

<b>CAPÍTULO II. Las sanciones del despido individual</b>	. . .	213
Sección 1. Las sanciones contra el despido irregular	. . .	213
Sección 2. Las sanciones contra el despido injustificado	. . .	221
Sección 3. Las obligaciones posteriores al despido	. . .	238

## CAPÍTULO II

### LAS SANCIONES DEL DESPIDO INDIVIDUAL

La inobservancia de las condiciones de ejercicio del despido da lugar a diferentes sanciones que varían en función de la condición que se ha violado; existen, entonces, sanciones contra un despido irregular (sección 1) y sanciones contra un despido injustificado (sección 2). Además, algunas obligaciones subsisten a la ruptura del contrato de trabajo y requieren algunas precisiones (sección 3).

#### *Sección 1. Las sanciones contra el despido irregular*

Se llama aquí “despido irregular” al que ha sido realizado sin respetar las condiciones extrínsecas requeridas, y las sanciones previstas en este caso son, antes que nada, de carácter civil.

Dos tipos de sanciones pueden pronunciarse: por un lado, la nulidad del despido (§ 1) y por otro los daños y perjuicios (§ 2).

#### § 1. La nulidad del despido

La mayoría de los países han reconocido la nulidad del despido en caso de no respeto de sus condiciones extrínsecas, sin embargo su aplicación es limitada en cuanto a sus efectos.

En el derecho común, la nulidad de un acto provoca el regreso al estado en el cual se encontraban las partes antes de la realización de dicho acto; en el caso del despido, la nulidad del acto debería provocar la reintegración del trabajador a su puesto. Sin embargo, en materia laboral, las consecuencias de la nulidad no son las mismas, a pesar de que en diversos sectores del régimen del despido, se encuentre esta disposición (nulidad del acto por la inobservancia de las condiciones extrínsecas). Se advierte que a pesar de ello la reintegración del trabajador no ha sido garantizada.

Las normas en materia de nulidad aparecen concretamente en dos áreas: la información del despido (A) y los procedimientos previos al despido (B).

## A. La información del despido

Tal como se pudo observar, el despido ha sido considerado como un acto “recepticio”, cuya información es necesaria para que tenga efecto. Las características de la forma y del contenido de dicha comunicación han sido reglamentadas, pero la inobservancia de estas normas no altera la validez del despido; sobre este punto el caso de México parece reflejar claramente la posición de los países latinoamericanos.

El artículo 47 de la ley mexicana (LFT) prevé la obligación del empleador de informar del despido al trabajador; se trata de una condición extrínseca de despido sancionador. En un momento dado, los tribunales mexicanos señalaron que si el empleador no respetó la obligación de informar al trabajador sobre la ruptura de su contrato “dicho despido estará afectado de nulidad”.<sup>1</sup> Sin embargo, este tipo de decisión no provocó la obligación de reintegrar al trabajador; se trata, entonces, de saber cuál sería la sanción que se aplique al empleador que no respete o no haga dicha información.

La Suprema Corte de Justicia indicó que esta falta sólo provocaría para el empleador la obligación de pagar una multa.<sup>2</sup>

## B. Los procedimientos previos al despido

En algunos casos específicos el despido necesita respetar un procedimiento previo para ser válido, la inobservancia de dichos procedimientos debería permitir considerar al despido como nulo. Sin embargo, se puede constatar que a nivel de la jurisprudencia y de la legislación, las consecuencias lógicas de esta situación no han sido aplicadas.<sup>3</sup> Dos situaciones constituyen el ejemplo de ello: el caso de los trabajadores que ocupan funciones representativas y el procedimiento previo de despido previsto en Perú.

<sup>1</sup> Este criterio fue adoptado en una decisión del 6 de septiembre de 1982. A.D. 3395/82, Ma. de los Ángeles Leal Martínez, *Informe 1982*, cuarta sala, Nº 36, p. 34, cit. por Ramírez Fonseca, F., *El despido, op. cit.*, pp. 169 y 170.

<sup>2</sup> *Id.* p. 156.

<sup>3</sup> La inobservancia de los procedimientos previos al despido no provoca, necesariamente, la reintegración: el despido, en este caso, será válido. La jurisprudencia de Costa Rica ha adoptado este criterio durante los últimos años, ver por ejemplo: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, núm. 112, 1981, cit. por Marín Zamora, R., “La estabilidad laboral en Costa Rica, realidad del mito y mito de la realidad”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 47, 1982, p. 143.

En el primer caso, la mayoría de las legislaciones estudiadas, han adoptado un principio según el cual el despido de un trabajador con funciones representativas no puede ser hecho de manera inmediata. En este caso, una autorización previa de las autoridades del trabajo es necesaria. Así, el despido pronunciado en ausencia de este procedimiento será considerado nulo. La sanción no es la reintegración del trabajador a su puesto, y en la mayoría de los casos ello se traduce en una sanción de carácter pecuniario.

En la legislación peruana (LSE) todo trabajador que será objeto de un despido debe haber tenido el derecho de defenderse antes de que la medida sea tomada de manera definitiva; es por ello que ha sido organizado un procedimiento previo al despido. La sanción por la inobservancia de dicho procedimiento no ha sido claramente indicada en la ley. Ello ha llevado a los autores peruanos a preguntarse sobre las consecuencias de la inobservancia del procedimiento. Para algunos autores, resulta evidente que la omisión de este trámite previo no provocará la nulidad del despido.<sup>4</sup> Una posición de este tipo por parte de los tribunales peruanos sería coherente con las soluciones adoptadas en los países vecinos.

## § 2. Los daños y perjuicios

El caso más importante en el cual los daños y perjuicios sancionan la inobservancia de las condiciones extrínsecas es el preaviso (A). Sin embargo, en algunos países se ha reconocido el pago de daños y perjuicios en situaciones específicas, por un lado, en función del daño sufrido (B), y por otro, en el caso de intereses moratorios (C).

### A. El preaviso

En los países que han reconocido el despido liberador, la obligación de preavisar se ha impuesto al empleador que desea despedir un trabajador sin causa legal. En todos los casos, se advierte que la violación de los plazos de preaviso es sancionada con una indemnización.

El preaviso ha sido concebido como una obligación de hacer, y se ha considerado que puede transformarse en una obligación de dar una indemnización (con carácter dispensador). Frente a esta situación, puede constatarse que corresponde al empleador escoger entre el respeto del plazo de preaviso o el pago de dicha indemnización.

<sup>4</sup> Cf. Pasco Cosmopolis, "Extinción de la relación laboral en el Perú", *op. cit.*, p. 252.

En esta materia, el debate en la doctrina latinoamericana se ha orientado hacia la discusión de la naturaleza jurídica de la indemnización de preaviso, se trata de un debate amplio y complejo y a veces infructuoso. Para algunos autores, la indemnización por inobservancia de preaviso puede asimilarse a una cláusula penal o a un “resarcimiento de daños”.<sup>5</sup> Esta interpretación ha sido inspirada por la doctrina italiana y ofrece una explicación basada en criterios de derecho civil.

Así, la obligación de preavisar se ha presentado como una carga para las partes en el contrato de trabajo; sin embargo, la indemnización de preaviso no tiene la misma naturaleza cuando es a cargo del empleador, que cuando es a cargo del trabajador. Para el trabajador, se trata de una manera de sancionar la inobservancia de una condición formal cuando renuncia, mientras que para el empleador dicha indemnización presenta, antes que nada, un carácter de resarcimiento por inobservancia del contrato hasta el final del periodo de preaviso.<sup>6</sup>

Por su parte la jurisprudencia venezolana ha señalado que esta indemnización constituye una “conversión financiera del derecho de preaviso”.<sup>7</sup>

Lo importante en este momento, es saber si la suma pagada por el empleador por inobservancia del preaviso debe ser considerada como indemnización o como un salario. El interés de esta cuestión se relaciona con los efectos posibles que pueda tener en materia de seguridad social. Así, si se considera dicha suma como salario, deberá hacerse la cotización correspondiente a la seguridad social, mientras que si las sumas que debe el empleador se consideran como una indemnización, no se pagará dicha cotización. Puede constatarse que este último criterio ha adquirido un lugar cada vez más importante en la doctrina y en la jurisprudencia en América Latina.

En Brasil por ejemplo, una parte de la doctrina afirma que la legislación ha hecho un uso equivocado de la palabra “salario” para el caso de la indemnización de preaviso, se trata de una “reparación del daño causado por la inejecución de la obligación de hacer”, consistente en dar un preaviso.<sup>8</sup> La doctrina argentina, por su parte, comparte este

<sup>5</sup> Cf. Caldera, R., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 382.

<sup>6</sup> Cf. Deveali, L. M., *El derecho del trabajo, en su aplicación y sus tendencias*, Buenos Aires, Editora Astrea, 1983, vol. I, p. 582.

<sup>7</sup> El texto original habla de “conversión patrimonial”, pero se ha utilizado el término “financiera” para evitar confusiones.

<sup>8</sup> Cf. Russomano, “O empregado e o empregador no direito brasileiro”, p. 228, cit. por Tavares, *Comparaison du droit du licenciement, en France et au Brasil*, op. cit., p. 149.

razonamiento,<sup>9</sup> en los dos países la idea de “reparación del daño” ha sido adoptada por la jurisprudencia.<sup>10</sup>

A pesar de que la indemnización de preaviso sea aplicable, antes que nada, en el caso de contratos de duración indeterminada, puede advertirse la utilización del término “indemnización” para el caso de ruptura de los contratos de duración determinada. En el segundo caso, los criterios que determinan el monto de la indemnización son diferentes.<sup>11</sup>

a. El cálculo de la indemnización de preaviso

Con respecto al monto de la indemnización de preaviso se observa una relación estrecha con la duración del mismo.

