

Ciudadanos:

**Presidente y Demás Magistrados de la
Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
Su Despacho.-**

Nosotros, María Elena Rodríguez y Marino Alvarado, abogados en ejercicio, de este domicilio, Inpreabogado números 35.463 y 61.381 respectivamente, actuando en este acto como apoderados de la organización **Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea)**, organización no gubernamental que tiene como misión la protección de los derechos humanos, en especial los derechos económicos, sociales y culturales; cuyos Estatutos anexamos marcado “**A**”, carácter el nuestro que consta en instrumento poder otorgado por ante la Notaría Pública Tercera de Caracas, anotado bajo el Nro. 27, Tomo 104, de fecha 10 de octubre de 1996, el cual anexamos marcado “**B**”; acudimos ante su competente autoridad, amparados en el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; a los fines de que esta Sala, en uso de las atribuciones previstas en el artículo 336, ordinal 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social de fecha 31 de diciembre de 2002, publicada en Gaceta Oficial N° 37.600; sin contemplar un régimen de transitoriedad para el artículo 138 en relación con los porcentajes correspondientes a las cotizaciones de patronos y trabajadores por concepto de contribución especial al Régimen Prestacional de Empleo.

CAPÍTULO I COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 336 de la Constitución Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo La Constitución); es atribución de la Sala Constitucional, como ente tutor de la constitucionalidad, declarar la inconstitucionalidad de la omisión Poder Legislativo Nacional en caso de que haya dejado de dictar las normas para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta. En el caso concreto, la Asamblea Nacional, al promulgar la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, y crear el Régimen Prestacional de Empleo, no estableció el monto o porcentaje que debían cotizar los trabajadores y patronos, por concepto de contribución especial de paro forzoso. El haber establecido el Régimen Prestacional de Empleo de manera

incompleta, lesiona el derecho a la seguridad social de los trabajadores, reconocido en el artículo 86 de la Constitución, así como el derecho a la protección del trabajo, reconocido igualmente en el artículo 89 de la Constitución.

CAPÍTULO II

EL DERECHO

El día 30 de diciembre de 2002, la Asamblea Nacional promulga la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (en lo sucesivo LOSSSS), publicada en la Gaceta Oficial N° 37600 de fecha 30 de diciembre de 2002. En el Capítulo IV de dicha ley, se establece el Régimen Prestacional de Empleo, el cual tiene como objeto garantizar la atención integral a la fuerza de trabajo ante las contingencias de la pérdida involuntaria del empleo y de desempleo. Dicho régimen se basa en prestaciones dinerarias y no dinerarias, así como en políticas, programas y servicios, asesoría, información y orientación laboral.

De conformidad con el artículo 81 de la LOSSSS, los mecanismos, modalidades, condiciones, término, cobertura y demás requisitos para la prestación de los servicios del Régimen Prestacional de Empleo van a ser establecidos por la ley que regule dicho régimen. Sin embargo, la LOSSSS no ha previsto un régimen transitorio mientras se dicte dicha ley, la cual hasta la fecha de interposición de la presente demanda, ni ha sido promulgada por la Asamblea Nacional, ni tiene tampoco un plazo establecido para su promulgación.

Anterior al nuevo sistema de seguridad social, las contingencias por pérdida del empleo se regían por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, publicado en la Gaceta Oficial N° 5392, Extraordinario, de fecha 22 de octubre de 1999. Dicho Decreto fue derogado en su totalidad por la nueva LOSSSS, por disposición expresa de su artículo 138.

De la no determinación del hecho imponible de la Contribución Especial al Régimen Prestacional de Empleo

El Régimen Prestacional de Empleo depende de los aportes obligatorios que realicen sus afiliados, aportes que se realizan como forma de contribuciones especiales o contribuciones parafiscales. Las contribuciones parafiscales constituyen exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo.

