

CAPÍTULO II. El fundamento del derecho para despedir . . .	91
Sección 1. La teoría de la estabilidad en el empleo . . .	91
Sección 2. El fundamento del derecho para despedir por el poder de gestión del empleador	101

CAPÍTULO II

EL FUNDAMENTO DEL DERECHO PARA DESPEDIR

Cuando se pregunta sobre el fundamento de una institución jurídica, se trata de dar una respuesta con relación al origen de su legitimidad. El régimen del despido individual traduce la existencia de un conflicto de intereses opuestos, por un lado el del trabajador para conservar su empleo y, por otro, el del empleador para decidir sobre los elementos materiales y humanos dentro de su empresa.¹

En relación con el fundamento del derecho del trabajador para continuar en la empresa, los autores, sobre todo latinoamericanos, han trabajado en la elaboración de una teoría, *la teoría sobre la estabilidad del empleo* (sección I).

Sin embargo, el análisis del despido individual debe ser hecho dentro de una perspectiva más amplia, que tome en cuenta no sólo los elementos jurídicos sino también las modalidades de funcionamiento de la empresa y del lugar que ésta ocupa en la economía. Bajo esta perspectiva, se puede constatar que una buena parte de las modificaciones dentro de la empresa, entre las cuales se encuentra el despido individual, encuentran su fundamento en *el poder de gestión* del empleador (sección II).

Sección I. La teoría de la estabilidad en el empleo

La “estabilidad” es la característica de aquello que tiende a permanecer en el mismo estado. En relación con el contrato de trabajo, la estabilidad se traduce en el deseo de hacer permanente la ejecución de éste, como fuente de subsistencia de los trabajadores y de sus familias.

Desde este punto de vista, las argumentaciones en favor de una protección contra la ruptura del contrato de trabajo han dado lugar a la

¹ Barbagelata señala que hay una especie de juego de fuerzas contradictorias, unas tendencias a la permanencia de la relación, las otras hacia la ruptura de ésta. Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, Montevideo, 1978, cit. por Ermida Uriarte, O., *La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia?*, Montevideo, Acali, 1983, p. 12.

teoría de la estabilidad del empleo. La idea directora de esta argumentación es la de querer que el contrato de trabajo sea permanente.²

La protección del empleo y la permanencia de éste ofrecen al trabajador una seguridad para su porvenir; en este sentido, la estabilidad del empleo coincide con ciertos principios del derecho del trabajo como "la justicia social, la protección y la continuidad".³

Dicho esto, la estabilidad presentaría una doble naturaleza; ella permitiría al trabajador por un lado, conservar su empleo y, por otro, ver respetados sus derechos de antigüedad en la empresa,⁴ los cuales son la base de un gran número de derechos y garantías ofrecidas por el derecho del trabajo.⁵

En América Latina las primeras normas relativas a la estabilidad del empleo estuvieron inspiradas por la legislación del sector público, donde un cierto número de garantías sobre la permanencia en el empleo habían sido adoptadas.⁶ Posteriormente las medidas específicas contra los despidos arbitrarios fueron objeto de un reconocimiento en las constituciones de los países latinoamericanos (es el caso del artículo 123-A-XXII de la Constitución mexicana de 1917) o se reconoció simplemente el principio de estabilidad en el empleo (es el caso del artículo 48 de la Constitución de Perú de 1979). La doctrina latinoamericana concentró el debate en torno a la noción de la estabilidad en el empleo (§ 1); sin embargo, es necesario reconocer la fragilidad de este tipo de argumentación lo que ha permitido formular críticas contra esta teoría (§ 2).

§ 1. La noción de estabilidad en el empleo

El concepto de un derecho del trabajador para conservar su empleo pretende entre otras cosas dejar de lado la aplicación de la teoría civilista relativa a la ruptura de los contratos. Los autores latinoamericanos han querido mostrar el fundamento de esta idea haciendo eco, en

² La idea de permanecer en el empleo ha seguido siendo considerada como uno de los elementos esenciales de la estabilidad. Cf. Uceda Maurier, L., "Estabilidad Laboral", *Análisis Laboral*, Lima, mayo, 1983, p. 14; cf. Pérez Paton, R., *Derecho de estabilidad en el empleo*, La Paz, 1958.

³ Cf. Ermida Uriarte, O., "La estabilidad del trabajador en la empresa...", *op. cit.*, p. 23.

⁴ Cf. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 147.

⁵ Cf. Barbagelata, H., "Las nuevas dimensiones del derecho a la estabilidad en el trabajo. El derecho a la promoción y a la capacitación", *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 136, vol. XXVII, 1984, pp. 657-676.

