

## CAPÍTULO 32

# LOS DESPIDOS COLECTIVOS POR FUERZA MAYOR O POR DIFICULTADES ECONÓMICAS O TECNOLÓGICAS

Rolando MURGAS TORRAZZA

SUMARIO: I. *Concepto*. II. *Procedimiento*. III. *Preferencias ante el despido colectivo*. IV. *Protección contra el despido para los que tienen fuero sindical*. V. *Periodo de suspensión de despidos colectivos*. VI. *Pago de indemnización*.

### I. CONCEPTO

Al efectuar la delimitación del tema, interesa primeramente definir los siguientes aspectos conceptuales:

- a) Despido colectivo;
- b) Fuerza mayor y
- c) Dificultades económicas o tecnológicas.

#### 1. *Despido colectivo*

El despido colectivo se asocia a la afectación de un número plural de trabajadores. Con tal propósito, las legislaciones suelen establecer reglas especiales para los despidos que comprenden a varios trabajadores, específicamente si tales despidos derivan de una misma causa.

En general, las legislaciones apuntan a una restricción del concepto, en cuanto exigen tres elementos fundamentales:

- Un número mínimo de trabajadores objeto de la medida;
- Que los despidos se concreten en un periodo determinado;
- Que obedezcan a causas económicas o tecnológicas.

En este sentido, en España el Estatuto de los Trabajadores determina un periodo de noventa días, mientras que, en forma similar, la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela consigna tres meses.

En lo que concierne a la cantidad de trabajadores afectados, España exige un mínimo de diez en las empresas con menos de cien trabajadores; el 10 por ciento en las empresas de 100 a 300 trabajadores; y 30 trabajadores en las empresas con más de 300. Cuando se trate del cese total de la actividad empresarial, debe comprender a toda la plantilla, si son más de cinco trabajadores, para que resulte aplicable el régimen de despido colectivo.

La Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela requiere de un 10 por ciento de los trabajadores en las empresas de más de 100; el 20 por ciento en las empresas de más de 50 trabajadores; de 10 trabajadores en las que tengan menos de 50.

Por lo anterior, cabe concluir que para legislaciones como las señaladas la cuestión numérica, en un determinado periodo, vinculada a la existencia de la misma causa, resulta fundamental para categorizar los despidos como colectivos. Sin embargo, si no se alcanza la relación numérica expresada, la naturaleza de la causa que motiva el despido somete el mismo a un trámite especial. Tal es el caso del Estatuto de los Trabajadores en España (artículos 52 y 53).

Otras legislaciones no exigen una relación entre los despidos y el total de los trabajadores, pero contienen elementos referidos a las causas que provocan la medida. La Ley Federal del Trabajo de México alude a la terminación colectiva de las relaciones de trabajo como consecuencia del cierre o de la reducción definitiva de los trabajos, esta última entendida como un cierre parcial. La terminación colectiva podría derivar de fuerza mayor o caso fortuito, incosteabilidad, agotamiento de la materia prima objeto de la industria extractiva, concurso o quiebra o inversión determinada en la rehabilitación de las mismas.

En Argentina la Ley de Contrato de Trabajo no incorpora, de la misma manera, los despidos colectivos. Alude a los despidos por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador. La Ley de Empleo, para la situación de reestructuración productiva, considera las reducciones significativas del empleo.

Las legislaciones centroamericanas en general no regulan expresamente, como tales, los despidos colectivos, pero incluyen dentro de las causas de extinción o de despido, varias de las que típicamente dan lugar a despidos colectivos. Chile, República Dominicana y Uruguay prescinden de una conceptualización del despido colectivo. En este último entraría el despido sin causa.

El Código de Trabajo de Panamá, no contiene un régimen especial para los despidos colectivos, pero determina un trámite y consecuencias especiales

a los despidos por causas económicas, que, en lo fundamental, conducen a despidos colectivos.

