

CAPÍTULO II. Las condiciones intrínsecas	141
Sección 1. En el despido liberador	141
Sección 2. En el despido sancionador	143

CAPÍTULO II

LAS CONDICIONES INTRÍNSECAS

El ejercicio de la facultad de despedir presenta otra serie de condiciones llamadas intrínsecas, éstas guardan una estrecha relación con las razones o motivos que pueden justificar el despido individual. Las características de estas condiciones son diferentes según el tipo de despido; se estudiarán entonces las condiciones intrínsecas para el despido liberador (sección I) y para el despido sancionador (sección 2).

Sección 1. En el despido liberador

La ausencia de causa expresa es una de las características del despido liberador, y la posibilidad de romper el contrato de trabajo existe en todo momento sin necesidad de invocar una causa. Esta posibilidad es característica de los contratos de duración indeterminada, y para el empleador, este mecanismo de ejercicios de la facultad de despedir es una vía siempre abierta. Este tipo de despido es llamado a veces “despido *ad nutum*” por la doctrina latinoamericana.

Uno de los problemas que se presentan en esta etapa de la investigación es el de saber si el derecho del trabajo exige condiciones intrínsecas para el ejercicio de la facultad de despedir sin causa. No hay una referencia específica sobre el tema en las legislaciones estudiadas y solamente se encuentran limitaciones al ejercicio de esta facultad.

La expresión “ausencia de causa” utilizada por los textos legales latinoamericanos designa, de hecho, una situación en la cual ha ocurrido un caso que no está considerado por la ley como motivador de una ruptura inmediata y definitiva del contrato de trabajo.

Toda “causa de despido” susceptible de ser invocada como tal, aparece en la ley, ya sea de una manera general (por ejemplo en Argentina y en Uruguay), o de una manera específica (es el caso de los otros países estudiados). Sin embargo, afirmar que el despido liberador se presenta como una forma de ruptura del contrato desprovista de “causa” equivale a decir que el despido no fue motivado por una situación reconocida por la ley. Así, cuando las legislaciones latinoamericanas

tratan del despido liberador, señalan que se trata de un despido sin motivo legítimo (como en Costa Rica), o bien de una ruptura del contrato de la parte que no ha podido invocar algún motivo válido (como en Brasil).

Se puede constatar que las leyes no hacen alusión alguna con relación a las condiciones de fondo requeridas para el ejercicio del despido liberador; se trata de un dominio vago que parece ajeno al derecho del trabajo latinoamericano.

Una posible explicación de este hecho tiene relación con las influencias del derecho común en la formación del derecho del trabajo. La libertad de rescisión, reconocida en la teoría general de los contratos, fue incorporada a la legislación del trabajo y, en este caso, el empleador no está obligado a fundar objetivamente su actitud.

La subsistencia de una reglamentación del despido sin causa muestra la amplitud de posibilidades de acción con las que cuenta el empleador para separarse de un trabajador.

En la doctrina latinoamericana no se ha planteado la pregunta de saber cuáles son las condiciones intrínsecas del despido liberador. Así los comentarios sobre el tema hacen un llamado a la indulgencia del empleador en el ejercicio de este tipo de despido.

En este sentido se dirá que el despido liberador es un derecho subjetivo que debe ejercerse de una manera “razonable”¹ o de “buena fe”. Sin embargo, estos calificativos, difíciles de definir, no muestran el fundamento real de este tipo de despido. Esta “ética del empleador” no es suficiente para explicar las razones que provocan el pronunciamiento de un despido, y es más bien la relación economía-empresa la que permitirá encontrarla.

Dicho esto, la explicación de las condiciones intrínsecas del despido liberador puede ser hecha teniendo en cuenta una perspectiva más amplia, así el despido aparecería como la expresión de un poder más extenso que es el poder de gestión del empleador.²

Desde este punto de vista, el empleador se presenta como aquel que puede dirigir y organizar los elementos materiales y humanos en su empresa; él podrá tomar las medidas de orden colectivo y de orden individual necesarios. En este segundo caso, el despido individual constituye uno de los ejemplos más evidentes de dichas acciones, y des-

¹ Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, p. 196.

² En ese sentido, los comentarios relativos al fundamento del despido deben ser tomados en cuenta aquí.

de un punto de vista social el despido es una de las incidencias más importantes del ejercicio del poder de dirección.³

Este análisis permite dar una explicación: el poder de gestión representa el elemento motivador de muchas decisiones tomadas por el empleador entre las cuales se encuentra el despido liberador.

Sección 2. En el despido sancionador

En el caso del despido sancionador las condiciones intrínsecas aparecerán más claramente, ellas se traducen en la exigencia legal de motivar el despido individual, es decir, el empleador no podrá romper el contrato de trabajo si no hubo una situación prevista por la ley. Este es el resultado de una evolución en la cual se identifican ciertas ideas que constituyen el fundamento de la motivación del despido individual (§ 1). Esta evolución llevó a los países latinoamericanos a la adopción de un sistema legal específico cuyo estudio es necesario (§ 2).