⁶ Cf. Deveali, L. M., *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1983, vol. I, p. 548; Russomano, M., *La estabilidad del trabajo en la empresa*, México, UNAM, 1981, p. 69.

la mayoría de los casos, de las teorías desarrolladas en Europa. Entre estas teorías, existen aquellas que hablan de una “propiedad del empleo”,⁷ de una “posesión del empleo”,⁸ así como el pertenecer a la “comunidad de la empresa”.⁹

Teniendo esos diferentes fundamentos, la elaboración de un concepto sobre la estabilidad no ha sido homogénea en la doctrina latinoamericana.

Se pueden encontrar dos tipos de conceptos:

– algunos queriendo defender la estabilidad como una garantía frente de cualquier tipo de ruptura del contrato de trabajo (se trata en este caso de una concepción amplia de la estabilidad) (A).

– otros queriendo ver en la estabilidad una garantía contra un solo tipo de ruptura del contrato: el despido. Esta concepción estrecha es la más común entre los autores de América Latina (B).

A. La concepción amplia de la estabilidad

Para ciertos autores, como Deveali, la estabilidad es el derecho a permanecer en el empleo durante toda la vida laboral.¹⁰ Dicho esto, el trabajador puede permanecer en su empleo hasta el momento en que haya una causa suficientemente grave para despedirlo, o bien, hasta la edad de la jubilación. Este tipo de razonamiento tiene como fin dar una interpretación de la estabilidad dentro del marco de los contratos de trabajo de duración determinada; para este análisis, el contrato de trabajo se presenta como teniendo una duración fijada generalmente por la ley (aquella en la cual se tiene derecho a la jubilación).¹¹

A pesar de las críticas formuladas contra esta opinión, se trata de una interpretación hecha a partir de la utilización de conceptos de dere-

⁷ Cf. Ripert, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, París, 1951, pp. 302 y s. Esta idea fue retomada en México por ciertos autores como Álvarez del Castillo; cf. Hori Robaina, G., “Garantía del empleo y la crisis económica”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 141, vol. XXIX, 1986, p. 18. Sin embargo, algunos autores han refutado la teoría, ya que ella pretende explicar una situación propia al mundo del trabajo a partir de conceptos de derecho común; es la opinión de De la Cueva y de De Ferrari, citados por Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 147.

⁸ Shirley, L., *La terminación del contrato individual...*, *op. cit.*, p. 25.

⁹ Shujman, L., *El derecho a la estabilidad en el empleo*, Rosario, 1976, p. 30.

¹⁰ Deveali, M., *Lineamientos del derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1948, p. 193; cf. Caldera, R., *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Librería El Ateneo, p. 417.

¹¹ “...el contrato de trabajo con derecho a la estabilidad se presenta como un contrato de duración determinada, en el cual el término coincide con el momento en que el trabajador llega a la edad prevista para adquirir el derecho a la jubilación”, Deveali, M., *El derecho del trabajo...*, *op. cit.*, p. 536.

cho común, la cual ha sabido aportar una explicación válida de la estabilidad.¹²

Una concepción que se aleja de esta visión “tradicionalista” de la estabilidad ha sido propuesta por De la Cueva, para quien la estabilidad en el empleo es una institución propia del derecho del trabajo, la cual se puede caracterizar diciendo que es el derecho para conservar su trabajo durante todo el tiempo que éste subsista y así poder percibir los beneficios correspondientes.¹³ Según este autor, la estabilidad en el empleo es una garantía reconocida por la legislación del trabajo y propia a éste; se trataría de una manifestación de la “justicia social” que permitiría al trabajador tener una “certitud del presente y del futuro”.¹⁴ Esta visión de la estabilidad ha permitido tratar de encontrar un fundamento de la estabilidad excluyendo los criterios de derecho común, y su influencia entre la doctrina latinoamericana ha sido considerable.

B. La concepción estrecha de la estabilidad

Se puede observar que la mayoría de los trabajos relativos a la estabilidad consagran su atención al estudio de las formas de ruptura del contrato de trabajo y, sobre todo, del despido. En ese sentido, la estabilidad aparece como un mecanismo dirigido a controlar o frenar el despido. Siendo así, el concepto de estabilidad se orienta hacia una visión estrecha, donde la atención se concentra sobre el despido considerado como obstáculo para la continuidad de la presencia del trabajador en la empresa. Las normas internacionales adoptadas sobre el tema recuperan esta concepción, según la cual el despido no debe ser pronunciado salvo circunstancias excepcionales.¹⁵ Entre los autores latinoamericanos, esta manera de conceptualizar la estabilidad aparece como una dominante.¹⁶

Sin embargo resulta difícil aceptar un concepto de estabilidad que pueda ser válido a nivel continental, las dificultades derivan, sobre

¹² Cf. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 146.

¹³ Cueva, M. de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1980, vol. I, p. 220.