## 2. Concepto de fuerza mayor

El concepto de fuerza mayor va asociado al de caso fortuito. En general, en el derecho romano ambas expresiones tendieron a asimilarse y así se mantuvo por mucho tiempo. Posteriormente, surgen las llamadas teorías dualistas, que intentaron una separación conceptual. En materia de la responsabilidad por riesgos profesionales la diferenciación alcanzó relativa importancia.

Variados fueron los elementos para sostener la separación:<sup>1</sup>

a) El origen en hechos de la naturaleza (inundación, terremoto) o en hechos provenientes de persona distinta (acto del príncipe, invasión, pillaje).

b) La diferenciación cuantitativa, de manera que la fuerza mayor habría hecho referencia a acontecimientos de mayor importancia, mientras el caso fortuito respondería a los de menor importancia.

c) El carácter irresistible o imprevisible del acontecimiento. El primero sería propio de la fuerza mayor, mientras que la imprevisibilidad correspondería al caso fortuito.

d) Si se trata de relativa o absoluta imposibilidad de cumplimiento de la obligación. El caso fortuito se referiría a una imposibilidad relativa, en tanto que la fuerza mayor sería una imposibilidad absoluta.

e) La exterioridad o no del hecho. La fuerza mayor tendría una relación de exterioridad con el autor del hecho (tempestad, inundación, guerra, invasión, pillaje). El caso fortuito vendría a ser inherente a la actividad peligrosa (incendio, explosión de una caldera).

Hoy día prevalece la tendencia a admitir la similitud conceptual de ambas expresiones.

En las legislaciones iberoamericanas es variada la referencia, pero en general se tiende a unificar el concepto, bien sea por la vía de utilizar un solo concepto (el de fuerza mayor) o el de usar como equivalentes a los dos. Por ejemplo: se refieren a caso fortuito o fuerza mayor, como un único concepto, los cuerpos normativos de El Salvador, Ecuador, Guatemala, Chile, Costa Rica, Honduras, Nicaragua y Panamá. Aluden sólo a fuerza mayor, los de España, Brasil y Argentina.

<sup>1</sup> Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, parte 1<sup>a</sup>, Bogotá, Temis, 1968, pp. 290-291.

Los elementos que se manejan para categorizar la figura son los de imprevisión y el de inevitabilidad o irresistibilidad. De esta manera un acontecimiento que no se hubiese previsto y sus consecuencias resulten irresistibles, sería fuerza mayor o caso fortuito. Por otro lado, salvo algunas legislaciones como la de Panamá, que exigen la conjunción de ambos elementos, suele aceptarse que, aunque el acontecimiento resulte previsible, adquiere la categorización de fuerza mayor o de caso fortuito por razón de su inevitabilidad. Esta es la conclusión, por ejemplo, de la doctrina española.

La fuerza mayor conduce a la exclusión de la responsabilidad por el no cumplimiento de la obligación o por el daño causado.

En las relaciones laborales su proyección es variada. Se refleja, al igual que en lo civil, en diversas manifestaciones de cumplimiento de obligaciones entre las partes, en este caso el trabajador o el empleador. Al ser variadas las obligaciones que ambos asumen por la contratación, el ámbito de expresión de la fuerza mayor comprende diversas posibilidades.

En lo que concierne a las obligaciones del empleador, existe una fundamental, que es la de proporcionar trabajo. En el fondo es más que una simple obligación instrumental dirigida a permitir el cumplimiento por el trabajador de la obligación de prestar el servicio. La fuerza mayor puede afectar la posibilidad de que el empleador ofrezca las condiciones necesarias para la prestación del servicio. En este sentido, su existencia puede conducir a la imposibilidad temporal o permanente de la prestación del servicio.

Si la imposibilidad es temporal, se trata de un supuesto de suspensión, pero si adquiere carácter permanente, se estará en presencia de una causa de extinción de la relación de trabajo. Algunas legislaciones expresamente establecen el límite para la suspensión, como Paraguay (120 días) y Panamá (cuatro meses).