En efecto, la casi totalidad de los países que han reconocido el despido liberador (Argentina, Colombia, Brasil, Costa Rica y Venezuela) señalan que el monto de la indemnización de preaviso es igual al salario correspondiente al mismo periodo. Dicho de otro modo, la duración del preaviso determinará el monto de la indemnización del mismo, este es el criterio de base en el cálculo de dicha indemnización. Sin embargo, existen algunas variaciones en algunos países; por ejemplo en Chile, en Panamá, en Argentina y en Colombia.

En Chile el monto de la indemnización será equivalente a la última remuneración mensual pagada, mientras que en Panamá no se especifica dicho monto. En este último país se ha indicado que en dicha

<sup>9</sup> Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>10</sup> En Brasil, el Supremo Tribunal Federal decidió que la suma pagada por la inobservancia del preaviso es una indemnización. Se afirmó que “no debe deducirse la cotización a la Seguridad Social que debe el trabajador, ya que la suma pagada no se confunde con el salario”, Supremo Tribunal Federal, *ler. t. 27 de abril de 1973, Calheiros Bomfim, “● contrato de trabalho visto pelo TST”, p. 149, cit. por Tavares, Comparaison du droit du licenciement, en France et au Brésil, op. cit.*, p. 150. Para el caso de Argentina, ver Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo, op. cit.*, p. 159.

<sup>11</sup> Existen dos sistemas de fijación del monto de la indemnización de preaviso, para el caso de una ruptura anticipada del contrato.

a) El sistema de cantidad indeterminada en Venezuela y en Costa Rica (en este segundo país la cantidad será determinada por expertos según el art. 31 (CCR), respetando los límites legales.

b) El sistema de cantidad determinada, por ejemplo en Colombia donde el trabajador tiene derecho a percibir el salario correspondiente al periodo que falta para que termine el contrato o el fin de la obra (con un mínimo de 15 días de salario); o en Brasil donde el trabajador sólo tiene derecho a la mitad de la remuneración a la cual hubiera tenido derecho hasta la expiración de contrato (este criterio fue modificado para los trabajadores de la “construcción civil” con la ley 2.959 del 17 de noviembre de 1965). *Cf.* Dos Santos, J., “Duración del contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 276.

situación el efecto será el mismo que en el caso de un despido sancionador, es decir, no hay una indemnización específica de preaviso, a pesar de que la obligación de preavisar haya sido reconocida en algunos casos. En Argentina, los plazos de preaviso se calculan a partir del primer día del mes siguiente a la notificación del preaviso (artículo 233 LCT). Si el despido ocurre en otra fecha diferente al último día del mes, a la indemnización de preaviso deberá agregarse una suma igual a los días que queden por cumplir el mes en el cual se ha pronunciado el despido. En Colombia, el plazo de preaviso es de 7 días en caso de contrato de aprendizaje, en consecuencia la indemnización consistirá en el pago del monto del salario correspondiente a dicho periodo.

## B. La reparación en función del perjuicio sufrido

Una discusión se ha iniciado en la doctrina latinoamericana con relación a las características de la indemnización de despido.

Teniendo como referencia los principios de derecho común en materia de ruptura de los contratos, se ha considerado que los daños causados por un despido no pueden ser reparados con una indemnización calculada globalmente. En consecuencia, algunos países han creado una indemnización complementaria bajo el título de “daños y perjuicios”, concretamente en Chile, en Argentina, en Venezuela y en Uruguay.

En Chile algunas reformas recientes (artículo 12 de la Ley 18,372 de diciembre de 1984) han reconocido la posibilidad de una indemnización complementaria a cargo del empleador en caso de que éste hubiera invocado una causa de despido con una intención “maliciosa”. En este caso, el empleador deberá indemnizar al trabajador los perjuicios sufridos, y el monto de esta indemnización será evaluada (se tramitará como un incidente del proceso) por el mismo tribunal que conoce de la causa de ruptura del contrato. Una vez más, el problema de la carga de la prueba para el trabajador puede representar un obstáculo para el pago de esta indemnización.

La jurisprudencia en Argentina, por el contrario, ha señalado que tradicionalmente la indemnización de despido (global y calculada previamente por la ley) comprendía la totalidad de la reparación del daño causado al trabajador; en ese sentido no hay lugar para solicitar otra indemnización. Este criterio ha sido objeto de un amplio debate en la doctrina argentina, y algunos autores han considerado que, independientemente de la indemnización por despido, existe la posibilidad de reclamar la reparación de otros “incumplimientos” derivados del de-

recho común.<sup>12</sup> Este desarrollo doctrinal ha dado lugar al concepto de “daño moral”, cuya reparación se agrega a la indemnización por despido. Algunas decisiones de los tribunales han señalado que existe “daño moral” cada vez que una conducta va más allá de un “ejercicio razonable” del derecho a la ruptura del contrato; en consecuencia, este tipo de daño deberá ser reparado, independientemente y de manera separada, de la indemnización global,<sup>13</sup> se trata entonces de una sanción de carácter civil. Algunos autores han señalado que esta sanción sólo debe aplicarse cuando se comprueba la existencia de una “maligna intención de producir daños”.<sup>14</sup> Diversas decisiones han sido pronunciadas en favor del pago de esta indemnización complementaria, la cual deberá pagarse cuando el trabajador demuestre la existencia de un daño causado por un hecho diferente del despido.<sup>15, 16</sup>

Fuera del caso argentino, la idea de “daño moral” no es común en las decisiones relativas al despido individual en América Latina. Cabe señalar que la reparación del “daño moral” se hace generalmente pagando una indemnización, sin embargo, en algunas decisiones de los tribunales argentinos han condenado al empleador a una reparación en especie.<sup>17</sup>

Por su lado, la legislación venezolana reconoció la posibilidad de pago de una indemnización por daños y perjuicios para el caso de resolución del contrato. En este caso la parte que, con su falta, ha dado lugar a la ruptura, deberá pagar una indemnización cuyo monto será equivalente al salario del preaviso que debiera haber sido respetado si el contrato fuera de duración indeterminada.

<sup>12</sup> Apoyándose concretamente en el art. 1109 del Código civil argentino.

<sup>13</sup> Tribunal Superior de Justicia, Entre Ríos, “R. M. c/ Sociedad Comercial”, 25 de marzo de 1985, *Cf.*, *Carpetas de derecho del trabajo*, Buenos Aires, núm. 1, enero de 1986, pp. 40 y s.

<sup>14</sup> *Cf.* Llambias, “Obligaciones”, *Tratado de derecho civil*, vol. I, pp. 340 y 353, cit. por Herrera, E., “La extinción de la relación de trabajo”, *op. cit.*, p. 220.

<sup>15</sup> En una decisión de la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa, se ordenó el pago de este tipo de indemnización para reparar el daño moral que se había provocado con la falsa denuncia de un empleador por un hecho delictivo. Decisión del 22 de septiembre de 1976. *Id.* p. 222.

<sup>16</sup> Con el fin de justificar este tipo de reparación, se señaló que ciertos “derechos personalísimos, subjetivos e inmateriales”, como el honor y los sentimientos, deben ser protegidos en materia laboral. *Cf.* Herrera, José, “El daño moral en la extinción del contrato de trabajo (Jornadas de derecho laboral)”, *Carpetas de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, núm. 12, 1985, p. 22.

<sup>17</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con el fin de reparar el daño moral causado con la difusión de una nota de servicio, donde se calificó al trabajador de “indeseable”, condenó a la empresa a la publicación de la sentencia en la que se declaraba el despido injustificado. Decisión de la Cámara I del 14 de abril de 1976, *Ibid.*

A manera de conclusión hay que anotar que la jurisprudencia uruguaya en algunas ocasiones aceptó el pago de daños y perjuicios por parte del empleador en los casos en que el despido aparezca “particularmente antijurídico”. Esta indemnización complementaria se agrega a la indemnización global prevista para el caso de despido sin causa legal. En otros casos, la jurisprudencia uruguaya, inspirada tal vez por la doctrina argentina, ha reconocido la existencia de un “daño moral”, para el caso del despido de un trabajador de confianza al cual se ha ofendido su “dignidad profesional y su prestigio personal”.<sup>18</sup> Las decisiones de los tribunales sobre este tipo de indemnizaciones han usado la teoría del abuso de derecho. La posición de los tribunales uruguayos en esta materia no es uniforme, ya que existen decisiones que ordenan dicho pago y hay otras que lo niegan.<sup>19</sup>

### C. Los intereses moratorios

Los perjuicios pueden ser provocados por un retraso en la ejecución de una obligación. En este caso la reparación se hará por medio del pago de intereses moratorios. Este principio reconocido en el derecho común ha dado lugar a la creación de una indemnización complementaria en algunos países.

El empleador debe, en principio, pagar al trabajador los salarios y las prestaciones adeudadas al final del contrato, si no lo hace, deberá pagar una indemnización complementaria; dos países han reconocido esta posibilidad: Uruguay y Colombia.

En Uruguay las indemnizaciones a las que tenga derecho el trabajador serán aumentadas en 1% cada mes si ha habido una sentencia ejecutoria,<sup>20</sup> este porcentaje se aplicará de igual manera al periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de pago.<sup>21</sup>

En Colombia esta indemnización (indemnización moratoria) deberá pagarse por cada día de retraso en el pago de las sumas adeudadas. El monto de esta indemnización consiste en el salario diario que per-

<sup>18</sup> “Sentencia núm. 16 del 30 de mayo de 1986, Tribunal de Apelaciones del Trabajo”, *Derecho Laboral*, Montevideo, vol. XXIX, núm. 142, abril-junio de 1986, pp. 340 y s.

