



Alcance de la normativa que protege a la mujer en estado de gravidez en el campo laboral venezolano

RIVAS GIMÉNEZ, MARÍA JOSÉ ¹ CASTELLANOS SÁNCHEZ, HEIBERG ANDRÉS ²

Recibido: 10-08-2016

Revisado: 20-09-2016

Aceptado: 16-11-2016

Resumen

El ordenamiento jurídico venezolano reconoce el trabajo como un proceso fundamental para alcanzar los fines esenciales del Estado. En este contexto, el derecho laboral pasa a ser considerado como un proceso social de trabajo, en el cual la mujer trabajadora representa un papel fundamental. Por esta razón, el estudio estuvo orientado a analizar la normativa legal venezolana que protege a la mujer en estado de gravidez a través de una investigación de tipo descriptiva con diseño documental, basada en la doctrina, leyes y jurisprudencia. Entre las principales conclusiones del artículo se tiene que la mujer trabajadora tendrá inamovilidad laboral al encontrarse en estado de gravidez y el patrono o patrona que pretenda despedir o modificar sus condiciones de trabajo, deberá hacerlo mediante el procedimiento establecido en el artículo 422 de la LOTTT (2012). Asimismo, en contrato a tiempo determinado o por obras determinadas, por ser contrataciones donde interviene la voluntad de las partes, su carácter es excepcional y la trabajadora sujeta a esta modalidad gozará de fuero maternal mientras dure el contrato de trabajo. Finalmente, en los casos del otorgamiento de licencia de maternidad, el derecho a participar en la cuota parte que le corresponda a la trabajadora de los beneficios anuales de las entidades de trabajo estará íntegramente garantizado.

Palabras Clave: Trabajadora en estado de gravidez, protección, inamovilidad laboral, utilidades a trabajadores.

Abstract

The Scope of the legal regulations that protected a woman during pregnancy in the workplace Venezuelan

Venezuelan law recognizes work as a fundamental process for achieving the essential purposes of the State. In this context, labor law happens to be regarded as a social labor process, in which working women plays a key role. For this reason, the study was aimed at analyzing the Venezuelan legislation that protects women during pregnancy through a descriptive research with documentary design, based on the doctrine, legislation and jurisprudence. Among the main conclusions of the article you are that women workers have job security to meet on pregnant and the employer or patron who seeks to dismiss or modify their working conditions, must be done by the procedure laid down in Article 422 of the LOTTT (2012). Also, fixed-term contracts or certain works, being involved contracts where the will of the parties, their character is outstanding and the working subject to this modality will enjoy maternity leave for the duration of the employment contract. Finally, in cases of granting maternity leave, the right to participate in the quota share that corresponds to the working of the annual profits of entities work will be fully guaranteed.

Keywords: Working during pregnancy, protection, job security, employee profit.

1 Abogada egresada de la Universidad de Los Andes (ULA) con la distinción Summa Cum Laude. Profesora de las materias Derecho Civil III Obligaciones y Contratos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Venezuela.

2 Contador Público y Magíster en Ciencias Contables, Universidad de Los Andes, Venezuela. Profesor agregado de la Facultad de Cs. Económicas y Sociales, de la Universidad de los Andes, Venezuela.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En los últimos años, gran parte de los países latinoamericanos han implementado diferentes programas y acciones con la finalidad de aumentar la participación de la población femenina en el campo laboral, garantizando en sus distintas normativas la protección de la maternidad como una de sus prioridades. El embarazo es una condición natural de la mujer y como tal no puede ser motivo de discriminación, de manera que para alcanzar una verdadera equidad de género, donde exista igualdad de condiciones para todas las personas, se debe asegurar la mayor atención a la maternidad.

En el caso de Venezuela, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) garantiza la asistencia y protección integral a la maternidad. De igual forma, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) (2012) consagran un título dedicado a la protección de la familia en el proceso social de trabajo, en el cual el Estado debe garantizar las condiciones sociales, intelectuales y materiales requeridas para el desarrollo integral de la familia. La LOTTT (2012) dispone, entre otras cosas, que la trabajadora gozará de inamovilidad laboral cuando se encuentre en estado de gravidez o sea adoptante, lo que implica que la mujer no puede ser despedida, trasladada ni sus condiciones de trabajo modificadas. Si bien es cierto que el legislador instituye la inamovilidad de la mujer en estado de gravidez y de la mujer adoptante, dicha inamovilidad puede ser enervada por causa justificada plenamente comprobada, sujeta al criterio del Inspector o Inspectora del Trabajo.

Por otra parte, la ley in comento establece un descanso pre y post natal para la mujer en estado de gravidez en su artículo 336. Este dispositivo no es más que una reiteración que el legislador hizo de la inamovilidad, confiriendo en su última parte a la trabajadora una indemnización de acuerdo con lo establecido por la seguridad social.

