

| | |
|--|-----------|
| PRIMERA PARTE. LA NOCIÓN DE DESPIDO INDIVIDUAL Y EL FUNDAMENTO A DESPEDIR | 45 |
| CAPÍTULO I. La noción de despido individual | 47 |
| Sección 1. Las fuentes | 47 |
| Sección 2. La conceptualización de despido individual | 58 |
| Sección 3. El campo de aplicación | 68 |
| Sección 4. El despido individual y las otras formas jurídicas de ruptura | 77 |

PRIMERA PARTE

***LA NOCIÓN DE DESPIDO INDIVIDUAL Y EL FUNDAMENTO
DEL DERECHO A DESPEDIR***

CAPÍTULO I

LA NOCIÓN DE DESPIDO INDIVIDUAL

Sección 1. Las fuentes

Interrogarse sobre las fuentes del despido individual, es buscar los modos o las maneras que se han utilizado para elaborar su régimen jurídico.

En los países latinoamericanos, el derecho del trabajo es fundamentalmente un derecho escrito, contrariamente a lo que pasa en los países anglosajones, donde el papel de la jurisprudencia ha sido aumentado. Así, la elaboración de este derecho ha sido antes que nada un trabajo del Estado.

La ley, en un sentido amplio del término, parece haber sido la vía normal y corriente de creación normativa, a pesar de que en ciertos países la jurisprudencia haya sido llamada a llenar las lagunas de la legislación presente.¹ El régimen del despido individual está constituido por una serie de normas que podrían clasificarse en función de su origen. Dicho esto, se pueden distinguir las normas de origen estatal (§ 1), las normas de origen internacional (§ 2) y las normas de origen convencional (§ 3).

§ 1. Las normas de origen estatal

Dentro del modelo de relaciones de producción en América Latina, la intervención del Estado ocupa un lugar de primer orden.² A través de la adopción de normas, el Estado participa en la problemática de las relaciones de trabajo. El régimen del despido individual muestra claramente esta situación, en la cual se pueden distinguir las normas

¹ Concretamente en Uruguay y en Argentina en lo relativo a la codificación del motivo de despido.

² Esta afirmación es válida para la mayoría de los países latinoamericanos. Sin embargo, existen excepciones, tal es el caso del derecho colectivo del trabajo en Uruguay donde hay una abstención del Estado. Cf. Ermida Uriarte, O., *Las relaciones del Trabajo en América Latina*, Montevideo, Acali, 1983, p. 91.

aplicables en función de su lugar dentro de la jerarquía normativa de cada país. Se puede hablar, entonces, de reglas a nivel de las constituciones (A), de los códigos y de las leyes (B), y de la jurisprudencia (C).

A. Las constituciones

Las primeras constituciones latinoamericanas no hicieron ninguna mención concerniente a la reglamentación de las relaciones de trabajo y concretamente del despido.³

Dichas constituciones se presentan primeramente como un programa legislativo en el cual se reconoce a los ciudadanos una protección mínima.⁴

En lo relativo a los principios del derecho del trabajo, su proceso de constitucionalización comenzó con la promulgación de la Constitución mexicana de 1917,⁵ la que marcó el inicio de la adopción de una serie de principios en favor de la protección de los trabajadores en un sentido amplio.⁶

Para ciertos autores este proceso se manifestó de dos maneras: por un lado figuran las constituciones que presentan las líneas constitucionales del derecho del trabajo (por ejemplo, la Constitución mexicana), y por otro lado aquellas que contienen ciertas declaraciones de carácter general en esta materia (por ejemplo la Constitución colombiana).⁷

En lo relativo a las normas sobre el despido, la Constitución mexicana de 1917 incorporó, en la fracción XXII del artículo 123, el principio según el cual el empleador que despide un trabajador sin causa justificada, o por haberse afiliado a una asociación, o a un sindicato, o por haber participado en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato de trabajo o a pagar al trabajador una indemnización igual a tres meses de salario.⁸ Hay que señalar que dicho texto fue adoptado sin haber algún debate en la asamblea

³ Sin embargo ha habido ciertas excepciones, por ejemplo, la Constitución de Colombia del 5 de agosto de 1886 que estableció el principio según el cual el trabajo sería una obligación social y gozaría de una protección particular por parte del Estado. Cf. Barbagelata, H. *Le droit du travail dans les constitutions de l'Amérique Latine*, (tesis de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de París), 1941, p. 80.

⁴ Cf. Barbagelata, *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 72.

⁵ Cf. Barbagelata, *Le droit du travail dans les constitutions...*, *op. cit.*, p. 42.

⁶ Cf. Poblete Troncoso, "La legislación social...", *op. cit.*, p. 219.

⁷ Cf. Arenas Monsalve, G., "Elementos constitucionales del derecho del trabajo en Colombia", *Universitas*, núm. 71, Bogotá, 1986, pp. 173 y s.

⁸ H. Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, México, 1978, vol. VIII, p. 655.

“constituyente” mexicana de 1916. Se trata del primer texto en el cual se hizo referencia al despido en América Latina.

Dicho artículo ha sido objeto de varias modificaciones tanto a nivel legal como a nivel jurisprudencial. Una de las más importantes modificaciones fue hecha en 1962: la fracción XXII del artículo 123 señaló los casos en los cuales el empleador que despidió en ausencia de causa legal podrá no estar obligado a reintegrar al trabajador interesado.⁹ El artículo 123 de la Constitución mexicana funcionaría como un modelo de inspiración para los otros países de la región latinoamericana.

La evolución de las normas constitucionales relativas al despido ha sido marcada por una constante tendencia hacia la flexibilización del régimen de la ruptura del contrato de trabajo (con excepción del caso de Perú). Actualmente algunos países han reconocido algunas normas relativas al despido en sus constituciones respectivas, estas normas pueden ser divididas en dos grupos: aquellas de carácter general y aquellas de carácter específico.

Ciertos países han adoptado así los principios que buscan reconocer el derecho a la “estabilidad del empleo”. Es evidente que esos países han sido influidos por la teoría de la estabilidad del empleo. En estos casos, la estabilidad aparece como un principio general, no definido, en el cual la protección contra el despido constituye una de sus manifestaciones. Este razonamiento es claro en las constituciones de Venezuela, de Brasil y de Perú. Por ejemplo, el artículo 88 de la constitución de Venezuela, señala que la ley adoptará ciertas medidas en vista de garantizar la estabilidad en el trabajo, ella establecerá las prestaciones con el fin de recompensar la antigüedad del trabajador dentro del servicio y su protección en caso de despido (cesantía). Disposiciones similares se encuentran en el artículo 157 de la Constitución de Brasil y 48 de la de Perú.

Por el contrario, hay otros países en los que la constitución política se ha ocupado del tema del despido de una manera más concreta, por ejemplo en México, en Panamá, en Costa Rica, en Uruguay y en Argentina. En esos casos se puede advertir el reconocimiento de un régimen del despido a partir de dos principios: la obligación de motivar el despido y las sanciones posibles en caso de ausencia de motivo. Las normas constitucionales en dichos casos ponen el acento sobre uno u

⁹ Cf. Aparicio Valdez, L., “Presentación”, *Análisis Laboral*, Lima, núm. 108, vol. X, junio de 1986, p. 4.

otro de estos aspectos (México, artículo 123-XXII; Panamá, artículo 70; Costa Rica, artículo 63).

Por otra parte, en algunos países no hay norma constitucional que evoque la protección contra el despido de esta manera, a pesar de que sea posible deducirla a partir de diferentes disposiciones.¹⁰

Las legislaciones latinoamericanas han fundado el régimen del despido sobre este tipo de normas cuya redacción es a veces ambigua. Ello ha provocado la existencia de una reglamentación del despido no siempre satisfactoria en los códigos y las leyes de la región.

B. Los códigos y las leyes

La intervención del Estado es un elemento característico de las relaciones profesionales en América Latina. Desde hace tiempo esta intervención existe a través de la adopción de códigos y leyes que se ocupan de los diferentes aspectos del trabajo.¹¹ Sus orígenes se encuentran en la tradición jurídica de España y Portugal.¹² El movimiento de constitucionalización comenzó en México; la constitución de 1917 autorizó a las provincias mexicanas para legislar en materia de trabajo, y fue así como varias leyes fueron adoptadas,¹³ hasta que en 1929, una reforma constitucional reservó al Congreso federal la facultad exclusiva de legislar en la materia.¹⁴

En 1931, una ley federal fue adoptada en México, y el mismo año, Chile adoptaría un código de trabajo.¹⁵ Estas disposiciones influyeron de manera determinante la legislación que se adoptó posteriormente en América Latina. Diferentes códigos y leyes se adoptarían ulteriormente:

¹⁰ Por ejemplo, la estabilidad y la promoción del empleo son derechos garantizados por los arts. 7, 53, 60, 61, 63 y 168-10 de la Constitución uruguaya, Cf. Barbágelata, *Derecho del trabajo, op. cit.*, p. 86.

¹¹ Hay que señalar que el uso de los términos "código" y "ley" pueden producir confusiones. En algunos países, como México y Venezuela, no existe código sino sólo una ley del trabajo. Aquí, el término "ley" designa una legislación que se ocupa de una grave diversidad de problemas; por el contrario en otros países como Perú y Argentina, el uso del término "ley" está reservado a las disposiciones concernientes a un tema específico.

¹² Von Potobsky, "Les relations professionnelles, facteur stratégique du développement", *Bulletin d'Informations Sociales*, Ginebra, 1/87, 1987, p. 11.

¹³ Por ejemplo la de Yucatán del 28 de julio de 1917, la de Veracruz del 14 de enero de 1918, Cf. Cueva, M. de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1980, p. 50 y s.

¹⁴ Cf. Barbágelata, *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵ En esta época se llamó a esta legislación "Texto de las leyes del trabajo", adoptada por decreto núm. 178 del 13 de mayo de 1931, Cf. Caldera R., *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1979, vol. I, p. 98.

la ley del trabajo de Venezuela de 16 de julio de 1936, 1938 en Ecuador, 1939 en Bolivia, 1943 en Costa Rica, 1945 en Guatemala, 1947 en Panamá, 1950 en Colombia. Actualmente la mayoría de los países latinoamericanos analizados cuentan con un código de trabajo, con excepción de Argentina, de Perú y de Uruguay donde hay una dispersión de leyes relativas al trabajo, a pesar de que haya habido varios intentos de codificación.

El derecho del despido individual encuentra aquí su fuente principal. Él ocupa un lugar de primer orden en la reglamentación de las relaciones individuales de trabajo en los diferentes países.

Es necesario indicar que el derecho común es mencionado como una fuente del derecho del trabajo, pero de una manera excepcional y secundaria. Ciertos países como México no hacen mención alguna al respecto en razón del carácter "autónomo de la legislación del trabajo",¹⁶ mientras que para otros países como Colombia (artículo 20 CTC), Brasil (artículo 8 CLT) y Costa Rica (artículo 15 CCR), el derecho común aparece en último lugar como fuente del derecho del trabajo. Sin embargo la presencia de principios de derecho común dentro del derecho del trabajo es un hecho. El régimen del despido es, tal vez, el ejemplo más evidente.¹⁷ La resiliación unilateral del contrato a duración indeterminada, en tanto que manifestación del estado de subordinación del trabajador en la relación de trabajo, es originalmente una institución propia al derecho civil. Esto ha permitido a Gérard Lyon-Caen afirmar que "el lenguaje del derecho civil en los conflictos de trabajo conlleva *vehicule* una toma de posición favorable a una de las partes, y es entonces un factor de desequilibrio".¹⁸

C. La jurisprudencia

La importancia de la jurisprudencia ha aumentado durante los últimos años. El carácter general y a veces ambiguo de las normas aumenta la importancia de la jurisprudencia. A pesar de que ella no sea

¹⁶ Trueba Urbina, A. y Trucba Barrera J., *Ley federal del trabajo. Comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía*, México, Porrúa, 1986, p. 31.

¹⁷ Por ejemplo, en Uruguay existe la posibilidad de obtener una indemnización de despido más elevada si el trabajador demuestra que hubo "abuso de derecho" por parte del empleador; en este caso, la justicia del trabajo es competente, pero se aplicará la doctrina civilista en lo relativo a la determinación del "abuso de derecho" y el "daño" sufrido. Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, Montevideo, FCU, 1978, p. 362.

¹⁸ Lyon-Caen, G., "Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail". *Revue trimestrielle de Droit Civil*, Paris, núm. 1, 1974, p. 231.

siempre considerada como una fuente de primer orden (con excepción de Brasil),¹⁹ ha jugado un papel importante en la formación del régimen del despido.²⁰

En ciertos países se han creado mecanismos con los que se busca resolver algunos problemas o hacer lagunas de la ley por medio de la unificación de criterios de interpretación. En Argentina, por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales de trabajo, cuando emana de acuerdos plenarios dictados por los tribunales de trabajo de provincia y en la capital federal, deberá ser respetada por las autoridades inferiores.²¹

Recientemente el Tribunal Superior del Trabajo en Brasil podía establecer *prejulgados*²² que tenían una fuerza obligatoria para las instancias inferiores. Pero la constitucionalidad de éstos fue discutida por la doctrina. Posteriormente el artículo 902 (CLT) que autorizaba los *prejulgados* fue abrogado por la ley número 7033, de 5 de octubre de 1982, diario oficial del 6 de octubre de 1982). En otros países por el contrario, la importancia dada a las decisiones de los tribunales es menor. En Panamá, tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre un aspecto legal pueden convertirse en “doctrina”. Ellas pueden, así, servir de base de interpretación para los tribunales del trabajo, a pesar de que éstos no estén obligados a hacerlo;²³ en Colombia el mismo criterio (de las tres decisiones) fue adoptado a fines del siglo XIX (artículo 4º de la ley 164 de 1896), pero fue severamente criticado y actualmente ha caído en desuso.²⁴

Independientemente de la importancia formal atribuida a la jurisprudencia en los diferentes países, se trata de un elemento que debe ser considerado siempre en cualquier análisis del derecho del trabajo,

¹⁹ Para Brasil, la jurisprudencia es la primera fuente del derecho del trabajo después de la ley; para otros países, la jurisprudencia viene después de la analogía y los principios de derecho del trabajo y del derecho en general.

