

SEGUNDA PARTE. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO INDIVIDUAL	107
CAPÍTULO I. Las condiciones extrínsecas	109
Sección 1. En el despido liberador	109
Sección 2. En el despido sancionador	128

SEGUNDA PARTE

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO INDIVIDUAL

El derecho del trabajo, incluyendo al derecho del despido, no puede ser analizado sin tener en cuenta el contexto en el cual se aplica. Hay que mencionar que América Latina es tan sólo un sector de la economía mundial, se trata de una región que se caracteriza por la “dependencia” frente al exterior¹ y la presencia considerable del Estado en la vida económica. La estrategia de desarrollo adoptada en ciertos países, a partir de la década de los años 30, provocó un aumento considerable de la fuerza de trabajo industrial,² lo cual provocó, entre otras cosas, un desarrollo de la legislación social latinoamericana.³

En este contexto, la reglamentación del despido individual se enfrenta a una problemática particular. Así, esta reglamentación presenta actualmente al despido como un acto unilateral respetuoso de las decisiones tomadas por el empleador y, en el fondo, respetuoso del poder de gestión de éste.

A pesar de que el régimen del despido individual haya sido organizado sobre la base del derecho de rescisión unilateral que tienen las partes en los contratos de derecho común, dicho régimen aparece como una serie de limitaciones manifestadas por medio de condiciones que el empleador debe respetar en el ejercicio de su facultad para despedir.

El análisis de estas condiciones exige una doble distinción: por un lado, hay que separar dichas condiciones en función del papel que juegan al interior del régimen del despido individual, lo cual permitirá hablar de condiciones extrínsecas e intrínsecas; pero por otro, se puede

¹ “La dependencia es una situación en la cual un cierto número de países tienen una economía condicionada por el desarrollo y la expansión de otra economía”. Cf. Dos Santos, T., “La crisis de la teoría del desarrollo y las relaciones de dependencia en América Latina”, *La dependencia económica de América Latina*, México, Siglo XXI, 1985, p. 180.

² Ver: Stavenhagen, R. y F. Zapata, *Sistemas de relaciones obrero-patronales en América Latina*, México, El Colegio de México, p. 11.

³ Esta situación contribuyó al paso de los talleres artesanales a las empresas de más grandes dimensiones donde el empleador sería confirmado en su papel de titular del poder de gestión.

constatar que estas condiciones son diferentes en función del tipo de despido, ya sea liberador o sancionador.

Esta doble distinción permite realizar un análisis del régimen jurídico del despido individual dentro del siguiente marco:

Capítulo I. Las condiciones extrínsecas:

Sección 1. En el despido liberador;

Sección 2. En el despido sancionador.

Capítulo II. Las condiciones intrínsecas:

Sección 1. En el despido liberador;

Sección 2. En el despido sancionador.

CAPÍTULO I

LAS CONDICIONES EXTRÍNSECAS

Sección 1. En el despido liberador

El hecho de no evocar una causa caracteriza al despido liberador; éste aparece como una de las manifestaciones más evidentes del poder de gestión y de dirección del empleador.⁴

Esta modalidad del despido no ha sido siempre objeto de análisis doctrinales, a pesar de que haya sido reconocida por la mayoría de los países de la región latinoamericana.⁵

El ejercicio del despido liberador debe respetar en principio, alguna formalidad, y las legislaciones latinoamericanas han establecido un régimen en el cual se observa claramente la existencia de condiciones a respetar en el ejercicio de esta facultad; estas condiciones son, entonces, de dos tipos: extrínsecas e intrínsecas.

En lo relativo a las primeras, son pocas. El preaviso constituye la principal, el empleador debe darlo y respetarlo antes de que el trabajador sea separado definitivamente de su puesto. Según algunos autores el preaviso se presenta como una atenuación posible de los problemas planteados por el despido liberador;⁶ sin embargo, las características de la reglamentación del preaviso permiten pensar de otra manera. El profesor Gérard Lyon-Caen ha sostenido, desde hace tiempo, que en el caso del preaviso se está ante una obligación alternativa: ya sea respetar el preaviso, ya sea indemnizar;⁷ esta afirmación es válida de una manera global para América Latina como podrá verificarse más tarde. El despido liberador y concretamente el preaviso han sido objeto de

⁴ Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 132.

⁵ La mayoría de los análisis tratan de la estabilidad del empleo y ponen el acento, como se ha visto antes, sobre el despido sancionador. Se advierte una tendencia por no estudiar el despido "sin causa", el cual, sin embargo, está vigente. Cf. Pérez Patón, R., "La estabilidad en el empleo y sus garantías", *Estudios en memoria del prof. Pérez Botija*, Madrid, 1970, vol. II, p. 465.

⁶ Cf. Deveali, L. M., *El derecho del trabajo...*, op. cit., p. 547.

⁷ Lyon-Caen, G., *Cours de droit social européen*, París, 1965, p. 356.

una reglamentación no siempre satisfactoria, y su estudio ha sido realizado presentando los siguientes aspectos: la noción de preaviso (§ 1), la naturaleza del preaviso (§ 2), el campo de aplicación del preaviso (§ 3), el acto de preaviso (§ 4) y la ejecución del contrato durante el preaviso (§ 5).

§ 1. La noción de preaviso

A. Los antecedentes

El preaviso fue instituido en Europa en el régimen de las antiguas corporaciones;⁸ más tarde la organización corporativa fue establecida en América Latina, y esta estructura fue propuesta en algunas ordenanzas de los siglos XVII y XVIII.⁹ Puede constatarse que esta reglamentación siguió de cerca el modelo europeo, ya que el preaviso estaba incluido en algunas de estas ordenanzas,¹⁰ y constituye uno de los antecedentes directos del actual preaviso.

Esta institución fue conservada en algunos países, y su adopción se encuentra en las primeras leyes relativas al trabajo; sin embargo, originalmente el preaviso sólo fue establecido para los trabajadores del comercio, esto se confirma con el estudio de la legislación de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Tal ha sido el caso, entre otros, de Brasil, Argentina, Venezuela y Uruguay.¹¹

⁸ El uso (del preaviso) es antiguo, data de las reglas de las antiguas corporaciones; cf. Rouast, A. Durand, *Précis de législation industrielle*, París, 1951, p. 420.

⁹ Cf. Estrada Guerrero, *Ordenanzas de gremios de la Nueva España*, México, 1920.

¹⁰ En este caso el plazo era de 15 días, cf. Poblete Troncoso, "Evolución del derecho social en América Latina", p. 81, cit. por Shirley, L., *La terminación del contrato individual de trabajo*, Panamá, Universidad de Panamá, 1966; p. 257.

¹¹ Para el caso de Brasil, se puede constatar el establecimiento de la obligación de preavisar de un mes para despedir en el Código de Comercio de 25 de junio de 1850, art. 81. Cf. De Moraes, F., "Direito do trabalho brasileiro", *DLT*, México, vol. I, 1974, p. 273. Para el caso de Argentina, se puede encontrar una disposición similar a la precedente en el art. 157 del Código de Comercio de la provincia de Buenos Aires de 1862, que estuvo en vigor a partir del 1º de mayo de 1890 por la ley 2637 de 9 de octubre de 1889. Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 132. En el mismo caso se encuentra Venezuela, país que puede estar incluido en esta tendencia legislativa, cf. Parra Aranguren, F., *Antecedentes de la ley del trabajo de 1928*, Maracaibo, 1975, p. 21. En un momento dado, el art. 158 del Código de Comercio de Uruguay reconoció la obligación de preavisar antes de despedir. Este artículo fue abrogado por el art. 4 de la ley 10,489 del 6 de junio de 1944 y hoy esta institución sólo existe en materia rural, cf. Pla Rodríguez, "Los principios de derecho del trabajo...", op. cit., p. 187.

Otras referencias permiten observar que en aquella época existía una tendencia hacia la extensión de la obligación de preavisar.¹² Este reconocimiento progresivo del preaviso no fue uniforme en América Latina, y algunos países, como México, nunca han reconocido dicha institución en la reglamentación de sus relaciones laborales; pero actualmente, el preaviso es aplicable en la mayoría de los países latinoamericanos.

B. El preaviso en derecho civil y en derecho del trabajo

El preaviso es una institución cuyos orígenes pueden ser encontrados en el derecho civil: la obligación de prevenir al co-contratante de la intención de romper el contrato es una característica propia de los contratos cuya ejecución es continua y su duración es indeterminada.¹³ Esto es válido concretamente para el contrato de arrendamiento de cosas.¹⁴

En efecto, cuando en un contrato de arrendamiento de cosas ninguna duración se especifica, podrá rescindirse por la voluntad de las partes mediando un preaviso de cierta duración. Este principio ha sido adoptado por los códigos civiles latinoamericanos como un mecanismo de ruptura de los contratos, y dicha posibilidad ha sido conservada en el régimen del contrato de trabajo en el cual las partes conservan su derecho de rescindir el contrato con la condición de respetar el preaviso.¹⁵

Desde hace tiempo se ha reconocido el derecho de las partes para rescindir con la preocupación de proteger su libertad¹⁶ y la igualdad de las partes parece, entonces, haber sido respetada. Bajo esta perspectiva, el despido y la renuncia serían la expresión de un mismo fenó-

¹² En Perú, un decreto del 7 de mayo de 1901 reglamentó el servicio doméstico, estableciendo el preaviso con un plazo de 15 días salvo causa grave, cf. Cuadros, F., *Las relaciones individuales de trabajo en la legislación social peruana*, Cuzco, Centro de Estudios Jurídicos, 1959, p. 9.

¹³ Cf. Deveali, L. M., *El derecho del trabajo*, op. cit., p. 577.

¹⁴ Ver por ejemplo los arts. 1604 y 1507 del código civil argentino; cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 72; y el art. 2478 del código civil mexicano.

¹⁵ La legislación colombiana es característica en la materia, ya que el art. 49 (CTC) ha establecido la "cláusula de reserva", indicando que en relación con el contrato de duración indeterminada o para aquél en el cual ninguna duración se fijó, cada una de las partes podrá reservarse la facultad de ponerle fin en cualquier momento, mediando preaviso o denuncia notificada por escrito a la otra parte, Cf. González Charry, G., "Colombia", *IELL*, Países Bajos, vol. III, 1977, p. 87.