Esta causa, la fuerza mayor, se manifiesta mediante un impedimento a la prestación del servicio, que normalmente afecta el funcionamiento mismo de la empresa o establecimiento, de manera parcial o general. De allí sus efectos sobre varios trabajadores al mismo tiempo.

Es necesaria una relación de causalidad entre el hecho y la imposibilidad de trabajar. Expresamente lo exigen así, entre otras, las legislaciones de Costa Rica, México, Paraguay y Panamá.

Si entendemos la fuerza mayor como comprensiva tanto de hechos de la naturaleza como de actos del hombre, es menester separarla de los riesgos típicamente empresariales que conforman en diversas legislaciones causas técnicas o económicas de despido. Es necesario, entonces, realizar una separación entre la fuerza mayor propiamente tal y los riesgos económicos que gravitan

sobre toda actividad empresarial. En el fondo, las causas económicas y tecnológicas de despido, suponen una modificación, en el derecho del trabajo, del concepto de fuerza mayor. Ante tales riesgos económicos, no corresponde invocar, como fundamento de la extinción, la fuerza mayor.

Otro aspecto que importa deslindar es el de si la fuerza mayor es una causa de extinción distinta del despido. Independientemente de la forma en que algunas legislaciones, al determinar las causas de extinción, hacen diferenciaciones entre varias clases de despidos (como el Estatuto de los Trabajadores, de España, que distingue entre despidos por fuerza mayor, despidos colectivos y despido del trabajador), lo cierto es que básicamente la fuerza mayor por sí sola no determina la extinción de la relación de trabajo. Es necesaria la manifestación de voluntad por parte del empleador de determinar la extinción, basado en la fuerza mayor. Es esa manifestación de voluntad, que constituye el despido, la que finalmente conduce a la extinción.

### 3. *Dificultades económicas o tecnológicas*

Aunque la vieja discusión sobre si el lucro es o no el fin propio de la empresa puede reconducirse a aceptar la finalidad de “producción o distribución de bienes o servicios”,<sup>2</sup> e igualmente a la admisión de que en las empresas públicas (especie en vías de extinción) no lo es de manera necesaria, lo cierto es que debe coincidirse en que el empresario, al invertir, espera una ganancia.

De manera descarnada hay que subrayar que el capitalista invierte su dinero en una empresa en atención a los posibles beneficios que la misma habrá de procurarle. Quedan básicamente descartados los propósitos altruistas o desprendidos, incluidos los de la generación de empleos o el progreso del país.

Es de la esencia del sistema que la empresa procure beneficios. Si ello no ocurre, existe una situación perturbadora y la ley no puede obligar al empresario a asumir indefinidamente pérdidas.

Por otra parte, los avances tecnológicos, sobre todo tan dramáticamente rápidos e intensos en esta “tercera ola” de la humanidad, ponen a disposición del empresario nuevas y constantes posibilidades de mejorar su eficiencia. En el fondo no se trata de una opción libre, sino necesaria, en una economía globalizada en la que resultan más marcadas las exigencias de competitividad.

La introducción de nuevas tecnologías y los efectos de la competencia, implican con frecuencia la pérdida de los puestos de empleo.

2 Buen, Néstor de, *Derecho de trabajo*, t. 1, México, Porrúa, 1974, pp. 467 y 470.

De lo anterior resulta que las legislaciones deben tanto disponer de mecanismos que aseguren al empresario los ajustes de personal que sean necesarios, como de asegurar procedimientos y condiciones que atemperen los efectos en los trabajadores y reduzcan los niveles de conflictividad que generan las situaciones económicas y tecnológicas que conducen a despidos colectivos.

En general, las legislaciones iberoamericanas, además de la fuerza mayor o caso fortuito, incluyen diversos supuestos de cierre total o parcial de una empresa o establecimiento.