¹⁴ *Id.*, p. 219. Ver en el mismo sentido González Blanco, S., *cit.* por Hori Robaina, G., “Garantía del empleo y la crisis económica”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵ La Recomendación núm. 119 sobre la terminación del trabajo de 1963 (art. 2-1).

¹⁶ Por ejemplo para Catharino, J. M. y Centeno, N., la estabilidad sería “La garantía de permanencia en el empleo asegurada para cierto tipo de empleados, que consiste en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo si existe una causa prevista expresamente”, *cit.* por Ermida Uriarte, O., “La estabilidad del trabajador en la empresa...”, *op. cit.*, pp. 17 y s.

todo, de cómo las legislaciones de cada país conciben la estabilidad. Para ciertos países, por ejemplo, Brasil o Panamá, la estabilidad (como una garantía contra el despido arbitrario) es un derecho ligado a la antigüedad del trabajador en la empresa, es decir, las normas reglamentarias de la estabilidad sólo son aplicables a trabajadores que han cumplido cierto tiempo en su puesto. Por el contrario, en otros países, como Perú, la legislación adopta una visión más estrecha de la estabilidad reglamentando bajo este título no solamente al despido (individual y colectivo) sino también los contratos de duración determinada (como el contrato a prueba). De cualquier manera la noción de estabilidad del empleo (bajo una concepción amplia o estrecha) busca asegurar la protección de los trabajadores contra las rupturas injustas del contrato de trabajo. En ese sentido debe ser mantenida.

C. Los tipos de estabilidad

Sobre la base de una visión estrecha de la estabilidad, los autores latinoamericanos han elaborado una tipología que permite hablar de diferentes formas de estabilidad en función de las consecuencias que la ley atribuye al despido injustificado.

La opinión más común y aceptada distingue la estabilidad absoluta y la estabilidad relativa:

La estabilidad absoluta es aquella en la cual el empleador sólo está autorizado a despedir en el caso que haya habido motivo establecido por la ley, en caso contrario, el despido es declarado nulo y provoca la reintegración del trabajador a su puesto, así como el pago de los salarios no recibidos entre el despido y la reintegración efectiva; en esta hipótesis, la reintegración del trabajador es uno de los elementos de base.

Por el contrario la *estabilidad relativa* propone también ciertas limitaciones al despido; existen, sin embargo, diferentes grados de protección que permiten hablar de *estabilidad relativa propia* y de *estabilidad relativa impropia*. En el primer caso, el despido no podrá ser pronunciado en ausencia de motivo legal, sin embargo, la nulidad del despido no provocará necesariamente la reintegración del trabajador, ya que ésta no se puede efectuar contra la voluntad del empleador; en este caso, el pago de los salarios caídos y de otros créditos es exigible. Por otro lado, en relación con la estabilidad relativa impropia, la decisión del empleador de despedir un trabajador produce sus efec-

tos: el contrato de trabajo será roto; el efecto de un despido sin motivo legal será el pago de una indemnización especial.¹⁷

De manera excepcional, se puede constatar la utilización de una terminología diferente entre los autores latinoamericanos, por ejemplo, en Brasil la doctrina y la jurisprudencia hablan de “estabilidad provisional”. Este tipo de estabilidad es aquella de los trabajadores que, no teniendo 10 años de antigüedad en la empresa, gozan de una protección relativa contra el despido (se trata de los representantes sindicales y de los casos de maternidad).¹⁸

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas han adoptado el sistema de estabilidad relativa (ya sea propia o impropia),¹⁹ en la cual la decisión del empleador para despedir un trabajador, una vez tomada, no podrá descartarse.

§ 2. Críticas a la teoría de la estabilidad del empleo

Dos series de críticas pueden dirigirse a la teoría de la estabilidad del empleo: por un lado, aquellas relativas a los límites jurídicos del concepto (A), y por otro, las relativas a los límites económicos de dicha teoría (B).

A. Los límites jurídicos del concepto

Como se ha dicho, los estudios relativos al concepto de estabilidad se han concentrado, hasta hoy, sobre la idea de una protección contra el despido injusto o arbitrario; la noción de estabilidad dicha de esta manera aparece como sinónimo de régimen del despido, se trata enton-

¹⁷ Cf. Vázquez Vialard, A., *Derecho del trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, 1981, vol. II, p. 247; cf. Russomano, M., *La estabilidad del trabajador...*, *op. cit.*, p. 13; cf. Pla Rodríguez A., “Extinción del contrato de trabajo...”, *op. cit.*, pp. 350 y s.; cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸ Cf. Da. Trindade, W. L., “estabilidad provisoria: conceito, modalidades e a questão da forma de rescisão”. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, núm. 46, año 8, 1983, pp. 17 y s.; cf. Saad, E. G., *Consolidação das leis do trabalho comentada*, São Paulo, 1988, pp. 242 y s.