<sup>19</sup> Cf. Corporación Asesora de Empresas, *Ficheros CADE*, Montevideo, núm. 66, agosto de 1986, pp. 3 y s.

<sup>20</sup> Esta disposición fue adoptada por el art. 8 de la ley 12,597 del 30 de diciembre de 1958. Cf. Ermida Uriarte, O. S. y Pérez del Castillo, *Derecho positivo laboral*, op. cit., p. 50.

<sup>21</sup> Cf. Pla Rodríguez, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario”, op. cit., p. 57.

cibía el trabajador al final del contrato. Cabe señalar que esta indemnización no se pagará si hubo un acuerdo entre las partes para ignorar esta obligación, o bien si existe una autorización legal para retener el salario. Esta disposición, cuyo texto original fue adoptado en 1945,<sup>22</sup> establece que el pago de las deudas al trabajador (salarios, indemnizaciones, etcétera) era una condición para poder considerar al contrato de trabajo como un contrato roto; este principio provocó una fuerte actividad jurisdiccional en Colombia, donde dicha indemnización presentaba un carácter de “sanción” y era aplicable de manera automática. Este criterio permitiría la adopción de la indemnización por falta de pago prevista en el artículo 66.<sup>23</sup>

### *Sección 2. Las sanciones contra despido injustificado*

Un despido es injustificado si fue pronunciado en ausencia de motivo legal. La constatación de la existencia de una justa causa provoca la aplicación del régimen de las sanciones respectivas. Las dos sanciones posibles en caso de despido injustificado son las sanciones pecuniarias (§ 1) y las sanciones en especie (§ 2). Estas posibles sanciones han sido objeto de modificaciones en algunos países latinoamericanos, lo que en algunos casos se ha traducido en la existencia de un régimen más flexible de las sanciones correspondientes (§ 3).

#### § 1. Las sanciones pecuniarias

El empleador que pone fin al contrato de trabajo debe observar ciertas condiciones entre las cuales se encuentra la existencia de una justa causa. Estas condiciones son de orden público e imperativas para el empleador; así, el ejercicio del poder de gestión, manifestado por medio del despido, no es en principio, discrecional. El empleador que no respetó estos límites, puede ser sancionado, y las sanciones pecuniarias están constituidas por la indemnización de despido.

Esta indemnización es la sanción más importante y común que pueda imponerse al empleador que ha despedido un trabajador en ausencia de justa causa, lo cual no impide que pueda haber una sanción en especie.

<sup>22</sup> Se trata del art. 52 del decreto 2127 de 1945, *Cf.* González Charry, G., “Derecho del trabajo en Colombia”, *op. cit.*, p. 529.

<sup>23</sup> *Cf.* Arenas Monsalve, “Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo,” *op. cit.*, 252 y s.

Las legislaciones estudiadas hablan de “indemnización de despido”,<sup>24</sup> dos aspectos sobre el tema deben ser señalados: su naturaleza jurídica (A) y su cálculo (B).

### A. La naturaleza jurídica de la indemnización por despido

Los estudios relativos a la naturaleza jurídica de la indemnización por despido son numerosos y variados, y la diversidad en este debate va más allá de los límites de este trabajo; sin embargo, resulta necesario señalar algunos ejemplos, en ese sentido ha podido constatarse que la indemnización de despido ha sido considerada de la siguiente manera:

#### 1. Como un salario diferido

En esta concepción, la indemnización se presenta como una parte adicional que ha sido descontada durante el contrato de trabajo y entregada al final del mismo. Sin embargo, esta idea presenta algunas deficiencias, por ejemplo, en el caso de la renuncia no podría negarse el pago de dicha indemnización, y es sabido que se trata de una indemnización que sólo se pagará en caso de despido injustificado.<sup>25</sup>

#### 2. Como un precio de fidelidad

En este caso, la indemnización sólo se pagaría a los trabajadores que hayan laborado un largo periodo en la empresa. Esta interpretación derivada de la doctrina italiana presenta a la indemnización de despido como un complemento de la obligación de preavisar. Se trata de una especie de plazo complementario durante el cual el trabajador conserva su derecho al salario sin tener que trabajar.<sup>26</sup> Este razonamiento podría ser válido en el caso en que la indemnización se pagara inmediatamente después de la ruptura del contrato de trabajo, desgraciadamente esta situación no es común en América Latina.

<sup>24</sup> En Venezuela el trabajador despedido sin causa legal tiene derecho a una indemnización a título de derechos adquiridos y una indemnización de fin de servicios.

<sup>25</sup> Cf. Rivero, J. y J. Savatier, *Droit du travail*, op. cit., p. 638.

<sup>26</sup> Cf. Deveali, L. M., *El derecho del trabajo. En su aplicación y sus tendencias*, op. cit., p. 617.

### 3. Como una porción del valor agregado a la empresa

Esta concepción parte de la idea que la empresa es un conjunto de colaboradores, en la cual los beneficios de la misma serían divididos al igual que los riesgos. Ello permitiría no pagar indemnización a los trabajadores despedidos por una empresa deficitaria, se trata de una argumentación que no ha tenido mucho éxito en la región.

### 4. Como un daño a la antigüedad

La ruptura del contrato de trabajo pone fin, obviamente, a la antigüedad del trabajador, la cual constituye una de las fuentes más importantes de muchas prestaciones.<sup>27</sup> Para algunos autores, la indemnización de despido tendría como fin reparar este daño provocado.

### 5. Como una forma de previsión o de asistencia social

En este caso, la indemnización sería una manera de aliviar los efectos negativos a los cuales el trabajador despedido tiene que hacer frente; en esta línea de pensamiento, puede ubicarse la teoría de la indemnización considerada como un “seguro de desempleo”, teoría que fue utilizada en algún momento por la jurisprudencia uruguaya.<sup>28</sup> De la misma manera que los accidentes de trabajo provocan la responsabilidad del empleador, el riesgo de una ruptura del contrato produce la misma “responsabilidad sin falta”.<sup>29</sup>

### 6. Como un resarcimiento de daños

En este caso se trataría de un resarcimiento que el empleador debe pagar si no respetó las condiciones de fondo del despido; dicho de otro modo, si el trabajador ha sido despedido en ausencia de causa legal.<sup>30</sup> Esta explicación parece ser la más adecuada para caracterizar la naturaleza jurídica de la indemnización de despido en América Latina. Sin embargo, diferentes críticas han sido dirigidas a esta idea:

<sup>27</sup> Cf. Brun, A., “La jurisprudence en droit du travail”, p. 353, cit. por Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, op. cit., p. 172.

<sup>28</sup> Barbagelata, H., “Derecho del trabajo en Uruguay”, op. cit., p. 472.

<sup>29</sup> Cf. Barbagelata, H., *El derecho común sobre el despido y su interpretación jurisprudencial*, op. cit., pp. 42 y s.

<sup>30</sup> Esta intervención parte de la idea que el despido provocó un daño que debe ser compensado. Cf. Pla Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo*, op. cit., p. 217.

el monto de la indemnización, por ejemplo, no toma en cuenta el daño sufrido realmente por el trabajador, y la indemnización, entonces, pretende reparar un daño presumido, ya que su pago se hace independientemente de los daños efectivos,<sup>31</sup> se trataría más bien de una compensación económica por los daños materiales e inmateriales provocados por la pérdida del empleo.<sup>32</sup>

## B. El cálculo de la indemnización

La antigüedad del trabajador en la empresa es el elemento principal que debe tomarse en cuenta para el cálculo del monto de la indemnización. Sin embargo, pueden encontrarse algunas excepciones, en Colombia y en Venezuela, donde el capital de la empresa puede ser tomado en cuenta para determinar los aumentos a la indemnización.

En otros casos se han establecido límites al monto de la indemnización; se trata de límites inferiores, como en Costa Rica o de límites inferiores y superiores, como en Chile. Las enormes variaciones de los montos hace difícil el análisis de su cálculo, estas diferencias han sido presentadas, por razones prácticas, en la siguiente tabla:

<sup>31</sup> Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 204.

<sup>32</sup> Esta es la opinión de Giglio, W., Cf. "Naturaleza jurídica da indemnização de antigüedad", p. 69, cit. por Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, op. cit., p. 169.