¹⁶ Cf. Groutel, H., *Droit du travail*, op. cit., pp. 40 y 41; cf. Giglio, W., "Justa causa", op. cit., p. 9; cf. Barbagelata, H., "Uruguay", op. cit., p. 175.

meno; sin embargo, las características del preaviso en el despido liberador se alejan de aquellas previstas para el preaviso en caso de renuncia del trabajador, lo cual se traduce por la existencia de diferentes reglamentaciones para cada uno de estos aspectos.

C. El fin del preaviso

La comunicación previa de la voluntad de ruptura es obligatoria. Se trata de una obligación con miras a lograr una mayor protección del trabajador, el cual podría encontrarse privado de su empleo de manera brutal e inmediata. La institución del preaviso “constituye una atenuación necesaria, aportada en el tiempo al ejercicio inmediato y casi discrecional del derecho de rescisión unilateral”.¹⁷ El conocimiento de la ruptura futura debe permitir al trabajador tomar las medidas necesarias para enfrentar esta eventualidad.

En este sentido, el preaviso tiene una doble finalidad: una de carácter general y otra de carácter práctico; el preaviso ayuda a reforzar la estabilidad del empleo,¹⁸ es decir, constituye un freno al despido y permite que el trabajador conserve su empleo durante más tiempo, ya que la puesta en práctica de la decisión de despedir es pospuesta. El preaviso constituye igualmente una manera de evitar la ruptura *ex abrupto* del contrato de trabajo,¹⁹ y desde un punto de vista práctico permite fijar una fecha en la cual el contrato terminará.

El preaviso debe permitir al trabajador “prepararse” a la ruptura futura del contrato; por ejemplo, el trabajador deberá tener la posibilidad de buscar un nuevo empleo.²⁰

A pesar del carácter protector del régimen del preaviso, se puede observar una cierta ambigüedad de este derecho. La obligación de preavisar, a cargo del empleador, puede ser intercambiada por una indemnización: así puede presentarse el caso de una ruptura brusca y el sentido protector del preaviso desaparecería.

D. El concepto de preaviso

Los conceptos de preaviso muestran una cierta construcción terminológica ya que a veces se le utiliza para indicar la notificación hecha

¹⁷ Camerlynck, G. H., *et al.*, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 373.

¹⁸ Cf. Lyon-Caen, G. y J. Pretnar-Tillher, *L'entreprise et le contrat du travail*, París, PUF, 1975, p. 66.

¹⁹ Deveali, M., *Lineamientos de derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 284.

²⁰ Cf. Rivero, J. y J. Savatier, *Droit du travail*, París, PUF, 1981, p. 604.

por el empleador con el fin de comunicar el despido, a veces para hablar del desarrollo mismo del preaviso. Ciertos autores han identificado al preaviso con el acto mismo del preaviso, ello ha permitido aceptar el hecho de que el preaviso sea el anuncio de la fecha de ruptura del contrato de trabajo.²¹ Por el contrario, se pueden encontrar otros conceptos que toman en cuenta, más bien, el desarrollo del preaviso, en este caso se habla de “el periodo que debe pasar obligatoriamente entre el anuncio. y la cesación efectiva” del contrato de trabajo.²²

El estudio comparativo del despido libertador se enfrenta a este tipo de problemas que obstaculizan un análisis más completo. Para evitar confusiones el término preaviso se utiliza en este trabajo en un sentido amplio.

§ 2. La naturaleza del preaviso

A. El fundamento del preaviso

La existencia de un derecho de preaviso sólo representa el reconocimiento de mecanismos de ejercicio de la facultad de despedir sin causa explícita. Con la adopción del régimen del preaviso, las legislaciones latinoamericanas buscan imponer al empleador las condiciones extrínsecas que debería respetar cuando desee despedir un trabajador sin causa pero el empleador continúa, de cualquier manera, como titular de las prerrogativas que le permitirán dirigir su empresa.

En todo caso, el régimen del preaviso está dirigido a las partes de un contrato de trabajo: para el empleador, se trata de una obligación y para el trabajador de un derecho.²³

B. La obligación de preavisar

El anuncio previo de la ruptura del contrato es una obligación de las partes, en caso de que no haya causa explícita. Este elemento es

²¹ Cf. Caldera, R., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 380; cf. Rodríguez Pinto, J. A., “O aviso prévio na doutrina de catharino”, *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, núm. 55, año 10, 1985, p. 40.

²² Cf. Guillien, R. y J. Vincent, *Lexique de temes juridiques*, París, Dalloz, 1985, p. 150.

²³ Sin embargo se ha podido constatar en Brasil que algunas empresas tenían por costumbre incorporar, en los contratos de trabajo, cláusulas en las que las partes renunciaban al preaviso, a pesar de que esta práctica, en deducción del art. 481 CLT, pueda ser considerada como ilegal.

característico del despido liberador, ya que el empleador no está obligado a respetar dicha obligación si hubo una causa considerada importante por la ley. En tal caso el régimen del despido liberador deja de ser aplicable para dejar lugar al régimen del despido sancionador.

La obligación de preavisar ha sido reconocida en América Latina y las fórmulas utilizadas son diferentes en los textos legales, a pesar de que todas establezcan de manera implícita o explícita dicha obligación. En algunos casos, las leyes hablan de un “deber” de dirigir a la otra parte un preaviso, tal es el caso de Brasil²⁴ y de Panamá, en los casos en que el despido liberador ha sido autorizado.²⁵

En otros países se ha preferido adoptar una fórmula que presenta al preaviso como una condición extrínseca en el ejercicio de la facultad de despedir, esas legislaciones indican que el despido liberador se ejercerá “mediando” un preaviso, esta fórmula ha sido retomada en Costa Rica, en Chile, en Colombia y en Venezuela.²⁶

Como podrá verificarse más tarde, la teoría de las obligaciones de derecho común continúa siendo ampliamente aplicable para el preaviso. En este contexto, la obligación de preavisar ha sido analizada como una “obligación de hacer” a cargo del empleador y las sanciones posibles de su inobservancia tomarán en cuenta dicho análisis.

C. El derecho de ser preavisado

Los trabajadores tienen derecho de ser preavisados, e implícitamente se encuentra la obligación correspondiente para el empleador de preavisar; estos dos aspectos constituyen la estructura del régimen del despido liberador en América Latina. El análisis de esta estructura presenta elementos no siempre favorables al trabajador y pueden a veces desviar la institución del preaviso de sus fines originales.

²⁴ La ley brasileña señala que “la parte que, sin poder invocar motivos válidos, desea rescindir el contrato, deberá dirigir a la otra parte un preaviso”. (art. 487, CLT).

²⁵ El art. 212 de la ley panameña (CTP) indica los casos en que el despido liberador, está autorizado.

²⁶ Según el art. 28 de la ley costarricense (CCR), cuando el contrato es de duración indeterminada, cada una de las partes puede ponerle fin legítimamente por medio de un preaviso dado a la otra parte. La legislación chilena reproduce este modelo en el art. 155-f (CCh), y en igual situación se encuentra Colombia, art. 49 (CTC). Por el contrario en Venezuela no se ha reglamentado la obligación de preavisar de la misma manera; sin embargo, se ha indicado que el preaviso representa una condición que debe respetarse (art. 28, LT).

En efecto, cabe señalar que el preaviso no constituye una condición para la validez del despido liberador,²⁷ ya que las legislaciones latinoamericanas aceptan la posibilidad de que el preaviso no se efectúe y ellas hablan de su eventual omisión: por ejemplo, en Venezuela²⁸ y en Chile, donde la legislación señala simplemente que el preaviso no es obligatorio.²⁹ Estas últimas disposiciones están acompañadas de sanciones que pueden ser aplicadas a los empleadores que no han respetado la obligación de preavisar (este régimen de sanciones será tratado en la tercera parte de este trabajo).

A pesar de que pueda considerarse al preaviso como una obligación alternativa, existen algunas legislaciones como la de Panamá que presentarían una tendencia diferente. En este país el despido liberador sólo existe en ciertos casos, para los cuales se ha reconocido la obligación de preavisar e indemnizar; pero no se trata de obligaciones alternativas sino más bien de dos obligaciones diferentes ya que la indemnización es, ella misma, una obligación independiente del preaviso.³⁰

El derecho a ser preavisado es ambiguo, la importancia de esta reglamentación radica en la elección del momento en el cual el contrato de trabajo llega a su fin. Esta elección es hecha por el empleador a pesar de que el contrato no pueda terminar, teóricamente antes del fin del periodo del preaviso, en ese sentido el empleador puede posponer la ruptura (respetando el preaviso) o pagar la indemnización correspondiente.

§ 3. El campo de aplicación del preaviso

El despido sin causa explícita sólo interesa en cierto tipo de relaciones de trabajo. En ese sentido puede hablarse de la existencia de un campo de aplicación del preaviso.

Esta carga legal no se impone en todos los casos de ruptura del contrato; se verá, por ejemplo, que debe ser compatible con la continuación del contrato hasta el fin del preaviso.³¹

²⁷ Cf. Pla Rodríguez, "La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario...", *op. cit.*, p. 31.

²⁸ El art. 29 de la ley venezolana (LT) señala que el preaviso podrá omitirse a condición de que se pague una indemnización.

²⁹ El art. 155-f (CCh) en Chile indica que el preaviso no es obligatorio si se paga la indemnización correspondiente.

³⁰ El art. 212 de la ley panameña (CTP), después de indicar los casos en que el despido sin causa es posible, agrega que el embajador deberá notificar el despido con un preaviso de 30 días y pagarles la indemnización prevista en el art. 225 (artículo que prevé la indemnización a título de servicios continuos).

³¹ Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación...*, *op. cit.*, p. 115.

A. El tipo de contrato

La permanencia del trabajador en su empleo es uno de los fines de la legislación laboral, la continuidad del contrato en el tiempo es un elemento importante de la prestación del trabajo. Así, el contrato de duración indeterminada es, en las legislaciones, la regla y sólo se autoriza excepcionalmente el celebrar contratos de duración determinada; se presume la existencia de un contrato de duración indeterminada cuando no ha habido una declaración explícita de las partes con relación a la duración (con excepción de Colombia).

Este elemento podrá jugar un papel en la determinación de la duración del contrato, pero en lo relativo a la ruptura de un contrato de duración indeterminada, un elemento objetivo es necesario, y es la existencia de una declaración de voluntad para ponerle fin:³² este elemento es la obligación de preavisar.