Conviene puntualizar que el cúmulo de garantías que se ofrecen a la trabajadora con ocasión de la maternidad, podría propiciar una

resistencia patronal a la contratación de mujeres en edad reproductiva, “lo que intensificaría la mayor tasa de desocupación femenina (92,7%, en contraste con el 91,6% de la población masculina)” (Carballo, 2013: p.11). Esta situación choca con el espíritu, propósito y razón de la legislación dirigida a la protección de la mujer en el ámbito laboral.

No obstante, alrededor de la maternidad surgen numerosas inquietudes que no son detalladas en la normativa laboral. Una de ellas está relacionada con la pérdida o no de la inamovilidad por estado de gravidez que se ocasiona por las siguientes causales: (a) la muerte del hijo o hija, (b) cuando la trabajadora se encuentra bajo un régimen de contratación a tiempo determinado o en una obra determinada.

Otra interrogante inherente a la licencia de maternidad está vinculada al derecho y pago de la participación en los beneficios de las entidades de trabajo. Al respecto, la LOTTT (2012) establece una normativa orientada, principalmente, a describir los lapsos de los períodos de descanso (pre natal, post natal, lactancia) y otros beneficios destinados a la protección de la maternidad, pero no profundiza en la forma de cómputo y pago de los beneficios de carácter salarial que debe recibir la trabajadora que posea esta condición. De hecho, ni siquiera menciona expresamente si la trabajadora tiene derecho al pago total de su salario, o si esta responsabilidad recae solidariamente entre el patrono o patrona y el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, tal y como sucede en los casos estipulados para la suspensión de la relación de trabajo, específicamente lo concerniente a los numerales a y b del artículo 72 de la LOTTT (2012)³.

La imprecisión sobre la situación jurídica laboral de la mujer, puede conducir a una incorrecta aplicación de la normativa y provocar una desmejora para las trabajadoras. Por tal motivo, el presente trabajo estará direccionado a analizar el marco jurídico que protege a la mujer

3 Normativa relacionada con la enfermedad ocupacional o accidente de trabajo y la enfermedad o accidente común no ocupacional, donde el patrono o la patrona está obligado con el trabajador o trabajadora a aportar la diferencia entre su salario y lo que pague el ente con competencia en materia de seguridad social.

en estado de gravidez y esclarecer las situaciones que derivan del embarazo como una condición natural de la mujer.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DE LA MUJER

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde 1999 reafirma como política institucional fortalecer la igualdad de género como una prioridad transversal de su agenda de trabajo, a partir de allí nacen distintos convenios con el interés de ampliar los derechos de las trabajadoras.

Tal es el caso de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (1979), la cual destaca el compromiso de los Estados de adoptar medidas en el ámbito laboral que eliminen la discriminación, en cuanto a la oportunidad de empleo bajo criterios de selección equitativos, seguridad social, enfermedad, invalidez, vacaciones pagadas, protección a la salud y maternidad; a fin de proporcionarle igualdad de condiciones con respecto a los hombres.

Cabe destacar, en el marco de importantes convenciones internacionales, la Convención Belém do Pará⁴ (1994), adoptado en Brasil en el seno de la Convención Interamericana de la OEA, el Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración⁵, el Convenio N° 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación y el Convenio N° 118 sobre la igualdad de trato. En tal sentido, el Estado Venezolano al suscribir esos convenios está obligado a formular una política nacional dirigida a promover la igualdad en materia de empleo y remuneración salarial, con la finalidad de evitar la discriminación y así generar mayores oportunidades para las mujeres trabajadoras.

4 Suscripta en Belém do Pará en la República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994.

5 *Principio también fijado en artículo 427, numeral 7 del Tratado de Versalles que dispone: el principio del salario igual, sin distinción de sexos para un trabajo de igual valor.*

No obstante, anterior a la ratificación y adopción de estas políticas se evidenciaba en los Códigos de Policía de algunas ciudades de Venezuela como Margarita (1845), Mérida (1925) y Portuguesa (1930), disposiciones que a pesar de no tener carácter laboral eran dirigidas a castigar la no prestación de trabajo por parte de sirvientas y jornaleras, así como castigos para las trabajadoras por abandono de su trabajo producto de su embarazo, cuya sanción era la privación de la libertad más la responsabilidad civil que derivaba del incumplimiento del contrato.

En concordancia con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994)⁶, en nuestro país se aprueba la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer (LIOM), publicada en Gaceta Oficial N° 5398 de 26 de octubre del 1999, que tiene por objeto proteger los derechos de la mujer y promover el desarrollo de sus capacidades y el libre desenvolvimiento de su personalidad e incluye importantes avances en el campo de las relaciones laborales, en busca de impedir discriminaciones en perjuicio de una persona por su sexo, edad u otra condición. A partir de su artículo 11 estipula los derechos laborales de la mujer, donde el legislador reafirma que deben existir las mismas oportunidades de acceso a todos los empleos, siempre enmarcado en el principio de igual remuneración por igual trabajo.