De acuerdo con nuestro Código Orgánico Tributario, y el propio articulado de la LOSSSS, las contribuciones a la seguridad social son consideradas como tributos,

estando, por tanto, sometido al imperio de las leyes y principios tributarios. En este sentido, el artículo 12 del Código Orgánico Tributario señala lo siguiente:

“Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social y las demás contribuciones especiales, salvo lo dispuesto en el artículo 1” (Subrayado nuestro).

Por su parte, los artículos 111 y 112 de la LOSSS, son del tenor siguiente:

“Artículo 111. Toda persona, de acuerdo a sus ingresos, está obligada a cotizar para el financiamiento del Sistema de Seguridad Social, según lo establecido en esta Ley y en las leyes de los regímenes prestacionales”.

“Artículo 112. Las cotizaciones, constituyen contribuciones especiales obligatorias, cuyo régimen queda sujeto a la presente Ley y a la normativa del sistema tributario”(Subrayado nuestro)

La derogatoria total del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Sistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral ha creado un vacío legislativo en la materia; ya que la nueva LOSSS no ha establecido los montos de las cotizaciones de trabajadores y patrones al nuevo Régimen Prestacional de Empleo. Por lo tanto, ha quedado sin base legal el cobro de las contribuciones especiales que realiza el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a los trabajadores y empleadores mes a mes.

Dicho vacío normativo implica que tanto los trabajadores como empleadores actualmente no tienen la obligación legal de realizar dichos pagos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 317 de la Constitución, al plasmar el principio de legalidad tributaria, en los siguientes términos:

“No podrán cobrarse impuestos, tasas ni contribuciones especiales que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio...” (omissis) (subrayado nuestro)

Por su parte, el artículo 3 del Código Orgánico Tributario, al establecer el alcance del principio de legalidad tributaria, señala lo siguiente:

*“Sólo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código las siguientes materias:
1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible; fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo”. (omissis) (subrayado nuestro)*

El régimen jurídico sobre Paro Forzoso comienza con el Decreto 609 del 08 de mayo de 1985, a éste le sucedieron diversos Decretos, donde se establecieron porcentajes de contribución al paro forzoso; hasta que en 1998 se promulga el

primer acto normativo con rango de ley, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 2963 de fecha 21 de octubre de 1998, publicado en Gaceta Oficial N° 36575 de fecha 05 de noviembre de 1998.

Posteriormente se dicta el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Sistema de Paro Forzoso y de Capacitación Laboral N° 366 del 05 de octubre de 1999, publicado el 22 de octubre de 1999 en la Gaceta Oficial, Extraordinaria N° 5392. El artículo 50 de este último Decreto derogó las disposiciones atinentes a la institución del Paro Forzoso contenidas en el Reglamento del Seguro Social a la Contingencia de Paro Forzoso, dictado mediante Decreto N° 2870 de fecha 25 de marzo de 1993, Gaceta Oficial N° 35183, en todo en cuanto resultase incompatible con sus disposiciones, así como el anterior Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 2963 del 21 de octubre de 1998.

Sin embargo, aún cuando el Reglamento del Seguro Social a la Contingencia de Paro Forzoso no fue derogado en su totalidad, hoy por hoy, y desde julio de 2000; tiene vigencia sólo en aquello que no haya estado expresamente regulado en el Decreto del 22 de octubre de 1999, el cual, en su Capítulo Segundo, establecía el sistema de cotizaciones de trabajadores y empleadores. Por lo tanto, el Reglamento del Seguro Social a la Contingencia de Paro Forzoso no está vigente en este punto. En efecto, dicho Reglamento, inconstitucionalmente, estableció en su artículo 17, los porcentajes de cotización para el seguro de paro forzoso, en los siguientes términos:

“La cotización para financiar el Seguro de Paro Forzoso será del 2.20% del salario utilizado para el cálculo de las cotizaciones del Seguro Social, hasta la concurrencia con el actual límite establecido en el Reglamento General de Ley del Seguro Social. De la cotización señalada, el patrono aportará el 1.70% y el trabajador el 0.50%. El Ejecutivo Nacional podrá revisar tanto el límite del salario sujeto a cotización, como el porcentaje de las cotizaciones y las cuantías de las prestaciones previstas en este Reglamento, de conformidad con lo establecido en la Ley del Seguro Social”. (Subrayado nuestro)

Ahora bien, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Sistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, publicado el 22 de octubre de 1999, contiene disposiciones expresas en materia de cotizaciones, tal y como se observa en sus artículos 4 y 5.