Dicho esto se puede constatar que el papel que juega la expresión de la voluntad es diferente en la conclusión de un contrato y en la ruptura de éste. En el primer caso, la voluntad del empleador podrá faltar sin que ello implique la inaplicación del derecho del trabajo (aquí se sitúan los desarrollos doctrinales relativos a la teoría de la relación de trabajo); por el contrario, la voluntad del empleador será necesaria para la ruptura del contrato.

En ese sentido parecería que el preaviso sólo puede ser analizado en caso de contratos de duración indeterminada. Sin embargo, algunos países lo han reglamentado para el caso de contratos de duración determinada,³³ por ejemplo, en Argentina, Colombia y Brasil.

En Argentina las partes deben dar un preaviso con un mes, por lo menos, y de dos meses, como máximo, de anticipación a la fecha que ponga término al contrato, manifestando de esa manera su intención de no renovar el contrato de trabajo; los contratos cuya duración es de menos de un mes están dispensados de esta regla. La inobservancia de esta obligación es sancionada con la transformación del contrato, el cual se convierte en contrato de duración indeterminada;³⁴ esta sanción no se aplicará si el contrato ha sido renovado expresamente por un periodo (igual o no) como el inicial.³⁵

³² Cf. Do Santos, J. J., "Duración del contrato de trabajo", *El derecho laboral en Iberoamérica*, México, Trillas, 1984, p. 272.

³³ Cf. Pla Rodríguez, "La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario...", *op. cit.*, p. 10.

³⁴ Cf. Vázquez Vialard, A., *Derecho del trabajo y seguridad*, *op. cit.*, p. 428.

³⁵ Esta situación fue prevista en el art. 94 de la LCT argentina diciendo que la parte que omite el "preaviso" acepta, la ley lo supone, la transformación en un

Por otro lado, en Colombia existe una norma parecida: el contrato que llega a término debe ser objeto de un preaviso, cuya omisión provocará la reconducción del contrato.³⁶

Finalmente, en el caso de Brasil, la obligación de dar un preaviso, para los contratos de duración determinada, sólo existe si el contrato tiene una cláusula que indique la posible ruptura *ante tempus*.³⁷

No hay que confundir este preaviso con aquel que el empleador debe dar en el caso del régimen de despido liberador, en este caso no se trata ni de un despido ni de una renuncia, aquí el preaviso se presenta como una formalidad que las partes deben respetar con el fin de evitar la reconducción del contrato.³⁸

Por otro lado debe hacerse una mención especial con relación a los contratos a prueba. Como se ha dicho, el régimen del despido no se aplica durante el periodo de prueba, sin embargo, las normas relativas al preaviso pueden eventualmente ser aplicadas en situaciones excepcionales, tal como ocurre, por ejemplo, en Brasil, Argentina y Panamá.

Los tribunales argentinos han establecido que existe derecho al preaviso en caso de ruptura anticipada de un contrato a prueba según la forma prevista por la CLT³⁹ por su parte la jurisprudencia argentina se ocupó de este problema y decidió que el trabajador tiene derecho al preaviso o a una indemnización a partir del momento en el cual comenzó a trabajar.⁴⁰

La legislación panameña, por su parte (art. 213-3 CTP), señala que en los casos de trabajadores domésticos, las dos primeras semanas son consideradas como periodo de prueba, durante el cual las partes pueden

contrato de duración indeterminada. Cf. Deveali, L. M., *El derecho del trabajo, op. cit.*, p. 283.

³⁶ Cf. Arenas Monsalve, G., "Causas y efectos de la terminación...", *op. cit.*, p. 236; cf. González Charry, G., "El derecho del trabajo en Colombia", *op. cit.*, p. 521.

³⁷ Cf. Cesarino Junior, A., "Brazil", *op. cit.*, p. 114.

³⁸ Cf. Deveali, M., *El derecho del trabajo, op. cit.*, p. 271.

³⁹ Este criterio fue adoptado por el "Tribunal Superior do Trabalho" en el "Prejulgado" Nº 42/1972. Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil* (tesis de doctorado), Toulouse, Université des Sciences Sociales, 1980, p. 134; Cf. Cesarino Junior, A., "Brazil", *op. cit.*, p. 115. Pero si hay rescisión al final del periodo de prueba, el TST decidió que el preaviso no sería obligatorio por aplicación a *contrario sensu* del prejulgado.

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) sesión plenaria, 3 de junio de 1952, caso "Salaberry, R. c/ Casa Voss", cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo, op. cit.*, p. 117. Cabe señalar que este principio fue objeto de modificaciones para ciertas categorías de trabajadores. Por ejemplo, se podrá despedir sin preaviso durante el periodo de prueba a los empleadores administrativos de las empresas periódica (estos trabajadores están regidos por la ley 13.839). Esto fue decidido por la CNAT (Sala V) el 28 de marzo de 1980. *Ibid.*

poner fin al contrato mediando un preaviso de 24 horas, la ley supone que este preaviso ha sido dado, salvo prueba en contrario.

Todas estas consideraciones permiten concluir que, en relación con las características del campo de aplicación del régimen de preaviso, los países latinoamericanos pueden agruparse según tres criterios:

El primero se relaciona con la exigencia de la existencia de un contrato de duración indeterminada para tener derecho al preaviso o en su defecto a la indemnización correspondiente; este criterio constituye la regla.⁴¹

El segundo, el de los países en los cuales ninguna referencia se ha hecho sobre el tipo de contrato: Chile y Argentina, en estos casos el preaviso se presume para los contratos de duración indeterminada.⁴² Para ciertos autores debe haber una compatibilidad entre el preaviso y el tipo de trabajo en cuestión; así, por ejemplo, en Argentina los trabajos de construcción y los trabajos marítimos no son compatibles con el preaviso.⁴³

El tercero es el adoptado por Panamá, donde el preaviso sólo se acepta para un cierto tipo de trabajadores; el despido liberador en este país no es aceptado de manera general.

B. La influencia de la causa de ruptura

Con relación a las condiciones de fondo necesarias para tener derecho al preaviso, cabe señalar que éstas no son claramente definidas, ya que las legislaciones latinoamericanas no hacen mención alguna sobre el particular. Más que hablar de "causa de ruptura" para tener derecho al preaviso, el derecho del trabajo hace referencia a esta idea de manera indirecta; la expresión de esta referencia se hace de dos maneras: una negativa y otra positiva:

En un sentido negativo, se observa que la causa que da derecho al preaviso no debe necesariamente figurar entre las causas señaladas por la ley y que dan derecho al empleador para romper el contrato de manera inmediata; la existencia de una situación considerada como

⁴¹ Hay que recordar que en el caso de Colombia, el despido liberador se presenta bajo la forma de una "cláusula de reserva" y que es aplicable a condición que esta cláusula aparezca por escrito en el contrato o el reglamento interior. Por el contrario, dicha cláusula se presume para el caso del servicio doméstico.

⁴² Cf. Tissebaum, R.; "El derecho del trabajo en la República Argentina", DLT, México, UNAM, 1974, vol. I, p. 32.

⁴³ Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 116. En el caso del trabajo marítimo, se ve que este mismo caso sería compatible con el preaviso en la legislación panameña, mientras que en Argentina no lo sería.

importante o grave no sería compatible con el preaviso. En un sentido positivo, la causa de ruptura debe permitir la continuación del contrato desde el preaviso hasta el término; este elemento presenta, antes que nada, un carácter funcional.

De cualquier manera es necesario subrayar que en todos los casos existe una calificación de la causa de ruptura y que el resultado de esta calificación permitirá tener derecho o no al preaviso. Esta primera calificación de la causa se presenta como un proceso de valoración de los hechos donde el empleador es el autor y único responsable. Sólo un control judicial posterior podría eventualmente confirmar o desaprobar su actitud.

§ 4. El acto de preaviso

El acto de preaviso ha sido reglamentado de manera insuficiente en América Latina. La ausencia de claridad en los términos utilizados es muestra de las deficiencias de las legislaciones en materia de técnica jurídica. Este tipo de problemas es evidente en lo relativo a la naturaleza jurídica del preaviso (A), su forma (B), la perfección del acto jurídico del preaviso (C) y sus efectos (D).

A. La naturaleza jurídica

El preaviso se presenta como una obligación a cargo de la parte que toma la iniciativa de ruptura del contrato, se trata de una obligación de hacer.⁴⁴ En el caso del despido liberador, el empleador debe anunciar previamente su decisión al trabajador; la obligación de hacer es a su cargo. El objeto de las obligaciones de hacer debe ser jurídica y físicamente posible. El no respeto de ésta se resolverá con el pago al acreedor del “salario” correspondiente a la duración del preaviso.⁴⁵

B. La forma del preaviso

El preaviso debe hacerse por escrito; esta formalidad es la regla y aparece en América Latina como un elemento de validez del acto del

⁴⁴ Cf. Guzmán, R. J., “El derecho del trabajo en Venezuela”, *DLT*, México, UNAM, 1974, vol. II, p. 574.

⁴⁵ Hay que señalar que el uso del término “salario” en este caso, ha sido objeto de debates. Estas discusiones se relacionan con la naturaleza jurídica de la indemnización de preaviso.

preaviso,⁴⁶ a pesar de que no sea un elemento de validez del despido. Algunas legislaciones como la de Brasil y la de Venezuela no hacen mención alguna sobre la forma del preaviso; en Brasil por ejemplo, se presentó el problema a nivel doctrinal y se concluyó que el preaviso verbal es posible y válido,⁴⁷ mientras que en Venezuela se afirma que el preaviso no tiene forma "sagrada", en consecuencia, en ninguno de los dos países no se aceptó el preaviso tácito. En los dos casos, la existencia de un preaviso escrito es vista como un elemento probatorio, pero no es el único, ya que la declaración de dos testigos puede ser suficiente para demostrar la existencia del preaviso. Este criterio se adoptó en la jurisprudencia venezolana⁴⁸ y en algún momento, también, por la jurisprudencia argentina.⁴⁹

Es necesario remarcar el hecho de que algunas decisiones de los tribunales argentinos han admitido que la notificación del despido sin motivo no necesita de una forma determinada; así se acepta como legal la notificación verbal o tácita. Esto es particularmente grave si se tiene en cuenta el hecho de que el preaviso es la única condición extrínseca para el caso de un despido liberador, ahora bien, si se admite una mayor libertad para la notificación del despido, el preaviso podría ser excluido.⁵⁰

C. La perfección del acto de preaviso

El preaviso es un acto jurídico receptivo ya que sólo producirá sus efectos a partir del momento en que llegó al conocimiento del receptor. A veces el preaviso puede ser desviado por varias razones y su recepción no tener lugar; las hipótesis son variadas y los litigios que ellas provocan son bastantes. La mayoría de las legislaciones latino-americanas no han resuelto este problema y las eventuales soluciones son difíciles de sistematizar.