§ 1. El fundamento

A. De la rescisión unilateral al poder discrecional

La facultad de rescisión fue reconocida por el derecho civil. La supresión hacia el futuro de un contrato sucesivo existe a partir del momento en que una de las partes no ejecuta las obligaciones a las cuales se comprometió.⁴

Esta posibilidad de ruptura es un elemento cuya presencia subsiste durante el desarrollo de la relación contractual. Estos criterios o principios aplicables en derecho común y en el caso del régimen de la ruptura de los contratos, han sido retomados y modificados en la reglamentación de la ruptura de los contratos en derecho del trabajo. El despido individual es uno de los ejemplos donde esta situación aparece de manera clara.

Las relaciones contractuales en derecho común se organizan sobre la base del principio de la igualdad de las partes. Las concepciones e ideas del liberalismo clásico permitieron la adopción de un régimen

³ “Desde un punto de vista social, el poder de gestión incluye entonces prerrogativas potentes, unas se manifiestan en actos jurídicos, por ejemplo: despidos individuales o colectivos”. Cf. Catalá, N., *L'entreprise, (Droit du travail)*, París, vol. IV, p. 185.

⁴ Cf. Guillien, R. y Vincent, J., *Lexique de termes juridiques*, París, 1985, p. 391.

donde las posibilidades de ruptura de un contrato eran las mismas para las partes.⁵

Por el contrario, este principio fue difícilmente aplicable en materia de trabajo. El derecho del trabajo nace pregonando incluir y sostener la concepción del trabajador como “parte débil” en el contrato de trabajo. Así la facultad de rescisión unilateral de las partes en derecho común no fue generalmente adoptada de manera textual en el derecho del trabajo, ya que fue objeto de diferentes transformaciones.

En materia de despido, como mecanismo de ruptura de un contrato de trabajo, se observa en América Latina una evolución hacia la limitación de la facultad de rescisión unilateral del empleador en materia de despido individual. Esta evolución permitiría pensar que se ha pasado de una concepción liberal en la que el empleador podía romper a su voluntad el contrato de trabajo, hacia una concepción más humana en la cual el régimen del despido individual hubiera minimizado este poder del empleador.

Desgraciadamente las legislaciones latinoamericanas muestran que las normas relativas a la ruptura de los contratos de trabajo han evolucionado menos rápido de lo que se creía. Se asiste, más bien, a la persistencia relativa del derecho de rescisión unilateral del empleador, quien para despedir un trabajador no necesita una autorización previa (salvo algunas excepciones).

Se ha pasado, entonces, de la posibilidad de rescisión unilateral del contrato por las partes, al reconocimiento de un poder discrecional, al que se ha querido imponer algunos límites.

a. Los límites al poder discrecional

Estos límites han sido introducidos por medio de la utilización de diferentes técnicas jurídicas. Entre las más conocidas existen la teoría del abuso de derecho, el control previo por la administración en caso de despidos colectivos y la exigencia de motivación en caso de despido individual.

Con relación a la teoría de abuso de derecho, puede decirse que los países latinoamericanos la han utilizado durante el siglo XX con el fin de limitar el poder discrecional del empleador en materia de despido individual.⁶ Se trata de un criterio que fue adoptado en Francia

⁵ Cf. Arenas Monsalve, G., “Causas y efectos de la terminación...”, *op. cit.*, pp. 231 y s.

⁶ Ver el análisis para el caso de Argentina, cf. Capon Filas R. E., “El abuso del derecho en relación al contrato de trabajo”, *Estudios sobre el derecho individual*

a fines del siglo XIX,⁷ el cual considera que el ejercicio de un derecho, en este caso la rescisión unilateral, no constituye en sí un acto contrario a la ley. Sin embargo, dicho ejercicio puede ser abusivo, ya sea desviando ese derecho de sus objetivos originales, o bien cometiendo un abuso en su ejercicio,⁸ en ese caso el orden jurídico o un sector del mismo sería evitado.

Algunos autores consideran que el empleador debe ejercer “sus facultades resolutorias” como el “resultado razonable de las exigencias de organización” de la empresa.⁹ En ese sentido el ejercicio de la facultad de despedir será sometido al respeto de ciertos límites¹⁰ o condiciones. Este tipo de argumentación contiene una fuerte subjetividad, que se expresa en las legislaciones latinoamericanas en la exigencia de “buena fe” en las relaciones de trabajo.