En este sentido, la LIOM (1999) establece la obligación del Estado de auspiciar la promoción de la mujer a nivel profesional y empresarial, garantizando una cobertura integral en los riesgos de enfermedad y maternidad, además de reconocer otros derechos políticos, sindicales y sociales, sin olvidar resaltar la prohibición de cualquier tipo de acoso contra ella. Si bien esta ley tiene un carácter preconstitucional, actualmente mantiene su vigencia y constituye un hito fundamental en la protección de la mujer en el ámbito laboral venezolano.

6 También conocida como Convención de Belém do Pará.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999, consagra el principio de igualdad en su artículo 21, donde se prohíbe expresamente cualquier forma de discriminación. Del mismo modo partiendo de este principio, dispone en su articulado el trabajo como un derecho en igualdad de condiciones, así como la protección de la familia, garantizando la adopción de las estrategias necesarias para su cumplimiento. En palabras de Richter e Iranzo “la Constitución Venezolana, consagra una protección de los débiles jurídicos y además de prohibir la discriminación en el empleo por razones de sexo, ordenó al legislador tomar medidas para integrar a las mujeres y lograr su igualdad social” (2003: p.7), lo que representó un gran avance en materia de equidad.

Existen otras normativas legales dirigidas a proteger a la mujer en el ámbito laboral, como es el caso de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) publicada en Gaceta Oficial N° 38.236 de fecha 26 de julio del 2005, cuyo objetivo es garantizar condiciones adecuadas de bienestar, salud y protección a los trabajadores y trabajadoras en un medio ambiente adecuado. En dicha normativa se dedican algunos artículos específicos a la mujer trabajadora, al exigir a los empleadores tomar las medidas pertinentes para evitar cualquier forma de acoso sexual y para que la mujer embarazada prescinda de realizar esfuerzos físicos o tareas considerables que puedan perjudicar su estado, además de conceder permisos remunerados para la atención médica del neonato.

La legislación venezolana ha sido enfática en promover la erradicación de este tipo de conductas por parte del patrono o patrona, a través de la imposición de sanciones pecuniarias y en algunos casos de carácter penal. Al respecto, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LODMVLV) publicada en Gaceta Oficial N° 38770 de 17 de septiembre del 2007, la cual viene a sustituir a la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia (1999), en su artículo 15, numeral 11, define la violencia laboral de la siguiente manera:

Es la discriminación hacia la mujer en los centros de trabajo: públicos o privados que obstaculicen su acceso al empleo, ascenso o estabilidad en el mismo, tales como exigir requisitos sobre el estado civil, la edad, la apariencia física o buena presencia, o la solicitud de resultados de exámenes de laboratorios clínicos, que supeditan la contratación, ascenso o la permanencia de la mujer en el empleo.

Cabe destacar que esta ley fue reformada en Gaceta Oficial N° 40548 de fecha 25 de noviembre del 2014, procediendo el legislador a tipificar y sancionar el femicidio como un tipo de violencia penal y autónoma.

3. NORMATIVA LABORAL QUE PROTEGE A LA MUJER EN ESTADO DE GRAVIDEZ

El ordenamiento jurídico venezolano establece distintas normativas que buscan proteger a la mujer en los múltiples aspectos de su vida. Al respecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su Título III “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, establece en su artículo 19 que “el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”. Como se puede observar, el texto constitucional instaura un trato paritario en cuanto a los derechos del hombre y de la mujer. Sobre este particular, Madriz señala que “se acoge a un diseño no sexista promulgando la igualdad y la no discriminación cuyo lenguaje expresa el reconocimiento de una ciudadanía a las venezolanas y venezolanos, así como un trato laboral igualitario a las trabajadoras y trabajadores” (2013: p.55).

En concordancia, el principal texto legal que regula las relaciones jurídicas laborales en Venezuela, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), establece disposiciones dirigidas a la población femenina trabajadora que propician condiciones de igualdad en el ambiente laboral a través de un lenguaje jurídico no

sexista. En virtud de que, a lo largo de su articulado, determina el deber de los patronos y patronas en aplicar criterios de igualdad y equidad en la selección, capacitación, ascenso, estabilidad laboral, formación profesional y remuneración.

La Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer (1999) normativa pionera en regular el ejercicio de los derechos y garantías de la mujer dispone en el Capítulo II “De los derechos laborales de la mujer”, las bases normativas de las relaciones de la mujer en el trabajo, constituidas por la igualdad de acceso a todos los empleos y oportunidades, en busca de garantizar la efectiva equidad de género.

En esta misma línea, el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2007), establece en su artículo 14, la protección de la maternidad, la salud y seguridad en el trabajo, al exigir a los patronos o patronas evitar cualquier forma de acoso sexual y demandar condiciones idóneas de trabajo en el caso de la mujer en estado de gestación.