²⁰ En Uruguay por ejemplo, la jurisprudencia ha contribuido a la formación de un “sistema de derecho del trabajo”. Con la doctrina local, ellas han creado conceptos inexistentes en las leyes, por ejemplo: “subordinación”, “extensión del contrato”, “despido”, “despido indirecto”, “despido abusivo”, etcétera. Cf. Ermida Uriarte, O., “Las relaciones de trabajo en América Latina”, *op. cit.*, p. 102; Barbagelata, H., *Derecho del trabajo, op. cit.*, p. 358. En otros países como Argentina, los tribunales han jugado un papel importante en la determinación de las causas de despido, ya que en este país la ley no enumera las causas del despido.

²¹ Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo, op. cit.*, p. 100.

²² El *prejulgado* es una decisión de principio del Tribunal Superior del Trabajo sobre una cuestión de interpretación de la ley, que crea una jurisprudencia que seguirán las jurisdicciones inferiores de manera obligatoria.

²³ Hoyos, A., “Panamá”, *IELL*, Países Bajos, vol. 8, p. 622.

²⁴ Cf. González Charry, G., “Derecho del Trabajo en Colombia” *DLT*, México, 1974, vol. I, p. 424.

ya que permite a veces medir el alcance de las normas y, concretamente en el caso del despido, apreciar la extensión de la protección de los trabajadores.

§ 2. Las normas de origen internacional

En relación con las normas de origen internacional, debe atribuirse una importancia secundaria a los tratados celebrados entre los países latinoamericanos en materia de trabajo, ya que las normas relativas a los diferentes aspectos de la seguridad del empleo (léase el despido) son raras. Por el contrario es una obligación señalar el papel considerable que la actividad normativa de la OIT ha jugado en la región.²⁵ Desde su fundación la OIT ejerció una importante influencia en la elaboración del derecho del trabajo latinoamericano.^{26, 27}

América Latina cuenta con una media de ratificaciones de convenios bastante importante (48 por país). En los últimos años se ha podido constatar la existencia de diversos casos de armonización de legislaciones latinoamericanas con convenios ratificados.²⁸

Los convenios ratificados son considerados como fuente del derecho del trabajo, por lo menos al mismo nivel jerárquico que la ley, a condición que ellos no sean contrarios a las normas y principios del país en cuestión. Esto es garantizado expresamente a nivel legal en Colombia (artículo 20 CTC), en México (artículos 6 y 17 LFT), en Costa Rica (artículo 15 CCR).

²⁵ Para un estudio general sobre la estructura y organización de la OIT, ver Válticos, N., *Droit International de Travail*, París, Dalloz, 1983, Cf. Secretaría del Trabajo y Previsión Social, "La OIT y América Latina", *Revista Mexicana del Trabajo*, México, núm. 2, vol. XVII (6a. época), 1970, pp. 165 y s.

²⁶ Quince países latinoamericanos firmaron la carta de la OIT, cf. Moreno, O., "Les tendances du droit du travail en Amérique Latine", *Droit Social*, París, núm. 12, 1981, p. 763; cf. Rens, J., "L'Amérique Latine et l'Organisation Internationale du travail", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 1, vol. LXXX, 1959.

²⁷ Algunos ejemplos muestran esta afirmación: Después de la adopción de la Recomendación núm. 119, sobre la terminación de la relación de trabajo de 1963, ciertos países latinoamericanos adoptaron la idea de "justificación de despido" en su legislación (por ejemplo en Chile, Panamá y Perú). Por otra parte el CTP de Panamá parece haber estado ampliamente inspirado por esta recomendación. Cf. Yemin, E., "La Sécurité de l'emploi. Influence des Normes de l'OIT et Tendances récentes", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 1, vol. 13, 1976, pp. 20 y s.

²⁸ Cf. Von Potobsky, G., "América Latina y las normas internacionales del trabajo", *Análisis Laboral*, Lima, núm. 118, vol. XI, 1987, pp. 11-13.

En otros países la doctrina local es la que ha atribuido a los convenios esa misma importancia y ese mismo lugar (Brasil, Panamá, Perú y Uruguay).²⁹

En Argentina, en Chile y en Venezuela a pesar de que se ha reconocido a los convenios de la OIT su valor como fuente de derecho, se exige que una ley interna sea adoptada con el fin de permitir su aplicación.³⁰

Concretamente en materia de despido, la OIT ha mostrado desde hace tiempo un gran interés sobre el tema.³¹ Las discusiones culminaron con la adopción por la Conferencia Internacional del Trabajo de tres instrumentos: primero la Recomendación número 119 sobre la terminación de la relación de trabajo en 1963 y más tarde en 1981-1982 el convenio número 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y la Recomendación número 166 del mismo título.³²

La Recomendación 119 influyó algunas legislaciones de la región, los aspectos tratados por este instrumento fueron varios. Primero, se estableció la obligación de justificar el despido por el empleador con un motivo válido ligado a la aptitud o a la conducta del trabajador, o fundado sobre las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio (artículo 2-1, Recomendación 119).

Se consideró, de igual manera, que algunas situaciones no deberían ser calificadas como motivos de despido (afiliación sindical, denuncia de violación de la legislación, la raza, el color, el sexo, etcétera) (artículo 3). Esta Recomendación aseguró también una serie de protecciones contra el despido, como el derecho de recurso (artículo 4), el preaviso (artículo 7), el certificado de trabajo, etcétera.

Después de haber reconocido el papel que jugó esta Recomendación, así como la evolución producida en la materia, la comisión de la Conferencia Internacional del Trabajo programó la elaboración de otro instrumento internacional que tomaría la forma de un convenio con un carácter más sólido, ello a diferencia de las recomendaciones las que no implican obligaciones por parte de los Estados. Estas discu-

²⁹ Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, op. cit., p. 75.

³⁰ *Id.*, p. 75.

³¹ En 1950 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó una resolución sobre el tema "la ruptura del contrato de trabajo", cf. Audinet, J., "Le licenciement du salarié en droit comparé", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ginebra, núm. 2, año XVIII, 1966, p. 336.

³² Los textos de estos instrumentos internacionales, así como aquellos que se mencionen en adelante; BIT "Conventions et recommandations adoptées par la Conférence Internationale du Travail", Ginebra, 1985.

siones terminaron con la adopción del convenio 158 y de la Recomendación 166.

El convenio 158 fue adoptado por una mayoría considerable,³³ y se ocupa de diferentes aspectos relativos al despido:

- La imposibilidad de poner fin a la relación de trabajo salvo si hubo causa justificada que tenga relación con la capacidad o la conducta de un trabajador o las necesidades de la empresa (artículo 4).
- La obligación de ofrecer al trabajador la oportunidad de defenderse antes de ser despedido (artículo 7).
- El reconocimiento del derecho de acudir ante un organismo, si el trabajador considera que su despido fue injustificado (artículo 8), el derecho a una indemnización si el despido es declarado injustificado (artículo 10), el derecho a preaviso (artículo 11), el derecho a la protección de los ingresos por medio de indemnizaciones y prestaciones en concordancia con la legislación de cada estado (artículo 12). Este convenio señala también algunas disposiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos. A pesar de la acogida favorable que este convenio tuvo en América Latina, actualmente (enero de 1989) sólo Venezuela lo ha ratificado.

Por otro lado la Recomendación número 166, que completa el convenio 158, fue aprobada también por una gran mayoría.³⁴ Ella incorpora ciertas declaraciones sobre puntos específicos, tales como el procedimiento de recursos contra el despido (artículos 14 y 15), el periodo de tiempo libre durante el preaviso (artículo 16), el certificado de trabajo (artículo 17), la indemnización de fin de servicios y otras formas de protección del ingreso (artículo 18).

Hay que señalar que estos instrumentos adoptados por la OIT son aquellos que se ocupan de manera directa del despido. Sin embargo existen otros convenios en los cuales el despido individual ha sido

³³ La Convención 158 fue votada el 22 de junio de 1982 con 356 votos contra 9 y 54 abstenciones. La participación de los países latinoamericanos se manifestó de la siguiente manera: la totalidad de los delegados de los trabajadores votaron en favor, los delegados de los empleadores de Brasil y de Chile votaron en contra, y entre aquellos que se abstuvieron estaban los de El Salvador, Argentina, Nicaragua, Colombia, Guatemala, México y Venezuela. En relación con los delegados gubernamentales, el de Chile se abstuvo. Cf., *Análisis Laboral*, Lima, mayo de 1984, p. 6.

³⁴ No hubo un solo voto en contra, pero hubo 16 abstenciones, entre ellos la del gobierno chileno.

objeto de una referencia indirecta. Algunos de ellos han sido ratificados por los países latinoamericanos (ver la siguiente tabla):³⁵

CONVENIOS RELATIVOS AL DESPIDO RATIFICADOS POR LOS PAÍSES
 LATINOAMERICANOS

| País | C.158 | C.98 | C.135 | C.103 |
|------------|-------|------|-------|-------|
| Argentina | | X | | |
| Brasil | | X | | X |
| Colombia | | X | | |
| Costa Rica | | X | X | |
| Chile | | | | |
| México | | | X | |
| Panamá | | X | | |
| Perú | | X | | |
| Uruguay | | X | | X |
| Venezuela | X | X | | X* |

* Convenio denunciado.

C.158 Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (1892).

C.98 Sobre el derecho de organización y de negociación colectiva (1949).

C.135 Relativo a los representantes de los trabajadores (1971).

C.103 Sobre la protección de la maternidad (1952).

§ 3. Las normas de origen convencional

Las organizaciones sindicales latinoamericanas fueron reconocidas legalmente después de la Primera Guerra Mundial, la época "heroica" del sindicalismo latinoamericano llegaba a su fin.³⁶ Las posibilidades de negociación colectiva fueron así ofrecidas, a pesar de que su desarrollo se haya enfrentado a diversos problemas propios al sistema de relaciones de trabajo en la región.³⁷ Dicho esto, la negociación colectiva

³⁵ Las recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo relativos al despido son: Recomendación 119, sobre la terminación de la relación de trabajo de 1963; Recomendación 143, sobre los representantes de los trabajadores de 1971; Recomendación 111, sobre la discriminación (empleo y formación) de 1958; Recomendación 95, sobre la protección de la maternidad de 1952, y Recomendación 166, sobre la cesación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador de 1982.

³⁶ Cf. Zapata, F., "Las organizaciones sindicales". *Fuerza de trabajo y movimientos laborales en América Latina*, México, El Colegio de México, 1979, p. 197.

³⁷ Por ejemplo, puede constatarse el predominio de sindicatos de empresa (con excepción de Argentina, Brasil y Uruguay) y una "desunión del movimiento sindical global"; cf. Ermida Uriarte, O., "Las relaciones de trabajo en América Latina...", *op. cit.*, pp. 42 y s.

sólo puede ser considerada como una fuente secundaria con respecto a la ley.

Sin embargo, en los últimos años se ha podido observar un aumento de la “regulación autónoma”³⁸ o una tendencia hacia la “autonomía”, en la cual el trabajador y el empleador se esfuerzan con el fin de reducir la intervención del Estado.³⁹ Ello se manifiesta a través del crecimiento de la negociación colectiva, y las negociaciones más importantes tienen lugar en los sectores estratégicos económicamente, tales como la industria petrolera, siderúrgica y metalúrgica.⁴⁰

En relación con el contenido de las convenciones colectivas se observa una tendencia hacia la extensión de los dominios tratados en dichos documentos, a pesar de que los aspectos salariales ocupen un lugar privilegiado.⁴¹ En materia de ruptura del contrato de trabajo, la negociación puede organizar sistemas de reclamación interna a la empresa, los cuales permiten al trabajador ser oído antes de que su despido sea pronunciado. Se trata de procedimientos sumarios que pretenden solucionar el conflicto antes de actuar ante las autoridades de trabajo. En otros países, las convenciones colectivas pueden establecer mecanismos de protección de los representantes de los trabajadores en el caso en que la legislación correspondiente no lo haya hecho.⁴²

En relación con las cláusulas relativas a la ruptura de los contratos, hay que señalar que la negociación colectiva tiene, en principio, un alcance limitado, ya que ciertos aspectos del despido no pueden ser objeto de negociación, por ejemplo el empleador no puede renunciar a su derecho a despedir, ya que ello se traduciría en un compromiso

³⁸ OIT, *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina*. Ginebra, 1981, p. 4.

Hasta los años 50 la negociación colectiva sólo ocupaba un lugar limitado, con excepción de algunos países como México y Argentina, pero durante los últimos años se ha difundido en otros países de la región (por ejemplo, en Colombia, en Chile, en Panamá y en Venezuela) *id.*, p. 45.

³⁹ Cf. Córdova, E., “Les relations collectives de travail en Amérique Latine: essai de réexamen” en: *Travail et Société*, Ginebra, núm. 3, vol. 5, 1980, pp. 248 y s.

⁴⁰ Bronstein, A., “La negociación colectiva en América Latina: problemas y tendencias”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, núm. 2, vol. 97, 1978, p. 201. Sin embargo, estos sectores, aunque importantes para el desarrollo de los países, no representan la mayoría de los trabajadores, salvo en Argentina y Brasil donde la negociación colectiva por rama industrial puede involucrar una cantidad considerable de trabajadores. Cf. OIT, *Relaciones de trabajo y desarrollo en las Américas*, Ginebra, 1985, p. 41.

⁴¹ Cf. Ermida Uriarte, D., “Las relaciones de trabajo en América Latina...”, *op. cit.*, p. 95. Además en México, un contrato colectivo debe tener una cláusula relativa a los salarios para ser válido (art. 393, LFT).