*“Artículo 4°. Cotización al Sistema.
Las normas relativas a las cotizaciones de los empleados y trabajadores se regirán conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Seguridad Social. La cotización se causará mensualmente y se calculará sobre la base del salario normal del trabajador, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, hasta un límite máximo de veinte (20) salarios mínimos.*

Cuando el salario del trabajador sea mayor de veinte (20) salarios mínimos, el cálculo de la cotización se hará sobre la base de dicho límite”.

“Artículo 5°. Tasa de Cotización inicial.

La cotización inicial aplicable para la base contributiva prevista en el artículo 4 de este Decreto será del dos coma cincuenta por ciento (2,50%), correspondiéndole al empleador cotizar el ochenta por ciento (80%) y al trabajador el veinte (20%) por ciento restante.

El Consejo Nacional de Seguridad Social revisará anualmente el porcentaje de cotización, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Seguridad Social.”(Subrayado nuestro)

Luego de comparar ambas disposiciones, podemos concluir que los porcentajes para cotizar al sistema de paro forzoso, en la actualidad, no son aquellos que están establecidos en el Reglamento del Seguro Social a la Contingencia de Paro Forzoso. En primer lugar, porque al haber sido fijadas las cotizaciones por el Decreto del 22 de octubre de 1999, las disposiciones del Reglamento sobre el punto en cuestión, quedaron derogadas; lo contrario sería afirmar que a partir del 01 de julio de 2000, fecha en que entra en vigencia el Decreto del 22 de octubre de 1999, regía una Ley y un Reglamento que regulaban paralelamente un mismo supuesto de hecho; igualmente, reconocer la vigencia del Reglamento en este punto, sería otorgarle *efecto ultractivo* a una norma ya derogada.

En segundo lugar, porque como acto administrativo de efectos generales, no puede establecer tributos, o una parte de ellos, ya que violaría el principio de legalidad tributaria, establecido en la Constitución, el Código Orgánico Tributario y el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, donde se señala el carácter sublegal de toda la actividad administrativa.

En consecuencia, el último acto normativo con rango de ley, que establecía el monto de la contribución especial de paro forzoso, base para su cálculo y porcentajes; es decir, el hecho imponible, tal y como lo define el artículo 36 del Código Orgánico Tributario; fue el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, de fecha 22 de octubre de 1999, actualmente derogado por el artículo 138 de la LOSSSS, el cual expresamente indica: “Se deroga el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.392, Extraordinario, de fecha 22 de octubre de 1999”.

Por lo tanto, la LOSSSS, al no establecer las tasas de cotización para patronos y empleados, ni la base imponible para el cálculo de las contribuciones al Régimen Prestacional de Empleo creó un vacío legislativo. Lo que implica que, desde el 30

de diciembre de 2002, trabajadores y patronos no están obligados legalmente a realizar esta contribución especial, pudiendo considerarse que las cantidades percibidas por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales por concepto de cotizaciones por Paro Forzoso, desde la fecha, constituye un enriquecimiento sin causa.