¹⁹ Hay que hacer una mención especial para el caso de Perú donde se habló de la existencia de una estabilidad absoluta, ello sobre todo a partir del decreto-ley 18471, de 10 de noviembre de 1970, y más tarde con el decreto-ley 22126, de 21 de marzo de 1978. Las disposiciones fueron reconocidas con el fin de permitir la reintegración del trabajador despedido sin motivo legal. Este criterio lo mantuvo la ley actual (LSE) lo que da a Perú un carácter excepcional en el contexto jurídico latinoamericano. Cf. *Análisis Laboral* (suplemento extraordinario), Lima, agosto 1985, pp. 3 y s.; cf. Uceda Maurier, L., “Estabilidad laboral”, *Análisis Laboral*, Lima, vol. VII, núm. 71, 1983, pp. 14 y s.

ces de una visión estrecha y limitada del problema derivado por la alteración de la presencia del trabajador en la empresa. Así el régimen de la estabilidad, tal como ha sido adoptado por las legislaciones latinoamericanas, no se traduce en la imposibilidad de romper definitivamente el contrato de trabajo, se trata más bien, de la existencia de una prohibición parcial del despido.

En algunos países, los trabajadores sometidos al régimen de la estabilidad pueden ser despedidos a condición de que exista una causa suficientemente importante; en este caso, el empleador se ve privado de la facultad de rescisión unilateral sin invocación de causa. Dicho de otro modo, en las hipótesis de estabilidad de empleo, hay una prohibición del despido liberador, a pesar de que la posibilidad de un despido sancionador queda abierta.

Esta visión permite concluir que la estabilidad se manifiesta de dos maneras: por un lado, mediante la prohibición casi total del despido liberador (es el caso de México, de Perú y de Uruguay), y por otro, por medio de la limitación del despido sancionador (es el caso de todos los otros países estudiados).

La idea de estabilidad, considerada como garantía de permanencia en el empleo, debe ser analizada bajo una perspectiva más amplia,²⁰ dicho análisis no debe limitarse a los diferentes aspectos del régimen jurídico del despido. La protección del trabajador contra una ruptura injusta del contrato de trabajo supone realizar un control y una limitación de las formas precarias de contratación (contratos de duración determinada por ejemplo), y de otras formas de ruptura del contrato de trabajo (como el mutuo consentimiento o la renuncia). Con esta perspectiva, la estabilidad del empleo aparece como una idea que atraviesa una buena parte del derecho del trabajo; en ese sentido, el análisis del despido es tan sólo un aspecto de un problema más amplio y más completo.

La teoría de la estabilidad del empleo debe, entonces, permitir analizar todas las otras situaciones en las cuales se discute el problema de la permanencia del trabajador en su empleo, una teoría con esta visión es algo que está aún por hacerse.

B. Los límites económicos

Las normas relativas a la estabilidad se han visto confrontadas a una argumentación del tipo económico. Se ha afirmado que esta reglamentación limita el empleo y que representa un ataque a la libertad

²⁰ Esta idea no es nueva, algunos autores han señalado diversos problemas ligados a la estabilidad.

necesaria que debe existir en la esfera económica,²¹ y la eliminación de estas normas provocaría un aumento del empleo. Esta argumentación ha demostrado su inexactitud en la práctica²² y va en contra de los principios del derecho del trabajo (según los cuales es imposible renunciar a derechos). Una segunda constatación se impone: ahí donde un cierto número de normas sobre la estabilidad del empleo han sido adoptadas, los despidos no han sido frenados.²³

Estas situaciones ponen en evidencia los límites de la estabilidad. Actualmente el derecho del trabajo, en general, y el régimen jurídico de la estabilidad, en particular, se enfrentan a presiones económicas en los países latinoamericanos. De esta manera, ciertos principios como la estabilidad del empleo están en vías de modificación. En estas circunstancias, se ha propuesto la legalización de formas de empleo que excluyan la aplicación de normas como las relativas al despido²⁴ o que las hagan más flexibles. Se puede hablar de un movimiento que busca reactualizar algunas formas existentes en el siglo XIX sobre la ruptura de los contratos en derecho común.²⁵

En este contexto se presenta el problema de conciliar la protección del empleo y las necesidades de la empresa en una economía en crisis.²⁶ La reciente evolución de las legislaciones latinoamericanas va en el

²¹ Estas argumentaciones fueron retomadas por las ideas del neoliberalismo pregonado por la "Escuela de Chicago", para quien la libertad es un principio fundamental de la economía; cf. Ermida Uriarte, O., "La estabilidad del trabajador en la empresa...", *op. cit.*, p. 53.

Estas ideas encontraron, a veces, un cierto éxito entre las autoridades del trabajo latinoamericanas, por ejemplo: el primer ministro peruano se pronunció en favor de la desaparición del sistema de estabilidad del trabajo, ya que dicho sistema constituye un obstáculo para la creación de empleos y desanima las inversiones (declaración publicada por el diario *El Peruano*, de 14 de febrero de 1983, en Lima).

