado el principio que denomina "la auto-limitación del beneficio específico". Véase de este autor, *Análisis y Proyección del Derecho Laboral en Venezuela*, Editorial Santo Angel, Caracas, 1975, p. 66.

organizada y tiene como dijimos, la naturaleza de las prestaciones de la seguridad social⁶⁹.

Pensamos, que a la luz de nuestro Derecho Positivo, el sistema normativo propio de la antigüedad y la cesantía, establecido por la Ley del Trabajo a cargo exclusivo del patrono aun cuando pudiera tener algún cariz previsional a favor del trabajador, debe considerarse incluido dentro de la regulación legal de la relación individual de trabajo y no dentro del sistema de la seguridad social que el Estado Venezolano establece para la protección de sus ciudadanos, el cual está instrumentado fundamentalmente en la Ley del Seguro Social y sus reglamentaciones y es atendido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, mediante un financiamiento tripartito que supone la contribución del propio Estado, conjuntamente con la de los patronos y trabajadores⁷⁰.

Las instituciones de previsión social tienen como finalidad fundamental la cobertura de los riesgos, entendiéndose por éstos como dice GONZÁLEZ POSADA: "todo acontecimiento futuro y posible que *una vez producido, ocasiona un daño*"⁷¹. Tal como lo hemos expresado, en nuestra legislación la antigüedad y la cesantía no están concebidas en función de la idea del daño. Consecuencialmente, tampoco pueden estarlo en función del concepto de "riesgos". Se trata de prestaciones que el trabajador va adquiriendo con el transcurso del tiempo de su permanencia en la Empresa y a las cuales tiene derecho, aun cuando la finalización de su relación laboral haya dependido de su propia voluntad o le haya proporcionado una situación más beneficiosa, con lo cual queda excluida la idea de que con ellas se pretende cubrir un riesgo, es decir proteger al trabajador de la posibilidad de un daño. En el mismo sentido, la Comisión redactora de la Exposición de Motivos de la Ley

69. DE FERRARI, FRANCISCO, Derecho del Trabajo, De Palma, Buenos Aires, 1969, Vol. II, pp. 489 y ss. En sentido similar se pronunciaron UNSAIN, RAMIREZ GRONDA, DE LITALA, etc.

70. Una fuerte tendencia doctrinaria establece una clara separación entre el Derecho de la Seguridad o Previsión Social, al cual se da carácter de disciplina autónoma y el Derecho del Trabajo. En este sentido puede verse a GOÑI MORENO, J. M., Derecho de la Previsión Social, EDIAR, Buenos Aires, 1956, Vol. I, pp. 196 y ss. Aun cuando no se comparta este criterio, parece obvio que las prestaciones de la previdencia social tienen una naturaleza y características peculiares, diferentes de las propias de la antigüedad y la cesantía.

Federal del Trabajo Mexicana de 1970, citada por MARIO DE LA CUEVA, expresó: "La prima de antigüedad tiene un fundamento distinto del que corresponde a las prestaciones de la seguridad social: ésta tiene sus fuentes en los riesgos a que están expuestos los hombres, riesgos que son los naturales, como la vejez, la muerte, la invalidez, etc., o los que se relacionan con el trabajo. Se trata de una prestación que se deriva del solo hecho del trabajo, por lo que, al igual que las vacaciones debe otorgarse a los trabajadores por el transcurso del tiempo, sin que en ella entre la idea de riesgo, o expresado con otras palabras: es una institución emparentada con la que se conoce con el nombre de fondo de ahorro, que es también independiente de las prestaciones otorgadas por el Seguro Social⁷².

d) Otro sector de la doctrina, concluye que estas prestaciones tienen una naturaleza mixta compleja⁷³. CALDERA, considerado por CABANELLAS⁷⁴, como el más caracterizado exponente de este criterio, dice: "Es preferible la teoría según la cual la indemnización de antigüedad es una institución compleja, que combina elementos de aquellas diferentes instituciones. Tiene algo de la indemnización por despido, pero no se identifica con ella ni se limita a lo que este concepto supondría. Constituye un premio a la permanencia del trabajador en la Empresa, en cuya percepción puede tener una justa esperanza de derecho, solamente perdida en caso de que incurra en falta, no le faltan atributos de previsión contra el desempleo, porque no se percibe año por año, sino en el momento en que aquél ocurre y, en su carácter de prestación social, viene a constituir una mejora de la retribución percibida por el trabajador en la prestación de sus servicios. Podríamos decir con LUISA RIVA SANSEVERINO que las tentativas para una calificación unitaria de esta indemnización "no encuentra jamás completo acomodo en nuestro ordenamiento aunque llegue a captar uno de sus elementos característicos"⁷⁵. "Tam-

71. GONZALEZ POSADA, CARLOS, *El Régimen de los Seguros Sociales*, Madrid, 1929, p. 21.

72. DE LA CUEVA, MARIO, *Op. cit.*, p. 399.

73. Este criterio es adoptado, entre otros, por CALDERA, HERNAINZ, BARASSI, SANTORO-PASSARELLI, etc.

74. CABANELLAS, GUILLERMO, *Op. cit.*, Vol. III, p. 581.

75. Opinión emitida por la autora italiana antes de la Ley 604 de fecha 15-7-66, a la cual nos hemos referido con anterioridad.