⁴² Cf. Bronstein, A., “La negociación colectiva en América Latina...”, *op. cit.*, pp. 203-204.

de por vida de su parte, y una cláusula de este tipo sería contraria a la lógica del liberalismo.⁴³

De cualquier manera es necesario indicar que las cláusulas relativas a la ruptura del contrato de trabajo son más bien la excepción en la mayoría de las convenciones colectivas.⁴⁴

Sección 2. La conceptualización de despido individual

§ 1. El aspecto terminológico

La discusión de los autores latinoamericanos se ha concentrado sobre el término que debe ser utilizado para agrupar todos los motivos de ruptura del contrato de trabajo y no exclusivamente el del despido. Así, ciertos autores hablan de “cesación”, “rescisión”, “resolución” y “caducidad”,⁴⁵ mientras que otros prefieren hablar de “terminación” en concordancia con la legislación local.⁴⁶

Estos términos podrían ser utilizados de manera indiferente en un estudio a nivel nacional, sin embargo su empleo en un estudio comparativo se enfrenta a diversas críticas en razón de las diferencias de terminología de cada país.

Ello ha permitido la adopción de un término que busca, antes que nada, conciliar las posiciones de la doctrina. Se habla de “extinción” para agrupar los diferentes motivos de ruptura del contrato de trabajo entre los cuales se encuentra el despido individual.⁴⁷ Se trata, además,

⁴³ En Panamá hubo un caso de una cláusula de un contrato colectivo en el cual el empleador renunciaba de “manera absoluta” a su derecho de despedir a los empleados, aunque hubiera causa legal de despido. El ministro del Trabajo reconoció la validez de la cláusula; sin embargo, un sector de la doctrina panameña consideró que esta situación era inadmisibles, ya que había un interés de la comunidad y de la sociedad que debía respetarse. Así se sostuvo que las disposiciones sobre “justas causas de despido” eran de orden público. Cf. Hoyos, A., “Panamá”, *op. cit.*, pp. 105-106. Este tipo de cláusula en un contrato colectivo es rara y excepcional. Sin embargo, ella muestra los límites de la protección contra el despido.

⁴⁴ Entre estas excepciones se encuentra por ejemplo el contrato colectivo de la Banca en Uruguay celebrado en 1984, el cual contempla un procedimiento sumario previo al despido.

⁴⁵ Cf. Nascimento, A. M., “Cessação do contrato de trabalho”, p. 357, *cit.* por Giglio, W., “La extinción de la relación de trabajo en el Brasil”. *La extinción de la relación laboral, perspectiva latinoamericana*, Lima, 1987.

⁴⁶ Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación de trabajo en el derecho panameño” en *La extinción de la relación laboral...*, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁷ También el término “extinción” ha sido objeto de críticas; De Buen Lozano señala, por ejemplo, que para el caso de México el uso de este término presenta problemas, ya que el despido no puede ser considerado como un caso de extinción del contrato de trabajo, pues el acto de despido sólo suspende los efectos de la re-

de un término utilizado por la legislación argentina (artículo 231 y siguientes LCT).

La palabra “despido” (“licenciamiento” en portugués) fue utilizada por el artículo 123-A-XIII de la Constitución mexicana de 1917 y encontró una gran aceptación en la doctrina latinoamericana.

Sin embargo, las legislaciones de la región utilizan a veces otros términos para referirse al mismo tipo de ruptura del contrato de trabajo.

Se puede constatar por ejemplo, de una manera general, que la terminología civilista no ha sido excluida por las legislaciones de la región, por ejemplo se utilizan los términos “resolución” (artículo 85 CRC en Costa Rica, artículo 34 LT en Venezuela, artículo 62 CTC en Colombia), y “rescisión” (artículo 482 CLT en Brasil, artículo 47 LFT en México, artículo 213 CTP en Panamá) para tratar entre otras cosas de la ruptura del contrato de trabajo en el cual la iniciativa ha sido tomada por el empleador. Pero la significación de estos términos, a veces sinónimos, se aleja del sentido que ellos tienen en materia civil.

Dicho esto, la noción de “despido” es más amplia y su utilización ha ganado terreno tanto en la doctrina como en la jurisprudencia latinoamericana.

§ 2. El concepto

En el derecho común, el nacimiento y la ruptura de un contrato se caracterizan por la existencia de la libertad de las partes para crear y suprimir derechos y obligaciones.

La contratación de un trabajador implica la adhesión de las partes a un conjunto de reglas establecidas previamente (códigos, leyes, convenios colectivos), entre los cuales se encuentran las relativas a la ruptura del contrato de trabajo.⁴⁸ Así, contrariamente a los principios civilistas, la ruptura del contrato de trabajo será diferente en función

lación de trabajo; el acto de despido no pone fin, por sí mismo, a la relación de trabajo y hay que esperar a que la autoridad del trabajo (Junta de Conciliación y Arbitraje) declare el despido injustificado. Cf. Buen, N. de, “La extinción de la relación laboral en México” *La extinción de la relación laboral, perspectiva iberoamericana*, Lima, 1987, p. 114. Sin embargo cabe señalar que la legislación mexicana no contempla al despido entre las causas de suspensión del contrato de trabajo. Por otro lado, considerar que es necesaria la declaración de la autoridad laboral para que el despido exista, supone que todos los despidos sean sometidos a la autoridad laboral; pero, más allá de estas discusiones, ello muestra las dificultades para utilizar los términos apropiados en un estudio comparativo.

⁴⁸ Cf. Camerlynck, G. H., *et al. Droit du Travail, op. cit.*, p. 252.

de la parte que la desea. Dicho esto, el despido y la renuncia serían la expresión de un solo fenómeno, pero sometidos a reglas diferentes.

La reglamentación del despido individual en los países latinoamericanos se limita a señalar las condiciones de fondo y de forma de éste y las sanciones aplicables en caso de su inobservación, pero ella no se arriesga en la difícil tarea de conceptualizar al despido.

Por otro lado, la elaboración de un concepto de despido se enfrenta a otra serie de problemas, por ejemplo la existencia de otros motivos de ruptura del contrato de trabajo puede provocar la participación de uno o varios sectores del régimen de despido individual.

En relación con la doctrina latinoamericana, ciertos autores han tratado de establecer un concepto de despido y ponen el acento sobre dos aspectos: la manifestación de la voluntad del empleador para romper el contrato y los efectos extintivos del despido con relación al contrato de trabajo.

Los primeros tienen como antecedente a la legislación mexicana,⁴⁹ la cual señaló que el despido es el acto por medio del cual el empleador separa de manera injustificada al trabajador de su puesto. En este caso, el concepto del despido se limita al solo hecho de que el empleador hace saber su intención de romper el contrato.⁵⁰

Para los segundos, ciertos autores prefieren hablar del despido como una extinción del contrato de trabajo.⁵¹ Esta posición es criticable si se tiene en cuenta que “la extinción del contrato de trabajo” puede tener otras razones diferentes al despido.

No hay entonces un concepto unitario de despido individual y sus características generales se encuentran diseminadas en las legislaciones de cada país.

En América Latina el despido individual se presenta como el ejercicio de una facultad del empleador: aquella de romper el contrato de trabajo en caso de existencia de una falta por parte del trabajador. Cuando el ejercicio de esta facultad afecta un solo trabajador se encuentra enfrente de un despido individual; de esta manera, los elementos constitutivos del concepto de despido individual son los siguientes:

⁴⁹ Hay que señalar que el texto constitucional mexicano (art. 123-A XXII) utiliza el término “despido”, mientras que la ley que lo reglamenta usa, de manera inapropiada, el término “rescisión” para tratar el mismo tema. Cf. Buen, N. de, *La extinción de la relación laboral...*, op. cit., p. 131.

⁵⁰ Por ejemplo: Cueva, M. de la, *El nuevo derecho mexicano*, op. cit., p. 251; Krottschin, cit. por Shirley, L., *La terminación del contrato individual de trabajo*, Panamá, Universidad de Panamá, 1966, p. 162.

⁵¹ Por ejemplo Pérez Botija y Alonso Olea, cit. por Shirley, L., op. cit., pp. 162 y s.

tes: el ejercicio de una facultad (A), la ruptura de un contrato (B), el carácter unilateral (C) y, eventualmente, la existencia de una falta por parte del trabajador (D). Estos son elementos suficientes para provocar la posible aplicación del régimen del despido individual.

A. El ejercicio de una facultad

Aquel que tiene una facultad puede provocar o impedir el nacimiento de una situación jurídica. Él tiene la posibilidad de optar entre el hecho de actuar o de permanecer pasivo.⁵² Esta facultad puede derivar de la ley o de un convenio colectivo, lo cual constituirá su fundamento jurídico.

La facultad de despedir existe a partir del momento en el cual un trabajador ha comenzado a laborar. Para el trabajador dicha facultad se presenta como una amenaza constante y latente durante toda la vida del contrato de trabajo.

La facultad de despedir y el despido propiamente dicho, no son la misma cosa, a pesar de que dichos términos puedan ser clasificados dentro de la misma institución jurídica. La posibilidad de despedir existe, pero ella no puede quedarse en el espíritu de su titular (en este caso el empleador en sentido amplio). El ejercicio de esta facultad es un elemento necesario del despido individual, esta facultad debe ser utilizada de tal manera que el trabajador interesado pueda tener conocimiento de la medida que se ha tomado contra él.⁵³

Ciertas legislaciones latinoamericanas se muestran preocupadas por reglamentar el ejercicio de esta facultad (por ejemplo en México y en Chile), lo que ha permitido calificar a estas normas como frenos a la facultad de despedir. Se constata, sin embargo, que se trata de mecanismos de ejercicio de una facultad que queda intacta.

B. La ruptura del contrato

Uno de los efectos principales del despido es la ruptura del contrato de trabajo. La discusión en este caso se centra sobre el carácter defi-

⁵² Este elemento ha permitido definir, a veces, al despido como un “derecho potestativo de efecto extintivo”, cf. Pla Rodríguez, A., “Extinción del contrato de trabajo en Uruguay”, *La extinción de la relación laboral, perspectiva iberoamericana*, Lima, 1987, p. 346.

⁵³ Estas características de la facultad de despedir han llevado a ciertos autores a calificar al despido como un “acto unilateral recepticio”, *id.*, p. 346; para el caso de Perú ver Pasco Cosmopolis, M., “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *La extinción de la relación laboral, perspectiva iberoamericana*, Lima, 1987, p. 245.

nitivo o no de la ruptura. Para la mayoría de los países latinoamericanos la decisión del empleador para despedir presenta dicho carácter definitivo, a pesar de la opinión contraria de algunos autores.^{54, 55} Es cierto que puede haber después una decisión de justicia que ordene la reintegración del trabajador, pero muchas veces esto no cambiará la situación del trabajador, ya que la ejecución de dicha orden corresponderá al empleador, quien podrá no respetarla pagando una indemnización compensatoria.

C. El carácter unilateral

El empleador puede romper el contrato de trabajo recuperando de esa manera su libertad. Él puede también desligarse del co-contratante respetando la forma establecida para tal fin (preaviso por ejemplo); puede no cumplir con esta forma si considera que la otra parte ha cometido una falta reconocida por la ley como grave y puede, de esa manera, romper inmediatamente el contrato.

“La decisión primaria” de despedir corresponde al empleador, en los dos casos hay una facultad lista para ser ejercida: es el empleador, él solo, quien juzgará de la importancia de los hechos en un primer momento, hay en este caso, una evaluación personal de los hechos, inicial, soberana y unilateral.⁵⁶ Teóricamente, la excepción a esta regla estaría constituida por el caso de Brasil; en este país, el empleador debe someter a las autoridades su decisión antes de despedir un trabajador “estable” (con más de 10 años de antigüedad en la empresa), ello eliminaría el carácter unilateral del despido. Sin embargo una vez que la decisión de despedir ha sido tomada no existe manera de obligar al empleador a mantener un trabajador en su empresa.

En la mayoría de los países existe un control posible pero a posteriori, ello es la regla. Este control podrá confirmar o desaprobado la posición del empleador y establecer las responsabilidades correspondientes.

⁵⁴ Para el caso de México, De Buen afirma que el despido suspende la relación de trabajo, *cf.* Buen, N. de, “La extinción de la relación laboral...”, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁵ Hay que manifestar aquí ciertas reservas para el caso de Perú, donde la legislación de 1986 (LSE) reconoció una serie de normas protectoras de la estabilidad del empleo y de los cuales se hablará más tarde.

⁵⁶ Hay que señalar que en este caso se trata de lo que podría llamarse el derecho común del despido individual, ya que hay hipótesis donde las legislaciones de la región exigen una autorización previa de las autoridades para despedir: es el caso de los trabajadores sindicalistas, mujeres embarazadas y los despidos por motivos económicos.

Este carácter unilateral que predomina en el régimen de despido individual permite afirmar que “el empleador puede hacerse justicia por sí mismo”.⁵⁷

D. La falta del trabajador

La falta del trabajador como un elemento del concepto del despido individual debe ser estudiada con algunas reservas. En efecto, se trata de un elemento suficiente para despedir, pero no siempre necesario. En algunas situaciones (como el motivo económico) donde la falta del trabajador no ha existido, el régimen del despido podrá, sin embargo, aplicarse; se está en presencia de un elemento aleatorio del concepto del despido individual.

La existencia de una falta por parte del trabajador autoriza el ejercicio de la facultad de despedir, sin embargo, algunas legislaciones latinoamericanas hacen una distinción entre la falta ligera y la falta grave.

Solamente la falta grave indicada por la ley autoriza al empleador para despedir de manera inmediata, mientras que en el caso de otro tipo de falta el empleador debe, en principio, respetar ciertas condiciones de ejercicio del despido, por ejemplo, el preaviso. En este sentido, el despido individual sería una posible reacción a un hecho.

Estos son, entonces, los elementos que pueden ser identificados en las legislaciones de la región y que deben estar presentes en una conceptualización del despido individual.