De la Violación a los artículos 19, 86 y 89 de la Constitución Bolivariana de Venezuela

La falta de desarrollo en que incurre la Asamblea Nacional, al promulgar la LOSSSS lesiona los derechos humanos de los actuales trabajadores e incluso, los potenciales trabajadores, ya que les está privando el derecho y deber de cotizar al Régimen Prestacional de Empleo, y consecuentemente, beneficiarse del mismo. La Constitución Bolivariana de Venezuela, establece en su articulado un régimen de protección a los trabajadores, como seres humanos y como trabajadores; garantizando de manera progresiva e intangible, la protección del trabajo como hecho social; así como en el derecho a la seguridad social. El Estado los garantiza mediante una serie de principios protectores del trabajo, y en el establecimiento de un servicio público de seguridad social, cuyo fin es garantizar salud y protección al ser humano frente a contingencias de diversa índole, tales como la pérdida del empleo. Concomitantemente, por ser el derecho a la seguridad un derecho humano, el Estado venezolano asume la obligación de garantizarlo conforme al principio de progresividad, reconocido tanto en la Constitución como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En efecto, la Constitución reconoce y garantiza estos derechos en los siguientes términos:

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar, y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, social, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación, y la seguridad

social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.

“Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.

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

3. 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. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

4. Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno” (omissis)

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

Por su parte, el principio de progresividad se encuentra plasmado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), de la siguiente forma:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (subrayado nuestro)

El principio de progresividad se incumple, entre otras razones, al incumplir las *normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura* del Protocolo de

Buenos Aires que modificó la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En este momento, ese mismo incumplimiento se da si se incumplen las normas pertinentes sobre *desarrollo integral* contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por los Protocolos de Cartagena de Indias, Washington y Managua. Precisamente el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (así reformada por los Protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua) en su literal h) dispone:

“Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social”

Asimismo, en su artículo 33 se lee:

“El desarrollo es responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana”.

De esta manera se concluye que el artículo 26 de la Convención Americana, al referir a las *normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura* (hoy denominado *desarrollo integral*) crea para los Estados la obligación de *desarrollar una política eficiente de seguridad social*. Debe recordarse que el artículo 26 de la Convención alude a *los derechos que se derivan de las obligaciones contraídas por los Estados*. En términos de derechos humanos, el desarrollo de una política eficiente de seguridad social, hace derivar la titularidad de todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado a gozar del derecho a la seguridad social.

Igualmente, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene el derecho a la seguridad social, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que les proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia” (subrayado nuestro).

Asimismo, el artículo 2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo PIDESC), le impone obligaciones a los Estados Partes y reconoce el derecho a la seguridad social, en los siguientes términos:

“Artículo 2. Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”(omissis) (subrayado nuestro).

Artículo 4. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a las limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (subrayado nuestro).

Por su parte, el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, (relativo a la norma mínima de seguridad social, adoptado el 28 de junio de 1952, en la trigésima quinta reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, ratificada por Venezuela el 05 de noviembre de 1982); reconoce el derecho a obtener prestaciones a la contingencia de la pérdida del empleo. Dicho Convenio, que de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución, goza de jerarquía y rango constitucional, regula la materia en los siguientes términos:

“Parte IV. Prestaciones de Desempleo

Artículo 19

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 20

La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo”. (Subrayado nuestro)

Por lo tanto, la indeterminación del tributo, que este caso es la contribución especial al Régimen Prestacional de Empleo, atenta contra los derechos laborales

de los trabajadores, ya que al no estar establecida en ley alguna el monto de las cotizaciones a dicho Régimen, la Asamblea Nacional les imposibilita la posibilidad de cotizar a dicho sistema y por ende, de ser beneficiarios del mismo, contrariando de manera flagrante el principio de progresividad de los derechos humanos; así como la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores. Ello se deriva del artículo 113 de la LOSSSS, el cual es del tenor siguiente:

“Sobre todo salario causado el empleador deberá calcular, y estará obligado a retener y enterar a la Tesorería de Seguridad Social, los porcentajes correspondientes a las cotizaciones prestacionales. Todo salario causado a favor del trabajador, hace presumir la retención por parte del empleador, de la cotización del trabajador respectivo y, en consecuencia, éste tendrá derecho a recibir las prestaciones que le correspondan... (omissis) (subrayado nuestro)”