²² "...la aplicación de las ideas neoliberales en Argentina, Chile y en Uruguay provocaron la más alta tasa de desempleo que estos países hayan conocido jamás", *Id.*, p. 54.

²³ En un estudio sobre el impacto de los códigos del trabajo sobre los costos de fabricación, se pudo constatar que las "disposiciones sobre la estabilidad no frenaron los despidos"; cf. OIT-PREALC., "Programa regional del empleo para América Latina y el Caribe", Ginebra, 1978. Hay que señalar que en ese caso se trataba de un estudio sobre Panamá durante 1974-1976; sin embargo, este tipo de afirmación puede ser válida para otros países de la región, sobre todo en los últimos años.

²⁴ Córdova, E., "De l'emploi total au travail atypique: vers un virage dans l'évolution des relations de travail?", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 26, vol. 125, 1986, p. 722.

²⁵ Cf. Lyon-Caen, G., "La crise de droit du travail", *op. cit.*, p. 518.

²⁶ Hoyos, A., "La terminación de las relaciones de trabajo por iniciativa del empleador y los mecanismos jurídicos tendentes a garantizar el empleo: anotaciones de derecho comparado", *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 147, 1985, p. 20.

sentido de una disminución de la protección contra el despido.^{27, 28} Algunos ejemplos muestran esta tendencia: en Argentina, una ley local había establecido un régimen protector contra los despidos del personal de la banca y las aseguradoras (con obligación de reintegración del trabajador despedido sin motivo), más tarde la Suprema Corte de este país la declaró anticonstitucional.²⁹

El Congreso de la República Argentina aprobó recientemente por unanimidad una ley que garantiza de nueva cuenta la estabilidad del trabajo de los trabajadores bancarios; sin embargo el presidente Raúl Alfonsín la vetó.³⁰

En Chile, la ley de la "inamovilidad" (ley 16.455) había establecido que el empleador no podía despedir un trabajador, salvo si hubiera habido una causa justificada y demostrada. Esta ley estuvo en vigor hasta el 15 de junio de 1978, fecha en la cual se adoptó la ley 2.200, aplicable a aquellos que hubieran firmado un contrato después de esta fecha, la ley 2.200 readmitió la posibilidad de despedir sin motivo con la única obligación de dirigir una información al trabajador ("desahucio").

Posteriormente la ley 18.018, de agosto de 1981, hizo extensivas las normas del decreto-ley a todos los trabajadores independientemente de su antigüedad en la empresa.

En Panamá, la ley número 8 de 1981 señala que el empleador puede despedir un trabajador invocando una justa causa; si no aporta la prueba de dicha causa, el empleador tendrá un mes para reintegrar al trabajador o pagarle un indemnización especial. Esta opción puede realizarla el empleador sobre el 10%, como máximo, de la mano de obra empleada en la empresa; si se llega a este límite, la opción será para el trabajador. Sin embargo, la práctica muestra que en este

²⁷ Recurrir al trabajo atípico (trabajo independiente, trabajo clandestino, etc.) y a los contratos de duración determinada son mecanismos que pueden evitar la aplicación del régimen del despido. Estas formas de empleo han tenido un aumento considerable en América Latina durante los últimos años, a pesar de que el modelo del empleo total sea aún válido y siga siendo el marco predominante de las actividades productivas. Cf. Córdova, E., "De l'emploi total au travail atypique", pp. 717 y s. Cf. Tokman, V. E., "L'ajustement de l'emploi en Amérique Latine: les défis à relever". *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 5, vol. 105, 1986, pp. 587 y s.

²⁸ Cf. Buen, N. de, "La lucha contra el desempleo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 56, año XIX, 1986, p. 486; cf. Morales, C. G., "Los requerimientos económicos y la política laboral", *Análisis Laboral*, Lima, 1986.

²⁹ Esta declaración de inconstitucionalidad fue hecha en 1966 en el caso Luca vs. Banco Francés, cit. por Aparicio Valdez, "presentación", *Análisis Laboral*, Lima, núm. 108, vol. X, 1986, p. 3.