§ 3. Los tipos de despido

Hay una gran diversidad de clasificaciones sobre el despido, además de aquella que establece una diferencia en función de la cantidad de personas afectadas (individual o colectivo).

La doctrina latinoamericana ha establecido tipos de despido a partir de diferentes aproximaciones a dos aspectos del régimen de despido individual. Estos dos aspectos son los motivos y la forma del despido individual.

En relación con los motivos, concretamente la parte que los ha provocado, se tiene tendencia a distinguir el despido directo del despido indirecto. En el primer caso, la iniciativa y la imputabilidad del des-

⁵⁷ Ollier, P., “Reflexions sur le droit de se faire justice à soi-Même dans les rapports du travail”, *Droit Social*, París, núms. 9-10, 1967, pp. 50 y s.

pido corresponden al empleador, mientras que en el segundo caso hay una disociación de estos aspectos, es decir, la iniciativa del “despido” estaría tomada por el trabajador y la imputabilidad de éste pesaría sobre el empleador.⁵⁸

El “dinamismo protector”⁵⁹ del régimen del despido ha permitido, como en este caso, que algunas situaciones como los comportamientos del trabajador autoricen al trabajador para dejar su empleo, lo cual provocaría sanciones a cargo del empleador, de carácter pecuniario principalmente. Estas sanciones serían las mismas que en caso de un despido desprovisto de motivo legal.

Otra tipología del despido, en relación con los motivos que lo provocan, es aquella en la cual se distingue al despido justificado del despido injustificado. Se dirá, entonces, que un despido es justificado si ha sido fundado en algún motivo legal que autorice al empleador para romper el contrato; de manera inversa, este despido sería injustificado si no ha sido fundado de esta manera. La importancia de esta distinción se relaciona con los efectos del despido individual, y la posibilidad de sancionar al empleador sólo existe en el caso de un despido injustificado.

A pesar de que los términos “justificado” e “injustificado” puedan ser discutidos,⁶⁰ se trata de una distinción que ha sido ampliamente utilizada por la doctrina y la jurisprudencia uruguaya, mexicana y venezolana.⁶¹

Por otro lado, existe otro criterio de distinción del despido, aquel relacionado con la forma de ejecución del despido individual. Se puede hablar en este caso de despido con preaviso y de despido sin preaviso. En el primer caso, se trata de una ruptura que no necesita ser motivada y en la cual hay un plazo a respetar antes de que el despido

⁵⁸ En el caso del “despido indirecto”, el trabajador está autorizado por la ley para romper el contrato de trabajo ante la existencia de una falta del empleador en la ejecución de aquél. Este concepto, a veces utilizado por la jurisprudencia, como en Brasil, ha encontrado una aceptación más amplia en América Latina. Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil* (tesis de doctorado), Universidad de Ciencias de Toulouse I, Toulouse, 1980, p. 29; cf. Buen, N. de, “La extinción de la relación laboral...”, *op. cit.*, p. 51; Cf. Pla Rodríguez, “Extinción del contrato de trabajo...”, *op. cit.*, pp. 348 y s.

⁵⁹ Camerlynck, G. H., *et al.*, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁰ Se parte de la idea que los motivos de despido reconocidos por la legislación son “justos”, y la discusión de dicho término podría darse más a nivel filosófico que jurídico.

⁶¹ Para Uruguay, ver Barbagelata, H., *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 359; para México, ver Ramírez Fonseca, F., *El Despido*, comentarios y jurisprudencia, México, PACSA, 1985, pp. 51 y s.; para Venezuela, ver Caldera Pietri, M., “Venezuela”, *op. cit.*, p. 57.

sea efectivo; en el segundo, el preaviso no es necesario si ha habido falta grave por parte del trabajador y el despido puede ser pronunciado de manera individual. Cabe señalar, que este criterio de distinción se encuentra como base de las normas internacionales en vigor.^{62, 63}

Más allá de estas distinciones, el análisis global de las legislaciones latinoamericanas muestran que el régimen del despido individual es respetuoso de las decisiones tomadas por el empleador. En esta materia el poder de decidir los cambios en la empresa no queda alterada. Sólo hay una facultad para despedir, pero los mecanismos de su ejercicio pueden ser diferentes. El empleador puede así deshacerse de un trabajador de manera inmediata, si éste ha cometido una falta considerada como grave por la ley, pero también en ausencia de ésta.

Esta doble posibilidad, reconocida en la mayoría de las legislaciones, permite establecer una distinción entre *despido liberador* y *despido sancionador* como dos mecanismos posibles de ejercicio de la facultad de despedir.

La forma exigida en cada caso es diferente: en el despido liberador no hay necesidad de que exista un motivo específico para que sea ejecutada, se trata de una posibilidad para deshacerse de un trabajador y la sola formalidad que ha de respetarse es el preaviso. Por el contrario, en el despido sancionador se supone que ha habido una causa o motivo que autorizan al empleador para despedir de manera inmediata, aquí el empleador será dispensado de observar el preaviso.^{64, 65} Este último tipo de despido ha tenido un desarrollo doctrinal

⁶² Se trata del art. 11 de la Recomendación 119 sobre la terminación de la relación del trabajo y el art. 11 de la C.158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

⁶³ En otros análisis se hace una distinción de los despidos en función de los tipos de motivos que los provocaron, se distingue entre los despidos que sancionan una conducta del trabajador y los despidos por motivo económico. La mayoría de las legislaciones latinoamericanas enuncian conductas por las cuales el régimen aplicable es el del despido individual. Por el contrario, el régimen del despido por motivo económico ha sido concebido con la idea de que provoca la ruptura del contrato de varios trabajadores al mismo tiempo; en ese caso, contrariamente a los despidos individuales, la opinión de las autoridades laborales es necesaria para despedir. El caso de despido individual por motivo económico no ha sido objeto de una reglamentación específica en los países de la región.

⁶⁴ Dentro de este tipo de razonamiento pueden situarse los análisis que indican que la relación de trabajo puede terminarse por un "despido punitivo"; cf. Pasco Cosmopolis, M., "La falta grave laboral", *Derecho*, núm. 39, Lima, pp. 382.

⁶⁵ En el primer caso el despido es un medio para que el empleador recupere su libertad y en el segundo, un medio para sancionar una falta del trabajador. Lyon-Caen, G., *Cours de droit social européen*, París, 1965-1966, pp. 362 y s.

y legislativo más importante que el primero.⁶⁶ A pesar de que se puede constatar, de manera global, la adopción de este sistema doble en América Latina, no se puede afirmar que sea así en cada país de la región.

En relación con el despido sancionador, se observa que ha sido reglamentado por todos los países latinoamericanos; en efecto, el empleador tiene la facultad de romper el contrato de manera inmediata en caso de "falta". La adopción del despido liberador, por el contrario, no ha sido siempre uniforme, aunque el despido sin falta es posible en la mayoría de los países. Sobre este punto es necesario distinguir tres grupos de países con relación a la reglamentación de este tipo de despido: los países donde no ha sido reglamentado, aquellos donde ha sido completamente reglamentado y otros en los cuales el despido liberador sólo se adoptó parcialmente.

Algunos de los países analizados aquí no previeron la existencia del despido liberador, son los casos de México, Perú y Uruguay.⁶⁷ Desde un punto de vista teórico, la ausencia de esta posibilidad haría pensar que la facultad del empleador para despedir ha sido disminuida; a pesar de ello, el hecho de no haber adoptado el despido liberador

⁶⁶ Entre las principales diferencias que pueden encontrarse entre esas dos maneras de despedir se tienen las siguientes:

Despido liberador

Ausencia de motivo legal

Mecanismo derivado del derecho civil para liberarse de la relación contractual.

Obligación de observar un periodo de preaviso.

Anuncio previo por el empleador de la decisión de despedir.

Separación pospuesta del trabajador.

Despido sancionador

Exigencia de motivo legal

Mecanismo para sancionar una falta cometida por el trabajador.

Ausencia de obligación de observar periodo alguno.

Ausencia de obligación de anunciar previamente la decisión de despedir.

Separación inmediata del trabajador.

⁶⁷ En general, el despido liberador no ha sido reglamentado en Uruguay. El preaviso como uno de sus elementos principales ha sido, sin embargo, adoptado en la práctica; cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 357.

Por otro lado, el preaviso fue adoptado en algún momento en materia rural, el art. 34 de la ley 10.809 del 16 de octubre de 1946 completada por el art. 49 de la ley 13.705 del 22 de noviembre de 1968 lo previeron. Pla Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, De Palma, 1978, p. 787. Esta reglamentación fue modificada posteriormente. Así la ley 14.785/978 eliminó parcialmente el preaviso en materia rural y sólo se aplica a los trabajadores que viven con su familia en el establecimiento o centro de trabajo. Aquí el empleador deberá dar un preaviso de 30 días antes de la fecha prevista para la ruptura, cf. Barbagelata, H., "Uruguay", *IELL*, Países Bajos, vol. 10, 1981, p. 184.

no provocó una alteración considerable de dicha facultad, como se podrá constatar más tarde. La reglamentación flexible del despido sancionador en los países antes mencionados permite respetar las decisiones tomadas por el empleador (como el despido individual).

La existencia en los códigos y en las leyes del despido liberador es más bien la regla en América Latina; para la ruptura definitiva del contrato la invocación de una causa no se exige, pero el ejercicio del despido por esta vía impone el respeto de la obligación de dar un preaviso. Esta obligación presenta, sin embargo, características singulares que permiten su inaplicación.

No es fácil distinguir la evolución de la reglamentación del despido liberador; en los últimos años, se restableció de manera total en Chile⁶⁸ y de una manera parcial en Panamá.⁶⁹ La distinción entre el despido liberador y sancionador constituye solamente un tipo de análisis entre muchos otros; ella ha sido utilizada en este trabajo, ya que pone en evidencia el carácter unilateral de la ruptura del contrato de trabajo y muestra las diferentes maneras de ejercer la facultad de despedir, y permite, además, una constatación de carácter general: a pesar de que el derecho del trabajo haya organizado un “régimen protector” en el caso del despido individual, al reconocer una serie de normas que deben respetarse, la misma legislación, en la mayoría de los países, no

⁶⁸ La ley 16.455 que estuvo en vigor hasta 1978, fue conocida como la ley de la inamovilidad. En esta ley, el despido sin causa (“desahucio”) no fue considerado como despido individual. El decreto ley 2200 del 1º de mayo de 1978 lo readoptó (decreto ley 2200 sobre normas relativas a los contratos de trabajo y a la protección de los trabajadores, *Diario Oficial* de 15 de junio de 1978, núm. 30090) *Serie legislative 1978-Chili*, Ginebra, I, vol. 1/1979, 1979.

En un momento dado existió una doble legislación en Chile, una para aquellos que tenían un contrato antes de la adopción de la ley 2.200 y otra para aquellos que habían firmado posteriormente un contrato. Sin embargo, la ley 18.018 derogó la ley 166.455 y extendió las normas de la ley 2.200 relativas a la ruptura del contrato de trabajo a todos los trabajadores, es decir, ella hizo posible el despido liberador para todos.

Esta legislación fue adoptada en el momento en que se hablaba del “bum” de la economía chilena. Es la época en la cual una gran cantidad de capitales financieros llegaban del extranjero. Ver Casassus Montero, C., *Travail et travailleurs au Chili*, París, La Découverte, 1984, p. 51.

⁶⁹ La legislación panameña hace la distinción entre despido liberador y sancionador. Pero el primero sólo puede ejercerse para cierto tipo de trabajadores. La ley da un catálogo que muestra el campo de aplicación personal del despido sin invocar causa. Se trata de trabajadores que tienen poder de representar al empleador (con una antigüedad inferior a 5 años), los trabajadores temporales, ocasionales o substitutos, los trabajadores con menos de dos años de servicio continuo, los doce 30 días antes de la fecha prevista para la ruptura, cf. Barbagelata, H., “Uruvicio internacional. Cf. arts. 210, 211 y 212, CTP, cf. Hoyos, A., “Panamá”, *op. cit.*, p. 111.

excluyó totalmente la facultad de rescisión de los contratos reconocida, desde hace tiempo, en derecho civil.

Sección 3. El campo de aplicación

El derecho del trabajo, al incluir al despido, pretende reglamentar las relaciones entre aquellos que ofrecen su mano de obra y aquellos que disponen de ésta a cambio de un salario; sin embargo, esta idea vaga encuentra algunas dificultades, ya que resulta difícil aplicar las mismas normas para todo el mundo, y las características específicas de las prestaciones de trabajo exigen una reglamentación adaptada en acuerdo con ellas.

Este razonamiento ha permitido establecer excepciones que escapan al campo de aplicación del “derecho común del trabajo”, incluyendo al despido individual. Estos casos deben ser analizados como exclusiones que provocan, muchas veces, una disminución de derechos. Tres elementos han permitido hacer estas exclusiones: La presencia del Estado como empleador (§ 1), la naturaleza del contrato de trabajo (§ 2) y la antigüedad en la empresa (§ 3).

§ 1. El Estado empleador

Cuando se habla del Estado como parte de un contrato de trabajo, hay que hacer una primera distinción entre las relaciones del Estado y su personal, funcionarios y sector público en general (A), y las relaciones entre el Estado propietario de una empresa o que tiene una importante participación en el capital y el personal de ésta (B). El régimen aplicable en los dos casos no siempre es el mismo.

A. El Estado y su personal

Las relaciones entre los funcionarios y otras categorías de personal al servicio del Estado quedaron fuera del campo de aplicación del derecho del trabajo, lo cual dio lugar a la existencia de un régimen estatutario. Las legislaciones de la región han considerado que este tipo de relaciones incumben al derecho administrativo y no al derecho del trabajo;⁷⁰ por ejemplo, en Argentina las normas relativas a la rup-

⁷⁰ La doctrina francesa del derecho administrativo ha influido en la adopción de este tipo de régimen; cf. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 99.