## EL MONTO DE LAS INDEMNIZACIONES DE DESPIDO

País	Límites del monto Inferiores	Superiores	Fracción de tiempo que se asimila a 1 año	Otros criterios de variación del monto	Particularismos propios al país	Monto de base (fijo)
Chile	30 días de la última remuneración / año de servicio.		150 días de remuneración	6 meses continuos		Límite superior variado por los Contratos Colectivos e indemnización no dada a domésticos (salvo acuerdo).
Argentina	1 mes de salario / año de servicio mínimo: 2 meses de salario.			3 meses		
Colombia	Servicio continuo: > 1 año < 5 años = 15 días del salario > 5 años < 10 años = 20 días sal. > 10 años = 1 año acción para pago de indemnización, puede incluir la reintegración (más salarios caídos).			Cálculo proporcional para las fracciones restantes.	Empresa con capital 1.8 millones de pesos: Empresa con capital de 1.8 a 3.5 millones de pesos: indemnización = 75%.	45 días para el trabajador con 1 año de servicio.
Brasil	1 mes / año de servicio			6 meses		
Costa Rica	Servicio continuo: > 3 meses < 6 meses = 10 días de salario > 6 meses < 1 año = 20 días de salario 1 mes / año de servicio.		8 meses de salario.	6 meses		Ninguna indemnización se paga si se jubila al trabajador, luego del despido.
México					Aumento de indemnización si se niega la reintegración, art. 20 LFT.	3 meses de
Panamá	A partir de que entró en vigor la ley: (servicio continuo) < 1 año = 1 semana / cada 3 meses > 1 año < 2 años = 1 semana / 2 meses > 2 años < 10 = 3 semanas / año > 10 años = 1 semana / año <sup>1</sup> servicio precedente < 1 año = 1 semana / 3 meses; mínimo una semana. > 1 año < 2 = 3 meses 5 a 10 años = 4 meses 10 a 15 años = 5 meses. 15 a 20 años = 6 meses. > 20 años = 7 meses <sup>2</sup>				Indemnización aumentada en 25% si se niega la reintegración.	Textos especiales para domésticos.
Perú	Antigüedad: > 3 meses < 1 año: 3% remuneración mensual. > 1 año < 3 años = 6 remuneraciones. 3 años = 12 remuneraciones.					
Uruguay	1 mes / año de servicio.		6 meses <sup>3</sup>			Domésticos necesitan tener 1 año de antigüedad para recibir indemnización.
Venezuela	50% del salario del mes precedente a la ruptura. antigüedad: 3 a 6 meses = 5 días de salario > 6 meses < 1 año = 6 días de salario > 1 año = 15 días de salario / año.		8 meses si la indemnización se debe antes del 1º de mayo 75.			Doble indemnización si el empleador niega la reintegración.

<sup>1</sup> Estos criterios se aplican en forma combinada, repartiendo el tiempo de servicios cumplido en cada línea.

<sup>2</sup> En este caso estas tarifas no se aplican de manera combinada, ya que cada tarifa se aplica separadamente.

<sup>3</sup> Para los trabajadores de las empresas telegráficas = 12 meses.

En algunas empresas, las indemnizaciones de despido han sido aumentadas por los contratos colectivos.<sup>33</sup> Se trata de un sistema de cálculo de la indemnización, entre otros, ya que la fijación del monto de la indemnización por el juez en función de los elementos propios de cada caso, no ha sido adoptada en América Latina.<sup>34</sup> Los montos de las indemnizaciones pueden variar, ello se debe a que se tienen en cuenta dos aspectos para su cálculo (con excepción de Colombia y Venezuela): por un lado la antigüedad del trabajador en la empresa, y por el otro, el salario que éste percibía. Se trata de dos conceptos que pueden tener un significado especial en el régimen de las indemnizaciones de despido.

#### a. La idea de antigüedad

A primera vista, la antigüedad de un trabajador en la empresa no debería presentar problemas si se conoce, por un lado, la fecha en que el trabajador inició su servicio, y por el otro la fecha en la que el despido fue pronunciado.<sup>35</sup> Esta definición ha sido reconocida de esta manera en Argentina y en Uruguay, pero el cálculo de la antigüedad no siempre es fácil, ya que las legislaciones definen al tiempo de servicios de un trabajador como aquel de “trabajo efectivo”, por ejemplo, en Argentina y en Brasil. Este criterio presenta el problema de saber si ciertos periodos (como las suspensiones del contrato de trabajo) deben ser incluidos en la antigüedad total del trabajador, estos problemas son la fuente de innumerables litigios que las legislaciones tratan de manera diferente.

<sup>33</sup> Algunos ejemplos de esta situación son los siguientes: en Venezuela, la Siderúrgica del Orinoco, la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela; en México, Petróleos Mexicanos, Siderúrgica Lázaro Cárdenas las Truchas; en Colombia, Empresa Colombiana de Petróleos, Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá; en Argentina, Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina; en Costa Rica, Refinería Costarricense de Petróleos; en Chile, Compañía de Aceros del Pacífico (Planta Huachipato), etcétera. Cf. Bronstein, A., *Las relaciones laborales en las empresas estatales*, Ginebra, OIT, 1981, pp. 70 y s.

<sup>34</sup> En este tipo de sistemas, el juez goza de un margen más amplio en la fijación del monto de la indemnización; cuenta pues, con más libertad, ya que los límites prefijados no existen. Este sistema ha sido adoptado en Noruega, en Finlandia y en Japón, Cf. Pla Rodríguez, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario”, *op. cit.*, pp. 106-107.

<sup>35</sup> Hay que recordar que la legislación panameña estableció un doble régimen de indemnización en función de la fecha de entrada en vigor de la ley (30 de diciembre de 1971). En este país, la antigüedad que se tomará en cuenta para la indemnización sufrirá algunas variaciones si se encuentra antes o después de la adopción de dicha ley.

Con relación a la suspensión del contrato, pueden distinguirse dos grupos de países:

- 1) El no reconocimiento de las suspensiones en la antigüedad total, tal es el caso de Colombia y de Brasil.
- 2) Un reconocimiento parcial de dichas suspensiones, por ejemplo, en Argentina y en Costa Rica.

La legislación brasileña señala (artículo 4 CLT) que sólo se tomará en cuenta el “servicio efectivo” en el cálculo de la indemnización, es decir, las suspensiones del contrato de trabajo no serán tomadas en cuenta.<sup>36</sup> En Colombia, el empleador tiene la posibilidad de deducir los periodos de suspensión del contrato de trabajo, entre otros, en el momento de pagar la indemnización de despido (artículos 52 y 54 CTC).

En Argentina, la antigüedad debe tomarse en cuenta en la indemnización del despido incluyendo algunas suspensiones que la ley considera como trabajo efectivo (vacaciones, servicio militar, suspensiones por enfermedad), por el contrario, otras situaciones no serán tomadas en cuenta (como las licencias extraordinarias reconocidas en los contratos colectivos). La jurisprudencia argentina señaló, de igual manera, que no debe contabilizarse el tiempo de participación en una huelga ilegal.<sup>37</sup>

Por otro lado en Costa Rica el artículo 30-c(CCR) ha reconocido que para el caso de la indemnización de despido, la continuidad de un contrato de trabajo no se interrumpe por una enfermedad, un permiso o una huelga legal y demás situaciones que no provocan la resolución del contrato.

Con relación al plazo de preaviso, la mayoría de las legislaciones no mencionan si dicho periodo debe tomarse en cuenta en el cómputo total de la antigüedad para efectos de la indemnización de despido; sin embargo, las legislaciones de Argentina y de Brasil proponen una solución.

En Argentina (artículo 19 LCT) la duración del preaviso será tomado en cuenta en el cálculo de la antigüedad, esto se hará independientemente de que se respete o no, aunque en algunas decisiones jurisprudenciales los tribunales argentinos han decidido que “el preaviso

<sup>36</sup> A pesar de que “Las interrupciones del contrato de trabajo se consideren como servicio efectivo” ... “salvo los casos de servicio militar y accidentes de trabajo”. Cf. Tavares H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, op. cit., pp. 168 y s.

<sup>37</sup> Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 211.

no efectuado” no será tomado en cuenta.<sup>38</sup> En Brasil la legislación (artículo 487-1 CLT) ha considerado que la duración del preaviso será tomado en cuenta.

Dicho esto, es necesario indicar que el cálculo de la antigüedad del trabajador debe combinarse con el salario que percibía el trabajador para conocer el monto de la indemnización de despido.

#### b. La idea de salario

La segunda variable que debe considerarse en el cálculo de la indemnización de despido es el salario. Este dato, tiene una importancia significativa, ya que las características de su definición permitirán aumentar o disminuir considerablemente el monto de dicha indemnización. Las legislaciones latinoamericanas no ofrecen una respuesta unánime sobre este tema y proponen soluciones alejadas unas de otras.

Una primera distinción debe realizarse para el análisis del salario: por un lado se tienen los trabajadores que reciben un salario fijo (b.1) y por otra parte aquellos que reciben un salario variable (b.2).

##### b.1. Trabajadores con salario fijo

Para este tipo de trabajadores, el cálculo del salario que deberá tomarse en cuenta no siempre es el mismo en los diferentes países, a pesar que puedan identificarse, por lo menos, tres posibles mecanismos:

1) En algunos países, el salario de base que debe considerarse es aquel que recibe el trabajador en el momento del despido. Es decir, la última remuneración del trabajador permitirá hacer los cálculos correspondientes. Este criterio ha sido adoptado en Chile, en México, en Uruguay y en Venezuela.

2) En otros países, como en Brasil, la indemnización de despido se calcula sobre la base de la remuneración más elevada recibida por el trabajador en la empresa. Este criterio ha sido admitido igualmente en Argentina. Sin embargo, en este país sólo se tomará en cuenta la remuneración mensual más elevada recibida por el trabajador durante el último año, o bien la más elevada durante la duración total de los servicios, en caso de que este segundo cálculo sea más favorable. Argentina es el único país donde el salario de base tiene un límite superior: este salario no podrá superar tres veces el monto del “salario

<sup>38</sup> *Ibid.*

mínimo vital” en vigor al momento de la ruptura del contrato de trabajo.<sup>39</sup>

3) En otros casos un cálculo previo es necesario: hay que determinar el promedio de los salarios percibidos por el trabajador durante cierto periodo para conocer el monto del salario que servirá de base para calcular la indemnización de despido. En el caso de Costa Rica, este periodo corresponde a los últimos seis meses del contrato, o dado el caso, del periodo inferior. Por el contrario, en Panamá se ha establecido el promedio de dos periodos: los últimos seis meses y los últimos 30 días que precedieron la fecha en que el derecho a la indemnización fue exigible. Así, el cálculo de la indemnización se realizará sobre la base del promedio más favorable al trabajador.