En México, la Ley Federal del Trabajo regula la terminación colectiva de las relaciones de trabajo, que pueden derivar de la incosteabilidad, agotamiento de la materia prima objeto de la industria extractiva, concurso o quiebra o inversión determinada en la rehabilitación de minas.

En Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo alude a los despidos por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador. La Ley de Empleo, para la situación de reestructuración productiva, considera las reducciones definitivas del empleo.

El Código de Trabajo de Ecuador regula directamente la liquidación del negocio.

En Paraguay el Código de Trabajo separa la quiebra del empleador o la liquidación judicial de la empresa, del cierre total o la reducción definitiva de los trabajos y del agotamiento de la materia prima objeto de la actividad extractiva.

En República Dominicana se diferencian el agotamiento de la materia prima y la quiebra o el cierre o reducción del personal.

En Colombia se identifican la liquidación o clausura definitiva y la suspensión de actividades durante más de 120 días.

Costa Rica recoge igualmente como causas de extinción la quiebra, la liquidación judicial o extrajudicial, que tengan como consecuencia necesaria, directa e inmediata el cierre del negocio o el cese definitivo de los trabajos.

Honduras se limita a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y a la insolvencia o quiebra.

En España, más que una identificación de la causa en sí, el Estatuto de los Trabajadores la perfila sobre la base del resultado que arrojaría el despido. De esta manera, si la causa es económica, el despido debe procurar que se supere la situación económica negativa. Si es técnica, organizativa o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Si la plantilla es de más de cinco trabajadores debe afectar a la totalidad de la misma, cuando se trate del cese de la actividad empresarial.

Venezuela, en la Ley Orgánica del Trabajo, remite a la invocación de circunstancias económicas, de progreso o modificación tecnológica.

Chile, que no regula los despidos colectivos de manera separada, indica como supuesto de la terminación la necesidad de la empresa, establecimiento o servicio (racionalización o modernización, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o la economía).

En el Código de Trabajo de Panamá, dentro de las causales económicas de despido, se incluyen el concurso o la quiebra, la clausura o la reducción definitiva de los trabajos, y la suspensión definitiva de las labores inherentes al contrato o la disminución comprobada de las actividades del empleador. Estas causas se fundamentan en una serie de circunstancias económicas y tecnológicas: incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación, agotamiento de la materia prima objeto de la actividad extractiva, crisis económicas graves, incosteabilidad parcial de las operaciones por disminución de la producción, innovaciones en los procedimientos y equipos de fabricación, revocación o caducidad de una concesión administrativa, etcétera.

En resumen, en las legislaciones iberoamericanas, ya sea por la vía de la regulación específica del despido colectivo o por la genérica del despido o de la extinción, hay un espacio importante para que el empleador reduzca el personal por razones económicas o tecnológicas o llegue igualmente al cierre de la empresa, por la imposibilidad económica de continuar su actividad.

Resalta que en varias legislaciones hay una referencia expresa a las causas tecnológicas como fundamentación del despido (España, Venezuela, Panamá, Chile). Se acepta entonces que la introducción de nuevas tecnologías, como parte de la modernización de la empresa, es causa suficiente para dar lugar a la extinción de la relación de trabajo.

## II. PROCEDIMIENTO

El necesario equilibrio entre las exigencias de protección contra el despido y la libertad de empresa, aunque por las medidas de flexibilización tiende a ceder en favor de mayores facilidades al despido, lo cierto es que subsisten, pese a todo, limitaciones de procedimiento que procuran asegurar mínimos de garantías a los trabajadores e, igualmente, a reducir las posibilidades de confrontación con las organizaciones sindicales.

El Convenio 158 de la Organización Internacional de Trabajo, que incluye en su articulado los despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, impone la celebración de consultas con los representantes de los trabajadores y notificación a la autoridad competente.

Ambas formas, la consulta y la notificación a la autoridad, son parte del procedimiento que existe en varias legislaciones y que significan, a su vez, restricciones al despido colectivo.