La doctrina latinoamericana hizo eco de estas ideas permitiendo un tratamiento

tura del contrato por trabajo eran más favorables para este tipo de trabajadores.⁷¹ El derecho del trabajo, por su parte, señala que este tipo de trabajadores están excluidos de su campo de aplicación, salvo que la ley correspondiente indique otra cosa.⁷²

De manera general se puede constatar una cierta tendencia hacia el acercamiento de este régimen con el de los trabajadores del sector privado, a pesar de que las dificultades sean más grandes en materia de relaciones colectivas (formación de sindicatos, negociación colectiva y huelga).⁷³ Se trata de un proceso inacabado hacia la eliminación de estas diferencias que constituyen, en sí, una fuente de injusticias: los casos de México, de Brasil y de Uruguay muestran esta tendencia.

En México, una reforma constitucional de 1960 creó el artículo 123-B dirigida a los trabajadores al servicio del Estado, y su ley reglamentaria señaló al derecho del trabajo (LFT) como una fuente supletoria.⁷⁴ En Brasil, durante la década de los años 70 ocurre una "privatización" de las relaciones entre la Unión Federal y sus trabajadores ("ser-

diferente de los trabajadores al servicio del Estado. Concretamente en Chile, Colombia, Panamá, Perú, etcétera.

En Chile la situación de los empleados del sector público se rige por un "estatuto administrativo" (ley 338 del 6 de abril de 1960). Cf. Walker Linares, F., "Derecho del trabajo chileno", *DLT*, México, vol. I, 1974, p. 582.

En Colombia una jurisprudencia de julio de 1968 definió el régimen jurídico colombiano de los trabajadores (llamados "servidores") de la administración pública (y entre ellos los de establecimientos públicos). Se les consideró "oficiales" y en principio sus relaciones de trabajo se regirían por el derecho administrativo (decisión de la sala de trabajo de la Corte). Cf. González Charry, G., "El derecho del trabajo en Colombia", *DLT*, p. 447.

En Panamá el art. 2 (CTP) indica que los funcionarios públicos serán sometidos a las reglas de la rama administrativa, salvo en los casos en que la aplicación de algunas disposiciones del código hayan previsto otra cosa.

En Perú, la doctrina local señaló que los servidores del Estado no son considerados como sujetos del derecho común del trabajo, sino del derecho administrativo. Cf. Montenegro Baca, J., "El derecho peruano del trabajo", *DLT*, p. 254.

⁷¹ En Argentina una reforma constitucional en 1957 garantizó la "estabilidad del empleador en el empleo". Este principio fue recuperado por la ley 20.172 la que adoptó el "Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional" en el cual la dicha estabilidad sería garantizada después de seis meses de antigüedad; cf. Tissebaum, M. R., "El derecho del trabajo en la República Argentina", *DLT*, México, vol. I, 1974, pp. 54 y s.

⁷² Colombia, art. 4 CTC; Argentina, art. 2 LCT; Venezuela, art. 6 LT; Chile, art. 1 CCh; Brasil, art. 7 CLT.

⁷³ Cf. Córdova, E., "Les relations professionnelles dans la fonction publique en Amérique Latine", *Revue Internationale du Travail*, Ginebra, núm. 5, vol. 119, 1980, p. 625.

⁷⁴ Cf. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, op. cit., p. 100; cf. Álvarez del Castillo, E., "Principios generales y derecho individual del trabajo", *DLT*, México, vol. II, 1974, p. 60.

vidores”), en razón de una orientación dictada por el gobierno militar de esta época; así, una cantidad grande de ellos fue contratada bajo el régimen común (CLT).⁷⁵ En Uruguay se ha desarrollado un “derecho del trabajo de base” a partir de disposiciones de la constitución; estas normas son aplicables para el sector público y privado, y completadas por estatutos administrativos.⁷⁶

B. El Estado empleador y su personal

La participación importante del Estado en la economía de la región latinoamericana permite identificar la existencia de empresas públicas o empresas del Estado.⁷⁷ Resulta difícil precisar para esas empresas cuál es el régimen aplicable a su personal, ya que no es fácil ubicarlas totalmente, por ejemplo, como ministerio o secretaría (con funciones administrativas antes que nada) o como empresa privada (donde la participación del Estado no existe).⁷⁸

A pesar de que originalmente la mayoría de las empresas del Estado hayan aplicado a sus trabajadores el régimen de la administración pública, resulta difícil afirmar que actualmente haya un solo régimen aplicable a esta categoría de trabajadores. Las soluciones propuestas a esta cuestión son de cuatro tipos:

1. Se considera al personal de las empresas públicas, sujeto al régimen común.⁷⁹

⁷⁵ Hay que señalar que este paso de un régimen al otro provocó algunos problemas. Así la competencia de los tribunales fue dividida entre la justicia del trabajo (de derecho común) y la justicia federal (ya que se trata de una ley especial para un proceso en el cual la Unión federal es parte); uno de los problemas más graves ha sido el que exista una jurisprudencia diferente en cada una de las jurisdicciones (Tribunal Superior del Trabajo y Tribunal Federal de Recurso). Por ejemplo, en relación con la ruptura del contrato, se dijo que el trabajador que hubiera optado por el FGTS perdería las garantías de la estabilidad del empleo, mientras que otros tribunales se pronunciaron en otro sentido. Cf. Giglio, W., “La solución de los conflictos laborales en el Brasil”, *La solución de los conflictos laborales. Perspectiva iberoamericana*, México, 1985, vol. I, pp. 66 y s.

⁷⁶ Cf. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, op. cit., p. 101.

⁷⁷ En algunos países, se presenta el problema de saber si las relaciones de trabajo en estas empresas corresponden al empleo público o al empleo privado; cf. Bronstein, A., *Las relaciones laborales en las empresas estatales de América Latina*, Ginebra, OIT, 1981, p. 22.

⁷⁸ *Id.* p. 3.

⁷⁹ Es la solución que, expresa o tácitamente, fue adoptada por la legislación de Venezuela, de Costa Rica y de México; cf. *id.*, p. 20.

2. Se adopta un sistema híbrido donde la mayoría de los trabajadores están sometidos al régimen común, con excepción del personal directivo o de alto nivel.⁸⁰

3. El régimen aplicable es el de derecho público, excluyendo de esa manera al derecho común del trabajo.

4. Se adopta un régimen específico o "estatutario" aplicable a una sola empresa.⁸¹

En esta perspectiva se puede constatar que el régimen del despido individual, y con él el derecho común del trabajo, son ampliamente aplicables ahí donde el Estado participa como actor en la economía.

§ 2. La naturaleza del contrato de trabajo

Los códigos civiles prohibieron los contratos de por vida para la prestación de servicios. Esto parece normal si se tiene en cuenta que se trató de eliminar el posible regreso a la esclavitud, ello significó que las partes podían poner fin en cualquier momento a su relación contractual. Se trata, entonces, de un régimen que se basó en la preocupación de proteger la libertad del trabajador. En el área civilista esta libertad de rescisión se concede a las dos partes del contrato, mientras que en el derecho del trabajo, la adopción de dicho criterio hubiera sido más desfavorable para el trabajador, en razón de la ausencia de una seguridad de su empleo.

Las legislaciones de la región analizada reconocieron el principio según el cual los contratos de trabajo son de duración indeterminada y solamente de manera excepcional de duración determinada.

La libertad de ruptura fue mantenida, pero ella es más amplia para el trabajador; ello provocó el desarrollo separado de normas relativas a la rescisión unilateral del empleador, por un lado, y del trabajador, por el otro. Así, el régimen del despido individual pretende reglamentar, antes que nada, la ruptura unilateral (por el empleador) de los contratos de duración indeterminada.

En América Latina diversos criterios juegan en favor del reconocimiento de los contratos de duración indeterminada; por ejemplo, la falta de mención expresa sobre la duración del contrato y el carácter

⁸⁰ En Colombia, "en todas las empresas industriales la relación de los trabajadores es un contrato de trabajo, con excepción de algunos puestos que implican actividades de dirección o de confianza, donde la situación del trabajador es de derecho público", González Charry, G., "El derecho del trabajo en Colombia", *op. cit.*, p. 449.

⁸¹ Cf. Bronstein, A., *Las relaciones laborales en las empresas estatales...*, *op. cit.*, p. 22.

excepcional de los contratos de duración determinada o de aquellos que tienen como fin la realización de una tarea específica. Si las partes han omitido señalar la duración del contrato, éste será considerado de duración indeterminada,⁸² y el régimen del despido individual podría, dado el caso, aplicarse. Por otro lado, las legislaciones latinoamericanas han reglamentado cuidadosamente el contrato de duración determinada (o por una tarea específica) y su uso ha sido reservado a ciertas situaciones específicas.⁸³ La posibilidad de concluir este tipo de contratos aún siendo reducida,⁸⁴ se puede constatar que en varios países se les ha establecido una duración máxima.⁸⁵ Hay que señalar que de una manera excepcional, ciertas normas del régimen del despido individual pueden ser aplicadas a los contratos de duración determinada. Tal es el caso de la legislación argentina (artículo 94 LCT) que señala: las partes deberán dar un preaviso de por lo menos un mes y de dos como máximo, antes del fin del contrato, con relación a la fecha final convenida, salvo en los casos del contrato de duración determinada, cuya validez es menor de un mes. La parte que no respete esta obligación se le considerará como haber aceptado la transformación en un

⁸² Es el caso de Argentina (art. 90 LCT), México (art. 35 LFT) y Perú (art. 1 a 4 del decreto ley N° 18138 del 6 de enero de 1970, que fija las condiciones en las cuales se establecen contratos individuales concluidos por un periodo o trabajo determinados).

⁸³ Este tipo de situación es evidente en las legislaciones mexicana y brasileña, entre otras. En México (LFT) el art. 36 indica que el señalamiento de una tarea determinada sólo podrá estipularse cuando su naturaleza lo exija, y el art. 37 agrega que sólo podrá haber una indicación de duración determinada en los siguientes casos:

1. Cuando la materia del trabajo lo exija.
2. Cuando se trate de substituir temporalmente un trabajador y
3. En los otros casos previstos por la ley.

Por su parte la CLT de Brasil estableció (art. 443-2) que los contratos de trabajo para una duración determinada sólo serán válidos si se trata:

1. De servicios para los cuales la naturaleza o el carácter temporal justifican una determinación previa del periodo.
2. De actividades de empresa que tengan un carácter transitorio, y
3. De contratos de "stage".

⁸⁴ Cf. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁵ En Chile el contrato no puede ser por más de seis meses (ley N° 16.455, art. 2, vol. 12); en Costa Rica (CCR, art. 27), México (LFT, art. 40) y Panamá (CTP, art. 14), la regla general es de un año; en Brasil (decreto ley N° 229/1967), dos años, en Argentina (LCT, art. 93), cinco años, etcétera, *id.* p. 135; en Colombia el contrato tiene una duración mínima de un año y tres años como máximo (salvo algunas excepciones). Cf. González Charry, G., "El derecho del trabajo en Colombia", *op. cit.*, p. 458.

contrato de duración indeterminada.⁸⁶ Uno de los problemas que se presentan entre esos dos tipos de contratos es el relativo a la posibilidad de transformar un contrato de duración determinada en uno de duración indeterminada. Dicha posibilidad existe en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. La (continuación de la ejecución) de un contrato después de haber llegado a su término o la existencia de contratos sucesivos son situaciones que en la mayoría de los países implican la transformación del contrato.^{87, 88} Sin embargo, dos situaciones específicas deben ser señaladas, la primera se presenta en Colombia y la segunda en Costa Rica y México.

En Colombia, los contratos de duración determinada pueden renovarse de manera indefinida (artículo 47 CTC) y cuando la duración no se estipuló o bien ella no deriva de la naturaleza del trabajo, la ley presume que el contrato ha sido concluido por periodos sucesivos renovables (artículo 48 CTC), lo cual impediría la transformación del contrato de duración indeterminada.⁸⁹ Esta posibilidad fue conformada por la jurisprudencia colombiana, la cual indicó que esta situación constituye una de las excepciones más significativas para la estabilidad del empleo en ese país.⁹⁰

Por otro lado, en Costa Rica (artículo 26 CCR) y en México (artículo 39 LFT) se considera que si al momento de expirar un contrato la materia de trabajo subsiste, dicho contrato debe continuar. En Costa Rica, si la naturaleza del trabajo es permanente el contrato será considerado de duración indeterminada. En México, el contrato se prorrogará todo el tiempo que la dicha circunstancia subsista.⁹¹

⁸⁶ Para el análisis específico de este caso ver parte II.

⁸⁷ En Argentina el contrato de duración determinada depende de las características de las tareas a efectuar; sin embargo, si los contratos sucesivos de duración determinada se han concluido de manera excesiva, se transformarán en contratos de duración indeterminada (art. 94 LCT). En Brasil, el art. 451 (CLT) dice que si un contrato de trabajo que se ha concluido por una duración determinada se prolonga tácitamente o expresamente varias veces, se convertirá en un contrato sin determinación de duración. En Panamá (art. 77-1 CTP) la relación de trabajo se considera de duración indeterminada cuando el trabajador continúa prestando sus servicios a la expiración del periodo fijado en el contrato.

⁸⁸ La doctrina latinoamericana, como lo indica Pla Rodríguez, está de acuerdo con la aplicación de la regla de la conversión, aun a falta de disposiciones expresas de la ley. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁹ Cf. González Charry, G., "El derecho del trabajo en Colombia", *op. cit.*, p. 458.

⁹⁰ Sentencia de la Sala de Casación Laboral, 18 de noviembre de 1981. *Jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, vol. XI, núm. 122, febrero, 1982, *cit.* por Arenas Monsalve, G., "Causas y efectos de la terminación", *Universitas*, Bogotá, núm. 69, 1985, p. 236.

⁹¹ Mientras que en Costa Rica el contrato será considerado como contrato de duración indeterminada (en tanto que ello sea favorable al trabajador), en México

§ 3. La exclusión del régimen de despido

Las normas relativas al despido individual pueden, a veces, no aplicarse por diversas razones, por ejemplo: la poca antigüedad del trabajador en la empresa. El impacto de la antigüedad sobre las disposiciones relativas al despido individual es muy importante, y una buena parte de este régimen se aplica en función de la antigüedad del trabajador en la empresa.

