

## TERCERA PARTE

### FUERZA MAYOR, CULPA RECÍPROCA Y JUBILACIÓN POR VEJEZ

1. Fuerza mayor .....	97
2. Culpa recíproca .....	100
3. Jubilación por vejez .....	101

## TERCERA PARTE

### FUERZA MAYOR, CULPA RECÍPROCA Y JUBILACIÓN POR VEJEZ

#### 1. *Fuerza mayor*

La regla predominante es la de que el empresario puede declarar terminado el contrato de trabajo siempre que ocurra un motivo de fuerza mayor. Así lo dispone la ley civil brasileña (Código Civil, artículo 1,228, inciso 1), como ocurre, igualmente, en las legislaciones extranjeras.

El derecho del trabajo brasileño adoptó en un principio idéntica orientación, como puede observarse a través del artículo 5o., de la Ley No. 62, de 5 de junio de 1935, que —como lo señalamos anteriormente— fue la primera ley general del trabajo en nuestro país. Sin embargo, la Consolidación de las Leyes de Trabajo dedicó un capítulo especial a la fuerza mayor e introdujo en el derecho positivo brasileño nuevas ideas en torno a esa materia.

No se conoce en el derecho del trabajo brasileño la antigua distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor; pero del concepto así restringido de fuerza mayor, considerada únicamente como un acontecimiento que afecta *sustancialmente* o es susceptible de afectar la situación económica-financiera de la empresa, se desprende que no puede ser evitado por la voluntad del empleador y que tampoco puede originarse debido a su imprevisión. (Consolidación de las Leyes del Trabajo, artículo 501 en sus diversas fracciones.)

Los efectos de la fuerza mayor sobre el contrato individual de trabajo son diversos:

a) Cuando la fuerza mayor no extingue el establecimiento de la empresa, pero ocasiona perjuicios debidamente comprobados, es lícito al empleador reducir el salario de sus trabajadores, de modo proporcional y comprendiendo, indistintamente, a todos los integrantes del personal. Esa reducción, sin embargo, en ninguna hipótesis podrá ser superior al veinticinco por ciento del salario contractual, ni afectar el salario mínimo en vigor en la localidad (Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 503, párrafo único).

b) Cuando, por el contrario, la fuerza mayor determina la extinción de la empresa o de uno de sus establecimientos, el empleador (y esa norma

merece destarse en el derecho brasileño) no queda liberado frente a los trabajadores. Puede despedirlos, pero mediante el pago de una indemnización, la cual, sin embargo, es limitada; ya sea que el trabajador goce o no de estabilidad, hubiese sido contratado por plazo determinado o indeterminado, sólo recibirá el cincuenta por ciento del valor al que tendría derecho si hubiese sido despedido sin motivo justo o sin razón de fuerza mayor (Consolidación de Leyes de Trabajo, artículo 502 en sus diversas fracciones).

Se observa, pues, que la Consolidación reformuló totalmente el sistema sobre fuerza mayor introducido por la Ley No. 62. No sólo interrumpió enérgicamente el concepto extensivo atribuido por la Ley No. 62 a la institución de fuerza mayor (artículo 5o., párrafo 1o. y 2o.) sino que además, innovando el área de la teoría general del derecho, mantiene la obligación patronal de indemnizar aun cuando se produzca la fuerza mayor estricta.

¿Cuál habrá sido el fundamento doctrinal del legislador de 1943 para llegar a esa fórmula avanzada?

En nuestra opinión, el legislador expidió aquellas normas sin otro espíritu que el de favorecer al trabajador en los casos de fuerza mayor. No parece haber existido, de su parte, alguna preocupación doctrinaria al utilizar únicamente el ímpetu renovador del derecho del trabajo como *leit motiv* de su formulación. No obstante, desde nuestro punto de vista, existe un fundamento lógico para la ley brasileña, aun cuando el mismo no hubiera servido de apoyo a las disposiciones promulgadas en aquella época, y tal apoyo radica en la justificación de la existencia de una indemnización por despido injustificado.

Entendemos que ese fundamento de la indemnización por despido injustificado es doble: a) en primer lugar, la reparación del *daño* sufrido por el trabajador y que le fue causado por el acto unilateral e ilegítimo del empleador; b) en segundo lugar, tiene una finalidad expresa de dar al trabajador protección económica y asistencia social al acto de rescisión injusta del contrato.

Cuando ocurre motivo de fuerza mayor no hay manera de responsabilizar al empresario en cuanto al daño sufrido por el trabajador, pues ese daño ocurre en virtud de un hecho superior y ajeno a la voluntad del primero. Sin embargo, perdura el deber del empleador de otorgar a dicho trabajador la protección económica que no deriva del acto unilateral del empresario, sino de la posición que este último ocupa como organizador y dirigente de la empresa. En ese caso, la justificación de la indemnización es parcial y, en consecuencia, el valor de la misma se reduce proporcionalmente.

Dentro del capítulo de fuerza mayor debemos incluir el *factum principis* respecto del cual el derecho positivo brasileño también ofrece normas bastante precisas.