⁴⁶ Este criterio fue adoptado por ejemplo por el art. 28 (CCR) en Costa Rica, el art. 155-f (CCh) en Chile, el art. 49 (CTC) en Colombia, el art. 235 (LCT) en Argentina.

⁴⁷ Cf. Russomano, V., "El preaviso en el derecho del trabajo", *cit.* por Herrera, E., *Extinción de la relación...*, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁸ Cf. Caldera, R., *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁹ Esta posición fue sostenida por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, el 29 de mayo de 1961, *cit.* por Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁰ Tribunal de Trabajo 2, Moroni "Cabral, R. E. c/ Pindapoy, S.A.", 20 de agosto de 1984, *Carpetas de derecho del trabajo*, Buenos Aires, núm. 5, mayo de 1987, p. 24. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, "Santillán M. c/ Editorial Kapeluz, S.A.", 10 de agosto de 1987, *Carpetas de derecho del trabajo*, Buenos Aires, núm. 2, febrero de 1988, p. 27.

En Chile, por ejemplo, se ha previsto que una copia del preaviso debe dirigirse a la inspección del trabajo correspondiente, al mismo tiempo que se entrega al trabajador.⁵¹ Este trámite tiene un fin informativo y resulta lógico en un tipo de política de empleo determinado.⁵²

Por su parte, la jurisprudencia argentina aceptó que el preaviso que no fue recibido por el destinatario, en razón de estar ausente de su domicilio, era de cualquier manera válido.⁵³

De cualquier manera la notificación del preaviso debe hacerse durante la vigencia del contrato de trabajo, en ese sentido existe una prohibición general para evitar la notificación durante alguna suspensión del contrato.⁵⁴

D. Los efectos del preaviso

El preaviso es una condición que podrá ser respetada o no por el empleador, a él corresponde elegir entre una u otra opción; la situación de las partes será diferente según que el preaviso se haya o no respetado. En el caso de una ruptura inmediata el trabajador sólo tendrá la posibilidad de acudir ante los tribunales para solicitar el control judicial del despido. Por el contrario, si el preaviso se respetó la fecha de ruptura será pospuesta y los efectos serán diferentes.

La doctrina latinoamericana coincide en afirmar que el efecto principal del preaviso es la fijación de una fecha precisa para la ruptura definitiva del contrato.⁵⁵

Para ciertos autores la existencia de un preaviso permite hablar de un cambio del tipo de contrato; es decir, el contrato de duración indeterminada se convertiría en un contrato de duración determinada.⁵⁶ Esta idea fue adoptada, en algún momento, por la Corte de Casación francesa a principios de este siglo, y ella ha servido durante mucho tiempo para interpretar el preaviso en América Latina.⁵⁷ Dicha

⁵¹ Ver art. 155-f (CCh) en Chile .

⁵² Cf. Pla Rodríguez, "La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario...", *op. cit.*, p. 26.

⁵³ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, decisión del 28 de mayo de 1979, citado por Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo, op. cit.*, p. 87.

⁵⁴ Este criterio aparece también en el art. 239 de la ley argentina (LCT). Pero fue precisado ya que debe tratarse de una suspensión "con derecho para el trabajador a percibir remuneraciones".

⁵⁵ Cf. Caldera, R., *Derecho del trabajo...*, *op. cit.*, p. 384, cf. Shirley, L., *La terminación del contrato individual*, p. 266.

⁵⁶ En ese sentido Deveali y Cabanellas, *id.* p. 266.

⁵⁷ Civ. 7 diciembre de 1909, D. P. 1910, I 65, nota de Lalou, *cit.* por Rouast, A. Durand, P. *Précis de législation industrielle*, París, 1951, p. 421.

interpretación sería abandonada más tarde. Por otro lado, se ha subrayado que la voluntad unilateral no podrá tener jamás como efecto la creación de un nuevo contrato:⁵⁸ en efecto, esta especie de “novación” estaría desprovista de sus elementos esenciales (por ejemplo, el consentimiento de las partes).

Para otros autores el preaviso tiene un doble efecto:⁵⁹

1) Da al trabajador el derecho a permanecer en su puesto de trabajo hasta el término del preaviso, y al empleador el derecho a recibir los resultados de la actividad durante dicho periodo, a ello hay que agregar que el derecho al trabajo y a los beneficios de éste no son una creación del preaviso, se trata más bien de derechos preexistentes y anteriores al mismo. El anuncio de la ruptura del contrato y la existencia de un plazo sólo representan el respeto de aquellos derechos durante cierto tiempo.

2) El preaviso produce la obligación de romper definitivamente el contrato a su término. A pesar de que esta afirmación parezca justa, es necesario ver esta obligación con cierta reserva, ya que algunos cambios pueden producirse durante el desarrollo del preaviso. La posibilidad de una revocación del preaviso es posible en todo momento; la idea de base en este razonamiento es que el preaviso es una institución que se ha reglamentado en beneficio de las dos partes del contrato de trabajo. Esta idea no es nueva ya que inspiró algunas interpretaciones de los tribunales franceses de la década de los 40.⁶⁰

§ 5. La ejecución del contrato durante el preaviso

La comunicación de la ruptura del contrato crea una situación especial; en efecto, el preaviso tiene consecuencias que pueden influir directamente en el desarrollo del contrato durante el preaviso. El análisis de esta situación puede dividirse en función de los problemas que se presentan durante el preaviso: se puede hablar de características de un desarrollo normal del preaviso (A) y de características de un desarrollo anormal del preaviso (B).

⁵⁸ Caldera, R. *Derecho del trabajo...*, *op. cit.*, p. 384.

⁵⁹ Cf. Guzmán, R. J. A., “El derecho del trabajo en Venezuela”, *op. cit.*, p. 574.

⁶⁰ Ver: “Soc. 29 octubre 1942”, *Droit Social*, 1942, p. 70, *cit.* por Rouast, A. Durand, *Précis de législation industrielle*, *op. cit.*, p. 421.

A. El desarrollo normal del preaviso

Las legislaciones latinoamericanas sólo hablan brevemente del desarrollo del preaviso: se ocupan de un desarrollo que podría llamarse normal, ya que va del acto de preaviso hasta el término de éste, en el cual los problemas que pueden surgir eventualmente no son casi tratados por las leyes. Las normas sobre la materia reglamentan tres aspectos del desarrollo del preaviso: el de la extensión en el tiempo, la situación de las condiciones de trabajo y los derechos derivados del preaviso.

a. La extensión en el tiempo

La reglamentación sobre la duración del preaviso no ha sido homogénea en América Latina. La OIT ha sugerido en 1982, apoyándose en el Convenio número 158, que el periodo del preaviso debe tener una duración "razonable". En este caso, el aspecto semántico es el problema principal, pero las consecuencias no son muy importantes ya que este convenio no ha sido ratificado por la mayoría de los países latinoamericanos.

Se puede constatar que los países de la región utilizan dos criterios con el fin de fijar la duración del preaviso: un criterio variable y un criterio fijo.

a.I. Los criterios variables

Hay dos elementos que deben ser considerados para esta variación: por un lado se tiene una duración variable en función de la antigüedad del trabajador, y por otro, la duración del preaviso puede variar en función de la periodicidad de la remuneración. Entre los países que han fijado una duración variable en función de la antigüedad están Costa Rica (artículo 28 CCR), Venezuela (artículo 28 LT) y Argentina (artículo 238 LCT).⁶¹ Por otro lado, aquellos que han utilizado

⁶¹ En Argentina una variación fue introducida para los trabajadores domésticos. Después de 90 días de servicio, las partes tenían la obligación de dar preaviso. Este preaviso será de 5 a 10 días en función de la antigüedad del trabajador en el servicio. Cf. Vázquez Vialard, A., *Derecho del trabajo y seguridad social*, Buenos Aires, Astrea, 1981, vol. II, p. 97.

la periodicidad de la remuneración son Colombia (artículo 49 CTC),⁶² Brasil (artículo 487 CLT),⁶³

a.2. Los criterios fijos

En Chile y Panamá (art. 155-f CCh y 212 CTP) se ha adoptado un criterio sin variaciones en relación con la duración del preaviso (el cual es de 30 días), así la ley fija la duración independientemente de cualquier consideración. Cabe agregar que la duración puede aumentarse, pero jamás disminuirse, por ejemplo en un convenio colectivo. No es la determinación de la duración del preaviso lo que lo hace importante, sino más bien la fecha en la cual el contrato de trabajo llegará a su fin.

b. La situación de las condiciones de trabajo

El contrato de trabajo debe continuar y producir sus efectos hasta su término, y las condiciones de trabajo no deben variar incluyendo el salario.⁶⁴ Por otro lado, como muchas de las prestaciones se otorgan en función de la antigüedad del trabajador en su empleo, se presenta el problema de saber si el periodo de preaviso debe ser tomado en cuenta para el cálculo de la antigüedad total del trabajador. Esta pregunta no ha sido respondida en la mayoría de los países; sin embargo, en Brasil se ha establecido que este periodo deberá ser considerado en la duración del empleo,⁶⁵ de la misma manera que se ha considerado en Argentina.⁶⁶

⁶² La legislación colombiana no ha fijado una duración exacta para el preaviso, dicha duración es fijada por los contratos colectivos y la costumbre.

⁶³ Hay que agregar que el art. 487 (CLT) en Brasil señala que esta duración de 30 días de preaviso será aplicable también a los trabajadores que tienen una antigüedad de dos meses en la empresa. Es decir, el criterio de la antigüedad podrá ser tomada en cuenta de manera excepcional. Ello hace del sistema brasileño un sistema donde la duración del preaviso es variable, en función de la periodicidad de la remuneración y, excepcionalmente, en función de la antigüedad. Esto permite presentar al sistema brasileño como un sistema mixto en esta materia.