A veces la legislación y la jurisprudencia se ocupan de la continuidad de las sumas pagadas que servirán de base al cálculo de la indemnización. Debe tratarse de pagos repetidos o sistemáticos. Por ejemplo, en Colombia, a pesar de que no haya una referencia directa al salario —como elemento de base en el cálculo de la indemnización—, la ley correspondiente indica que el salario es una “remuneración fija o habitual” (artículo 128 CTC). En Argentina, la remuneración mensual que servirá de base deberá presentar un carácter “normal y habitual”; la misma situación se presenta en Brasil donde los tribunales han considerado que deben tomarse en cuenta ciertos complementos del salario “en razón del carácter habitual de su pago”.<sup>40</sup>

En algunos países se ha tratado de clarificar el concepto de salario distinguiendo los elementos “constitutivos” y “no constitutivos” del salario, independientemente del pago diario o mensual. En Chile cualquier suma percibida por el trabajador con motivo de sus prestaciones de servicios al momento de la cesación del contrato debe incluirse en el salario de base (artículo 163 CCh).<sup>41</sup>

Por otra parte, la mayoría de los países no cuentan con normas específicas sobre la definición de los elementos que integran el salario; en estos casos, será la jurisprudencia la que indicará lo que deberá incluirse o no incluirse en el salario.

<sup>39</sup> La ley argentina (art. 16, LCT) indica que el salario mínimo vital es la remuneración mínima que el trabajador, sin carga de familia, debe recibir en efectivo por la duración de su trabajo, de tal manera que pueda satisfacer sus necesidades de alimentación, casa, instrucción, vestido, asistencia médica, gastos de transporte, disfrute de diversiones, vacaciones y previsión social.

<sup>40</sup> Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>41</sup> En caso de que se paguen prestaciones en especie, éstas deben ser evaluadas en dinero. Además, una posición bastante próxima ha sido adoptada en Argentina donde las posibles prestaciones en especie deberán “valorizarse”.

Dicho esto puede advertirse que, en una buena medida, la regularidad del pago es el elemento que determinará si se le toma en cuenta en el cálculo del salario base. En efecto, una prestación que no presenta un carácter periódico, no se tomará en cuenta en el salario de base. Por ejemplo no se consideran como elementos constitutivos del salario las asignaciones familiares en Chile y Argentina,<sup>42</sup> el pago de las vacaciones en México<sup>43</sup> y Argentina,<sup>44</sup> los viáticos en Argentina<sup>45</sup> y México.<sup>46</sup>

## b.2. Los trabajadores con salario variable

Para los trabajadores con un salario variable el cálculo del salario de base para la indemnización es más complejo, hay que encontrar primeramente el promedio de los ingresos percibidos durante un cierto periodo (diario o mensual). Tal es el criterio que ha sido adoptado en los países latinoamericanos para este tipo de trabajadores.

Hay que recordar que en Costa Rica y en Panamá se ha reconocido el mismo criterio en el cálculo del salario de base de la indemnización para los trabajadores con salario fijo, y también para los trabajadores con salario variable, ello parece lógico si se tiene en cuenta que en ambos casos hay que encontrar el promedio de los ingresos del trabajador durante el periodo indicado en la ley.

Las diferencias entre los países pueden encontrarse más bien con relación al tiempo que debe considerarse para el cálculo de este promedio. Sobre este punto las divergencias son más grandes y cualquier sistematización resulta difícil, lo cual obliga a realizar una exposición caso por caso.

En Chile, el salario de base para el cálculo equivale al promedio mensual del salario recibido por el trabajador durante los últimos tres meses del contrato; cabe señalar que en este país las indemnizaciones por despido deberán ser ajustadas en función de la variación del índice de precios.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> En México las cotizaciones al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, no forman parte del salario, la jurisprudencia lo ha decidido así. Cf. Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Jurisprudencia laboral, 1917-1981*, pp. 174 y 175.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 207.

<sup>45</sup> *Id.* p. 208.

<sup>46</sup> Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Jurisprudencia laboral, 1817-1981*, op. cit., p. 117.

<sup>47</sup> Según el art. 21 de la ley local, las indemnizaciones se reajustarán en función del índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas, o

En Argentina no hay una referencia directa sobre la manera de calcular el salario para los trabajadores que tienen una remuneración variable; sin embargo, un sector de la doctrina argentina ha señalado que este salario deberá calcularse teniendo en cuenta el “mejor mes”, “a condición de que éste no haya sido anormalmente alto o bajo”.<sup>48</sup> Pero este criterio, no resuelve completamente el problema del cálculo, ya que surge la necesidad de precisar lo que dichas expresiones significan; en ese sentido, la jurisprudencia argentina ha tenido que proponer un criterio según el cual el salario será determinado en función del promedio del último semestre del contrato sin necesidad de actualizar sus valores.<sup>49</sup>

En el caso de Brasil, existen dos criterios que tienen en cuenta la manera como los trabajadores son remunerados, el primero de ellos es válido para los trabajadores pagados a comisión, para los cuales la indemnización se calculará sobre el promedio de las comisiones recibidas durante los últimos 12 meses de servicio;<sup>50</sup> el segundo está dirigido a los trabajadores pagados por pieza o por cada una de las tareas que realicen: en este caso la indemnización será calculada sobre la base del promedio del tiempo generalmente empleado por el interesado para la ejecución de su trabajo y teniendo en cuenta el valor de la tarea realizada, durante 30 días.<sup>51</sup>

En México los criterios son diferentes, la ley (artículo 89 LFT) menciona que se tomará como base del salario diario, el promedio de los ingresos (percepciones) obtenidos durante los 30 días de trabajo efectivo que precedieron el nacimiento del derecho. El caso en que haya

por el organismo que lo remplace, para el periodo entre el mes que precedió a aquel en que se puso fin al contrato y aquel que precedió el pago. La indemnización reajustada de esta manera producirá intereses desde la terminación del contrato; el interés será el máximo autorizado para las “operaciones reajustables”. Estas precisiones sobre los intereses han sido hechas por el art. 13 de la ley 18,372 de 1984. Un mecanismo similar de corrección monetaria fue adoptado en Brasil para el caso de una condena al pago de una indemnización. En este caso, se deberá actualizar el valor de la indemnización en función de los índices señalados por el Estado con el fin de recuperar su valor real. Cf. Giglio, W., “La solución de los conflictos laborales en el Brasil”, *op. cit.*, p. 81.

<sup>48</sup> Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>49</sup> Cf. Gondin, A., “Remuneración variable, indemnizaciones derivadas del despido y otras prestaciones laborales”, *Ibid.*

<sup>50</sup> En Uruguay se reconoció un criterio parecido al de Brasil: Se obtendrá el salario diario de base haciendo la suma del total recibido por el trabajador durante el último año o fracción, dividido entre el número de días trabajados.

<sup>51</sup> Cabe señalar que la legislación brasileña admite dos modalidades complementarias para el caso en que el trabajador sea pagado por día o por hora. En el primero, la indemnización tendrá como base 25 días y en el segundo, 200 horas por mes.

habido un aumento del salario durante dicho periodo, el cálculo del promedio sólo se hará sobre los ingresos recibidos a partir de la fecha de dicho aumento.

En el caso de Venezuela, la indemnización por concepto de derechos adquiridos y la indemnización de fin de servicios, depende de los mismos criterios en los relativos al salario de base de los trabajadores con ingreso variable. En este país, la base será la doceava parte de la suma de todos los salarios percibidos por el trabajador durante los seis meses que precedieron la cesación de la actividad (artículos 37 y 38 LT).

Dejando del lado la complejidad de los cálculos del salario que sirve de base para las indemnizaciones, puede constatarse que el funcionamiento de un sistema de sanciones (concretamente pecuniario) se enfrenta a otra serie de problemas en América Latina. La crisis económica y la inflación se traducen en la disminución del salario real de los trabajadores, así los montos de las indemnizaciones del despido no aumentan con la misma velocidad que los precios quedando cualitativamente disminuidas;<sup>52</sup> ello permite ver al despido como un mecanismo que facilita la reducción del personal, sin que ello provoque grandes pérdidas financieras para las empresas.

## § 2. Las sanciones en especie

En las legislaciones latinoamericanas puede encontrarse otro medio de reparación que no tiene carácter pecuniario, se trata de la eventual reintegración del trabajador a su puesto de origen.

La reintegración puede pronunciarse cada vez que haya habido nulidad del despido o ausencia de causa legal. Es una posibilidad que tiene como objetivo eliminar los efectos negativos de un despido intentando restablecer las cosas en el estado en que se encontraban antes de la ruptura del contrato. La reintegración se enfrenta a diferentes obstáculos y críticas (A). En el caso de un despido injustificado el trabajador puede, teóricamente, escoger entre la indemnización o la reintegración (B). De cualquier modo puede medirse la importancia de esta medida cuando se estudian las características de la ejecución de una orden de reintegración (C).

<sup>52</sup> En la mayoría de los países, el monto de las sumas recibidas por el trabajador puede aumentar con el pago de otras prestaciones adeudadas a título de derechos adquiridos, por ejemplo: la prima de antigüedad o la compensación por tiempo de servicios. En estos casos, se trata de una prestación de monto fijo multiplicado, generalmente, por el número de años que el trabajador pasó en la empresa. Esta prestación no está necesariamente ligada al despido, ya que deberá pagarse en todos los casos en que haya ruptura definitiva del contrato de trabajo.