Este efecto de la antigüedad puede ser analizado a diferentes niveles: por ejemplo, en el inicio de la relación obrero-patronal se puede celebrar un contrato con un trabajador bajo un régimen que, en principio, excluye la aplicación de las normas relativas al despido individual; es el caso de la ruptura de un contrato durante el periodo de prueba (A). Por otra parte, durante la ejecución del contrato de trabajo, diferentes situaciones pueden obstaculizar su desarrollo normal: por ejemplo, el cambio de empleador (B), lo cual dificultaría el cálculo de la antigüedad del trabajador como un elemento que determina la aplicación del régimen del despido individual.⁹² Dicho esto, es necesario saber cuál es la actitud de las legislaciones latinoamericanas frente de este tipo de situaciones, concretamente en lo relativo al cálculo de la antigüedad del trabajador.⁹³

A. El periodo de prueba

En las legislaciones latinoamericanas se pueden observar dos posiciones diferentes ante la existencia de un periodo de prueba. En el primer grupo de países se encuentran México y Argentina, donde este tipo de contratos está prohibido. En el otro grupo, dicho contrato ha sido objeto de una reglamentación.

la ley prevé la prórroga del contrato, pero no se supone la transformación en un contrato de duración indeterminada. Para llegar a tal fin, el trabajador puede acudir a los tribunales para que la "materia de trabajo" sea declarada permanente; así la transformación del contrato sería evidente. En este tipo de litigios se necesita que el trabajador pueda probar el carácter permanente de la actividad.

⁹² Los diferentes casos de suspensión del contrato de trabajo son situaciones que juegan un papel importante en el cálculo de la antigüedad total del trabajador y eventualmente pueden influir en el régimen del despido individual.

⁹³ La antigüedad del trabajador puede influir sobre las sanciones de un despido injustificado. Diferentes legislaciones establecen que para tener derecho a la reintegración del trabajador debe dejarse pasar un periodo de espera, durante el cual el régimen del despido individual no se aplique totalmente. Este periodo es de tres meses en Perú (art. 2 LSE), de un año en México (art. 49 LFT), de 10 años en Brasil (art. 492 CLT), etcétera.

En Argentina, por ejemplo, la LCT no se ocupa de las contrataciones a prueba, a pesar de que diferentes referencias indirectas se hayan hecho para ciertas categorías de trabajadores con estatutos especiales (choferes privados, médicos, dentistas, periodistas profesionales, etcétera)⁹⁴ frente a esta situación se considera que este tipo de contrato no puede celebrarse entre las partes, si se tiene en cuenta que su fin es, de hecho, el de derogar las normas relativas a la ruptura del vínculo contractual.⁹⁵ En México se considera, también, que este tipo de contratos está prohibido, a pesar de que en la práctica esta modalidad de contratación sea común; un sector de la doctrina mexicana ha considerado que este tipo de contrato no es válido ya que el trabajador tiene todos los derechos legales a partir del momento en el cual inicia la prestación de sus servicios.⁹⁶

Para los otros países, algunos de ellos presentan al periodo de prueba como un simple periodo de espera, en el cual una vez terminado permitiría la aplicación de régimen del despido individual; tal es el caso de Perú donde dicho periodo es de tres meses (artículo 2 LSE).

En los otros países, el contrato a prueba ha sido objeto de una reglamentación específica, por ejemplo: en Colombia, en Brasil y en Panamá. En Colombia la legislación (CTC) adoptó el título II “el periodo de prueba o de aprendizaje”, cuyo objeto fue indicado, así como su forma (por escrito) y su duración máxima (dos meses).⁹⁷

En lo relativo a las exigencias de fondo para la existencia de un contrato a prueba,⁹⁸ en Perú (artículo 2 LSE) se ha indicado que los trabajadores admitidos por medio de concursos o reintegrados al servicio del mismo empleador estarán dispensados del periodo de prueba. La legislación panameña llega a la misma conclusión, pero limitando el uso de este tipo de contrato.⁹⁹

⁹⁴ Cf. Marchesini, G., “El periodo de prueba en los contratos de trabajo”, *Cartas de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, núm. 8, 1987, pp. 16-20.

⁹⁵ Cf. Krotoschin, *Manual de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1973, p. 11, cit. por Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, op. cit., p. 137.

⁹⁶ Cf. Trueba Urbina, A., *Ley federal del trabajo*, p. 41. Hay que agregar que la legislación mexicana prohíbe el contrato a prueba; sin embargo, este tipo de contrato se autoriza para los trabajadores domésticos, caso en el que el empleador puede poner fin al contrato dentro de los 30 últimos días, sin necesidad de justificar el motivo (art. 343, LFT).

⁹⁷ El art. 77 de CTC en Colombia indica que el periodo de prueba es el periodo inicial del contrato de trabajo, el cual tiene por objeto permitir al empleador apreciar las aptitudes del trabajador y a éste juzgar si las condiciones de trabajo le convienen.

⁹⁸ Cf. Barbagelata, H., *Introduction aux institutions...*, op. cit., p. 139.

⁹⁹ El art. 78 actual del CTP en Panamá admite el periodo de prueba (máximo tres meses), si se fija expresamente en el contrato y si se trata de prestaciones de

Se puede constatar, en conclusión, que el periodo de prueba es un mecanismo que impide la aplicación total del régimen de despido individual, se trata en definitiva de una manera de evitar la aplicación de dicho régimen.

B. La sustitución del empleador

Las legislaciones latinoamericanas han admitido el principio según el cual la sustitución del empleador en la empresa no afecta los contratos de trabajo; la antigüedad de los trabajadores no deberá sufrir consecuencia alguna o ser disminuida.^{100, 101} Además este tipo de sustitución se traduce en una responsabilidad solidaria entre el antiguo y el nuevo empleador con relación a las obligaciones que existían antes de la sustitución. La duración de esta responsabilidad solidaria ha sido limitada, en cuanto a su duración, en algunos países: ella es de seis meses en Costa Rica, en México¹⁰² y en Venezuela, y de un año en Panamá.¹⁰³ La importancia de estas reglas radica en el hecho de que, dado el caso, el régimen del despido deberá respetarse teniendo en cuenta la antigüedad total del trabajador, independientemente de la sustitución del empleador.

Estas situaciones son ejemplos que ponen en evidencia la diversidad de problemas que existen en el cálculo de la antigüedad del trabajador, la cual es un elemento esencial del despido individual.

servicio que exigen cierta capacidad o destreza; en dicho periodo, las partes podrán poner fin a la relación de trabajo sin responsabilidad alguna.

¹⁰⁰ Hay que precisar que la ley argentina (LTC) prevé en su art. 226 que el trabajador podrá considerar roto su contrato si, en caso de cambio del establecimiento, él sufre algún perjuicio.

¹⁰¹ La jurisprudencia argentina, por su parte, consideró que en esta hipótesis el trabajador sólo es un tercero con relación al cambio del establecimiento; así él no puede considerarse despedido salvo circunstancias excepcionales (por ejemplo: el cambio de objeto de la explotación, la modificación de sus funciones, de su cargo o de su empleo, etcétera; situaciones que han sido indicadas, además, por el art. 226 LCT). Se trata de una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, del 26 de mayo de 1971, citada por Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 392.

¹⁰² En México esta solidaridad entre antiguo y nuevo empleador subsiste durante dos años, de conformidad con las obligaciones señaladas por la ley de seguridad social; "Artículo 270", cf. *Ley del Seguro Social*, México, 1986, p. 181.

¹⁰³ Cf. Hoyos, A., "Síntesis del derecho panameño del trabajo", *DLT*, México, vol. II, 1974, p. 195.

Sección 4. El despido individual y las otras formas jurídicas de ruptura

El despido individual es tan sólo una posible forma de romper el contrato de trabajo. Entre los otros mecanismos de ruptura reconocidos en las legislaciones latinoamericanas es necesario estudiar aquellos más comunes, por ejemplo el mutuo consentimiento (§ 1), la renuncia (§ 2) y la fuerza mayor (§ 3).

§ 1. El mutuo consentimiento

El acuerdo de las partes puede poner fin al contrato de trabajo. Se trata del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad aceptado en materia civil, según el cual las voluntades que han creado el contrato pueden romperlo. Así, el mutuo consentimiento ha sido reconocido por todas las legislaciones latinoamericanas como un mecanismo de ruptura del contrato de trabajo.¹⁰⁴ Es un acto jurídico bilateral que supone, por un lado, la expresión libre de la voluntad de las partes para poner fin a su relación y, por otro, la ausencia de una falta de alguna de las partes (trabajadores o empleadores), por lo cual es inaplicable el régimen del despido individual o el de la renuncia del asalariado. Las características de esta institución han permitido, en todos los países de la región latinoamericana, un uso abusivo de este tipo de ruptura, al presentar como *mutuus disensus* aquello que en realidad fue un despido.

Es importante saber si en este tipo de ruptura un “mutuo acuerdo” es lícito, es decir, hay que conocer sus condiciones de validez (A). Por otra parte, se puede observar que en algunos países la aceptación del empleador de la renuncia de un trabajador puede ser considerada como un mutuo consentimiento, en este caso estamos frente a una recalificación de la ruptura (B).

A. Las condiciones de validez

La mayoría de las legislaciones de la región sólo mencionan al mutuo consentimiento como un caso de ruptura del contrato de trabajo, entre otros, pero ellas no indican las condiciones necesarias para que dicho acto sea válido.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Venezuela, art. 34-a (LT); Costa Rica, art. 86-c (CCR); México, art. 53-I (LFT); Colombia, art. 62-c (CTC), etcétera.

¹⁰⁵ Es el caso de Venezuela, de Costa Rica, de Chile y de México.

Sin embargo, una deducción hecha del conjunto de las legislaciones permite afirmar que el mutuo consentimiento es válido, a condición que no provoque la renuncia a derechos y garantías establecidas por las leyes; porque el derecho del trabajo es de orden público, y un acuerdo privado no puede abrogar ni disminuir los beneficios reconocidos por la legislación.

Dejando de lado esta condición de carácter general, se pueden identificar algunas excepciones en algunos países, en lo relativo a la forma (a) y las modalidades (b) que un eventual acuerdo debe presentar.

a. La forma

En Argentina y Panamá, las legislaciones respectivas exigen que la manifestación de la voluntad sea hecha de manera expresa para poner fin al contrato de trabajo, es decir, debe efectuarse por escrito.¹⁰⁶

La ley argentina es más precisa sobre este punto, ya que exige que el acto deberá presentarse bajo la forma de una escritura pública o haber sido concluida ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo (artículo 241 LCT). En dichos casos la presencia personal del trabajador es necesaria para la realización de dicho acto.

El no respeto de estas condiciones provoca efectos diferentes en los dos países: en Argentina el acto se ha considerado nulo, mientras que en Panamá, se presume que ha habido un despido sin motivo legal.¹⁰⁷

b. Las modalidades del acuerdo

Las partes pueden establecer modalidades específicas con el fin de poder romper el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, ninguna norma lo impide, con la condición de que se respeten las condiciones antes señaladas.

En algún momento en Argentina, la jurisprudencia declaró lícita la ruptura del contrato de trabajo aceptada por trabajadores a los cuales el empleador había ofrecido la posibilidad de separarse del empleo percibiendo una "indemnización especial". Para la jurisprudencia argentina en este caso hay una ruptura por mutuo consentimiento y no una

¹⁰⁶ Argentina, art. 241 (LCT); Panamá, art. 210-1 (CTP).

¹⁰⁷ Para Argentina ver Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, pp. 165 y s.; Ruprecht, A. J., "Argentina", *IELL*, Países Bajos, vol. II, 1984, p. 72. Para Panamá ver Murgas Torraza, R., "La terminación de la relación", *op. cit.*, p. 177, Hoyos, A., "Panamá", *op. cit.*, pp. 109 y s.

ruptura por voluntad unilateral del empleador.¹⁰⁸ En los últimos años la jurisprudencia argentina no ha adoptado una posición definitiva respecto a este tipo de “invitaciones a la ruptura”. Se han podido identificar decisiones en las cuales los tribunales argentinos han pronunciado la nulidad de la renuncia de un trabajador por el hecho de que su empleador lo había invitado a renunciar a cambio de una indemnización.¹⁰⁹

Este tipo de mecanismo representa una puerta abierta para los fraudes, ya que la posibilidad de evitar la aplicación del régimen del despido individual se presenta más fácilmente y permite al empleador separarse de trabajadores de una manera menos costosa.

Estos inconvenientes fueron tomados en cuenta por el legislador brasileño, al señalar que el trabajador “estable” (con más de 10 años en la empresa) puede negociar la rescisión de su contrato de trabajo, pero el monto acordado no podrá ser inferior al 60% del doble de aquello que hubiera podido percibir en caso de despido.¹¹⁰

B. La recalificación de la ruptura

En algunos países latinoamericanos, la renuncia aceptada por el empleador puede ser considerada como una ruptura por mutuo consentimiento.¹¹¹ Ciertos autores hablan de la existencia de una “rescisión” unilateral tolerada.¹¹²

A pesar de que estemos en presencia de una ruptura diferente del mutuo consentimiento (en principio bilateral), la doctrina y la jurisprudencia de ciertos países de la región han visto aquí un caso de coincidencia de la voluntad de las partes para romper el contrato. Tal es el caso de Argentina, Brasil y Perú.

En el caso de la ley argentina se puede leer (artículo 241-3 LCT): “la relación de trabajo será considerada de igual manera como rota por la voluntad simultánea de las partes, si se deduce del comportamiento de las partes, que dicha relación fue abandonada sin equívoco.” Para

¹⁰⁸ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, 31 de diciembre de 1964 y Sala II, 11 de julio de 1956, *cit.* por Herrera, E., *Extinción de la relación...*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁰⁹ Cf. Goldin, O. A., “La extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y el principio de primacía de la realidad”, *Legislación del Trabajo*, Buenos Aires, núm. 403, vol. XXXIV, julio de 1986, p. 526.