⁶⁴ La jurisprudencia argentina juzgó que este derecho subsiste aunque el trabajador ocupe un nuevo empleo antes del término del preaviso. Suprema Corte de Buenos Aires, decisión del 20 de febrero de 1968, *cit.* por Herrera, E., *Extinción de la relación...*, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁵ *Cf.* art. 487, párrafo I, CLT en Brasil.

⁶⁶ El art. 19 de la ley argentina (LCT) indica que se tomarán en cuenta los periodos del preaviso aunque no se hayan observado, para efectos de la duración del servicio.

c. Los derechos derivados del preaviso

La doctrina latinoamericana coincide para afirmar que la utilidad del preaviso es la de permitir que el trabajador interesado busque otro empleo; sin embargo, el trabajador debe cumplir con su horario de trabajo de manera normal hasta el término del preaviso, lo cual hace difícil la búsqueda de un nuevo puesto. Así, las legislaciones han establecido la “dispensa parcial de la obligación de trabajar”, con el fin de resolver este problema.⁶⁷

Las características reglamentarias de la dispensa parcial son diferentes en cada país; en la mayoría de los casos la ley no señala nada y su eventual regulación se deja a los convenios colectivos, tal es el caso de Chile, de Panamá, de Colombia y de Venezuela.⁶⁸ Por el contrario, se encuentran varios criterios en la fijación de la duración de la dispensa parcial. Hay un sistema de duración fija y un sistema más flexible, dejando un lugar más importante para el acuerdo negociado entre las partes, y un sistema mixto.

Un sistema de duración fija de la dispensa parcial fue adoptado en Costa Rica. En este país la ley señala que el empleador deberá ceder al trabajador un día por semana.⁶⁹

Por otro lado, en Argentina⁷⁰ el trabajador tiene derecho de estar ausente del lugar del trabajo durante dos horas por día; en este caso se puede escoger entre las dos primeras horas o las dos últimas, pero tam-

⁶⁷ Esta autorización para el trabajador de ausentarse es conocida como “permiso diario”. En la mayoría de los casos se trata de un permiso calculado por día de trabajo; sin embargo, en algunos países, existe un posible cálculo por semana. En Brasil, por ejemplo, algunas empresas acumulan las horas debidas en una misma jornada, la cual se fija entre las partes; cf. Cesarino Junior, A. F., “Brazil”, *IEEL*, Países Bajos, 1978, p. 115. En estos casos, el concepto de “permiso diario” sería inadecuado; por esta razón, en este trabajo se utiliza la expresión “dispensa parcial de la obligación de trabajar” para referirse al permiso de ausentarse del trabajo durante el desarrollo de un preaviso de despido individual, independiente de la periodicidad del permiso.

⁶⁸ En Venezuela “el uso y la doctrina reconocieron la posibilidad de que el trabajador tenga un cierto tiempo para buscar otro empleo...”, Caldera, R., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 384; por el contrario la jurisprudencia peruana consideró que la DPOT constituye un elemento de validez del preaviso, cf. Pla Rodríguez, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario...”, op. cit., p. 32. Sin embargo, hay que recordar que el despido liberador no fue reglamentado en Perú; el único caso en que la legislación peruana hace mención del “preaviso” es a propósito del despido colectivo por motivo económico. La jurisprudencia panameña reconoció también la posibilidad de una DPOT, cf. Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación...”, op. cit., p. 198.

⁶⁹ Art. 28 CCR en Costa Rica.

⁷⁰ Art. 237 LCT en Argentina.

bién se podrán acumular y tomar uno o varios días completos. Se observa, entonces, una amplia posibilidad para que las dos partes se pongan de acuerdo: la jurisprudencia argentina ha reconocido esta posibilidad.⁷¹

El caso de Brasil es diferente, existe un sistema que puede calificarse como "mixto";⁷² La ley autoriza la reducción de la duración del trabajo dos horas por día. Este periodo puede aumentarse en función de la periodicidad de la remuneración, por ejemplo, si el trabajador es pagado por semana, podrá gozar de un día completo durante el mismo periodo. Pero si el pago se hace cada 15 días, por mes o si el trabajador cuenta con doce meses de antigüedad en la empresa, en este caso la dispensa parcial podrá ser de siete días seguidos.

En todos los casos en los cuales existe una DPOT durante el desarrollo del preaviso, el salario no debe sufrir variaciones, en particular las deducciones están prohibidas.

La dispensa parcial presenta un carácter asistencial y aparece como un mecanismo que pretende atenuar los efectos del despido liberador, sin embargo la eficacia de esta institución es difícil de medir.

Un trabajador al cual se ha dado un preaviso se encuentra en una situación especial y difícil de caracterizar. Por un lado él continúa ligado temporalmente a un empleador, situación que es objeto de reglamentación en el derecho del trabajo, pero, por otro, el trabajador debe presentarse en el mercado de trabajo donde el campo de aplicación del derecho del trabajo es más limitado.

B. El desarrollo anormal del preaviso

La estructura del preaviso empieza con el acto de preaviso y se acaba con el término de éste; hay en este caso un desarrollo que podría llamarse normal. Sin embargo, pueden presentarse algunas situaciones susceptibles de afectar dicho desarrollo: en este caso estamos en presencia de un desarrollo "anormal" del preaviso. Este desarrollo anormal no ha sido objeto de una legislación amplia y completa entre los países analizados; sin embargo, se pueden encontrar algunas referencias a tres posibles problemas: la revocación del preaviso (a), la suspensión del contrato durante el preaviso (b) y la eventual aplicación del régimen de despido sancionador (c).

⁷¹ Suprema Corte de Buenos Aires, 13 de diciembre de 1966, citado por Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 106.

⁷² Art. 488 CLT en Brasil.

a. La revocación del preaviso

El acto del preaviso puede revocarse antes de llegar a su término, modificando de esta manera la decisión tomada originalmente por el empleador. El régimen de la revocación del preaviso ha impuesto algunas condiciones con el fin de que aquella sea válida; por ejemplo, la revocación puede ser tomada a iniciativa del empleador, pero debe ser aceptada por el trabajador. En este caso el acuerdo de voluntad es necesario, la revocación unilateral es imposible. Esta posibilidad fue adoptada en Brasil y en Argentina.⁷³

b. La suspensión durante el preaviso

El acto de preaviso no afecta los derechos y las obligaciones derivadas del contrato; en este sentido el régimen del contrato de trabajo continúa siendo aplicable totalmente. Así pues, es posible que se presente una causa de suspensión prevista por la ley o el contrato, el problema que se presenta es el saber si el periodo de preaviso (establecido previamente) continúa siendo contado durante el periodo de suspensión del contrato. La mayoría de los países no dan respuesta alguna a este problema, el cual será resuelto de manera casuística. A pesar de que esta actitud sea la regla, se han podido identificar algunas soluciones aisladas, ellas indican que el plazo de preaviso será interrumpido durante el tiempo en que haya suspensión del contrato de trabajo.⁷⁴

⁷³ Para el caso de Argentina, ver Deveali, M., "Sobre la retractación del despido durante el plazo de preaviso", *cit.* por Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 101. Con relación al caso de Brasil, la doctrina local consideró que la aceptación de la revocación puede ser tácita. Esta situación existe si el trabajador continúa trabajando en su puesto después del final del preaviso y si el empleador no se opone a ello.

⁷⁴ En Argentina el art. 239 (LCT) indica (párrafo 3) que si la suspensión del contrato de trabajo o de la prestación de servicios sucede después de la notificación del preaviso, la duración de éste se interrumpe hasta que las causas hayan cesado de existir. *Cf.* Ramírez Gronda, "El contrato de trabajo", p. 489 *cit.* por Deveali, M., *El derecho del trabajo...*, *op. cit.*, p. 580.

Además, en Panamá existe una jurisprudencia que señala que la incapacidad temporal del trabajador interrumpe el preaviso. Así se decidió en una sentencia del 14 de abril de 1977 (Pedro Calva Jaramillo *vs.* Consorcio Limbeck, Constructora Latinoamericana, S.A.) Junta de Conciliación y Decisión, núm. 4, *cit.* por Murgas Torrazza, "La terminación de la relación...", *op. cit.*, p. 198. Ver en el mismo sentido la opinión de Hoyos, A., "Panamá", *op. cit.*, p. 111 y Ramírez Gronda. "El contrato de trabajo", p. 489 *cit.* por Deveali, M., *El derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 580.

c. La eventual aplicación del régimen del despido sancionador

A partir del momento en que el contrato de trabajo existe o subsiste, la facultad de despedir un trabajador es posible, y la ruptura inmediata del contrato de trabajo es una de las características del despido liberador. Cabe señalar que este régimen no se excluye durante el desarrollo del preaviso, y su eventual aplicación es posible si hay una situación considerada por la ley como importante o grave.⁷⁵ Los poderes de gestión y de dirección del empleador no quedan disminuidos ni alterados durante el desarrollo del preaviso.

Sección 2. En el despido sancionador

El despido sancionador es, por oposición al despido liberador, un acto motivado. El empleador podrá ejercer su facultad de despedir un trabajador frente a la existencia de una causa o motivo de despido.

En este caso el ejercicio de la facultad de despedir debe respetar algunas normas cuyos análisis constituye el objeto de esta sección. Hay que precisar que en este caso se parte de la idea de que ha habido un evento previo que autoriza al empleador para despedir de manera inmediata.

La condición extrínseca más importante es la información al trabajador de su despido (§ 1); sin embargo, se advierte que en ciertos países se han adoptado sistemas motivados por la preocupación de evitar la ruptura brusca. Estos sistemas se constituyen por una serie de trámites o procedimientos que el empleador debe respetar antes de despedir un trabajador (§ 2); de cualquier manera, hay que indicar que esta última posibilidad sólo tiene un carácter excepcional en los países estudiados.

§ 1. La información del despido.

En el derecho común, la decisión de una de las partes para romper el contrato debe hacerse del conocimiento del co-contratante. Esta comunicación puede presentar varias modalidades, pero el objetivo principal será la obligación de hacer conocer dicha decisión.

⁷⁵ La ley brasileña señala expresamente esta posibilidad en el artículo 491 (CLT). Un sector de la doctrina brasileña consideró que en este caso la gravedad de la "falta" (*ato faltoso*) debe estar bien caracterizada: debe tratarse de una situación que haga imposible "la continuación de la relación de trabajo" (*a manutenção do vínculo do emprego*), cf. Giglio, W., *Justa causa, op. cit.*, pp. 39 y 40.