## A. Las críticas y los obstáculos a la reintegración

Resulta evidente que la reintegración va contra el libre ejercicio de la facultad de despedir que tiene el empleador. En una perspectiva más amplia, la decisión de reintegración, es un límite al ejercicio del poder de gestión del empleador, ya que, reconociendo la posibilidad de anular ciertos actos (por las autoridades laborales) tales como el despido individual, las legislaciones buscan eliminar el carácter discrecional del derecho de rescisión unilateral reconocido en el derecho común.

Las críticas sobre la decisión de reintegración han sido hechas tanto por los empleadores como por los trabajadores. Para los empleadores, una orden de reintegración constituye un atentado a los principios sobre los cuales un contrato ha sido celebrado, el cual se basó en el “libre consentimiento” de las partes; en ese sentido la reintegración estaría en contra de la voluntad del empleador.<sup>53</sup> Se ha considerado también que la reintegración sería “antieconómica”, ya que provocaría e incitaría a la pereza en el trabajo.<sup>54</sup> Por parte de los trabajadores, la principal crítica dirigida a la decisión de reintegrar es su difícil aplicación. Las dificultades se presentan sobre todo por la ausencia de medidas coercitivas que hagan respetar dicha orden, y además de que la orden de reintegración se da mucho tiempo después del despido y, a veces, en un momento en que el trabajador ha encontrado otro empleo.

En América Latina, la reintegración no se presenta como la sanción más común para el caso de un despido sin causa legal, a pesar de que esta afirmación no pueda ser ilustrada con estadísticas, resulta ser una evidencia.

En algunos casos, la reintegración es presentada como una consecuencia lógica de cierta antigüedad del trabajador despedido y a veces, es una alternativa respecto de la indemnización de despido, o bien, puede intercambiarse por una indemnización mayor. Finalmente, para ciertas categorías de trabajadores, la reintegración es simplemente, imposible.

## B. La elección entre la reintegración o la indemnización aumentada

El trabajador que ha sido objeto de un despido injustificado se encuentra teóricamente frente a la posibilidad de elegir entre su reinte-

<sup>53</sup> Cf. Cavazos Flores, B., *Nueva ley federal del trabajo, tematizada y sistematizada*, op. cit., p. 140.

<sup>54</sup> *Ibid.*

gración o una indemnización especial de despido. En este caso, resulta necesario saber en qué momento (respecto del proceso) el trabajador debe manifestar dicha elección. Dos tendencias aparecen en los textos legales sobre este tema, una representada por el caso de México, y otra por el caso de Perú.

En México, la jurisprudencia estuvo mucho tiempo titubeante sobre el momento en el cual el trabajador debe hacer esta elección. Existen decisiones que señalan que la elección se hace en el momento de intentar la acción (ya sea de reintegración o ya sea por el pago de la indemnización), es decir, al inicio del proceso y no posteriormente.<sup>55</sup> Puede objetarse que al principio del proceso, el trabajador no puede saber cuál será la medida que le convenga más al final del proceso.

Este tipo de discusión parece haber inspirado al legislador peruano en 1986 (con la adopción de la LSE), ya que el art. 12 prevé que en el momento en que haya una decisión que declare al despido injustificado y que dicha decisión haya sido aceptada o haya causado ejecutoria, el trabajador podrá en ese momento solicitar que se ejecute la decisión (ya sea de reintegración inmediata, o ya sea del pago de la indemnización especial) dentro del plazo de ocho días.

Esta solución aparece más favorable a los intereses de los trabajadores y no existe disposición similar en los países de la región; en este caso, la elección entre indemnización y reintegración la hace, en principio, el trabajador injustamente despedido. En algunos países, sin embargo, esta elección la hace el empleador (por ejemplo en México) (b.1.) o el juez del trabajo (b.2.).

b.1. En México, a pesar de que el trabajador pueda solicitar su reintegración, el empleador está autorizado para negarla en ciertos casos previstos expresamente por la ley.<sup>56</sup> En estos casos la indemnización de despido se aumentará con 20 días de salario por cada año de servicios, para el caso en que el contrato de trabajo sea de duración indeterminada. Esta manera de resolver el litigio ha sido ampliamente utilizada por los países latinoamericanos y muestra los límites a la posibilidad de continuación del contrato de trabajo.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Cueva, M., de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit., p. 255.

<sup>56</sup> Los casos en que el empleador no está obligado a reintegrar son: cuando se trate de trabajadores con una antigüedad inferior a un año, trabajadores de confianza, trabajadores domésticos, trabajadores eventuales y trabajadores que, en razón de su trabajo, tienen un contacto directo y permanente con el empleador, lo cual podría impedir el desarrollo normal del contrato; en este último caso, el empleador deberá demostrar tal circunstancia. Cf. Trueba Urbina, A., *Ley Federal del Trabajo*, op. cit., pp. 49 y 50.

<sup>57</sup> Los mismos efectos existen para el caso de los trabajadores de confianza en

b.2. En otros países, la decisión sobre la oportunidad y conveniencia de una reintegración la toma el juez encargado de conocer el despido injustificado, esto es así en Brasil, en Panamá y en Colombia.

En Brasil después de haber despedido un trabajador “estable” (con más de 10 años de antigüedad), si se ha reconocido que no hubo falta grave, el empleador deberá reintegrarlo. Este principio ha sido objeto de una excepción prevista en el artículo 496 (CLT), el cual señala que si la reintegración de un trabajador permanente aparece indeseable, en razón de la incompatibilidad resultante del conflicto (en particular cuando el empleador es una persona física), el tribunal podrá convertir esta obligación en una indemnización. En Panamá, algunas medidas similares han sido reconocidas por la legislación local (artículo 219 CTP), la cual señala que cuando el trabajador ha optado por su reintegración (y la sentencia correspondiente lo ha ordenado) el juez podrá, según las circunstancias, autorizar al empleador, en lugar de reintegrar, a pagar la indemnización correspondiente con un incremento del 25%. Esta sustitución de la reintegración sólo podrá ser hecha a solicitud del empleador, o bien, de oficio por la autoridad que conoce del litigio,<sup>58</sup> y en ciertos casos previstos por la ley.<sup>59</sup> En Colombia el trabajador despedido sin causa legal podrá optar por su reintegración si cuenta con más de 10 años de antigüedad en la empresa, pero será el juez competente quien decidirá entre esta sanción o la indemnización de despido. Para decidir en un sentido o en otro, el juez colombiano deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparecen en el proceso; si de esta apreciación resulta que la reintegración no es conveniente, en razón de las incompatibilidades creadas por el despido, el juez podrá ordenar el pago de la indemnización.<sup>60</sup>

### C. La ejecución de una orden de reintegración

Cuando ha habido una orden de reintegración, las posibilidades de ejecutarla son reducidas. La posición de las legislaciones latinoameri-

Brasil (se trata de miembros de dirección, puestos en gerencia u otros que exijan la “confianza” estrecha del empleador (art. 499 CLT); en este caso, el empleador no está obligado a reintegrar. En Venezuela también, el empleador puede negarse a ejecutar una orden de reintegración pagando una indemnización aumentada (art. 6, LCDI).

<sup>58</sup> Cf. Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación de trabajo en el derecho panameño”, *op. cit.*, p. 201.

<sup>59</sup> Estos casos son (art. 219, CTP) los trabajadores de confianza y aquellos que, en razón de las características de su trabajo, se encuentran en contacto permanente y directo con el empleador, haciendo difícil el cumplimiento del contrato. Cabe observar la similitud de esta disposición con aquella adoptada en México.

<sup>60</sup> González Charry, G., “El derecho del trabajo en Colombia”, *op. cit.*, p. 526.

canas puede dividirse en lo que podría llamarse la regla (c.1.) y las excepciones (c.2.).

c.1. En la mayoría de los países analizados, se parte de la idea que la reintegración es una obligación de hacer (reintegrar al trabajador despedido injustamente), la cual puede reemplazarse por una obligación de dar (una indemnización). De esta manera se efectúa una transferencia de la elección del trabajador hacia el empleador.

La primera dificultad que se presenta con la ejecución de una decisión de reintegración es que ésta debe ser aceptada por el empleador y no podrá ir en contra de su voluntad. Se trata de un criterio que ha sido sostenido desde hace mucho tiempo por los tribunales,<sup>61</sup> y constituye un aspecto del régimen de despido individual cuya evolución ha sido más lenta.

c.2. Por el contrario, se advierte la existencia de excepciones a esta regla cuando existen medidas dirigidas a hacer una aplicación efectiva de la orden de reintegración; estas excepciones pueden encontrarse en Panamá y en Perú.

En Panamá, cuando la reintegración se ordena, deberá ejecutarse a más tardar durante el segundo día hábil posterior a la fecha en que la decisión ha causado ejecutoria. En este caso si hay una oposición por parte del empleador, el tribunal podrá (de oficio o a solicitud del trabajador afectado) decretar el uso de la fuerza pública para que dicha medida sea respetada (artículo 220 CTP). El tribunal podrá escoger entre este tipo de medidas o el pago de sanciones pecuniarias cuyo monto se fijará en beneficio del trabajador. Estas garantías para la ejecución de una orden de reintegración fueron minimizadas con la aplicación de una reforma al código panameño en 1986;<sup>62</sup> con esta nueva disposición, y a pesar de la existencia de una orden de reintegración, el empleador puede negarse a ejecutarla si paga la indemnización de

<sup>61</sup> Decisiones de este tipo existen muchas. Para ilustrar esta situación se han seleccionado dos ejemplos, uno de la jurisprudencia argentina y el otro de la mexicana:

En Argentina, cuando el empleador niega la reintegración, el litigio se resolverá pagando una indemnización, ya que "la reintegración es una obligación de hacer y la ejecución de ésta es imposible". Sentencia de la cuarta sala, del 25 de abril de 1941; citada por Deveali, M., *Derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*, *op. cit.*, p. 543.