bién en nuestro ordenamiento podemos afirmar que la indemnización de antigüedad combina elementos diversos: por lo que el legislador ha venido a darle un régimen peculiar, con modalidades diversas que tienden en definitiva, a realizar un alto interés social cuya finalidad inmediata depende en cada caso de las circunstancias⁷⁶. Parece evidente que las indemnizaciones por antigüedad generalmente consagradas por las diversas legislaciones presentan la multiplicidad de elementos que señala nuestro máximo autor patrio. Pensamos, sin embargo, que nuestras prestaciones de antigüedad y cesantía, tal como se presentan con la particular regulación de que son objeto de acuerdo a las recientes reformas, admiten una caracterización más precisa.

e) Nuestro criterio. Hemos señalado que nuestras prestaciones de antigüedad y cesantía carecen de naturaleza indemnizatoria, que no forman parte del salario "strictu sensu" y que no están integradas al sistema de seguridad social establecido por el Estado Venezolano. En conferencia dictada con ocasión de las II Jornadas Jurídicas Dr. José María Domínguez Escovar celebradas en Barquisimeto en 1977 bajo los auspicios del Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, expusimos el criterio de que a la luz de nuestro Derecho vigente, tales prestaciones presentan una compleja naturaleza, pero que fundamentalmente quedan configuradas como instituciones de ahorro, creadas por el legislador a cargo exclusivo del patrono pero en beneficio del trabajador, quien en virtud de la normativa legal, se ve constreñido a ir formando un fondo de ahorro cuyo monto está en función de su salario y del tiempo de su permanencia en la Empresa y del cual no podrá disponer sino hasta la finalización de su relación laboral —momento que se supone el de mayor necesidad— o, excepcionalmente, durante el transcurso de la misma, en los casos previstos en la Ley.

No escapa a nadie la importancia del ahorro como factor de primer orden tanto para el progreso económico de la sociedad, como para el bienestar del individuo y su familia. Pero no es menos obvio que el ahorro "sólo es factible si las posibilidades económicas del ahorrista exceden a sus necesidades

76. CALDERA, RAFAEL, Ob. cit., p. 397.

primordiales”⁷⁷, lo cual no es muy frecuente entre la clase trabajadora. De allí que la política social de los Estados contemple medidas tendientes a permitir, estimular e incluso, imponer el hábito del ahorro entre los trabajadores, pues si bien es cierto que son ellos quienes tienen una menor capacidad ahorrativa, también lo es que son los más necesitados del mismo, pues su ingreso ordinario siempre resulta insuficiente para atender ciertas contingencias o necesidades extraordinarias que suelen presentarse en la vida.

Así, nuestra Ley del Trabajo establece (Artículos 87 y siguientes) que el veinticinco por ciento (25%) de las utilidades correspondientes a cada trabajador, será depositado por el patrón en un instituto bancario a nombre de aquél, quien no podrá retirarlas sino en alguna de las siguientes circunstancias: Cuando la suma de los depósitos alcance a dos mil bolívares (Bs. 2.000,00), después del depósito de cinco (5) anualidades, cuando sean destinados para la adquisición o el pago de todo o parte de una casa o finca o en caso de incapacidad absoluta y permanente debidamente comprobada. Esta previsión legal no ha tenido repercusión práctica, pues se ha implantado la costumbre de que todos los años, el Ejecutivo Nacional, acogiéndose a lo que fue concebido como norma de excepción, ordene por Resolución Especial la entrega total de las utilidades.

Orientada en este mismo espíritu, la reciente reforma legal hace de la antigüedad y la cesantía formas de ahorro obligatorias, cuyo tratamiento jurídico está en función de esta característica naturaleza: los trabajadores las van adquiriendo año por año, como consecuencia de su permanencia en la Empresa e independientemente de la causa que dé lugar a la terminación de la relación laboral; el monto del ahorro es proporcionado a la magnitud del salario; los patronos deben abonar anualmente su importe a una cuenta a nombre del trabajador, pagar intereses por las mismas; y proporcionar adecuada información contable al trabajador, el cual no podrá disponer del fondo de ahorros constituido por las prestaciones sino en el

77. GOÑI MORENO, J. M., Ob. cit., Vol. I, p. 52. Este autor cita una expresión de RUBINOW, quien decía que “recomendar el ahorro a los trabajadores constituye una inmoralidad”.

momento de terminación de la relación de trabajo, salvo que vaya a invertir dichos ahorros mediante un fideicomiso, estando también permitido que haga uso de ellos para obtener de sus patronos créditos o garantías destinados a la compra o mejora de su vivienda, a la cancelación de hipotecas que pesen sobre la misma o al pago de pensiones escolares del trabajador, su cónyuge o concubina o sus hijos⁷⁸.

Esta naturaleza propia de la antigüedad y la cesantía como instituciones de ahorro, justifica la especial protección de que son objeto por parte de la legislación, que propende a su fomento y garantía y establece para las mismas un tratamiento fiscal particularmente favorable, declarando que los intereses que producen están exentos del Impuesto Sobre la Renta⁷⁹. Este especial tratamiento, derivado del interés social que revisten tales prestaciones, podría servir de fundamento para que las mismas continuaran siendo exoneradas del Impuesto Sobre la Renta, así como también del Impuesto sucesoral que podría recaer sobre ellas en caso de muerte del trabajador, lo cual no podría quizás justificarse desde el punto de vista estrictamente tributario, por tratarse de "derechos adquiridos", que constituyen ciertamente un ingreso patrimonial del trabajador⁸⁰.

78. Ley del Trabajo. Artículos 41 y 43.

79. Ley del Trabajo. Artículo 41. Parágrafo Cuarto.

80. Esta cuestión no ha sido aún definitivamente resuelta entre nosotros, pero pareciera lógico esperar que las razones antes dichas abonen en favor del mantenimiento de la exención.