De acuerdo con el artículo 113 de la LOSSSS, anteriormente transcrito, el pago de las prestaciones establecidas por ley, están supeditadas a las cotizaciones realizadas por el trabajador, estableciendo la ley una presunción *iuris tantum* de pago de las cotizaciones de todas las personas que reciban un salario. Sin embargo, actualmente no existe ningún acto normativo con rango de ley que establezca el hecho imponible, por lo tanto, cualquier patrono puede excusarse válidamente de enterar cantidades de dinero a la Tesorería de Seguridad Social, y de efectuar retenciones al salario del trabajador; pudiendo entonces desvirtuarse la presunción establecida a favor del trabajador. Esta omisión hace nugatorio el derecho a la seguridad social, tal y como ha sido definida por la Constitución y los diversos tratados de derechos humanos, contrariando de esa manera las obligaciones de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; del cual la seguridad social forma parte.

De la violación a la obligación de progresividad del derecho a la seguridad social

Es de hacer notar que en materia de derechos económicos, sociales y culturales, los Estados se han comprometido a no retrotraer el nivel de goce alcanzado; las obligaciones de progresividad y no regresividad implican la prohibición para el Estado de adoptar medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo. Esto resulta evidente ya que desde el momento en que el Estado se obliga a mejorar una situación existente, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de estos derechos.

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial la Observación General N. 3; la prohibición de no regresividad no es absoluta. Sin embargo, una medida deliberadamente regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los restantes derechos económicos y sociales; en el contexto del aprovechamiento del máximo de los recursos de que se dispone y otorgando protección especial a los grupos que requieren de atención prioritaria por el Estado como son las personas desempleadas.

En este sentido, el artículo 4 del PIDESC establece que las limitaciones a los derechos deberán estar determinadas por ley, ser compatibles con la naturaleza de esos derechos y tener el objetivo de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Por ende, estas restricciones no pueden ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, y por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar con ellas.

En este contexto, la privación a los trabajadores de acceder a los beneficios del Régimen Prestacional de Empleo es difícilmente justificable, ya que el mismo se financia con los aportes de los contribuyentes; además de ser uno de los fines del Estado venezolano la defensa y el desarrollo de la persona, el respeto de su dignidad, así como la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, tal y como señala el artículo 3 de la Constitución.

La imposibilidad de pagar las cotizaciones al Régimen Prestacional de Empleo, consecuencia de la promulgación de la LOSSS, es contraria a la obligación de progresividad, en especial, la no regresividad, establecida en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En virtud de las obligaciones asumidas internacionalmente, tal actitud de la Asamblea Nacional impone al derecho a la seguridad social una limitación no permisible, contraria a los deberes que los tratados imponen a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en relación con la posibilidad de reglamentar los derechos económicos, sociales y culturales. Esta obligación veda la posibilidad de dictar normas que deroguen o reduzcan el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población, es decir, que imposibilita a los Estados a empeorar la situación que ha alcanzado la legislación en el derecho vigente. Se trata de una garantía que tiende a proteger la normativa imperante al momento de adoptarse la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado, en el caso de que se haya producido alguna mejora.

De la inminencia de las lesiones a los derechos humanos

La amenaza de violación del derecho a la protección del trabajo y a la seguridad social es inminente tanto para los actuales empleados, como para los que hoy en día se encuentran desempleados. En el caso de las personas que actualmente están trabajando, y cotizando al sistema de seguridad social, aún cuando se encuentran amparados tanto por la presunción de retención de las cotizaciones por parte del patrono, así como por el respeto de los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, dependen del hecho de que sus patronos efectúen las retenciones. Sin embargo, es de esperarse que progresivamente cada vez más patronos dejen de realizar los aportes al Régimen Prestacional de Empleo, desvirtuando así la presunción que protege a sus trabajadores.