En este sentido, la igualdad reside en la paridad en las relaciones sociales y la aceptación de la diversidad, las cuales se reflejan en las normativas laborales y le proporcionan a la mujer las mismas oportunidades de acceso, promoviendo el desarrollo de sus capacidades y el libre desenvolvimiento de su personalidad. Anteriormente la mujer era menospreciada en el acceso al empleo, en cuanto a las condiciones de trabajo y la estipulación del salario, pero actualmente la normativa patria establece criterios de igualdad donde se reconoce a la trabajadora como fuente productiva. Por lo tanto, la promulgación de distintas normativas procuran la incorporación de la mujer en el ámbito laboral bajo condiciones de igualdad, donde el legislador dispone la obligación del Estado de auspiciar la promoción de la mujer a nivel profesional y empresarial, prohibiendo cualquier tipo de acoso contra ella, además de reconocer otros derechos políticos, sindicales, sociales; garantizando una cobertura integral en los riesgos de enfermedad y maternidad.

El alcance de la normativa legal que protege a la mujer en estado de gravidez en el campo laboral venezolano se evidencia a lo largo de todo el ordenamiento jurídico venezolano, así la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) garantiza la asistencia y protección integral a la maternidad, en su artículo 76, “a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio”, sea cual fuere el estado civil de la madre. De la misma manera la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) dedica un título completo a la protección de la familia y estipula en su artículo 331, que desde cada entidad de trabajo, se protegerá la maternidad y se apoyará a las madres en el cumplimiento de criar, educar y mantener a sus hijos e hijas.

El legislador establece en el artículo 332 de la LOTTT (2012) que, en ningún caso, el patrono o patrona exigirá exámenes médicos o de laboratorio destinados a diagnosticar embarazo a la mujer aspirante a un trabajo o a las trabajadoras ya incorporadas en una empresa. La LOTTT (2012) le otorga una protección especial de inamovilidad laboral a la trabajadora en su artículo 335, “desde el inicio del embarazo y hasta dos años después del parto” y “a la trabajadora durante los dos años siguientes a la colocación familiar de niñas o niños menores de tres años”. De igual forma, la Ley de Igualdad de Oportunidades para la mujer (1999) prohíbe en su artículo 15, despedir, presionar o menoscabar los derechos de la mujer trabajadora con ocasión de su estado de gravidez.

La LOTTT (2012) establece en los artículos 333 y 334, “la prohibición de realizar cualquier tipo de tarea o actividad por parte de la mujer embarazada que pueda poner en peligro su vida y la de su hijo o hija” o “el traslado de su lugar de trabajo cuando se presume que las condiciones laborales puedan afectar el desarrollo normal del embarazo”. Paralelamente, el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2007) dispone en su artículo 14 que “la mujer en estado de gravidez y hasta un (1) año después del parto” tiene derecho a no realizar tareas forzosas, sin que ello implique un menoscabo de sus condiciones de trabajo.

Conviene puntualizar que la LOTT (2012) establece un descanso para las mujeres en estado de gravidez en el artículo 336, “de seis semanas antes del parto y veinte semanas después”, conservando su derecho al trabajo y al pago de su salario, de acuerdo con lo establecido en la seguridad social. Así la Ley del Seguro Social (2012), en el Titulo III “De las prestaciones en dinero”, establece en el artículo 11 que las trabajadoras tienen derecho a una indemnización diaria, la cual no podrá ser inferior al salario normal devengado, durante los permisos de maternidad y por adopción, además del derecho a la prestación médica que se requiera con ocasión de su maternidad, todo esto a cargo del Seguro Social.

El descanso pre y post natal no serán motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio de alimentación, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras (2015) e igualmente durante la licencia de maternidad el patrono o patrona estará obligado a continuar con las cotizaciones establecidas por el sistema de seguridad social como lo estipula el artículo 73 de la LOTT (2012). En cuanto a la prolongación del descanso prenatal y la acumulación de los descansos pre y post natal, la LOTT (2012) puntualiza en los artículos del 337 al 340 que “el descanso prenatal se prolongará hasta la fecha del parto y la duración del descanso postnatal no podrá ser reducida cuando el parto sobrevenga después de la fecha prevista” y cuando la trabajadora no haga uso de todo el descanso prenatal, “el tiempo no utilizado se acumulará al período de descanso postnatal”. En el caso de la trabajadora adoptante, “tendrá derecho a un descanso de maternidad remunerado durante un período de veintiséis semanas”.

La ley in comento establece en el artículo 341, que en los casos en que la trabajadora solicite sus vacaciones inmediatamente después del descanso postnatal, el patrono o patrona está obligado a concedérselas. Por otra parte, el artículo 342 dispone que los períodos pre y postnatal y el permiso por adopción serán computados para la antigüedad de las trabajadoras.

Otro aspecto a resaltar es que el legislador señala en los artículos 343 y 344 de la LOTTT (2012) que “el patrono o patrona que ocupe a más de veinte trabajadores y trabajadoras, deberá mantener un centro de educación inicial que cuente con una sala de lactancia” y estipula en el artículo 345 un período de lactancia para la mujer de “dos descansos diarios de media hora cada uno, para amamantar a su hijo o hija”.