Las consecuencias en el orden del empleo y las posibilidades de conflictos colectivos, conducen a la cautela con que la OIT y las legislaciones afrontan la regulación del procedimiento para estos casos.

La normativa comunitaria en Europa se caracteriza por evidentes preocupaciones relativas a la armonización legislativa tendiente a “evitar o reducir los despidos colectivos, así como de la posibilidad de atenuar sus consecuencias”.<sup>3</sup>

No todas las legislaciones requieren autorización previa para el despido colectivo.

En Argentina es necesario un preaviso a las autoridades y al sindicato. En Ecuador debe darse aviso a los trabajadores con anticipación de un mes. En Chile el preaviso es de 30 días, del cual debe enviarse copia a la Inspección del Trabajo.

En Paraguay, si se trata de cierre total o reducción definitiva, debe enviarse comunicación escrita a la autoridad administrativa, con participación sumaria a los trabajadores.

En Venezuela, el Ministerio de Trabajo puede suspender por resolución el intento de despido colectivo. El empleador está facultado para optar por el procedimiento de conflicto colectivo, con notificación al sindicato o a los trabajadores. Si se invocan causas económicas o de progreso o modificaciones tecnológicas y no hay acuerdo, el asunto se somete a arbitraje.

De manera más estricta, otras legislaciones exigen la autorización o aprobación por parte de la autoridad (Panamá, Perú, México, El Salvador). Existen diferencias en cuanto a si la autorización o la aprobación son competencia de la administración del trabajo o bien de la justicia laboral.

En Panamá, la autorización es previa y debe darla el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, con traslado al sindicato o a los trabajadores.

En México, si los despidos obedecen a caso fortuito o fuerza mayor, concurso o quiebra, el empleador debe dar aviso a la Junta de Conciliación y Arbitraje, para su posterior aprobación. Si se trata de agotamiento de la materia objeto de la actividad extractiva, es necesaria la autorización previa de la Junta. Por último, si es un supuesto de incosteabilidad notoria, también se

<sup>3</sup> Directiva Comunitaria adoptada el 17 de febrero de 1975, *cfr.* Colina Robledo, Miguel, “La regulación de los despidos colectivos en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea”, *RELASUR*, Montevideo, núm. 4, 1994, p. 11.

requiere autorización previa, conforme al procedimiento para los conflictos colectivos económicos.

En El Salvador, el cierre total o parcial por incosteabilidad, demanda autorización previa de los tribunales de trabajo. Si el cierre es por agotamiento de la materia prima en la actividad extractiva, debe ser aprobado por sentencia de los tribunales de trabajo.

### III. PREFERENCIAS ANTE EL DESPIDO COLECTIVO

Otra forma de restricción del despido colectivo es el establecimiento de preferencias en la reducción de los puestos de trabajo. Estas preferencias generalmente tienen que ver con la antigüedad o con la condición de dirigente sindical.

En México se despide en primer lugar a los de menor antigüedad, mientras en Argentina se sigue una fórmula similar, en cuanto la Ley de Contrato de Trabajo ordena comenzar con los de menor antigüedad, pero para los que entraron en un mismo semestre, indica que debe seguirse con el de menos cargas familiares, aunque ello suponga romper, la antigüedad.

Panamá estatuye varios órdenes de preferencia, en igualdad de circunstancias:

- a) Los de mayor antigüedad, frente a los menos antiguos;
- b) Los nacionales frente a los extranjeros;
- c) Los sindicalizados frente a los no sindicalizados;
- d) Los más eficientes respecto de los menos eficientes.

Estas preferencias se van determinando, de manera separada, una por una.

Las trabajadoras protegidas por el fuero de maternidad tienen preferencia absoluta frente a todos los demás trabajadores, aunque no estén comprendidas en las preferencias anteriores y se despedirán en último lugar, siempre que fuese absolutamente indispensable.