Imaginemos el caso de un trabajador con tres años de antigüedad en una empresa, la cual deja de realizar las retenciones por concepto de paro forzoso desde enero de 2003, debido a que la ley vigente no establece los parámetros para hacerlo. Si dicho trabajador es despedido en el mes de abril, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales no podrá negarse a otorgarle la prestación correspondiente, ya que el trabajador ha cotizado regularmente durante al menos 52 semanas, en los últimos 18 meses, habiendo por lo tanto, adquirido el derecho subjetivo a obtener la prestación correspondiente. Pero de no promulgarse, antes de junio de 2004 la ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo, incluso, ese trabajador dejará de estar amparado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, ya que le sería inaplicable la disposición contenida en el artículo 4 del Reglamento del Seguro Social a la Contingencia de Paro Forzoso, anteriormente mencionado.

El riesgo de quedar desamparado es más evidente en el caso de los nuevos trabajadores; es decir, aquellos que han ingresado a trabajar con anterioridad a la fecha de publicación de la LOSSSS, pero que aún no han cotizado durante 52 semanas; o bien, aquellos que han comenzado labores luego de promulgada la LOSSSS. ¿Qué pasa con ellos? Es evidente que esta omisión del legislador, origina una situación jurídica que es contraria la Constitución, ya que cuando se reconoce el derecho a la seguridad social, también se impone el deber de cotizar a dicho sistema. Deber cuyo cumplimiento supedita el real disfrute del derecho, y que actualmente no es posible honrar por no existir en el ordenamiento jurídico norma legal alguna que lo implemente.

La situación se complica aún más, cuando el artículo 107 de la LOSSSS, establece que el sistema de seguridad social está integrado por regímenes con patrimonio propio; es decir, administrativamente, cada régimen es independiente y maneja sus propios fondos para garantizar su funcionamiento.

Siendo imposible transferir los montos entre los distintos regímenes del Sistema de Seguridad Social, es previsible que en un mediano plazo el Régimen Prestacional de Empleo no pueda afrontar financieramente las contingencias de los trabajadores que hayan adquirido el derecho a disfrutar de la previsión social, según el esquema establecido por la ley derogada. Menos aún, de aquellos que amparados por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos tienen derecho a la prestación, aún sin haber cotizado.

En estos casos, de no corregirse el vacío legislativo existente, se estaría abonando el terreno para que en el mediano plazo se presenten violaciones masivas a los derechos humanos de los trabajadores. Ya que si bien es cierto que los trabajadores tienen el deber de cotizar, no es menos cierto que dicho incumplimiento tiene su origen en un *hecho del príncipe*, causa extraña no imputable, y no en una voluntad deliberada de defraudar al sistema de seguridad social.

De la obligación de respetar el derecho adquirido a la seguridad social

El derecho de los trabajadores a la seguridad social y a la protección del trabajo; son derechos sujetos a una interpretación progresiva y *Pro Homine*, reconocida en los artículos 26 y 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, es plenamente aplicable el principio de derecho laboral *Pro Operario*, de raigambre constitucional. Todo ello nos lleva a afirmar que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales está obligado a cumplir con los trabajadores, no siendo posible excusarse en disposiciones legislativas, en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 19, 86 y 89 de la Constitución.

Así se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en jurisprudencia de fecha 28 de febrero de 2003, caso “cinco pensionistas vs. Perú”; afirmando, en relación con la interpretación *Pro Homine* y el respeto de los derechos adquiridos lo siguiente:

“Hay que tener presente lo señalado en el artículo 29.b) de la Convención Americana en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes...”.

En este orden de ideas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.

A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra y Reymert Bartra Vásquez pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”.

De conformidad con la jurisprudencia anteriormente transcrita, el derecho a la seguridad social a la contingencia de pérdida de empleo debe considerarse como un derecho adquirido por el trabajador; derecho adquirido al amparo de la legislación anterior, por lo tanto, reiteramos la obligación que tiene el Estado venezolano, tanto en el ámbito interno como internacional, de amparar a los trabajadores que queden cesantes a partir de la promulgación de la LOSS. Dichas obligaciones, en el ámbito interamericano, se desprenden de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto a la índole de dichas obligaciones en el Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001; y el Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia de 8 de diciembre de 1995, concluyendo que:

“El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno".