³⁰ *Ibid.*

país los despidos no llegan a ese límite, lo cual facilita el ejercicio del despido por parte del empleador.³¹

Por otro lado, la misma ley amplió el campo de aplicación del artículo 212 del CTP, que establecía los casos en los cuales el empleador puede despedir sin motivo justificado.³² Más tarde, aún en Panamá, la ley número 1 de 1986 (artículo 9) extendió la duración máxima del periodo de prueba (de dos semanas a tres meses), durante el cual las partes pueden romper el contrato de trabajo sin responsabilidad alguna. Estas situaciones podrían ser calificadas como mecanismo para flexibilizar el derecho del trabajo^{33, 34} características de un periodo de crisis económica.³⁵

En el caso de América Latina, junto a estos mecanismos de “*flexibilidad legal*”, existen otros de “*flexibilidad ilegal*”, que se traducen en la aplicación inexacta de los textos jurídicos. Se trata de prácticas difíciles de medir, y cuya existencia no ha sido nunca cuestionada.³⁶

Hace algunos años, se habló de un mejoramiento de la seguridad del empleo a nivel internacional, aceptando al mismo tiempo que la seguridad del empleo (léase la protección contra el despido) no puede

³¹ Hoyos, A. “Panamá”, *op. cit.*, p. 56.

³² Esos casos son:

- a) Los trabajadores de pequeñas empresas (empresas agrícolas con 10 empleados o menos; agroindustrias con 20 empleados y las industrias de manufacturas con 15 empleados o menos).
- b) Trabajadores de temporada de empresas que tengan como actividad principal la transformación de materias primas con el fin de ser reexportadas de Panamá y
- c) Empleados de empresas de servicios que cuenten con, por lo menos, 5 trabajadores. *Id.*, p. 56.

³³ Si se considera a la “flexibilidad” en un sentido amplio como los mecanismos destinados a disminuir o eliminar la protección de los trabajadores, entonces estarían incluidos la desregulación (legal, no contractual), mecanismo prácticamente desconocido en América Latina y la adopción de leyes menos protectoras.

³⁴ “Flexibilidad” es un término del lenguaje económico y sociológico antes que jurídico; se trata de una expresión que ha sido, sobre todo, utilizada en Europa para identificar las nuevas formas de empleo (trabajo temporal, etc.). Cf. Lyon-Caen, G., “La crise de droit du travail”, *op. cit.*, p. 519; cf. Ermida Uriarte, O., “Las relaciones de trabajo en América Latina...”, *op. cit.*, p. 93.

³⁵ A pesar de que los autores consideren que en una época de crisis, el derecho del trabajo debe tener, entre otras funciones, la búsqueda de una más amplia estabilidad del empleo. Cf. Birgin, M., “En torno a la denominada flexibilidad laboral”, Colombia, abril, 1980, en: Morales C. G., “Los requerimientos económicos”, *op. cit.* p. 8.

³⁶ Cf. Ermida Uriarte, O., “Las relaciones de trabajo en América Latina...”, *op. cit.*, p. 94.

garantizarse de manera absoluta;³⁷ hoy, los límites de esta protección son evidentes en razón de la situación económica. Este panorama muestra además, "...que el derecho del trabajo tiene otras razones de ser diferentes a la protección del trabajador".³⁸

Las normas protectoras de la estabilidad fueron adoptadas en una época de crecimiento económico, lo cual permitió encontrar un consenso entre las partes interesadas (Estado, empleadores y trabajadores); sin embargo, las dificultades económicas de los países latinoamericanos han venido a cuestionar ciertos principios, tales como el de la estabilidad del empleo, considerados como demasiado rígidos.

Esta situación ha permitido afirmar que se asiste "al fin de un principio" (el de la estabilidad del empleo).³⁹ Más allá de estas dos consideraciones específicas, una constatación general se impone: dentro de la lógica de la economía liberal las normas relativas a la estabilidad del empleo son normas que deben ser proscritas, ya que impiden, entre otras cosas, una buena movilidad de la mano de obra.

Todo ello pone en evidencia las dificultades de la adopción y de la puesta en práctica de un régimen de estabilidad,⁴⁰ en ese sentido se puede afirmar que la estabilidad del empleo es aún una aspiración de los trabajadores latinoamericanos.⁴¹

Sección. 2. El fundamento del derecho para despedir por el poder de gestión del empleador

La empresa ha sido concebida con miras a la obtención de beneficios económicos, ella debe ser rentable y se sitúa en un contexto económico con el cual está estrechamente ligada. Este contexto puede

³⁷ Cf. Montero, O., "Flexibilité du droit du travail et secteur non-structuré", *Bulletin d'Informations Sociales*, Ginebra, núm. 2, 1987, cf. Yemin, E., "La sécurité de l'emploi" p. 17.

³⁸ Cf. Lyon-Caen, G., "La crise du droit du travail", p. 519.

³⁹ Cf. Diéguez Cuervo, G., "Estabilidad en el empleo y contratos temporales", *cit.* por Alonso Olea M., "Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del derecho del trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico, una primera recapitulación", *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 145, vol. XXX, 1987, p. 125.