¹¹⁰ Esta disposición fue reconocida por la ley núm. 5107 (art. 17, parágrafo 3); cf. Giglio, W., “La extinción de la relación...”, *op. cit.*, p. 22.

¹¹¹ Cf. Arenas Monsalve, G., “Causas y efectos de la terminación...”, *op. cit.*, p. 235.

¹¹² Cf. Pla Rodríguez, “Extinción del contrato de trabajo...”, *op. cit.*, p. 331.

un sector de la doctrina argentina se trata de un caso de ruptura por mutuo consentimiento celebrado de manera “tácita”.¹¹³ Con esta norma se quiso liberar al empleador de sus obligaciones para el caso de abandono de trabajo.^{114, 115}

En Brasil la carta de renuncia o el finiquito de la rescisión del contrato, aunque estén firmados por el trabajador con más de un año en la empresa, sólo es válido si se celebró con la asistencia del sindicato correspondiente o ante la autoridad competente del Ministerio del Trabajo (artículo 477 CLT). Este tipo de ruptura ha sido clasificada por un sector de la doctrina brasileña como una “extinción por acto bilateral de voluntad”,¹¹⁶ se trata de una concepción errónea del mutuo consentimiento que puede ser objeto de críticas.

En Perú, finalmente, se puede constatar que el mutuo consentimiento se maneja muy seguido en la práctica, como un retiro voluntario del trabajador, quien puede tener a veces algunas ventajas de tipo convencional.¹¹⁷

La jurisprudencia peruana, por su lado, consideró en ciertos casos que sin un litigio no se puede probar si hubo despido o abandono de trabajo, se debe considerar por equidad que hubo mutuo consentimiento.¹¹⁸

Este tipo de solución es criticable y superficial desde dos puntos de vista: por un lado, se podría favorecer la no aplicación del régimen del despido individual; por otro lado, esta solución es contraria al principio según el cual la interpretación de las normas de trabajo debe de hacerse en favor del trabajador, principio que ha sido reconocido por todas las legislaciones en América Latina.¹¹⁹

¹¹³ Cf. Herrera, E., “Extinción de la relación de trabajo...”, *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁴ Cabe señalar que en este tipo de “abandono de trabajo” hay una actitud recíproca de las partes que muestra el deseo de no continuar el contrato de trabajo. Mientras que en el abandono de trabajo, como motivo legal de despido, el empleador debe incitar al trabajador para que se reintegre a su puesto.

¹¹⁵ La jurisprudencia argentina señaló como ejemplo de esta conducta recíproca: la entrega y recepción del certificado de trabajo, la incorporación del trabajador a otro empleo, la percepción del treceavo mes fuera del tiempo normal para ello, etcétera. Cf. Herrera, E., “Extinción de la relación...”, *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁶ Cf. Giglio, W., “La extinción de la relación...”, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁷ Cf. Pasco Cosmopolis, M., “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁸ *Id.* p. 267.

¹¹⁹ La Constitución peruana indica en su art. 57-2, que en la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador.

§ 2. La renuncia

Se dejan de lado aquí los casos en los cuales la renuncia de un trabajador ha sido considerada como una ruptura por mutuo consentimiento; por el contrario, lo que podría llamarse la renuncia *stricto sensu* ha sido objeto de una reglamentación poco satisfactoria en América Latina.

La idea de libertad de trabajo ha sido reconocida en todas las constituciones latinoamericanas: para el trabajador no sólo se trata de la libertad de escoger el empleo que desea sino también la de poder desligarse en cualquier momento de dicho empleo.

Paralelamente, el principio civilista de la igualdad de las partes existe aparentemente respetado en la reglamentación del trabajo. Las partes quedarían libres de poner fin al contrato de trabajo en todo momento.

Este fundamento constitucional y este antecedente civilista se encuentran en la base de las normas relativas a la ruptura del contrato de trabajo realizada por iniciativa del trabajador. Dicho esto, hay que señalar que el trabajador tiene diferentes maneras para realizar este tipo de ruptura; antes que nada, una distinción entre ellas resulta necesaria: la existencia de diferentes normas aplicables permite hablar de *abandono de trabajo*, de *renuncia motivada* y de *renuncia liberadora*.

En relación con el abandono de trabajo, la manifestación de la voluntad del trabajador no se presenta por medio de un acto específico (por ejemplo un preaviso); son las acciones u omisiones del trabajador las que permitirán presumir su deseo. En este caso, el empleador podrá tomar la iniciativa y romper el contrato sin responsabilidad alguna.¹²⁰

En lo relativo a la renuncia motivada, se puede constatar que las legislaciones latinoamericanas han establecido una serie de hipótesis que

¹²⁰ Los elementos para caracterizar la existencia de un "abandono de trabajo" son muy variados. Por ejemplo, en Argentina la jurisprudencia consideró que había abandono cuando el trabajador había estado ausente cuatro meses después de su licencia anual. Cf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, 27 de agosto de 1985, "Santa Ana, Héctor M., c/ Papelera Sn. Justo, S. A. y otros", *Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, núm. 5, 1987, p. 416.

En México, hay abandono según la jurisprudencia, cuando el trabajador estuvo ausente habiendo decidido no regresar al trabajo. Esta situación es "evidente" si el trabajador presta sus servicios en otra parte. Ejecutoria, informe 1978, 2a. parte. 4a. sala, pp. 13 y 14. A.D. 860/78 Agustín Mercado Yáñez, 16 de agosto de 1978; *cit.* por Trueba Urbina, A., *Ley Federal del Trabajo*, p. 722.

En Brasil, la jurisprudencia fijó un plazo de 30 días con el fin de caracterizar el abandono de trabajo, *cf.* Giglio, W., "La extinción de la relación...", *op. cit.*, p. 61.

autorizan al trabajador para tomar la iniciativa con el fin de romper el contrato de trabajo: actitudes del empleador,¹²¹ y violaciones a las normas legales o contractuales que autorizan al trabajador a renunciar. La ruptura puede, eventualmente, ser imputable al empleador; esta hipótesis ha dado lugar al concepto de “despido indirecto”.

En cuanto a la renuncia liberadora, el trabajador al manifestar su deseo de romper el contrato de trabajo, está ejerciendo su derecho de rescisión unilateral; además él no está obligado a motivarla. Esta forma de ruptura ha sido utilizada comúnmente de una manera fraudulenta por parte de los empleadores latinoamericanos, a veces obligando a los trabajadores a firmar desde su contratación hojas en blanco que más tarde podrían ser presentadas como una renuncia firmada. Este tipo de práctica deplorable constituye en principio “un acto jurídico” nulo, ya que la expresión de la voluntad fue viciada. Sin embargo, será el trabajador el que deberá aportar la prueba de tales hechos.

En algunos países, la principal preocupación ha sido la de proteger la libre expresión de la voluntad para renunciar. En ese sentido, se han adoptado una serie de condiciones mínimas para que dicha renuncia sea válida. En los diferentes países existen diferencias cuantitativas y cualitativas en relación con este tipo de normas. En este sentido, se pueden distinguir tres grupos de países:

- Primero, aquellos en los cuales ninguna formalidad ha sido adoptada (A).
- en seguida aquellos para los cuales la notificación previa de la renuncia es necesaria (B), y
- finalmente, aquellos para los cuales la renuncia debe presentar formalidades complementarias (C).

A. La ausencia de formalidades

En el caso de Uruguay y de México, el trabajador puede manifestar su deseo de romper el contrato por medio de la renuncia. La legislación no impone formalidad alguna para que este acto sea válido; si el trabajador pone en duda la autenticidad del acto con posterioridad, él deberá probar los hechos, lo cual aumenta las dificultades para defender a un trabajador en dichas circunstancias.

¹²¹ En México (art. 51-II, LFT) estas actitudes pueden realizarse por parte de la familia del empleador. Se sancionan, de igual manera, las actitudes contra las personas de la familia del trabajador.

Este estado de cosas fue confirmado por la jurisprudencia mexicana, al señalar que la renuncia al trabajo constituye una simple manifestación de voluntad para romper la relación de trabajo, la cual no requiere de la intervención de las autoridades de trabajo para ser válida, ya que sus efectos son inmediatos y cuando hay objeción por vicios del consentimiento, será el trabajador quien deberá demostrarlos.¹²²

B. El preaviso necesario de la renuncia

En otros países se ha pretendido respetar la semejanza existente con la rescisión de los contratos de derecho común. Dicho esto, una formalidad de carácter general debe ser respetada por el trabajador que renuncia. Esta formalidad consiste en la obligación por parte del trabajador de prevenir a su empleador anunciándole su decisión de romper el contrato de trabajo. El plazo del preaviso sería el mismo para el trabajador y para el empleador.¹²³ El hecho de no respetar el preaviso por parte del trabajador podría provocar la obligación de pagar daños y perjuicios al empleador; sin embargo, este tipo de reclamaciones es raro en la práctica.

Entre los países que presentan reglamentaciones parecidas se encuentran: Brasil, Perú, Colombia, Venezuela y Costa Rica.¹²⁴

C. La renuncia con formalidades complementarias

El tercer grupo de países es aquel en el cual ciertas formalidades específicas son exigidas con el fin de que la renuncia sea válida; hay que

¹²² Jurisprudencia 1917-1975. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, quinta parte, cuarta sala, pp. 188-189, *cit.* por Buen, N. de, "La extinción de la relación...", *op. cit.*, p. 121.

¹²³ Sin embargo en Panamá, si se trata de un técnico, el preaviso será de dos meses y en los otros casos de 15 días (art. 222, CTP).

¹²⁴ Hay que hacer dos anotaciones para el caso de Brasil y de Perú.

En Brasil, un sector de la doctrina indica que la expresión de la voluntad puede efectuarse por el trabajador personalmente, por "interpósita persona" o por carta; *cf.* Giglio, W., "La extinción de la relación...", *op. cit.*, p. 31.

En Perú, el trabajador que renuncia debe presentar una comunicación escrita. Esta comunicación puede ser simple o notariada. El plazo de preaviso en este caso es de 30 días calendario, con excepción de los trabajadores agrícolas sobre los cuales no pesa la obligación de preaviso. Estas disposiciones fueron adoptadas en el art. 4 del decreto ley 21226.

En Perú el trabajador puede pedir al empleador ser dispensado de respetar el preaviso. El empleador podrá acordarlo total o parcialmente (aun en ausencia de solicitud) y así romper el contrato. La jurisprudencia peruana indicó que este tipo de solicitud del trabajador, exige una respuesta del empleador y si éste no responde de

señalar que la obligación de dar un preaviso no se excluye. Los países con este tipo de reglamentación son Argentina, Chile y Panamá.

En Argentina, la ley señala (artículo 240 LCT) que la rescisión del contrato de trabajo por parte del trabajador, con o sin preaviso, para ser válida, debe haber sido efectuada por el mismo trabajador por medio de un telegrama registrado con acuse de recibo, enviado al empleador o a la autoridad administrativa del trabajo; esos telegramas podrán ser enviados sin costo por las oficinas de correos, pero la presencia personal del remitente y la prueba de su identidad son exigidas. Estas formalidades han sido moderadas por la jurisprudencia argentina y se ha aceptado, por ejemplo, la renuncia hecha por medio de un telegrama simple con una copia certificada.¹²⁵

Hay que señalar que el mismo artículo indica otra posible manera de dar la renuncia, consistente en autenticarla ante la autoridad administrativa, la cual informará del caso al empleador interesado.

En Chile, la renuncia del trabajador debe hacerse por escrito, deberá estar firmada por el trabajador y también por el presidente del sindicato o el delegado del personal; asimismo, un segundo trámite es posible, consistente en que el trabajador confirme su decisión ante el inspector de trabajo (artículo 155 CCh), estas son formalidades necesarias con el fin de que el empleador pueda válidamente invocar la ruptura del contrato por el trabajador.¹²⁶ Hay que indicar que la legislación chilena ha considerado que la “renuncia voluntaria” del trabajador constituye una prueba suficiente de la ruptura del contrato, si ésta fue firmada ante un notario,¹²⁷ a pesar de que esta posibilidad se haya previsto en la ley (artículo 155 CCh), este trámite es importante ya que puede excluir la participación de los representantes sindicales en las renunciaciones.

Finalmente, en Panamá la notificación de la renuncia deberá estar firmada por la autoridad administrativa de trabajo (o su representante) o ratificada ante ella (artículo 222 CTP) para que el empleador pueda invocarla posteriormente.¹²⁸ Para una parte de la doctrina paname-

una manera negativa dentro de los tres días que siguen la recepción de la solicitud, ésta se considerará aceptada; cf. Pasco Cosmopolis, M., “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *op. cit.*, p. 259.

¹²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, 30 de diciembre de 1983, *cit.* por Herrera, E., “Extinción de la relación de trabajo...”, *op. cit.*, p. 271.

¹²⁶ Cf. Walker Linares, F., “Derecho del trabajo chileno”, *DLT*, México, 1974, vol. I, p. 612.

¹²⁷ Ord. N° 2.959, Santiago, 31 de diciembre de 1982, *Revista Jurídica del Trabajo*, Santiago de Chile, núm. 5, año LIV (núm. 489), mayo, 1983, p. 78.

¹²⁸ Cf. Hoyos, A., *Derecho panameño...*, *op. cit.*, p. 182.

ña, esto no impide que el empleador pueda demostrar tal hecho por otros medios.¹²⁹ La renuncia válida o lícita no provoca, entonces, ninguna responsabilidad por parte del empleador, aparte de las prestaciones ganadas o adquiridas por el trabajador antes de la fecha de la ruptura.