En relación con el artículo 2 de la Convención, la Corte, en el Caso La Última Tentación de Cristo; Caso Baena Ricardo y otros; Caso Durand y Ugarte, ha dicho que:

"En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención".

En el mismo sentido, dicho Tribunal ha manifestado que

"El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".

Ello nos lleva a concluir que el legislador venezolano no puede, ni con su acción u omisión,

revertir los efectos de una legislación que favorecía a los trabajadores. Las normas sobre paro forzoso que han sido derogadas constituían para los trabajadores amparados por la legislación venezolana, la materialización de un derecho humano. Este derecho, adquirido bajo el amparo de la legislación anterior, no puede ser menoscabado por la nueva legislación, de ser así, dicha legislación tiene que considerarse *nula*, por ser violatoria de los derechos humanos. En este sentido, la nueva LOSSS constituye un retroceso injustificable en el disfrute al derecho a la seguridad social, ya que si bien reconoce el derecho al disfrute de prestaciones en caso de cesantía; no implementa la forma de hacer contribuciones al sistema de seguridad social en este punto. Por ello, es preciso que esta Sala

corrija dicha situación, en el sentido de restablecer, lo más pronto posible la *garantía efectiva* al derecho en cuestión.

De la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores

Pero también es preciso resaltar no sólo las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, sino también la naturaleza de los derechos que ha violado la Asamblea Nacional en el caso de Marras. El artículo 89 de la Constitución, reconoce el carácter *irrenunciable* de los derechos laborales adquiridos. Este principio, desarrollado a través del tiempo por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, tiene como finalidad evitar la pérdida por parte de los trabajadores de conquistas sociales y laborales alcanzadas; e impedir que, de un momento a otro, mediante la voluntad unilateral de un empleador, o de la actividad del Estado mismo, se cercenen derechos que ya los trabajadores venían disfrutando.

Bien es sabido que en la relación de trabajo establecida entre un trabajador y su empleador no hay una relación de igualdad, sino por el contrario, de desigualdad a favor del empleador. Esta realidad, ha sido reconocida por la legislación laboral internacional y ha servido como plataforma para hacer del derecho del trabajo, en buena parte, un derecho para proteger al trabajador en la búsqueda de un equilibrio básico entre empleador y empleado. Así, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en el ámbito nacional e internacional, han establecido varios principios rectores del derecho del trabajo, tales como el *in dubio pro operario*, la progresividad legislativa y contractual y la irrenunciabilidad de los derechos, entre otros tantos.

La irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, además, está íntimamente vinculada al principio de progresividad que rige en el derecho de los derechos humanos. Este principio, reconocido por el derecho internacional, establece que una vez que un sector social o una población ha adquirido un nivel de conquistas sociales, éstas no pueden desmejorarse ni a través de normas legislativas, ni por medidas operativas de naturaleza, fiscal o monetaria, entre otras, tal y como hemos narrado anteriormente.

Por lo tanto, en materia laboral, se ha reconocido como un derecho de los trabajadores, el no ser desmejorado en sus condiciones de vida y de trabajo. Además, cuando esos derechos adquiridos ingresan al patrimonio del trabajador, su despojo, significa, en términos reales, una disminución de dicho patrimonio y, por lo tanto, una afectación de derechos económicos. Ahora bien, recae en el Estado, como regulador de la aplicación de la ley, garantizar que efectivamente no ocurra el despojo de derechos adquiridos; y si tal situación sucede, se constituye

en un deber para el órgano, ente o funcionario competente, restablecerla al estado que originalmente disfrutaba el trabajador.

El reconocimiento de los derechos adquiridos ha quedado expresado en varias normas a lo largo de la historia legislativa venezolana. Así, por ejemplo, en materia de contratación colectiva las sucesivas leyes del trabajo venezolanas y sus reglamentos han establecido que ningún contrato podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos anteriores o en vigor. (Artículo 511 de la Ley Orgánica del Trabajo) Así, los beneficios económicos y sociales que ya han sido reconocidos por el patrono en un contrato individual o colectivo, se convierten en parte integrante del nuevo contrato, por considerarse que esos beneficios son derechos adquiridos por los trabajadores.