El acto de despido en general y el acto de despido sancionador en particular, han sido organizados sobre la base de criterios civilistas en los cuales el anuncio de la decisión de ruptura es indispensable. Sin embargo, la reglamentación y la aplicación del acto de despido no siempre siguieron de cerca los principios de derecho común, y se puede constatar un alejamiento de estas dos notificaciones de ruptura del contrato. Así, el acto de despido sancionador en el derecho del trabajo y la información de ruptura de contrato en derecho civil no presenta las mismas condiciones previas, ni los mismos efectos.

Las legislaciones latinoamericanas consideran a la información del despido como una obligación a cargo del empleador. Las características de esta obligación pueden ser analizadas desde dos puntos de vista: por un lado, las modalidades de ejercicio (A) y por otro, la extensión de dicha obligación (B).

A. Las modalidades de la obligación de informar

A pesar de que la obligación de informar del despido haya sido reconocida por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, se puede constatar la existencia de diferencias importantes con relación al interés que cada país da a este problema. No se puede hablar, entonces, de manera uniforme sobre “la obligación de informar del despido en América Latina”, así resulta necesario diferenciar las modalidades existentes sobre el tema.

Primeramente, la terminología utilizada a veces es diferente: se habla de “aviso” en México, de “notificación” en Perú y Chile; sin embargo, se pueden considerar como sinónimos estos términos ya que, en todo caso, se trata de mecanismos adoptados con el fin de hacer conocer al trabajador la decisión de ruptura del contrato de trabajo en razón de algún motivo. La reglamentación, que varía según cada país, por lo que toda sistematización resulta difícil; hay, sin embargo, soluciones extremas y opuestas en el tratamiento de la información del despido sancionador: puede imaginarse una tabla sobre la cual se encontrarían dos maneras de concebir dicha información, y entre las dos se podrían colocar el resto de las legislaciones, en la medida en que se alejan de uno u otro extremos.

Los dos casos opuestos son el de México y Brasil. Con relación al caso de México, hay que señalar que la legislación local fue formada en 1980 con el fin de establecer la obligación del empleador para dar una información que contenga las características del despido. La ausencia de esta comunicación sería suficiente para considerar “injustifica-

do" al despido,⁷⁶ con todas las consecuencias legales en el caso, es decir, la aplicación del régimen de sanciones (indemnización o eventualmente la reintegración); sin embargo, esta fórmula de la ley mexicana, que parecía favorable a los intereses de los trabajadores, ha quedado carente de sentido con las decisiones de los tribunales mexicanos (como se verá más adelante).

En el otro extremo se encuentra la solución brasileña o, más bien, la ausencia de solución en ese país. "La ley brasileña no prevé ninguna regla de forma para el acto de despido en sí mismo, ni formalidad alguna para tal acto".⁷⁷ La ausencia de un reconocimiento legal de la obligación de anunciar el despido en este país ha provocado una diversidad de soluciones, de las cuales se tendrá ocasión de discutir más adelante. Los otros países se orientan hacia una u otra de las soluciones antes señaladas.

La información del despido no ha sido objeto de una conceptualización en el derecho del trabajo de América Latina, sin embargo, el análisis se ha hecho tratando de distinguir los aspectos respecto de los cuales la comparación es interesante, a saber: la forma de la información (a) y el contenido de la información (b).

a. La forma de la información

La comunicación del despido sancionador debe hacerse por escrito, tal es el criterio más común de las legislaciones de la región.⁷⁸ Sin embargo, algunos países han incorporado algunas variaciones en la aplicación de este criterio: por ejemplo, en Perú, en Chile y en Brasil.

En el caso de Perú, se observa la existencia de dos comunicaciones que es necesario distinguir. La ley sobre la estabilidad del empleo de 1986 (LSE) indica que el empleador, después de haber conocido o investigado la falta, deberá comunicar por escrito al trabajador interesado dicha situación. En este caso se trata de una primera notificación dirigida al trabajador; dicho de otro modo, el empleador hace

⁷⁶ Esta formulación de la ley mexicana (art. 47, LFT), muestra la falta de una técnica jurídica exacta del legislador en 1980, lo que suscitó un debate en la doctrina de este país.

⁷⁷ Se observa que la legislación habla del documento de "homologación" que debe celebrarse entre las partes para reconocer el final del contrato y finiquito de la relación. Esta formalidad requerida por la ley brasileña podría confundirse con la información del despido, sin embargo, hay que señalar que se trata en este caso de una especie de ajuste de cuentas. Cf. Tavares, H., "Comparaison du droit du licenciement...", *op. cit.*, pp. 74 y s.

⁷⁸ Por ejemplo en México art. 47 (LFT), en Panamá art. 214 (CTP), en Colombia art. 64-A y art. 67 (CTC), en Argentina art. 243 (LCT).

saber al trabajador que en razón de ciertas circunstancias se dispone a hacer uso de su facultad para despedir. Desde un punto de vista del procedimiento, esta comunicación se presenta como una formalidad (al interior de la empresa) que permitirá el inicio de un proceso sumario y previo, al cual la ley peruana hace referencia.

Una vez que el procedimiento interno se haya agotado, si el empleador desea aún despedir al trabajador deberá notificarle por escrito su intención. Esta carta deberá ser notariada o, en su defecto, establecida mediando la intervención del juez de paz. En nuestro análisis esta segunda notificación constituye la información del despido sancionador *stricto sensu*.

En Chile, hasta una fecha relativamente reciente (fines de 1984), el empleador que deseaba despedir un trabajador invocando una causa legal, no estaba obligado a notificar su decisión al trabajador interesado. Una ley de 1984 modificó esta situación.⁷⁹ Ahora el empleador debe comunicar por escrito al trabajador su decisión de despedir, esta comunicación debe hacerse personalmente o por medio de una carta recomendada a la dirección indicada en el contrato de trabajo.

Por el contrario, en Brasil no hay obligación de informar sobre la decisión de despedir por escrito,⁸⁰ y esta situación ha dado lugar a algunos abusos por parte de los empleadores brasileños. Se está frente a la ausencia de un criterio claro que permitiría saber cómo debe ser hecha dicha comunicación. Los tribunales brasileños se ocuparon de este problema y diferentes decisiones permiten constatar que el pre-aviso puede ser dado por escrito, verbalmente, por gestos y aun, en ciertos casos, por actitudes o por el silencio.⁸¹

b. El contenido de la información

El contenido de la información no ha sido objeto de una reglamentación exhaustiva en los países estudiados. El contenido exigido es, en general, bastante pobre. En la mayoría de los países se exige que

⁷⁹ La ley 18-372 que modificó el decreto-ley 2.200 de 1978 agregando el art. 15-A donde la obligación de informar el despido fue establecido, *Diario Oficial* de la República de Chile, lunes 17 de diciembre de 1984, p. 2, hoy art. 15 CCh.

⁸⁰ Cf. Tostes Malta, "Guía práctico trabalhista", p. 259, citado por Tavares, H., "comparaison du droit du licenciement", *op. cit.*, p. 25. Un autor brasileño señaló a tal efecto: "nuestra ley no prevé tal obligación (informar el despido), ello impone al juez la tarea de investigar, por medio de índices y circunstancias, cuál ha sido la causa real del despido", *cf.* Giglio, W., *Justa causa*, p. 29.

⁸¹ Cf. Catharino, "Em defesa da estabilidade", p. 47, *cit.* por Tavares, H., "Comparaison du droit du licenciement", *op. cit.*, p. 26.

este documento haga mención, ya sea del motivo de despido (es el caso de Colombia), ya sea de la fecha a partir de la cual el trabajador será separado de su empleo (es el caso de Perú), o bien de estos dos elementos (es el caso de México y de Panamá).

Por otro lado, y de manera excepcional, la legislación y sobre todo la jurisprudencia se han esforzado en algunos países para exigir que las informaciones contenidas en dicha comunicación sean más completas, por ejemplo, en Chile, en Argentina, en Panamá y Colombia.

En Chile, la información del despido debe hacer mención de la causa o motivo legal que el empleador invoca y, al mismo tiempo, deberá señalar los hechos en que se funda. Por otro lado, esta comunicación deberá también informar al trabajador sobre la situación en que se encuentran sus "imposiciones provisionales".^{82, 83}

Por otro lado, la ley argentina exige (artículo 243 LCT) al empleador que haga "una exposición suficientemente clara de las razones que provocan la ruptura del contrato". Este elemento da a la comunicación un carácter importante, ya que los tribunales argentinos han decidido que aun si el empleador hace mención de un motivo de despido, pero sin hacer dicha exposición, el despido será considerado injustificado.⁸⁴

Las jurisprudencias panameña, colombiana y mexicana han exigido que en la información del despido mencionen los hechos o las circunstancias que condujeron al empleador tomar su decisión de despedir. En esos países la enunciación de las normas legales no sería suficiente.⁸⁵

⁸² Esta reglamentación fue adoptada en Chile en el art. 15-A de la ley 18.372 del 17 de diciembre de 1984.

⁸³ Dicho de otro modo, el empleador deberá señalar cuál ha sido el último mes en que se pagaron las cotizaciones. Este tipo de información permitirá, entre otras cosas, facilitar los trámites relativos al seguro de desempleo.

⁸⁴ Criterio adoptado en una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, del 6 de julio de 1978 y de la Sala III del 30 de junio de 1980, *cit. por Herrera, E., Extinción de la relación de trabajo*, p. 312.

⁸⁵ En Panamá varias decisiones de los tribunales fueron pronunciadas en el mismo sentido, por ejemplo, la sentencia del 15 de septiembre de 1977 (Rodolfo Ausadía *vs.* Turismo Aéreo, S. A.) Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 29 de junio de 1979 (Alcides Hernández *vs.* Control Financiero, S. A.) de la "Junta" número 4 citadas por Murgas Torraza, R., "La terminación de la relación", p. 200.

En Colombia, la jurisprudencia consideró que la sola mención de las normas legales haría incompleta la información del despido; será entonces necesario señalar los hechos concretos; así como las circunstancias específicas que motivan el despido. Decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 20 de febrero de 1984 *cit. por Arenas Monsalve, G., "Causas y efectos de la terminación..."*, *op. cit.*, p. 245.