En México, la Suprema Corte de Justicia, señaló, prácticamente con los mismos términos, que la obligación de reintegrar no puede ejecutarse de manera forzada. Se trata de una decisión pronunciada en 1941 en el asunto conocido con el nombre "Óscar Cué"; citado por De Buen, "La extinción de la relación laboral", *op. cit.* p. 114.

<sup>62</sup> Se trata de la ley 1 de 1986 que reformó el art. 214 (CTP).

despido con un incremento del 50% más los salarios caídos. Esta operación podrá realizarse si el número de trabajadores despedidos no es superior al 10% de los trabajadores con un contrato de duración indeterminada en la misma empresa; este 10% se calculará por cada año.<sup>63</sup>

Finalmente con relación al caso de Perú, cabe señalar que se trata del único país en el cual una orden de reintegración puede ser objeto de una ejecución forzada, apoyándose en normas de carácter penal. El artículo 27 de la ley peruana (LSE) prevé que el empleador que no respeta la orden de reintegración (debe tratarse de una sentencia ejecutoria) será llamado a hacerlo dentro de un plazo de 48 horas, y en caso contrario podrá ser denunciado por resistencia y desobediencia a las autoridades; este delito está previsto en el artículo 322 del código penal peruano. En este caso, el empleador no podrá beneficiarse de la libertad provisional: se trata de una norma singular e importante que no se encuentra similar en los países de la región.<sup>64</sup>

### § 3. La flexibilidad del régimen de sanciones

El régimen de sanciones relativas al despido, concretamente en lo relativo a las indemnizaciones, ha sufrido diferentes transformaciones durante los últimos años. Concretamente, se asiste al reconocimiento legal de sistemas que hacen más flexible y ligera la sanción pecuniaria para el caso de un despido desprovisto de causa legal. El caso más significativo y más antiguo continúa siendo el del Brasil con la creación del “Fundo de Garantia do tempo de Serviço” (FGTS), durante los años 60.

En Brasil las formas de indemnización en caso de ruptura del contrato de trabajo se han transformado; al lado del régimen de la Consolidación de las Leyes de Trabajo (código de trabajo brasileño, CLT) se ha creado un sistema de indemnizaciones paralelo, que ha dado lugar a comentarios polémicos en la región.

La creación del FGTS permitió la creación de un sistema dual en Brasil. Por un lado, el régimen de las indemnizaciones reconocido por la CLT, llamado régimen de la estabilidad,<sup>65</sup> y por otro, el régimen

<sup>63</sup> Esta reforma al art. 219 señaló también que el empleador cuenta con un mes, ya sea para reintegrar, ya para indemnizar, lo cual transforma el plazo de dos días previstos originalmente en el art. 220. Cf. Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación de trabajo en el derecho panameño”, *op. cit.*, p. 203.

<sup>64</sup> Cf. Pasco Cosmopolis, M., “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *Extinción de la relación laboral, perspectiva iberoamericana*, Lima, Asesoramiento y Análisis Laboral, 1987, p. 257.

<sup>65</sup> Cf. Texeira da Costa, “Régimen estabilitario com indemnização”, *Estudios de derecho do trabalho e processual do trabalho*, São Paulo, Editora São Paulo, 1980, p. 93.

adoptado por el FGTS. En principio, esta dualidad no presentó problema alguno, ya que es el trabajador quien tiene el derecho de optar por uno u otro de dichos sistemas. Esta elección debe expresarse por escrito durante los 365 días contados a partir de la adopción del sistema, para los trabajadores en ejercicio en esa época, y para el resto de los trabajadores este plazo se contará a partir de su ingreso a la empresa;<sup>66</sup> en caso de ausencia de declaración el régimen aplicable será el de la CLT.<sup>67</sup>

Frente a la existencia de un doble régimen de indemnizaciones en caso de ruptura del contrato de trabajo, corresponde teóricamente al trabajador, en toda libertad, señalar cuál régimen le conviene y le será aplicado. Sin embargo, la realidad no se presenta de esta manera, en la práctica el trabajador no puede escoger, ya que el empleador sólo lo contratará si está sujeto al FGTS. Las estadísticas transmitidas por los organismos que controlan el FGTS muestran que más de 94% de los trabajadores brasileños han optado por este último.<sup>68</sup>

Los autores brasileños señalan, de manera unánime, que el FGTS es una solución que ha reemplazado la estabilidad del empleo facilitando de esa manera los despidos.<sup>69</sup> El funcionamiento de este sistema es el siguiente:

El empleador tiene la obligación de hacer un depósito mensual del 8% de la remuneración del trabajador durante el mes precedente. Estos depósitos se hacen en una cuenta bancaria que está a nombre del trabajador y producen intereses, si el trabajador cambia de empresa, la cuenta especial será transferida al establecimiento bancario escogido por el nuevo empleador.<sup>70</sup> El capital acumulado de esta manera durante toda la duración del contrato de trabajo podrá, en algunos casos, ser percibido total o parcialmente en beneficio del trabajador, el despido es uno de estos casos,<sup>71</sup> Si el despido ha sido pronunciado en ausencia

<sup>66</sup> El régimen del FGTS fue creado por la ley núm. 5,107 del 13 de septiembre de 1966 y fue modificado por el decreto-ley núm. 20 del 14 de septiembre de 1966, reglamentado posteriormente con el decreto núm. 59,820, del 20 de diciembre de 1966. Más tarde sería reconocido constitucionalmente el 24 de enero de 1967. Cf. Cesarino Junior, A. F., *Estabilidade e fundo de garantia*, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1968, p. 57; Dos Santos, J., "Duración del contrato de trabajo", *op. cit.*, p. 272; Texeira da Costa, "Régimen estabilitario com indenização", *op. cit.*, p. 93.

<sup>67</sup> Cf. Dos Santos, J., "Duración del contrato de trabajo", *op. cit.*, p. 272.

<sup>68</sup> Giglio, W., "Solución de los conflictos laborales en el Brasil", *op. cit.*, p. 5.

<sup>69</sup> Cf. Cesarino Junior, *Estabilidade e fundo de garantia*, *op. cit.*, p. 65; Giglio, W., "La solución de los conflictos laborales en el Brasil", *op. cit.*, p. 55.

<sup>70</sup> Cf. Rendón Vázquez, J., *Droit du travail en Amérique Latine. Le contrat de travail*, Paris, Presse Universitaire de France, 1970, p. 45.

<sup>71</sup> Las otras hipótesis (señaladas en el art. 8 de la ley 5,107) son la rescisión del

de justa causa, el empleador deberá depositar el 10% de la cuenta del trabajador actualizada,<sup>72</sup> es decir, este porcentaje tomará en cuenta el tiempo de trabajo con dicho empleador así como los reajustes que se hayan operado.<sup>73</sup>

En este caso existe un abandono relativo de la idea de “sanción” para el caso de un despido injustificado, ya que el empleador hará una reparación del daño causado con el pago de este 10% y no con una indemnización global; ello facilita el ejercicio de la facultad de despedir, ya que el riesgo para el empleador consistente en pagar una indemnización desaparece en buena medida.<sup>74</sup>

Hoy, a más de 20 años de su creación, el FGTS representa una importante fuerza económica en Brasil. Este sistema ha permitido organizar un mecanismo que hace más flexible el ejercicio del poder de gestión en las empresas, permitiendo de esa manera una mayor movilidad de la mano de obra.

### *Sección 3. Las obligaciones posteriores al despido*

Cuando hay un despido individual, el trabajador tiene derecho a un certificado de trabajo (§ 1) y debe respetar la obligación de no concurrencia frente a su antiguo empleador (§ 2).

contrato por falta imputable al empleador: los casos de cierre de la empresa, la terminación de un contrato de duración determinada, la jubilación, el caso de rescisión por parte del empleador y sin causa, y el caso en que el capital se utilice en alguna actividad comercial, industrial o agrícola, individualmente o en sociedad. Por otro lado, la cuenta podrá también usarse total o parcialmente para comprar una casa, en caso de necesidad grave y urgente, ya sea personal o familiar, y en caso de matrimonio si se trata de la trabajadora.

Dos anotaciones deben tenerse en cuenta: por un lado, en los casos de renuncia y de “justa causa”, la opinión del sindicato o de un representante del Ministerio del Trabajo es necesaria, y el destino que se le dará al capital debe ser alguno de los antes indicados. Por otro lado, en los casos de compra de casa o de matrimonio, el monto de la cuenta bancaria podrá recibirse aunque el contrato de trabajo esté aún en vigor. Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>72</sup> “Mediante este depósito, la empresa podrá rescindir sin causa legal el contrato de trabajo del empleado que optó por el régimen del FGTS depositado en el Banco de Brasil el 10% del valor de la cuenta actualizada del empleador en la fecha de la dispensa”, Cf. Cesarino, *Estabilidade et fundo de garantia*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>73</sup> Cf. Rendón Vázquez, J., *Droit du travail en Amérique Latine. Le contrat de travail*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>74</sup> Giglio, W., “La extinción de la relación de trabajo en el Brasil”, *op. cit.*, pp. 35 y 47.