El constituyente de 1999 al aprobar el artículo 89 de la Constitución dejó expresamente establecido que *los derechos laborales son irrenunciables*. Además estableció cual es el efecto jurídico de la irrenunciabilidad normando en tal sentido *que es nula toda acción que implique renuncia o menoscabo de esos derechos*. Del texto constitucional y del espíritu y propósito de la legislación venezolana en materia laboral, se desprende que el acto mediante el cual de manera unilateral, la Asamblea Nacional ha cercenado los derechos a todos los trabajadores, no tiene ninguna validez.

En consonancia con lo anterior, el vacío producido por la Asamblea Nacional, no sólo vulnera los derechos constitucionales de los trabajadores, sino que adicionalmente constituye una violación de los compromisos válidamente asumidos por el país en virtud de los tratados internacionales de protección a los derechos humanos. Dicha violaciones se generan por dictar normas que significan un retroceso en la garantía del derecho a la seguridad social.

Por lo tanto, resulta imperiosa la intervención de esta Sala Constitucional, invocando la protección que brinda la constitución al trabajador. Dicha protección sólo se puede brindar, en el presente caso, a través de la intervención de este órgano jurisdiccional, en el entendido de que la violación a los derechos humanos de los trabajadores se fundamenta en la omisión del Poder Legislativo Nacional. Si bien es cierto que el patrono que deje de retener y enterar las cotizaciones correspondientes al paro forzoso, estaría lesionando los derechos de sus trabajadores; lo cierto es que bajo el amparo de la LOSSS, no están obligados a hacerlo, debido al vacío legal que generó la derogatoria de la regulación legal anterior. Es decir, que las eventuales omisiones de los patronos no van a ser consideradas ilegales, sino que van a estar plenamente justificadas en virtud del principio constitucional de legalidad tributaria.

Resulta forzoso concluir que es el vacío legislativo que presenta la LOSSSS, la que amenaza directamente los derechos humanos de los trabajadores; ya que los priva del deber de cotizar a la seguridad social y del derecho a percibir prestaciones dinerarias periódicas en caso de quedar desempleados. Omisión que conculca adicionalmente el derecho a un nivel de vida adecuado, reconocido en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno, según el artículo 23 de la Constitución.

CAPÍTULO III

PETITORIO

Por las razones anteriormente expuestas, solicitamos muy respetuosamente que esta Sala, en uso de la atribución establecida en el Ordinal 7, del artículo 336 de la Constitución DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD de la omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, al haber regulado de manera incompleta el Régimen Prestacional de Empleo; no estableciendo el hecho imponible de la contribución especial de paro forzoso, ni estableciendo un régimen transitorio mientras se promulga la ley que regule dicho régimen Prestacional.

Asimismo, solicitamos que esta Sala, en uso de sus potestades constitucionalmente atribuidas, le ordene a la Asamblea Nacional que en un lapso perentorio modifique la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, o bien, dicte un régimen transitorio, a fin de garantizar los derechos de los actuales y futuros trabajadores. En este sentido, solicitamos a esta Sala, que a su prudente arbitrio dicte los lineamientos necesarios para que no se continúen vulnerando los derechos de los actuales trabajadores y cese la amenaza de violación de tales derechos a los futuros trabajadores.

CAPÍTULO IV

DOMICILIO PROCESAL

En cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, indicamos como domicilio del demandado: Edificio de la Asamblea Nacional, esquina San Francisco, Municipio Libertador, Caracas.

Domicilio procesal del demandante: De Puente Trinidad a Tienda Honda, Bulevar Panteón, Edificio Centro Plaza Las Mercedes, planta baja, Local 6, Parroquia Altigracia, Municipio Libertador, Caracas.

Es justicia que esperamos en Caracas, a la fecha de su presentación.