⁴⁰ Los límites de la estabilidad están determinados en una buena medida por las necesidades de la economía. Esta situación ha sido reconocida por los tribunales mexicanos en una jurisprudencia que hubiera podido ser pronunciada en cualquier país de la región y en lo cual se pueden leer: "la estabilidad en el empleo está condicionada en todos los casos por la posibilidad económica de la prolongación del trabajo". *Apéndice* 1975, Quinta Parte, Cuarta Sala, tesis 284, pp. 266 y 267, *cit.* por Trueba Urbina, A. y J. Trueba Barrera, *Ley federal del trabajo, op. cit.*, p. 786.

⁴¹ Cf. Roprecht, A. J., *La estabilidad en Latinoamérica*, Buenos Aires, 1979, p. 650.

obligar al empleador a proyectar cambios o correcciones, que pueden ser hechas al exterior de la empresa (por ejemplo una variación en la estrategia de mercados) y también al interior de ésta (tratando de efectuar las correcciones necesarias para llegar al objetivo final: la obtención de beneficios económicos).

En el marco de una economía de mercado, el empleador se presenta como titular de un poder que le permite realizar este tipo de ajustes: se trata del *poder de gestión*.

El derecho, en general, y concretamente el derecho del trabajo, en particular, deben respetar esta situación de hecho. El despido individual debe, de igual manera, situarse en este marco en el cual se ejerce el poder de gestión, ya que el régimen jurídico de despido encuentra aquí su fundamento.^{42, 43} La idea de “poder de gestión” sólo aparece de manera excepcional explícitamente en las leyes del trabajo, a pesar de que se trata de un elemento subyacente en la mayoría de las instituciones del derecho del trabajo. En razón de su importancia es necesario aportar algunas precisiones sobre las características de este poder (§ 1) y sobre su extensión (§ 2).

§ 1. Características del poder de gestión

A. El concepto

La palabra “gestión” deriva del latín *gestio*, que significa acción en vista de la obtención de alguna cosa. Aquí se utiliza para designar al conjunto de acciones y a la decisión que el empleador puede planear con el fin de efectuar los cambios necesarios en su empresa (cambios internos o externos a ésta).⁴⁴

⁴² En ese sentido se ha podido afirmar que el “derecho del trabajo está constituido (entre otros) por el conjunto de reglas que reflejan las exigencias de funcionamiento de las empresas en su utilización de la fuerza de trabajo”, Camerlynck, G. H., G. Lyon-Caen, J. Pellissier, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 5. A pesar de que estos comentarios tengan como referencia el derecho del trabajo en Francia, son válidos para el derecho de los países latinoamericanos.

⁴³ Hay que señalar que el contexto económico sólo se considera aquí como un elemento (tal vez el principal) que ha influido la adopción del régimen del despido individual en América Latina. El estudio comparativo muestra que el derecho no puede ser considerado como un fenómeno autónomo con relación al contexto en que se aplica; sin embargo, tampoco puede ser reducido a un simple efecto mecánico de dicho contexto. Cf. Constantinesco, L. J., *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁴ En este sentido es correcto decir que “el despido constituye el ejercicio de una función reconocida al jefe de la empresa para asegurar su buena gestión”, Camerlynck, G. H., *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, Paris, Cujas, 1963, p. 339.

El poder de gestión se manifiesta a diferentes niveles: al interior de la empresa, toma la forma de poder de dirección consistente en la facultad de organizar los elementos materiales y humanos en la ejecución del trabajo.⁴⁵

B. El fundamento

En relación con el fundamento del poder de gestión, se puede hablar de dos explicaciones posibles, una de carácter institucional (a) y otra de carácter patrimonial (b).⁴⁶

a. El fundamento institucional

Para ciertos autores, el empleador tiene una autoridad que deriva del lugar que él ocupa en la empresa como responsable de la misma. La empresa está constituida por una comunidad de personas (trabajadores y empleador en sentido amplio), entre las cuales existe una jerarquía: por un lado, las personas que tienen el deber de obedecer (este elemento se manifiesta por medio de conceptos como el de “subordinación” o la “dependencia”) y, por otro, la o las personas titulares del poder de gestión y de dirección.⁴⁷ El despido individual estaría justificado por el poder de gestión y de dirección que tiene el empleador bajo esta perspectiva.

b. El fundamento patrimonial

A pesar de que la argumentación “institucional” haya sido apoyada por algunos autores latinoamericanos, hay que reconocer que se trata

⁴⁵ Algunos autores latinoamericanos indican que hay que distinguir el poder de dirección del poder disciplinario, a pesar de que los dos sean manifestaciones del “poder del empleador”, cf. Romita, A. S., “O poder disciplinar do empregador”, Río de Janeiro, 1983, pp. 33 y s.; cf. Santos Azuela, H., *El poder disciplinario en la empresa privada*, México, 1986, pp. 461 y s.

⁴⁶ Estos términos (“institucional” y “patrimonial”) fueron utilizados por Groutel para explicar lo que él llamó “el fundamento del poder patronal”, cf. Groutel, H., *Droit du travail*, París, Masson, 1974, pp. 21 y 22.