B. La extensión de la obligación de informar

La obligación de informar sobre el despido es impuesta al empleador, ella presenta un carácter protector del trabajador, en la medida que le permite conocer las razones de su despido. Este tipo de razonamiento permite hablar de un derecho a ser informado. Sin embargo, el análisis del acto de despido sancionador presenta algunas ambigüedades. A pesar que la comunicación pueda ser considerada como una obligación a cargo del empleador, ésta no presenta características de un verdadero derecho del cual el trabajador pueda valerse en caso de que el empleador no respete dicha obligación.

La reglamentación sobre este punto en América Latina constituye una manera de reforzar el poder de gestión del empleador. Esta afirmación se apoya sobre las respuestas a tres preguntas:

- a) ¿Cuáles son los fines de la información del despido?
- b) ¿Quién es el destinatario de la información?
- c) ¿Cuáles son los efectos de esta información?

a) Los fines de la información

Los fines buscados por la información del despido tienen una relación estrecha con el contenido de la misma, es decir, la causa o motivo de despido y la fecha en que éste será efectivo.

Con relación al motivo de despido, es importante para el trabajador conocer las razones que provocaron la decisión del empleador. Ello le permitirá preparar su defensa posteriormente si considera que su despido no respetó el régimen aplicable.⁸⁶

La fecha en que el despido será efectivo deberá permitir al trabajador tener una certeza sobre la fecha final de su contrato, además esa fecha es, a veces, considerada como el inicio del plazo de prescripción durante el cual el trabajador podrá recurrir ante los tribunales.

En México la jurisprudencia indica que el señalamiento de los hechos es indispensable. Ver en ese sentido: *Jurisprudencia, Informe de 1983*, segunda parte, Cuarta Sala, tesis 3, pp. 6 y 7, *cit.* por Trueba Urbina, A. *Ley federal del trabajo*, p. 737.

⁸⁶ Algunas decisiones de los tribunales mexicanos señalaron que tal es el fin de la información del despido, por ejemplo: A. D. 1655/81. Agentes de Radio y Televisión, S. A., 1º de diciembre de 1981. A. D. 243/82 José González Hernández, del 3 de mayo de 1982. A. D. 319/82 Miguel García Jiménez y otros, del 21 de junio de 1982, *cit.* por Ramírez Fonseca, F., *El despido...*, *op. cit.*, p. 169.

b) El destinatario de la información

Es evidente que el destinatario de la información es el trabajador cuyo despido ha sido decidido, y esto no solamente porque él es la persona directamente interesada, sino también porque como co-contratante, el derecho de ser informado le pertenece;⁸⁷ en este caso, se está hablando de una información “directa” del despido.

Por el contrario en algunos países, la obligación de notificar el despido puede ejercerse de una manera “indirecta”, por ejemplo en México y en Perú.

En México el empleador está obligado a entregar la comunicación al trabajador, sin embargo, la legislación (artículo 47 LFT) contempla la hipótesis en la cual el trabajador se niega a aceptar o recibir dicha comunicación (aviso); en este caso el empleador debe hacerla del conocimiento de la autoridad del trabajo competente (llamada en México Junta de Conciliación y Arbitraje), dentro de cinco días contados a partir de la fecha de la rescisión. El empleador debe señalar la dirección que aparezca en el contrato de trabajo solicitando que la autoridad haga la información en ese lugar.⁸⁸

Para una parte de la doctrina mexicana, esta “comunicación indirecta” del despido es más bien positiva, a pesar de que ella constituya un aumento en la carga de trabajo de las autoridades laborales.⁸⁹

En el caso de Perú como se señaló anteriormente, la carta que contiene la información del despido debe ser enviada al trabajador por vía notarial, o a falta de notario con la intervención del juez de paz.

En los dos casos (México y Perú), parecería que se ha tratado de garantizar el cumplimiento efectivo de la obligación de informar el despido.

⁸⁷ La ley colombiana ilustra claramente esta situación señalando en su art. 67 (CTC) que la parte que desee poner fin al contrato de trabajo de manera unilateral, deberá, al momento de la resolución, notificar a la otra parte.

⁸⁸ Hay que señalar que la jurisprudencia mexicana indicó que esta notificación indirecta sólo tendrá efectos legales si el empleador demuestra (en un proceso ulterior) que ha hecho del conocimiento del trabajador su deseo de despedirlo y que éste se negó a recibir la información correspondiente. Cf. “Tesis ejecutorias 1917-1985”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, quinta parte*, cuarta sala, p. 28, tesis 28 cit. por Buen, N., de, “La extinción de la relación laboral”, p. 149. Este criterio vino a destruir los posibles efectos positivos del art. 47 (LFT). De Buen afirma que “nadie” se preocupa por dar las informaciones a las autoridades; hoy los patrones o los abogados se limitan a presentar dos testigos, no siempre verídicos, para demostrar que dieron la información del despido al trabajador y que éste se negó a firmar”. *Ibid.*

⁸⁹ Es la opinión de Alvarez del Castillo, *cit.* por Trueba Urbina, *Ley federal del trabajo...*, *op. cit.* p. 48.

Cabe señalar que a pesar que en la mayoría de los países el trabajador es el destinatario de la información del despido, a título excepcional, algunas legislaciones han señalado como destinatarios a las autoridades del trabajo.

En Perú, por ejemplo, el empleador está obligado a dar dicha comunicación a la autoridad administrativa del trabajo;⁹⁰ en Chile, el empleador debe entregarla en un momento dado, a la inspección del trabajo y a las autoridades competentes dentro de los tres días hábiles que siguen la separación del trabajador, en caso que la falta constituya un delito. Parecería que en razón de la crisis económica chilena (de 1981), el empleador no está obligado de notificar a la inspección de trabajo los despidos, sólo deberá hacerlo si estos afectan a más del 10% de los efectivos.⁹¹

c) Los efectos de la información

Los efectos de la información del despido sancionador son diferentes, según que el empleador cumpla o no la obligación de informar.

En caso de que la comunicación haya sido hecha, el empleador no podrá modificar ulteriormente el motivo que invocó.

Uno de los objetivos de la información del despido es el de ofrecer una certeza sobre los elementos constitutivos de la causa invocada. Este objetivo ha sido reconocido de esta manera en México, en Panamá, en Colombia y en Argentina.⁹²

Los autores latinoamericanos tienen la misma opinión, ya que señalan que el acto del despido es un acto *recepticio* que produce sus

⁹⁰ Para un sector de la doctrina peruana, la razón de la información del despido a la autoridad administrativa no es clara si se tiene en cuenta que ésta no tiene competencia en los litigios subsecuentes, cf. Pasco Cosmopolis, M., "Extinción de la relación laboral en el Perú", *op. cit.*, p. 257. Sin embargo, este tipo de formalidades puede tener su fundamentación en la adopción de una política de empleo determinada que buscaría, tener en cuenta los movimientos de la mano de obra.

⁹¹ Cf. Cassasus Montero, C., *Travail et travailleurs au Chili*, París, La Découverte, p. 59.

⁹² En México este criterio fue retomado por la jurisprudencia. Ver: *Jurisprudencia: informe 1983*, segunda parte, tesis 3, pp. 6 y 7", *cit.* por Trueba-Urbina, A., *Ley federal del trabajo*, p. 737. En Panamá, si una causa no ha sido incluida en la información del despido, el empleador no podrá invocarla ulteriormente en un proceso. Varias decisiones fueron pronunciadas en ese sentido, por ejemplo: Sentencias de las "Juntas" del 18 de julio de 1975 (Dancil Antonio Díaz vs. G. T. E. Export Corp.), del 7 de noviembre de 1975 (Rogelio Valencia y otros vs. Consorcio Limbeck), etc., cf. Murgas Torraza, R., "La terminación de la relación...", *op. cit.*, p. 199. Además las legislaciones colombiana (art. 67, CTC) y argentina (art. 243, LCT) han señalado expresamente dicho criterio.

efectos a partir del momento en el cual el trabajador tuvo conocimiento de la información de despido.⁹³ Dicho esto, la revocación de dicha información sólo producirá efectos en el caso en que el trabajador la acepte.⁹⁴

Por el contrario los problemas surgen en el caso en el cual el empleador no respetó la obligación de informar el despido, sobre este punto se observa que la mayoría de las legislaciones estudiadas no indican solución alguna. La actitud de los tribunales latinoamericanos se caracteriza por la ausencia de una posición clara y homogénea; sin embargo, se puede ilustrar la posición de los países frente a este problema a partir de tres ejemplos: México, Chile y Panamá.

En México la ley correspondiente (LFT) señala que la falta de información del despido es suficiente para considerarlo injustificado,⁹⁵ y ello permitiría la aplicación del régimen de sanciones previstas en tal caso. Esta reglamentación es el resultado de una reforma a la ley mexicana de 1980,⁹⁶ dicha reforma fue considerada en su momento, como “una protección social más para los trabajadores mexicanos”.^{97, 98} Sin embargo, se pudo constatar que los tribunales mexicanos fueron titubeantes en la materia, ya que en varias ocasiones consideraron como injustificado el despido en el cual el empleador no hizo la información requerida, pero en otras, los mismos tribunales liberaron

⁹³ Cf. Barbagelata, H., “Uruguay”, p. 184; Giglio, W., *Justa causa*, p. 9; Pasco Cosmopolis, M., “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *op. cit.*, p. 252.

⁹⁴ Cf. Giglio, W., “La extinción de la relación...”, *op. cit.*, p. 15; Barbagelata, H., *Derecho del trabajo...*, *op. cit.*, p. 358.

⁹⁵ “Injustificado” es el término que se utiliza en México para referirse al despido desprovisto de motivo legal.

⁹⁶ Se trata de un decreto ley que fue publicado en el Diario Oficial, el 4 de enero de 1980 y puesto en vigor el 1º de mayo de 1980.

⁹⁷ Cf. Trueba Urbina, *Ley federal del trabajo*, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁸ En realidad, con esta presunción de despido injustificado el legislador mexicano confundió la idea de “despido injustificado” (desprovisto de motivo) con la nulidad del acto de despido (por no respeto de la reforma prevista en la ley). Esta falta fue reconocida indirectamente por la jurisprudencia mexicana, la que señaló posteriormente que el despido estaba afectado de nulidad si el empleador no había respetado la forma prevista en el art. 47, LFT. Ver: *Jurisprudencia, Informe 1984*, segunda parte, cuarta sala, tesis 27, p. 29”, *cit.*, por Trueba Urbina, “Ley federal del trabajo”, p. 737. Con relación a los comentarios de estas disposiciones, ver: Buen, N., de, “La extinción de la relación laboral...”, *op. cit.*, pp. 147 y s. Esta misma problemática se presentó, aunque de manera diferente, en la legislación peruana, que en su art. 8 (LSE) estableció una distinción entre despido “improcedente” y despido “injustificado”; el primero con vicios de forma y el segundo con vicios de fondo, pero la ley peruana no distinguió los efectos de cada una de estas hipótesis. Cf. Pasco Cosmopolis, M., “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *op. cit.*, p. 253.

de toda responsabilidad en casos similares.⁹⁹ Los tribunales mexicanos consideraron que en estos casos una multa para el empleador sería la única consecuencia de su falta.