Finalmente, el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2007) expresa en su artículo 15 que durante el embarazo, la trabajadora gestante tiene derecho a disfrutar de un “(1) día o dos (2) medios días de licencia o permiso remunerado cada mes a los fines de su atención médica” y “durante el primer año de vida de la hija o hijo podrá disfrutar de un (1) día de licencia o permiso remunerado cada mes para concurrir al centro asistencial pediátrico”.

Como se puede apreciar, la mujer cuenta con una amplia gama de normativas destinadas a su protección que permiten el desarrollo de sus labores en un ambiente de trabajo adecuado, bajo condiciones de igualdad, donde el legislador le garantiza una protección especial en su etapa de maternidad, imponiendo sanciones tanto al patrono o patrona como a las personas que incumplan estas disposiciones.

4. ASPECTOS CONTROVERSIALES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL QUE PROTEGE A LA MUJER EN ESTADO DE GRAVIDEZ

Si bien es cierto que gran parte de las normas que protegen a la mujer en el campo laboral, incluidas las de carácter común a todos los trabajadores y trabajadoras, las destinadas a evitar el acoso sexual y acoso laboral contra las féminas o las que protegen la maternidad; se encuentran plasmadas por el legislador de manera clara y precisa, existen situaciones específicas en el caso de la mujer en estado de gravidez que generan discusiones en cuanto a su interpretación. Tal

es el caso de la interrupción de la inamovilidad para las trabajadoras embarazadas, así como la forma de cálculo de la participación en los beneficios de las entidades de trabajo, situaciones que se analizarán en los siguientes apartados.

4.1 Interrupción de la inamovilidad para las trabajadoras en estado de gravidez

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en el Capítulo V “De los derechos sociales y de las familias”, dispone en su artículo 93 que “la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”. Como se puede apreciar, el legislador reconoce la estabilidad en el empleo como un derecho fundamental, ineludible para la satisfacción de las necesidades el núcleo familiar a través del ingreso que percibe el trabajador o trabajadora.

Por su parte, la LOTTT (2012) en el Capítulo VI “De la Estabilidad en el Trabajo”, artículo 85, define la estabilidad como “el derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras a permanecer en sus puestos de trabajo. Esta Ley garantiza la estabilidad en el trabajo y dispone lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. La finalidad de la estabilidad laboral se fundamenta en el derecho al trabajo que tiene toda persona en capacidad de trabajar, por cuanto es a través del trabajo que toda persona alcanza su realización y dignificación, consigue ingresos indispensables para sustentar sus necesidades primarias y secundarias, así como de quienes dependen económicamente del trabajador o trabajadora.

No obstante, “la noción de estabilidad absoluta y relativa, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tiene el trabajador dentro de la relación de trabajo y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos” (Garay, 2013: p.77), así existen dos tipos de estabilidad laboral: la absoluta y la relativa, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. De tal manera que se debe estudiar el tipo de estabilidad que goza el trabajador o trabajadora al momento de un posible despido.

En cuanto a la inamovilidad la LOTT (2012) establece en su artículo 94 que “los trabajadores y trabajadoras protegidos de inamovilidad no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin una causa justificada la cual deberá ser previamente calificada por el inspector o inspectora del trabajo”. De allí que, en los casos determinados bajo la “estabilidad absoluta”, catalogada por algunos como “inamovilidad” el patrono o patrona debe apegarse a un procedimiento administrativo previo, ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo, para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Así, la inamovilidad laboral constituye una protección especial que el estado venezolano brinda a determinadas categorías de trabajadores y trabajadoras, en virtud de su especial situación o del rol que cumplen socialmente.

Particularmente en el caso de la trabajadora, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) consagra un título a la protección de la familia en el proceso social de trabajo, en el que dispone, entre otras cosas, que gozará de inamovilidad laboral la mujer trabajadora que se encuentre en estado de gravidez y la mujer adoptante, de allí que la mujer no puede ser despedida, trasladada ni sus condiciones de trabajo ser modificadas, sino por causa justificada plenamente comprobada, sujeta al criterio del Inspector o Inspectora del Trabajo en concordancia con lo dispuesto en los artículos 94, 335 y 420 de la LOTT (2012).

En opinión de Torres “esta excepción se traduce en una desmejora para las trabajadoras, pues según la reglamentación derogada no podía despedírseles sino por las causas tipificadas en la Ley de Trabajo” (1994: p. 26). Esta posición parte de que antes de la Ley del Trabajo de 1997 y la actual LOTT (2012), el legislador estableció expresamente que la inamovilidad de la mujer embarazada sólo podría ser enervada por las causales tipificadas en la Ley Orgánica de Trabajo en su artículo 31, por lo que el patrono o patrona solo podría alegar éstas. No obstante, en el actual texto jurídico laboral la falta expresa de causales de interrupción de la inamovilidad, posibilita la incorporación de una amplia gama de hechos que pueden justificarse

para el despido de la mujer en condición de embarazo y a la mujer adoptante, postura doctrinaria que no se ajusta a la realidad jurídica.