§ 3. La fuerza mayor

La fuerza mayor es un evento que impide al deudor ejecutar su obligación, en este sentido ésta permite exonerar de obligaciones. En algún momento, los autores latinoamericanos establecieron una distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito; en esta concepción, la fuerza mayor se opone al caso fortuito.¹³⁰

La idea de “caso fortuito” tiene una relación con la eventualidad de algunas situaciones tales como los fenómenos naturales, mientras que “la fuerza mayor” se presenta como un evento en el cual el hombre ha participado.¹³¹ A nivel legal, esta distinción no presenta interés alguno ya que los efectos son los mismos, en uno y otro caso, y ello ha permitido a veces utilizarlos como sinónimos.

Por otro lado, se puede advertir que el tratamiento del concepto de fuerza mayor no es el mismo en derecho civil y derecho del trabajo. En el primer caso, la ruptura del contrato no provoca el nacimiento de obligaciones pecuniarias por parte del deudor; por el contrario en derecho del trabajo, en algunos países, la fuerza mayor no excluye totalmente el pago de indemnización de ruptura.

Los elementos principales de la fuerza mayor son “la irresistibilidad, la impresibilidad y la exterioridad”.¹³² En algunas ocasiones la jurisprudencia ha agregado un cuarto elemento: “la actualidad de la fuerza mayor”; dicho de otra manera, cuando el empleador invoca la existencia de una fuerza mayor, ésta debe ser actual y contemporánea.¹³³ La

¹²⁹ Cf. Murgas, Torraza, R., “La terminación de la relación...”, *op. cit.*, p. 228.

¹³⁰ Cf. Guillén, R. y J. Vincent, *Lexique de termes juridiques*, París, Dalloz, 1985, p. 216.

¹³¹ Cf. Herrera, E., “Extinción de la relación...”, *op. cit.*, p. 407.

¹³² Carbonier, J., *Droit Civil*, París, vol. IV, 1982, p. 282. Otros autores señalan que la imposibilidad de la ejecución de las obligaciones es otro elemento de la fuerza mayor. Cf. Vincent, “La dissolution du contrat de travail”, *cit.* por Pla Rodríguez, A., “La extinción del contrato de trabajo...”, *op. cit.*, p. 333.

¹³³ Por ejemplo, así se indicó en la jurisprudencia argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, 30 de noviembre de 1982. “Pena, J. A., c/ Braniff Airways Incorporated”, *Carpetas de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, núm. 5, mayo de 1983, (sin página).

mayoría de las legislaciones latinoamericanas no dan algún concepto de fuerza mayor.¹³⁴

La fuerza mayor sólo puede, eventualmente, suspender el contrato de trabajo, siempre y cuando se trate de situaciones que impidan la ejecución de un contrato de manera temporal. Sin embargo, es necesario precisar aquí los casos de situaciones que pueden desembocar en la ruptura definitiva.

La fuerza mayor, *stricto sensu*, no ha sido objeto de una reglamentación abundante en América Latina. La doctrina, la jurisprudencia y, a veces, las legislaciones se han esforzado para establecer un catálogo de situaciones que podrían ser calificadas como fuerza mayor, con el fin de establecer consecuencias jurídicas frente a un caso específico. Se trata de situaciones diversas respecto de las cuales cualquier sistematización es difícil; sin embargo, ellas pueden agruparse en función de la parte que ha dado lugar a la existencia de la fuerza mayor. Dicho esto, se puede hablar de situaciones originadas por el trabajador (A), originadas por el empleador o la empresa (B), y también originadas por un tercero (C).

A. La fuerza mayor originada por el trabajador

En las legislaciones latinoamericanas la imposibilidad del trabajador para ejecutar su contrato de trabajo puede autorizar al empleador a tomar la iniciativa de ruptura del contrato sin que ésta le sea imputable. Entre estas situaciones se encontrará de manera repetida: la muerte del trabajador o su incapacidad.

En relación con la muerte del trabajador, cabe señalar que se trata de una situación que rompe el contrato en razón de su carácter *intuitus personae*,¹³⁵ y los beneficiarios podrán exigir el pago de prestaciones e indemnizaciones que procedan en el momento del deceso. Esto es más o menos aceptado, en principio, en los diferentes países aquí analizados.

De manera excepcional se pueden encontrar disposiciones específicas en las legislaciones de Argentina y Brasil con relación a los efectos punitivos por muerte del trabajador.

En Argentina (artículo 248 LCT) se señala que los beneficiarios tendrán derecho a percibir una indemnización equivalente al 50% de aque-

¹³⁴ Una excepción a esta tendencia es la CLT de Brasil, la que dispone en su art. 501 que hay que entender por causa de fuerza mayor todo evento que escapa a la voluntad del empleador y a cuya realización él no contribuyó, ni discreta ni indirectamente.

¹³⁵ Aunque la legislación peruana no lo mencione.

lla que hubiera podido ser pagada en caso de despido injustificado; por el contrario, en Brasil, el Estado ha organizado un sistema llamado de "auxilio funeral" que es completada por una "pensión de muerte", dirigido a las personas que dependían económicamente del trabajador.¹³⁶

Con relación en la incapacidad del trabajador, se tiene a veces la tendencia a asimilarla a la muerte del trabajador, a pesar de que las consecuencias jurídicas no sean siempre las mismas. Hay que establecer primeramente el grado de la incapacidad: temporal, total o parcial. En este último caso, el trabajador podrá ser reintegrado a su puesto, una vez que la incapacidad haya desaparecido; ella puede ser permanente y parcial: aquí el empleador estará a veces obligado a reintegrar al trabajador en la empresa, pero a un puesto compatible con sus nuevas aptitudes. La incapacidad puede ser también permanente y total, lo cual deja al trabajador sin la posibilidad de realizar trabajo alguno y provoca, así, la ruptura definitiva del contrato de trabajo. Las soluciones adoptadas para esta última hipótesis son bastante variadas en la región latinoamericana: en Brasil, por ejemplo, el trabajador recibirá una pensión de jubilación; en Argentina, el trabajador podrá percibir la indemnización de despido injustificado, y en México, el empleador pagará una indemnización especial (1,095 días de salario) si se trata de un riesgo de trabajo.

Ciertas precisiones deben de ser hechas en relación con el caso de suspensión del contrato de trabajo, el cual puede eventualmente, provocar la ruptura definitiva de aquél. La suspensión del contrato de trabajo es, por definición, temporal; en ese sentido ella no constituye una forma de ruptura del contrato. Las legislaciones latinoamericanas han establecido una lista de situaciones susceptibles de provocar una suspensión del contrato de trabajo, entre las cuales se encuentra la detención del trabajador, la enfermedad de éste, la incapacidad por accidente de trabajo, la huelga, etcétera.

Los principales efectos de la suspensión para el trabajador son que no existe obligación de laborar para el trabajador, y la de no pagar el salario para el empleador. Así, la suspensión siendo en principio temporal, debe tener un término, después del cual el trabajador debe reintegrarse a su puesto. Sin embargo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que es posible que el régimen del despido individual se aplique, ya sea durante la suspensión, o bien, al final de ésta.

¹³⁶ Cf. Giglio, W., "La extinción de la relación...", *op. cit.*, p. 20-21.

La suspensión del contrato de trabajo no excluye, entonces, la posibilidad de que el trabajador cometa un acto considerado por el empleador, lo suficientemente grave para provocar su despido.¹³⁷ Se trata en este caso de una idea general aceptada en los países estudiados.

Sin embargo, hay que señalar que en Costa Rica se podrá poner fin al contrato aun cuando no haya falta del trabajador, a tal efecto la ley correspondiente señala (artículo 76 CCR): durante la suspensión del contrato de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 74 (la falta de materias primas no imputable al trabajador, la fuerza mayor o un evento fortuito y el deceso o la incapacidad del trabajador que provoca la suspensión del contrato), el empleador o sus sucesores podrán poner fin al contrato pagando a los trabajadores el monto correspondiente al preaviso, la indemnización de despido y las otras indemnizaciones a las cuales ellos podrían tener derecho a pesar de que las ventajas pecuniarias resultantes del despido parecen ser respetadas, esta hipótesis muestra un tipo específico de ruptura del contrato de trabajo difícil de caracterizar.

Además, si al concluir la suspensión de labores el trabajador no se reintegra a su empleo, el empleador podrá tomar la iniciativa de romper el contrato. En Argentina la legislación ha considerado una situación singular en el caso que las partes no se hayan manifestado después de la terminación de alguna suspensión específica. En el artículo 211 (LCT) se puede leer que si los plazos de interrupción del trabajo, ya sea en razón de un accidente o una enfermedad, hubieran terminado y si el trabajador no pudiera regresar a su puesto, el empleador deberá conservárselo durante un año contado a partir de la expiración de los periodos indicados por la misma ley. Una vez terminado este plazo, la relación de trabajo continuará hasta que una de las partes decida notificar a la otra su voluntad de poner fin. La extinción bajo esta forma libera a las partes de la obligación de pagar cualquier indemnización.

Hay que señalar que la relación de este artículo no ha sido siempre así; los tribunales argentinos (en Buenos Aires) se han ocupado de la hipótesis en la cual el trabajador, después del plazo de espera, pide su

¹³⁷ Se señaló en Brasil que la interrupción y la suspensión no impiden que una justa causa sea concreta, cf. Giglio, W., "Justa causa", *LTR*, São Paulo, 1985, p. 41.

En México se consideró en una ejecutoria, el que la suspensión de un contrato de trabajo no autorizaba al trabajador a efectuar una actividad que haga competencia a su empleador. A. D. 512/952. Edmundo Carmona Urrutia, 28 de agosto de 1952, *Informe* 1952, cuarta sala, p. 13, cit. por Ramírez Fonseca, F., *El despido...*, op. cit., p. 88.

reintegración y ésta le es denegada, se ha considerado que el trabajador tendría derecho a la indemnización por despido, ya que esta situación constituye un despido injustificado.¹³⁸ Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sostuvo la tesis contraria, lo cual inició una tendencia hacia no pagar la indemnización del despido en el caso de una negativa de reintegración. Ello ha permitido la adopción del actual artículo 211 (LCT) en el cual ninguna indemnización es debida.

B. La fuerza mayor originada por el empleador

Algunos casos de fuerza mayor pueden provocar el cierre definitivo del centro de trabajo. El tratamiento de estas hipótesis no es homogéneo en las legislaciones de la región: a título de ejemplo, debe señalarse que en Brasil provoca la obligación por parte del empleador de pagar una indemnización especial,¹³⁹ mientras que en México esta hipótesis es considerada como una causa de terminación colectiva de las relaciones de trabajo (artículo 433 y siguientes LFT), lo cual implica que las autoridades administrativas de trabajo deben constatar los hechos constitutivos de la fuerza mayor, y el empleador deberá entonces indemnizar a los trabajadores.^{140, 141}

Por otro lado, uno de los casos específicos considerado de fuerza mayor, es la ausencia o la disminución de la cantidad de trabajo a realizar: en este caso, que supone la ausencia de voluntad del trabajador, éste tiene la posibilidad de denunciar el contrato de trabajo. En Argentina se ha considerado que esta situación puede afectar a un solo trabajador, pero en México esta hipótesis es considerada como una causa de terminación de carácter colectivo (con los efectos indicados para la hipótesis precedente).^{142, 143} En el caso de Panamá, esta circuns-

¹³⁸ Esta posición fue sostenida por la Suprema Corte de Buenos Aires el 19 de junio de 1971, *cit.* por Herrera, E., "Extinción de la relación de trabajo...", *op. cit.*, p. 489.

¹³⁹ La indemnización será diferente si se trata de un trabajador "estable" o no, esta indemnización será reducida en 50%. Finalmente, si el trabajador tiene un contrato de duración determinada, recibirá 25% de la remuneración a la que tendría derecho hasta el final del contrato (art. 502 CLT).

¹⁴⁰ En este caso la indemnización consiste en tres meses de salario.

¹⁴¹ La participación de las autoridades es necesaria de manera general en caso de despido por motivo económico en Perú, Chile, Panamá, Venezuela y Colombia.

¹⁴² Para el caso de Argentina la indemnización será de la mitad de aquella que es debida en caso de despido injustificado (con o sin preaviso), *cf.* Herrera, E., "Extinción de la relación de trabajo...", *op. cit.*, p. 413.

¹⁴³ La legislación mexicana señala (art. 38 LFT) la posibilidad de establecer contratos de trabajo cuya duración no es fijada inicialmente. Estos contratos termina-

tancia puede constituir una justa causa de despido si paraliza la empresa durante más de un mes; en este caso, el empleador podrá tomar la iniciativa de la ruptura sin responsabilidad alguna.¹⁴⁴

C. La fuerza mayor originada por un tercero

Una disposición o una decisión del Estado puede a veces provocar la ruptura definitiva de uno o varios contratos de trabajo, situación conocida con el término *factum principis*. En este caso, el o los contratos de trabajo terminarán y el empleador no estará obligado a dar una indemnización, con excepción de los derechos o prestaciones que el trabajador había adquirido al momento de la ruptura.

Se trata de un tema que no ha sido muy tratado ni por la legislación ni por la doctrina latinoamericana. Sin embargo, existe una disposición excepcional en Brasil,¹⁴⁵ según la cual, frente a dicha hipótesis, el Estado deberá indemnizar a los trabajadores afectados; en efecto, en el artículo 486 (CLT) se puede leer que en caso de interrupción del trabajo temporal o definitiva, motivada por un acto de la autoridad municipal, federal o del Estado, o por la promulgación de leyes o de decisiones que hagan imposible la continuación de la actividad, deberá pagarse al trabajador interesado una indemnización que estará a cargo del gobierno responsable de la medida. Se trata de una disposición interesante ya que da lugar a la noción de “autoridad responsable” en la ruptura de los contratos de trabajo, la cual no ha sido objeto de análisis profundo.

rán cuando el capital invertido haya sido utilizado. Este tipo de contratos se autoriza para el caso de minas.

¹⁴⁴ Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación...”, *op. cit.* p. 222.

¹⁴⁵ Cf. Giglio, W., “La extinción de la relación...”, *op. cit.*, p. 20.