La legislación chilena, por su lado, presenta una solución similar a la de México: la reforma legislativa de 1984 reconoció que la ausencia o la falsedad de la información del despido no afecta la validez de la ruptura del contrato, lo cual no impide que se pueda imponer una multa al empleador.¹⁰⁰

Finalmente, en Panamá la actitud de los tribunales frente a la ausencia de información de despido no es homogénea, ya que existen decisiones que declaran al despido injustificado, pero también hay decisiones que lo declaran válido.¹⁰¹

El panorama de la legislación latinoamericana en la materia permite hacer una constatación de carácter general: el respeto o el no respeto de la obligación de informar del despido no afecta la validez del mismo, dicho de otra manera, el despido decidido continuará siendo válido independientemente del respeto de la forma. El poder de gestión del empleador expresado a través del despido sancionador queda de esa manera reforzado.

§ 2. Los procedimientos previos al despido

A pesar de que el control del régimen del despido individual se efectúe normalmente a posteriori, en algunos países se advierte la existencia de procedimientos previos al despido, en los cuales se discutirá la existencia del motivo de ruptura;¹⁰² se trata de mecanismos fomentados, ya sea por las leyes o por los contratos colectivos. En estos procedimientos una eventual conciliación de las partes podrá impedir la intervención posterior de un órgano judicial,¹⁰³ se podrá de esa ma-

⁹⁹ Por ejemplo A. D. 1784/73 de Jorge Alberto García Quintanilla. A. D. 2650/73 de Everardo Hernández Pelayo, *cit.* por Ramírez Fonseca, *El despido...*, p. 159.

¹⁰⁰ Art. 15-A de la ley 18.372.

¹⁰¹ *Cf.* Vargas Velarde, O., "Las causas justas de despido", p. 13, *cit.* por Murgas Torraza, R., "La terminación de la relación...", *op. cit.*, p. 119.

¹⁰² Estos procedimientos derivan de la idea que un despido a título disciplinario representa una sanción, la más grave por una falta alegada, y que tal situación no debería ser aplicada sin seguir un procedimiento, con el fin de asegurar el derecho de la defensa y para que la sanción sea proporcional a la falta. *Cf.* BIT "La cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur". Conferencia Internacional del Trabajo, 67 sesión de 1980, *Reporte VIII* (1), Ginebra, 1980, p. 36.

¹⁰³ Se trata de una conciliación privada sin intervención del Estado, por oposición a la conciliación pública (administrativa o judicial), en la cual habrá una participación del Estado. *Cf.* Pla Rodríguez, "La solución de los conflictos de trabajo", *op. cit.*, México, 1985, p. 33.

nera resolver el conflicto en ese momento y de esa manera aliviar la carga de trabajo de los tribunales de por sí saturados.¹⁰⁴

Estos procedimientos cuya información es limitada presentan un carácter “extensivo”. Se llaman aquí “procedimientos de aplicación extensiva”, aquellos que son aplicables a la totalidad de los trabajadores que son objeto de un despido individual. El origen de estos procedimientos puede ser convencional (A), o bien pueden ser concebidos por la misma legislación del trabajo (B).

A. De origen convencional

En el caso de los procedimientos previos al despido contemplados en contratos colectivos, los mismos se aplican a la totalidad de los trabajadores de la empresa o empresas contratantes.

Algunas convenciones prevén la creación de comisiones mixtas que intentarán resolver el conflicto que nace de un despido antes de someterlo a las autoridades de trabajo.

Este tipo de procedimientos es más conocido en las grandes empresas y en ciertas industrias donde se advierte una importante participación del Estado, en razón de su carácter estratégico para la economía.

Los contratos colectivos señalan que el empleador se compromete a no despedir un trabajador sin darle la oportunidad de defenderse previamente. Esta defensa se hará durante un procedimiento sumario que empieza con la convocación por parte del empleador dirigida al trabajador interesado y que termina, eventualmente, con la confirmación del despido.

Así, ciertos procedimientos internos de la empresa se han adoptado en Venezuela y en Argentina en la industria siderúrgica (“Siderúrgica del Orinoco” y “Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina”, respectivamente), en la industria de teléfonos en Venezuela (“Compañía Nacional de Teléfonos de Venezuela”), en la industria petrolera en Perú, México, Colombia y Costa Rica (“Empresa de Petróleos del Perú”, “Petróleos Mexicanos”, “Empresa Colombiana de Petróleos”, “Refinería Costarricense de Petróleos”), etcétera.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ver Hernández Álvarez, O., “Notas sobre procedimientos previos de conciliación en materia de conflictos individuales de trabajo”, *Relaciones de Trabajo, Valencia*, núm. 5, 1985, p. 100.

¹⁰⁵ Cf. Bronstein, A., *Las relaciones laborales en las empresas estatales...*, op. cit., pp. 66 a 85.

B. De origen legal

Por otro lado, en ciertos países los procedimientos previos al despido han sido alentados por la legislación del trabajo. Por ejemplo, en Colombia y Panamá la legislación propone la formación de comisiones mixtas al interior de las empresas. Estas comisiones recibirán las quejas de los trabajadores; sin embargo, los resultados de estas comisiones no han sido del todo satisfactorios.¹⁰⁶ En Brasil, por ejemplo, inspirados por las doctrinas francesa y alemana (occidental) se ha propuesto la formación de comisiones internas; pero las proposiciones de los autores brasileños no se han traducido en la adopción de alguna ley sobre el tema, a pesar de que algunas empresas de la industria del automóvil hayan intentado la experiencia.¹⁰⁷

De cualquier manera hay que hacer una mención especial para el caso del “trabajador estable” en Brasil (b.1) y para el caso del procedimiento de “pre-despido” en Perú (b.2).

b.1. El artículo 492 de la legislación brasileña (CLT) indica que el trabajador con más de 10 años de servicio en la misma empresa no podrá ser despedido, salvo el caso en que haya habido falta grave o fuerza mayor debidamente probada. Para este tipo de trabajadores (llamados estables) la ruptura del contrato de trabajo no puede ocurrir de manera inmediata aunque haya habido falta grave. El empleador, en este caso, podrá suspender al trabajador de sus funciones, pero deberá solicitar a los tribunales una “pesquisa para depuración de falta grave”.¹⁰⁸

Si la falta del trabajador se prueba, su suspensión será transformada en ruptura definitiva del contrato de trabajo (léase despido). Por el contrario, si la falta no se prueba, el trabajador será reintegrado a su puesto y percibirá los salarios no recibidos durante la suspensión.¹⁰⁹

Es necesario señalar que esta protección reforzada del “trabajador estable” en Brasil es más aparente que real y ello por dos razones:

¹⁰⁶ En Panamá el comité de empresa no ha logrado grandes resultados “las leyes de 1976 y la ley 8 de 1981 impiden una ampliación de sus funciones”, así los trabajadores se dirigen a la jurisdicción del trabajo ya que la presentación de una queja al comité de empresa no es obligatoria, cf. Murgas Torraza, “La solución de los conflictos laborales en la legislación panameña”, *op. cit.*, p. 127. En Colombia, se trata de una comisión especial mixta donde el procedimiento de investigación previa debe ser incluido en el reglamento interno. Cf. Pla Rodríguez, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario...”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁷ Cf. Giglio, W., “La solución de los conflictos...”, *op. cit.*

¹⁰⁸ Se trata de una investigación sobre las faltas graves reglamentada por la ley brasileña a partir del art. 853, CLT.

¹⁰⁹ Cf. Giglio, W., “La extinción de la relación...”, *op. cit.*, p. 28.

1ª La existencia del fondo de garantía por tiempo de servicios (FGTS) con el cual el empleador tiene una mayor libertad para despedir. Así el régimen del “trabajador estable” sólo se aplica en caso de que el trabajador no haya optado por el fondo de garantía; hay que anotar que solamente una minoría de los trabajadores brasileños se encuentran en esta situación.

b.2. En Perú, por el contrario, la ley (LSE) ha previsto un procedimiento que el juez puede considerar la reintegración de un trabajador estable como “no deseable”; en este caso la sanción para el empleador sólo será pecuniaria.¹¹⁰

b.2. En Perú, por el contrario, la ley (LSE) ha previsto un procedimiento previo al despido y al interior de la empresa. Se trata de una innovación introducida en la legislación peruana con la adopción de la nueva legislación de 1986. Este procedimiento rescata de esa manera las proposiciones del Convenio 158 de la OIT a pesar de que este convenio no haya sido ratificado por el Perú.¹¹¹

La LSE (artículo 6) señala que sólo podrá considerarse roto el contrato de trabajo con la empresa si el trabajador ha tenido la posibilidad de defenderse; en el ejercicio de este derecho, el trabajador puede estar asistido por un representante sindical o por un abogado, y el plazo para el examen de los hechos constitutivos del despido no podrá exceder 6 días hábiles. Se trata de un procedimiento impuesto por la ley que el empleador debe respetar si desea despedir un trabajador, y el alcance de este procedimiento es difícil de evaluar si se tiene en cuenta que se trata de disposiciones relativamente nuevas. Sin embargo, puede preverse que los tribunales peruanos deberán tratar los casos en los cuales este procedimiento no ha sido respetado, y puede esperarse, entonces, que se decidirá que la omisión del procedimiento previo no afecta la validez del despido.¹¹² Esta posición sería coherente con el resto de las legislaciones aquí analizadas, las cuales se muestran seguidamente respetuosas de las decisiones tomadas por el empleador.

¹¹⁰ Esta apreciación del juez constituye “históricamente” una de las primeras medidas que limitaron la estabilidad del empleo en Brasil. *Ibid.*

¹¹¹ Pasco Cosmopolis, M., “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *op. cit.*, p. 252.

¹¹² *Ibid.*