A pesar de que el artículo 335 de la LOTT (2012) no hace referencia de manera expresa sobre las causas justas para el despido, el legislador establece en el artículo 422 que el patrono o patrona que pretenda despedir, modificar las condiciones de trabajo o trasladar de su puesto de trabajo al trabajador o trabajadora investido de inamovilidad laboral deberá hacerlo mediante el procedimiento establecido en este dispositivo y alegar causa justificada autorizada por el Inspector o Inspectora del Trabajo. Así mismo, el artículo 79 eiusdem establece una lista de hechos del trabajador o trabajadora que serán causas justificadas de despido y que en la práctica son las aceptadas, entre las que destacan: la falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo, omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo, la inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles en el período de un mes, perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las máquinas, herramientas y útiles de trabajo, acoso laboral o acoso sexual.

Por tanto, la posición de Torres⁷⁴, es meramente formalista ya que la LOTT (2012) establece que gozará de inamovilidad laboral la mujer trabajadora que se encuentre en estado de gravidez y, a pesar de que, el legislador no hace referencia de manera expresa sobre las causas justas para el despido de la mujer en esta situación, el patrono o patrona que pretenda despedir o modificar sus condiciones de trabajo, deberá hacerlo mediante el procedimiento establecido en el artículo 422 de la citada Ley y alegar causa justificada autorizada por el Inspector o Inspectora del trabajo. En virtud de que la mujer embarazada al ser sujeto activo de inamovilidad laboral, solo puede ser despedida o desmejorada por encontrarse incurso dentro de

7 ⁴ El Dr. Iván Darío Torres fue un catedrático del Derecho Laboral, de su estudio y de su difusión, fungió como funcionario de la Administración Pública ocupando el cargo de director general del Trabajo y consultor jurídico del IVSS, autor de numerosos libros y artículos en materia laboral.

alguna de las causales establecidas en el artículo 79 LOTT (2012), no pudiendo fundamentar cualquier otra causa distinta, motivado a que se violaría el principio general de Derecho “Principio de legalidad constitucional”, que establece que nadie puede ser sancionado, ni penado por causas no establecidas en las normas, el cual es parte integrante del debido proceso, ordinal 6 del artículo 49 de la CRBV(1999) esto conforme al principio nulla poena sine lege, no hay pena sin ley.

Por otra parte, surgen en la práctica del ejercicio profesional de la abogacía algunas interrogantes acerca de esta condición de inamovilidad de la mujer en estado de gravidez, pues el legislador no esclarece si ¿en caso de muerte del hijo o hija pierde o no la mujer su condición de “inamovilidad”? o ¿si a la trabajadora en estado de gravidez que se encuentra bajo un régimen de contratación a tiempo determinado o en una obra determinada se le atribuye la condición de inamovilidad?

A tal efecto, la inamovilidad laboral de la mujer trabajadora deriva de su estado de gravidez y a juicio de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en su Dictamen N°30 del año 1993 “se extingue si el hijo nace muerto o muere durante el lapso de inamovilidad”. Ante tal situación, es evidente que el sentido de la norma se direcciona a la protección a la mujer embarazada, en consecuencia al perder esta condición ya no estaría dentro del supuesto de la norma.

Por otra parte, un contrato de trabajo “es aquel donde se establecen las condiciones bajo las cuales los trabajadores proporcionaran sus servicios dentro de una relación de dependencia que será remunerada con un sueldo además de los beneficios estipulados en la ley” (Pino, 2014: p.66), es a través de él donde se plasman las condiciones en las que una persona prestará sus servicios a cambio de una remuneración. En relación al contrato a tiempo determinado, la LOTT (2012) establece en su artículo 62 lo siguiente:

El contrato celebrado por tiempo determinado concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga. En caso de dos prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación (...). El contrato de trabajo se considerará por tiempo indeterminado, si existe la intención por parte del patrono o de la patrona de interrumpir la relación laboral a través de mecanismos que impidan la continuidad de la misma. En los contratos por tiempo determinado los trabajadores y las trabajadoras no podrán obligarse a prestar servicios por más de un año.

Partiendo de estas premisas, el contrato a tiempo determinado tiene fecha cierta de inicio y terminación, por lo que en este tipo de contratos los trabajadores o trabajadoras no están en la obligación de prestar servicio por más de un año, pues en éste se especifica el lapso de duración, de allí que este tipo de contrato se puede convertir según las circunstancias previstas en un contrato a tiempo indeterminado. Por su parte la LOTTT (2012), define el contrato para una obra determina en el artículo 63 y establece:

El contrato para una obra determinada deberá expresar con toda precisión la obra a ejecutarse por el trabajador o trabajadora. El contrato durará por todo el tiempo requerido para la ejecución de la obra y terminará con la conclusión de la misma (...). Si dentro de los tres meses siguientes a la terminación de un contrato de trabajo para una obra determinada, las partes celebran un nuevo contrato para la ejecución de otra obra, se entenderá que han querido obligarse, desde el inicio de la relación, por tiempo indeterminado.