⁴⁷ Para algunos autores esta interpretación es lógica, indican que “la titularidad de poder de organización en la empresa corresponde al empleador, ya que es él el jefe natural de esta organización de trabajo considerada en sentido profesional”, Marchesini, M. G., *El poder de dirección*, Buenos Aires, Heliastra SRL, 1979, p. 171. En el mismo sentido Moraes Filho explica, a propósito del poder de gestión que “este poder es inherente a la condición de empresario...”, cit. por Correa Vaz da Silva, “Justa causa, algunos aspectos” *Curso de direito do trabalho, Homenage a Evaristo de Moraes Filho*, São Paulo, Ed. São Paulo, 1983, pp. 337 y s.

de un análisis poco sólido. La razón de la atribución del poder de gestión y de dirección en las relaciones obrero-patronales debe ser buscada en otra parte, por ejemplo deben analizarse las relaciones patrimoniales existentes entre las personas y los bienes que se encuentran en la empresa. En este sentido es necesario incorporar al análisis el concepto de "propiedad", el cual permite observar que el titular del poder de gestión es al mismo tiempo el propietario de los bienes de la empresa.

Así, el empleador goza de un cierto número de facultades en la empresa, entre las cuales se encuentra el poder de gestión y de dirección las cuales constituyen la expresión lógica de los derechos atribuidos a quien es propietario de alguna cosa (*usus, fructus y abusus*).

C. El reconocimiento legal del poder de gestión

El poder de gestión (como manifestación del derecho de propiedad del empleador) está especialmente protegido. Los tribunales han reforzado aun este poder, eliminando los actos que eventualmente podrían atacarlos.⁴⁸

Las referencias a estos poderes son diversas en las legislaciones latinoamericanas, sin embargo, con relación a lo que aquí interesa, ellas aparecen por medio de reconocimiento de la obligación que tiene el trabajador de ejecutar el contrato bajo la dirección del empleador o de sus representantes.⁴⁹

El empleador debe contar con un margen amplio de maniobra con el fin de permitirle el ejercicio pleno de su poder de gestión. El derecho del trabajo en los países latinoamericanos reconocen esta necesidad, de una manera a veces indirecta (por medio de diferentes normas en ese sentido), y a veces directa (por medio de su reconocimiento expreso en una sola norma).⁵⁰

⁴⁸ Hace algunos meses la Suprema Corte argentina decidió en el asunto *Figueroa vs. Loma Negra*, que en los convenios colectivos celebrados entre trabajadores y empleados argentinos, no se pueden establecer normas sobre la estabilidad del empleo, pues dichas normas constituyen un atentado al sistema jurídico, ya que la ley del Contrato de Trabajo (ley No. 20744) establece las facultades de organización y de dirección del empleador, las cuales estarían afectándose en caso de aplicación de dichas cláusulas de las convenciones, *cit.* por Aparicio Valdez, L., "Presentación", *Análisis Laboral*, Lima, vol. X, núm. 108, 1986, p. 3.

⁴⁹ Diversas disposiciones fueron adoptadas en ese sentido, por ejemplo: art. 134-iii (LFT) en México, art. 71 (CCR) en Costa Rica, art. 126 (CTP) en Panamá, art. 159 (CTC) en Colombia.

⁵⁰ Por ejemplo, art. 64 de la ley argentina (LCT) prevé: El empleador tendrá los poderes suficientes para organizar, desde un punto de vista económico y técnico, la empresa, la explotación o el establecimiento.

§ 2. La extensión del poder de gestión

Los límites del poder de gestión pueden ser identificados desde un punto de vista macroeconómico y microeconómico.

En una perspectiva macroeconómica se puede constatar que buena parte del conjunto de las decisiones del empleador está determinada por el contexto económico en el cual la empresa está situada,⁵¹ así como por las necesidades de su buen funcionamiento. En este sentido, el ejercicio del poder de gestión se manifiesta de diferentes maneras, por ejemplo, a través de la posibilidad de crear una empresa, de ampliarla, de hacer nuevas inversiones, del aumento o disminución del capital, del cierre total o parcial de la empresa, etcétera; se trata, en general, de decisiones que el empleador puede tomar libremente.

Por el contrario, cuando estas decisiones pueden afectar el empleo en la empresa, el ejercicio del poder de gestión puede verse confrontado a una serie de limitantes de carácter legal. A este nivel, microeconómico de la empresa misma, puede haber una participación del derecho del trabajo para reglamentar la puesta en práctica de alguna de esas decisiones. Tal es el caso del régimen jurídico del despido individual.

⁵¹ Cf. Panayotopoulos, *Le contrôle judiciaire du licenciement...*, *op. cit.*, p. 156.