## § 1. El certificado de trabajo

En Europa el certificado de trabajo tiene como antecedente al *livret d'ouvrier*, documento necesario al trabajador para encontrar un nuevo empleo,<sup>75</sup> este documento permitía conocer los antecedentes profesionales del trabajador mencionando los talleres en los cuales había laborado.<sup>76</sup>

En América Latina diversas disposiciones fueron adoptadas con el fin de permitir una mejor distribución de la mano de obra, concretamente en las explotaciones mineras. Así, los trabajadores que deseaban laborar con un nuevo empleador debían presentar una "atestación de bien servido" dada por el antiguo patrón.<sup>77</sup> En algunos países como Argentina, la actual reglamentación del certificado de trabajo retoma una costumbre existente desde hace tiempo y que consiste en dar un "certificado de honradez y buena conducta" a los trabajadores despedidos.<sup>78</sup> Otorgar este documento es una obligación para el empleador cuando hay ruptura del contrato de trabajo; sin embargo, en Brasil el certificado de trabajo deberá otorgarse cada vez que el trabajador no cuente con la "libreta de trabajo y de previsión social".<sup>79</sup> En la mayoría de los países analizados el empleador debe dar el certificado de trabajo,<sup>80</sup> pero en una buena parte de ellos el trabajador deberá solicitarlo.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> En Francia, este documento fue reglamentado con las "lettres patentes", del 12 de septiembre de 1781. Se trata de un documento reconocido por el régimen de las corporaciones de esa época, el cual tuvo una influencia importante en el reconocimiento de las primeras normas relativas al trabajo adoptadas en España para ser aplicadas en América Latina a lo largo de los siglos XVII y XVIII. Cf. Deveali, M., *Lineamientos de derecho del trabajo*, op. cit., p. 245.

<sup>76</sup> Camerlynck, G., *Le contrat de travail*, op. cit., p. 694.

<sup>77</sup> Un ejemplo de estas disposiciones se adoptó en España para aplicarse en México, donde puede leerse "... es mi voluntad soberana que todo operario que salga de una mina para ir a trabajar a otra, debe presentar a esta última el certificado de buenos servicios, dado por su antiguo patrón. El patrón que contravenga esta disposición será sancionado". Se trata del art. 17 del título XII "de los operarios de minas y haciendas o refineras con beneficios", *Reales ordenanzas de Minería*, adoptadas en Aranjuez el 22 de mayo de 1873 y promulgadas en México por el D. Matías de Gálvez, el 15 de enero de 1784. cit. por Zavala, S., *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España*, México, FCE, 1940, p. 305.

<sup>78</sup> Cf. Brito Peret, J., "El certificado de trabajo en la ley del contrato de trabajo", *Estudios sobre derecho individual del trabajo, en homenaje al Pfr. Mario L. Deveali*, Buenos Aires, Heliasta SRL, 1979, p. 808.

<sup>79</sup> Esta libreta es obligatoria para el ejercicio de un empleo y es entregada por las autoridades laborales (por las delegaciones regionales del trabajo y, excepcionalmente, por otras autoridades), arts. 13 y 14, CLT.

<sup>80</sup> Los términos utilizados por las legislaciones son bastante similares.

<sup>81</sup> En Colombia art. 58-7 (CTC), en Panamá art. 128-15 (CTP), en Costa Rica art. 35 (CCR), en México, art. 132-VIII (LFT).

El interés del certificado de trabajo radica en el hecho de que permitirá conocer las características exactas del último puesto de trabajo, lo cual constituye un elemento de información complementaria para el futuro empleador. El contenido del certificado de trabajo es pues, importante (A), y en algunos países se ha reconocido que, al lado de la obligación de dar un certificado, el empleador debe otorgar otros documentos (B).

#### A. El contenido del certificado de trabajo

Con relación al contenido del certificado de trabajo, pueden distinguirse dos grupos de países: aquellos que utilizan una fórmula general y aquellos que proporcionan informaciones precisas.

En el primer grupo se encuentran las legislaciones de Brasil y de México, las cuales utilizan términos generales que pueden incluir diferentes informaciones. Por ejemplo, el artículo 13-4-II, de la ley brasileña (CLT) ha señalado que el certificado de trabajo deberá contener “los datos relativos a la relación de trabajo”; por su parte, la legislación mexicana (artículo 132-VIII LFT) señala que el empleador deberá dar una “constancia” escrita relativa a los servicios del trabajador.

En todos los otros países, han sido hechas algunas precisiones con relación al contenido del certificado. Los datos que más comúnmente deben ser incluidos en este documento son la duración de los servicios, la naturaleza del empleo y el salario percibido.<sup>82</sup> Según algunos autores, ciertos hechos objetivos pueden aparecer en el certificado de trabajo, aunque la ley no los señale: la edad, el sexo y la nacionalidad del trabajador.<sup>83</sup>

Independientemente del grado de precisión que debe tener el certificado, se presentan diversos problemas cuando el empleador hace una apreciación sobre el trabajador o sobre el trabajo del mismo en dicho documento. La existencia de este tipo de comentarios podría obstaculizar la búsqueda de un nuevo empleo. En la mayoría de los países, el régimen de certificado de trabajo no menciona nada sobre este tema, con excepción de Colombia y de Costa Rica.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> En Argentina art. 8 (LCT), en Colombia art. 58-7 (CTC), en Panamá art. 128-15 (CTP), en Costa Rica art. 35 (CCR), en México art. 132-VIII (LFT).

<sup>83</sup> Cf. Deveali, M., *Lineamientos de derecho del trabajo*, op. cit., p. 251.

<sup>84</sup> Estas apreciaciones en los certificados de trabajo han dado lugar al concepto de “certificado calificado” en la doctrina argentina, por oposición al “certificado simple”, en el cual ninguna mención de este tipo se ha hecho. Cf. Krotoschin, *Instituciones de derecho del trabajo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1968, p. 552; Brito Peret, J., *Certificado de trabajo en la ley del contrato de trabajo*, op. cit., p. 811.

En Colombia (artículo 68-8 CTC) está prohibido por parte del empleador, el uso de “signos convencionales que puedan perjudicar a los interesados” mientras que en Costa Rica el certificado podrá indicar la manera como el trabajador ejerció su empleo y las causas de su partida. De cualquier manera, estas precisiones sólo se harán con el consentimiento del trabajador interesado (artículo 35 CCR). Estos son los ejemplos que podrían servir de modelo para los otros países de la región en la reglamentación de los elementos que debe mencionar el certificado de trabajo.

### B. Los otros posibles documentos

En algunos países como Colombia, Chile y Argentina, el empleador está obligado a dar al trabajador otros documentos, además del certificado de trabajo.

En Colombia, el empleador deberá dar al trabajador un certificado médico que data de su ingreso a la empresa (artículo 58-7 CTC), mientras que en Chile, el empleador debe dar un certificado de cesación de servicios, con el cual el trabajador podrá efectuar los trámites necesarios con el fin de obtener el “subsidio de cesantía”.<sup>85</sup> Por su parte, en Argentina, el empleador a solicitud del trabajador deberá informar sobre la manera como cumplió la obligación de pagar los fondos de la seguridad social y las cotizaciones sindicales a su cargo (artículo 80 LCT).

### § 2. La obligación de no concurrencia

El trabajador que ha sido despedido recupera totalmente su libertad, él podrá escoger la ocupación que le convenga; sin embargo, esta libertad se ve limitada con la inclusión de una cláusula de no concurrencia en el contrato de trabajo. En este caso, el trabajador se compromete a no trabajar en una empresa que haga competencia a su antiguo empleador, el cual podría beneficiarse de sus conocimientos.

La jurisprudencia y las legislaciones latinoamericanas siempre se han mostrado hostiles a la inclusión de este tipo de cláusulas en el contrato de trabajo. Se ha considerado que este tipo de acuerdo sería contradictorio con algunos principios constitucionales como la libertad de

<sup>85</sup> Cf. Pla Rodríguez, “La terminación de la relación por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados”, *op. cit.*, p. 60.

trabajo y de industria.<sup>86</sup> Además, cabe señalar, que la represión de los actos concurrenciales posteriores a la ruptura del contrato de trabajo, no pueden ser objeto de sanciones laborales, se trata más bien, de situaciones que interesan al derecho civil y al derecho penal.<sup>87</sup>

Existe un único ejemplo de intento de reglamentación de esta obligación de no concurrencia, es el caso de Colombia. En este país el artículo 45 (CTC) prevé la siguiente regla: Cuando un trabajador se compromete a no laborar en una rama de actividad determinada o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador, esta cláusula no producirá efecto alguno después de que el contrato de trabajo expire. Esta regla ha sido objeto de una excepción para el caso de técnicos en la industria o en la agricultura, para los cuales esta cláusula puede ser válida un año o más, pero a condición de pagarles una compensación por el periodo de abstención. La Suprema Corte de Justicia, en una decisión del 18 de julio de 1973, declaró que el artículo del código de trabajo que preveía este tipo de acuerdos, era inconstitucional, ya que estaba en contradicción con los artículos 17 (el cual prevé que el trabajo es una obligación social que goza de una protección especial por parte del Estado) y 39 (para el cual toda persona es libre de elegir su profesión u ocupación) de la Constitución colombiana.<sup>88</sup>

Cualquier modificación de las legislaciones de la región sobre este tema deberá realizarse garantizando una libertad amplia y suficiente al trabajador, con el fin de que éste pueda ejercer su profesión u oficio; en ese sentido, para ser válidas, la obligación de no concurrencia deberá estar limitada en el tiempo y en el espacio.

<sup>86</sup> Cf. Hoyos, A., "Panamá", *op. cit.*, p. 139; Cesarino Junior, "Brazil", *op. cit.*, p. 121; Ruprecht, A., "Argentina", *op. cit.*, p. 88.

<sup>87</sup> Pasco Cosmopolis, M., "Extinción de la relación laboral en Perú", *op. cit.*, p. 279.

<sup>88</sup> Cf. González Charry, G., "Colombia", *op. cit.*, p. 333.