Como se puede interpretar, el contrato a tiempo determinado y por obra determinada según lo estipula la LOTTT (2012) son contratos excepcionales, que se realizan con tiempo específico de duración o hasta la culminación de la obra, es decir tiene fecha concreta de inicio y terminación, en donde interviene la voluntad de las partes. De manera que en virtud de este carácter excepcional, según el criterio de

la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en su Dictamen N°33 del año 1994 “la trabajadora sujeta a estas modalidades y condiciones goza de fuero maternal mientras dure su especial contrato de trabajo”. En otras palabras, su condición de inamovilidad amparada por la Ley cesará al término fijado por las partes en el contrato de trabajo, por lo que su condición es temporal.

Esta posición es reiterativamente aplicada por nuestros tribunales, así se evidencia en la decisión emitida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2002-689 de fecha 04/04/2002, de la cual se extrae lo siguiente:

Como bien puede apreciarse de lo anterior y de los recaudos que cursan al expediente, el contrato suscrito por la querellante y por CORPOSALUD es a tiempo determinado y cuya duración era de dos (2) años contados a partir del 1° de mayo de 1999 y culminó –según la propia Administración- en fecha 30 de abril de 2001. De manera pues, que el contrato suscrito entre la accionante y CORPOSALUD tenía, inequívocamente, una duración de dos (2) años, lo cual se traduce en que una vez llegado a ese término, el contrato en referencia dejó de estar vigente y de producir sus efectos. Lo anterior hace concluir a este Juzgador que la protección maternal a la cual tenía derecho la accionante se correspondía por el tiempo de duración del referido contrato, es decir, por dos (2) años y, una vez culminado éste la accionante no gozaba de la inamovilidad laboral. Ello así, debe advertirse entonces que dicha protección debió ser garantizada por el Ente accionante durante la vigencia del contrato –como en efecto se hizo- y no como pretende la accionada, que tal fuero maternal le correspondía incluso una vez culminado tal contrato.

En suma, la inamovilidad laboral y la protección derivada de la condición de “embarazada” de la mujer trabajadora bajo un contrato a tiempo determinado o por una obra determinada, se mantendrá durante el tiempo fijado por las partes, en el cual la entidad de trabajo se compromete a cumplir con las normativas dirigidas a la protección de la maternidad hasta que finalice el contrato.

4.2 La participación en los beneficios de las entidades de trabajo para las trabajadoras en condición de embarazo

El beneficio anual o utilidad depende de la actividad mercantil de la empresa durante su ejercicio estatutario, el cual se basa en la declaración anual de rentas presentada ante la Administración Tributaria. Los trabajadores y las trabajadoras tienen derecho de participar en estos beneficios tal como lo establece la LOTT (2012) en su artículo 131 “las entidades de trabajo deberán distribuir entre todos sus trabajadores y trabajadoras, por lo menos, el quince por ciento de los beneficios líquidos que hubieren obtenido al fin de su ejercicio anual” y agrega “cuando el trabajador o trabajadora no hubiese laborado todo el año, la bonificación se reducirá a la parte proporcional correspondiente a los meses completos de servicios prestados”.

En los casos de la suspensión laboral por causa de maternidad el legislador no especifica si este período será descontado para el cálculo de las utilidades o por el contrario a fin de garantizar la protección de la maternidad debe generarse el pago de este beneficio durante el tiempo que dure su reposo pre y post natal. Al respecto, el criterio jurisprudencial venezolano, en los últimos años, ha determinado que para garantizar la protección integral de la mujer embarazada se debe asegurar una tranquilidad económica a la trabajadora. Esta situación implica que la trabajadora no se vea en la obligación de elegir entre el descanso necesario para cuidar su estado de salud y su hijo o hija, antes y después del nacimiento ó incorporarse al trabajo para recibir sus utilidades de forma completa y así mantener a su familia.

Se evidencia así esta posición en distintas sentencias, tal como se puede apreciar en la decisión emitida por el Juzgado Superior Segundo de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara en la sentencia de fecha 29/07/2010, que expresa:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 76, dispone que la maternidad y la paternidad son protegidas integralmente y el Estado garantizará la asistencia y

protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y en el artículo 89, entre otras, consagra la intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos y beneficios laborales. Por todo lo anterior, en criterio de quien juzga, efectuar una interpretación restrictiva del artículo 389 de la Ley Orgánica del Trabajo, limitando el alcance sólo a la aplicación literal que implica ampliar el derecho de la mujer embarazada durante este período sólo a su antigüedad, obviando los Convenios Internacionales ratificados por Venezuela, constituye una limitación contraria a la protección integral de la madre, contenida en nuestra Carta Magna, por cuanto condicionaría el derecho sagrado de la mujer a la maternidad, obligándola a escoger entre este derecho y la merma que representa lo dejado de percibir desde el punto de vista económico, lo cual no se corresponde con la protección integral que se propugna, por esto, en aplicación de los principios constitucionales, se ordena el pago de la diferencia de utilidades correspondientes al año 2007 reclamadas por la actora, que representan los treinta días faltantes por referirse al período pre y post natal.