En el *factum principis* determinante de la extinción de la actividad económica del empleador existen en realidad la conjunción de todos los elementos constitutivos de fuerza mayor, pero con una particularidad más: deriva del acto de una persona jurídica de derecho público interno. En último análisis se trata de un acto de autoridad pública que impide la continuación de la actividad económica del empresario.

En ese punto, el principio adoptado por la Ley No. 62, de 5 de junio de 1935, es el esencialmente dominante hasta la actualidad, y de acuerdo con el mismo, el pago de la indemnización debida a los trabajadores despedidos en consecuencia del *factum principis* debe ser efectuado *in totum* por la persona jurídica que lo realizó (artículo 5o., párrafo 3o.).

La materia fue reformulada por el artículo 486 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo que, manteniendo el principio antes mencionado, establece con claridad lo siguiente: *a*) el *factum principis* puede consistir en un acto de naturaleza legislativa (promulgación de leyes y decretos) o administrativa; *b*) es esencial, que sea únicamente la medida del poder público la que imposibilite la continuación de la actividad económica del empleador; *c*) en ese caso se produce la *transferencia* de responsabilidades y la persona jurídica de derecho público interno debe cubrir el valor de la indemnización; *d*) sin embargo, cuando se trate de una hipótesis o modalidad de fuerza mayor, el pago de la indemnización no será reducido, sino satisfecho integralmente.

A este respecto las disposiciones procesales aplicables en el supuesto de *factum principis* están comprendidas por los párrafos adicionados al artículo 486 por el Decreto-Ley No. 6,110, de 16 de diciembre de 1943, y renovados por la Ley No. 1,530, de 26 de diciembre de 1951.

Sin embargo, cuando el *factum principis* constituye una modalidad de fuerza mayor, como lo expresamos anteriormente, el tratamiento de sus consecuencias obedece a normas diversas. En los casos de fuerza mayor pura y simple la indemnización de antigüedad del trabajador despedido subsiste, pero se reduce por las razones anteriormente expuestas. En los casos del *factum principis*, el derecho del trabajador permanece íntegro, mas la responsabilidad del pago de la indemnización es transferida a la persona jurídica de derecho público interno que hubiese efectuado el acto administrativo o promulgado el acto legislativo que impide la continuación de la actividad económica del empresario.

La razón de esa distinción en las consecuencias nos parece evidente. En el primer caso, debido a la naturaleza de fuerza mayor, que es imprevisible e inevitable, y por lo mismo no concurre en ella el empresario directa o indirectamente, no existe alguien a quien se pueda atribuir la responsabilidad del evento. Esa responsabilidad recae (como responsabilidad residual) sobre los hombres del empresario, por la necesidad de protección al trabajador,

implícita la justificación doctrinaria de la indemnización de antigüedad. En la realidad, cuando se realiza el *factum principis*, la posición psicológica del empresario es la misma; pero en ese supuesto es posible señalar a la persona jurídica que, al realizar el acto legislativo o administrativo es causa determinante de la fuerza mayor. Como el Estado democrático es esencialmente responsable por todos sus actos, tanto respecto de la comunidad internacional como de la comunidad nacional, e inclusive ante los ciudadanos, debe responder por los derechos atribuidos al trabajador en virtud de su identificación como el verdadero causante del evento, y por ello esos derechos no pueden ser reducidos.

En resumen, la fuerza mayor, cuando determina el cierre de la empresa, es causa extintiva del contrato individual, sea o no el trabajador titular del derecho a la estabilidad. En el caso de fuerza mayor ordinaria, el valor de la indemnización normal es reducido a la mitad y el pago corre a cuenta del empleador. En el *factum principis* la eventual responsabilidad del empleador se transfiere automáticamente a la persona jurídica de derecho público interno, pero el pago de la indemnización debe ser integral.

## 2. *Culpa recíproca*

El artículo 484 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo prevé la hipótesis de la extinción del contrato individual por *culpa recíproca* del trabajador y del empleador.

Al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en el dominio del derecho penal, el derecho del trabajo admite la *compensación de culpas*, estableciendo ese ordenamiento nacional que, en ese caso, opera una reducción de valor de indemnización (sobre la base del 50% de lo que sería debido si la extinción contractual se operara por culpa exclusiva del empresario).

La figura de la culpa recíproca, que se aplica en los casos de la estabilidad absoluta o relativa del trabajador, puede conducir en la práctica al juez a soluciones intermedias de una justicia salomónica e incompleta. Por otro lado, no son pequeñas las dificultades del magistrado para extraer de los hechos una convicción tranquila y firme de la reciprocidad de culpas.

Nélio Reis examinó el problema en un artículo publicado en una revista especializada hace muchos años. Resumiendo su pensamiento, podemos afirmar que hay culpa recíproca cuando los actos del empleador y del trabajador son *concomitantes y determinantes* de la extinción del contrato y, por ello, *equivalentes*. (“Culpa recíproca”, en *Revista do Trabalho*, 1946, mayo, pp. 229 y siguientes, Río de Janeiro.)