### IV. PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO PARA LOS QUE TIENEN FUERO SINDICAL

En varias legislaciones existen restricciones al despido para los trabajadores con fuero sindical, que alcanzan en algunos casos a los despidos colectivos. Suele establecerse que la aplicación de justas causas de despido excluye la reestructuración de la empresa o los motivos económicos o tecnológicos.

En Chile el despido en estos casos sólo es posible por terminación de la empresa.

En Costa Rica, República Dominicana y Paraguay el despido del dirigente sindical se permite únicamente por falta del trabajador.

En Argentina el despido se permite por falta grave, cierre del establecimiento o suspensión general de tareas. El orden de antigüedad que debe seguirse para el despido, excluye expresamente a los que tienen fuero.

En Panamá, los trabajadores amparados por el fuero sindical sólo tienen preferencia si, agotadas las reglas de preferencia antes expuestas, se mantienen en igualdad con relación a otros trabajadores.

## V. PERIODO DE SUSPENSIÓN DE DESPIDOS COLECTIVOS

Los despidos colectivos conducen a la eliminación de puestos de trabajo y por esa sola circunstancia colocan a los sindicatos en una frecuente posición de enfrentamiento con la empresa. Por otro lado, la reducción de personal puede ser un instrumento que se utilice con propósitos antisindicales. En América Latina ha sido frecuente la utilización de los despidos colectivos como fórmula de reducción del poder sindical.

Debido a lo anterior, las legislaciones deben cuidar la forma y oportunidad en que permiten al empleador la disminución de la plantilla. La Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, por ejemplo, prohíbe los despidos colectivos cuando los trabajadores se encuentren ejerciendo sus derechos de organización o de contratación colectiva.

## VI. PAGO DE INDEMNIZACIÓN

La reducción de personal que se realiza mediante los despidos colectivos, responde a riesgos típicamente empresariales que, sin embargo, deben afrontar también los trabajadores para preservar la fuente de trabajo o al menos determinados niveles de empleo. La existencia del riesgo empresarial conduce normalmente al reconocimiento de una indemnización, aunque no siempre la misma es igual a la que se paga en los casos de despido injustificado.

El Código de República Dominicana, para los casos de cierre por caso fortuito o fuerza mayor, se refiere únicamente a que los trabajadores sean indemnizados “equitativamente”. En los demás casos, exige el desahucio. La indemnización a pagar en el supuesto de cierre por fuerza mayor o caso fortuito, la debe el empleador que está asegurado contra el riesgo si no recons-

truye el negocio, pero dicha indemnización no deberá exceder del auxilio de cesantía.

En Paraguay no hay derecho a indemnización, pero si se omite el aviso a la autoridad administrativa, debe pagarse completa la indemnización por despido. Si se trata de cierre por caso fortuito o fuerza mayor, el empleador que cierra y cobra el seguro, en un año debe recontractar a los trabajadores. Si no lo hace, debe pagar una indemnización especial de un mes para los trabajadores hasta con cinco años de antigüedad; de dos meses para los que tengan una antigüedad entre cinco y diez años; y de tres meses para los que tengan más de diez años.

España, Venezuela, México, Argentina y Chile, entre otros, reconocen una indemnización especial, inferior a la establecida para los despidos injustificados.

En España es de veinte días de salario por cada año. En Venezuela se concreta en un preaviso de una semana a tres meses, según la antigüedad. En México los trabajadores tienen derecho a tres meses de indemnización, salvo el caso de inversión de un capital determinado en una mina, más la prima de antigüedad. En Argentina corresponde el pago de la mitad de la indemnización por despido, mientras que en Chile se pagan 30 días por cada año y fracción superior a seis meses, hasta un máximo de 300 días.

En Panamá, en el caso de las causas económicas de despido, el pago de la indemnización es completo, pero no se reputan como tales los cierres por fuerza mayor o caso fortuito, distintos de los riesgos económicos, los cuales se regulan como una causa distinta de despido. El despido por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar al pago de la indemnización por despido.