Finalmente, aunque la norma genere dudas se debe interpretar ajustado a lo establecido en el artículo 18, numeral 5 de la LOTT (2012) “cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora”, en vista de que éste es el débil jurídico en la relación laboral. Las trabajadoras tienen derecho de participar de los beneficios anuales o utilidades en los casos de suspensión laboral por causa de maternidad, a fin de garantizar la protección de la maternidad, por tanto debe generarse el pago de este beneficio durante el tiempo que dure su reposo pre y post natal como si la trabajadora estuviese activa.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La legislación venezolana concede una protección especial a la mujer en los casos de maternidad, situación que se encuentra plenamente justificada, debido a que el carácter extraordinario de esta protección se da a un grupo históricamente discriminado, así lo señala Carballo en los siguientes términos “en el estado actual de la conciencia jurídica universal, la igualdad entre los hombres es la regla y la desigualdad, admisible sólo cuando se fundara en causa compatible con el concepto de dignidad de la persona humana, la excepción” (2001: p.61).

A lo largo del presente trabajo se evidenció que la interrupción de la inamovilidad laboral por causa de la maternidad puede materializarse, entre otras circunstancias por: a) la muerte del hijo o hija, b) por la expiración del contrato a tiempo determinado o por obra determinada. Paralelamente se demostró que la licencia de maternidad genera el pago de todos los beneficios económicos que percibiera la trabajadora en condición de activa, incluido el derecho a recibir la totalidad de la participación anual de los beneficios de las entidades de trabajo. Conviene aclarar que el patrono o patrona solo recibe una subvención en la cuantía a pagar a la trabajadora en estado de gravidez, relacionada con las dos terceras partes de su salario. No obstante, todos los demás beneficios son cancelados en su totalidad por el patrono o patrona.

En busca de una equidad de género se hace necesario que se configuren dos situaciones, la igualdad de oportunidades y la creación de una serie de condiciones determinadas para que sean aprovechadas dichas oportunidades; en razón de ello el legislador no solo procura la protección de la maternidad sino también de la paternidad, en su artículo 339 la LOTTT (2012) dispone que “todos los trabajadores tendrán derecho a un permiso o licencia remunerada por paternidad, de catorce días continuos contados a partir del nacimiento de su hijo o hija”, agrega además que, “adicionalmente, gozará de protección

especial de inamovilidad laboral durante el embarazo de su pareja hasta dos años después del parto, contado a partir del alumbramiento”.

Por tanto, el cúmulo de garantías para la mujer no debe representar una situación desfavorable para ésta, todo lo contrario, las normativas buscan garantizar que la mujer y el hombre en esta situación gocen de la tranquilidad emocional y económica necesaria para la buena salud de la madre y el neonato, evitando que las féminas deban decidir entre su trabajo o la maternidad, así mismo en el caso de los hombres. De manera que, aunque las empresas presenten dicha resistencia esta situación no proviene de la normativa como fuente principal.

6. REFERENCIAS

- Carballo, C. (2001). Derecho Laboral Venezolano. Ensayos. Universidad Católica.
- Carballo, C. (2013). Los derechos individuales en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras: primer año de vigencia. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). Caracas, Venezuela.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial 36.860 de 30 de diciembre de 1999.
- Decisión N° 2002-689 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Fecha 04/04/2002.
- Decisión del Juzgado Superior Segundo de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Lara. Sentencia de fecha 29/07/2010.
- Garay, J (2013). Legislación Laboral Práctica. Ley del Trabajo. Comentarios y Casos. Ediciones Juan Garay.
- Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras (2015) en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 40.733 del 23 de octubre de 2015.
- Ley de Igualdad de Oportunidades para la mujer. Gaceta Oficial 5398 de 26 de Octubre del 1999.
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Gaceta Oficial 38.236 de fecha 26 de julio del 2005.
- Ley del Seguro Social. Gaceta Oficial 8921 de fecha 30 de abril del 2012.
- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial 6076 de 07 de Mayo del 2012.
- Madriz, R. (2013). El lenguaje sexista en el ámbito jurídico-laboral. Anuario de Derecho. Año 30 N° 30. Mérida-Venezuela.
- Pino, C. (2014). Interpretaciones jurídicas precisiones sobre la LOTT. Ediciones Liber.
- Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Gaceta Oficial N° 38.596 Extraordinario de fecha 03 de enero de 2007.
- Torres, I. (1994). Procedimientos Administrativos del Trabajo. (2ª ed.). Caracas: Editorial Iván Darío Torres.