Eso significa sostener, en otras palabras, que los actos de los contratantes deben tomarse como detonadores *simultáneos*, pero, además, deben ser tam-

bién *equivalentes* en importancia o gravedad. Es preciso averiguar de quién es la *culpa mayor* y, cuando hubiese graduación de intensidad entre las culpas en la confrontación, *no habrá culpa recíproca*, en el sentido estricto de la expresión, para fines de la ley nacional. La delicadeza del problema es evidente (Oliveira Lima, "Culpa recíproca", en *Revista do Trabalho*, 1941, marzo-abril, p. 111, Río de Janeiro). Esta es especialmente nuestra opinión, porque las culpas no pueden ser valoradas con fría objetividad, sino por el contrario, apreciadas tomando en consideración el nivel cultural entre las partes y, muy particularmente, de acuerdo con la circunstancia de que, casi siempre, como el empresario tiene el control jerárquico de la empresa, el acto culposo que realiza tiene mayor extensión y resonancia que la culpa de sus trabajadores (véase nuestro *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, ya citado, primer volumen, página 262).

Como ocurre en los casos de fuerza mayor (consúltese nuestra obra *O Aviso Prévio no Direito do Trabalho*, página 225, Editorial Konfino, 1961, Río de Janeiro), tratándose de culpa recíproca, la orientación de la doctrina y de la jurisprudencia es pacífica en el sentido de que no procede pago del aviso previo, pues no existe, en esas hipótesis, el despido injusto del trabajador (ver mismo trabajo, páginas 243 y siguientes).

### 3. Jubilación por vejez

En las páginas anteriores destacamos el hecho no controvertido de que la jubilación definitiva e irreversible extingue el contrato individual de trabajo.

La jubilación, en general, se realiza en un plano extraño o ajeno a la voluntad del empresario, y por este motivo cuando la misma tiene fuerza definitiva (por ser irrevocable) y no suspensiva del contrato (por ser posible su revisión), el trabajador jubilado no tiene derecho a indemnización.

De *iure constituendo*, si se tienen a la vista las normas sobre fuerza mayor y la naturaleza del fundamento doctrinal de la indemnización de antigüedad, así como el sistema de "Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio" (en la parte que atribuye al jubilado el derecho al uso de su cuenta vinculada), es posible sostener que en todas las modalidades de jubilación, aun en las solicitadas por el trabajador, debe perdurar su derecho a cobrar al empresario el pago de una indemnización.

Sin embargo, de *iure constituto* ese derecho no existe en las diversas modalidades de la jubilación, a no ser en el caso muy excepcional de la jubilación por *vejez*, que además es solicitada *por el empleador*, es decir, como iniciativa contraria a la voluntad del trabajador jubilado.

En la práctica eso acontece cuando el trabajador debido a su edad se vuelve incapaz para el servicio o, por lo menos, limitado en su productivi-

dad. La Ley Orgánica de Previsión Social (Ley No. 3,807, de 26 de agosto de 1960), al disponer sobre la jubilación por vejez, en su artículo 30, párrafo 3o., admitió la iniciativa del empresario para obligar al trabajador a jubilarse. La Consolidación de Leyes de Previsión Social, actualmente en vigor, consigna ese mismo principio (artículo 37).

Como el fundamento de esa modalidad de jubilación se apoya en la *vejez* del trabajador, fue establecido un límite de edad superior al generalmente fijado para los otros tipos de jubilación: 70 años para los asegurados de sexo masculino; 65 años para las mujeres.

En ese punto la Consolidación de las Leyes de Previsión Social nos ofrece una escala de edad que distingue entre trabajadores del sexo masculino y las del sexo femenino, en consideración a la mayor fragilidad orgánica de la mujer. Sin embargo, en el aspecto en el que la ley llegó más allá de las fronteras hasta entonces conocidas en el derecho brasileño, es aquel por el cual estableció que, en la hipótesis en estudio, el empresario que solicite la jubilación *deberá indemnizar al trabajador jubilado*.

La solicitud de jubilación de un viejo empleado es, casi siempre, un expediente del empleador para deshacerse de aquel que durante largos años contribuyó para el éxito de la empresa, y que ahora es considerado inútil e inconveniente. Para reprimir esa actitud, la ley, si bien permite la iniciativa del empleador, lo obliga a pagar al trabajador jubilado una indemnización que corresponda al *50% del valor de la indemnización de antigüedad* que le sería cubierto si en la misma fecha hubiese sido injustamente despedido.

Esa norma regula, indistintamente, a los trabajadores de planta y a los que no la tienen. Su importancia práctica, no obstante, aumenta principalmente, en el primer caso, porque los viejos trabajadores, cuando llegan a esos altos límites de edad, generalmente están protegidos por la estabilidad en el empleo (ver nuestros *Comentários a Lei Orgânica de Previdência Social*, 1er. volumen, pp. 204 y siguientes, primera edición, Editorial Konfino, 1962, Río de Janeiro, y *Comentários à Consolidação das Leis de Previdência Social*, páginas 170 y siguientes. Ed. Revista de los Tribunales, 1977, Sao Paulo).