Un ejemplo de la aplicación de la teoría del abuso del derecho es el “despido obstructor de la estabilidad” en Brasil. Hay que recordar que en este país la legislación (CLT) prevé que un trabajador con más de 10 años de antigüedad en la empresa sólo podrá ser despedido por causa debidamente probada. En algún momento los empleadores tenían, entonces, interés para despedir a los trabajadores antes de que cumplieran 10 años de antigüedad. Para eliminar este tipo de prácticas la CLT indica (artículo 449-3) para el caso en que el despido tenga como fin impedir al trabajador adquirir el estatuto de estabilidad, el empleador deberá pagar el doble de la indemnización fijada en los artículos 477 y 478.¹¹

De cualquier manera no debe exagerarse la importancia de la teoría del abuso de derecho en América Latina. La mayoría de los países

del trabajo (En homenaje al profesor Mario L. Deveali), Buenos Aires, Ed. Heliasta SRL, 1979, pp. 754 a 789.

⁷ Cf. Camerlyck, G. H., *et. al.*, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 311.

⁸ Cf. Vázquez Vialard, A., “Despido abusivo”, *Estudios sobre el derecho individual del trabajo*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1979, p. 746.

⁹ Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 228.

¹⁰ Cf. Vázquez Vialard, A., “Despido abusivo”, *op. cit.*, p. 744.

¹¹ Hay que señalar que esta disposición sólo tiene un alcance limitado ya que la única sanción para el empleador, en estas circunstancias, es el aumento de la indemnización de despido. Por otro lado, los tribunales brasileños consideraron que hay una presunción de despido obstructivo cuando el trabajador tiene 9 años y 6 meses de antigüedad en la empresa: en ese caso, el empleador debe probar la existencia de la justa causa. Por el contrario, si el trabajador es despedido antes de los 9 años y 6 meses de antigüedad, la carga de la prueba se invierte: el trabajador deberá demostrar que el despido es obstructivo. Cf. Cesarino Junnior, A., “Brazil”, *op. cit.*, p. 117. Este tipo de interpretación constituye una invitación para despedir a los trabajadores antes de que alcancen las garantías de la estabilidad (10 años). Se está en presencia de una norma que no ha resuelto el problema de manera satisfactoria.

han reconocido al despido sancionador, para el cual la existencia de un motivo legal aparece como necesaria. Así, la facultad de despedir no siendo absoluta queda sujeta a la exigencia de una motivación.

Esta observación no es válida para todos los países: en las legislaciones donde no hay enumeración de causas de despido, por ejemplo en Argentina y en Uruguay, la teoría del abuso de derecho ha encontrado un terreno más favorable para su aplicación.¹²

La segunda técnica utilizada para la limitación del poder discrecional del empleador es la del control por parte de la administración en el caso de los despidos colectivos. En este caso, las autoridades administrativas califican el motivo del despido previamente y podrán, eventualmente, autorizar al empleador para despedir.¹³

b. La idea de motivación

Finalmente puede constatarse la existencia de una tercera técnica. En el caso de un despido sancionador, el ejercicio de la facultad de despedir exige una motivación; la idea de "motivación" es utilizada en este trabajo como la existencia de uno o varios elementos reales y objetivos (como el comportamiento del trabajador y otro) que autorizan al empleador para despedir un trabajador de manera inmediata y sin responsabilidad alguna. En este caso, el comportamiento del empleador aparece como una reacción a un hecho o una situación determinada. Se trata, entonces, de un despido sancionador, el cual teniendo una motivación se opone al despido liberador, por definición inmotivada.

La mayoría de las legislaciones y de los autores latinoamericanos hablan de "causa de despido" y no de "motivo de despido" a pesar de que los términos "motivo" y "causa" sean utilizados en este estudio como sinónimos.^{14, 15}

¹² Ver para Argentina: Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 228 y para Uruguay: Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1978-1983, vol. I, p. 344.

¹³ El régimen del despido colectivo no fue objeto de estudio en este trabajo, sin embargo, las referencias bibliográficas siguientes pueden ser consultadas sobre este tema. Arenas Monsalve, G., "Causas y efectos de la terminación", *Universitas*, Bogotá, núm. 69, noviembre 1985, pp. 239 y s.; BIT, *Cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur*, op. cit., pp. 79 y s.; Garay, J., *Legislación laboral práctica*, Caracas, Librería Cifre, 1982, pp. 178 y s.

¹⁴ Algunos autores prefieren utilizar la expresión "motivo de rescisión", en lugar de "causa", cf. Giglio, W., *Justa causa*, op. cit., p. 18.

¹⁵ En este contexto "la causa" sería un fenómeno que provoca de manera necesaria e inevitable "el efecto".

El término causa no se utiliza como categoría filosófica, ya que una causa no siempre provoca un despido de manera inmediata. La causa o motivo del despido sólo da origen a un derecho subjetivo cuyo titular es el empleador.¹⁶

Entre la causa de despido y su eventual efecto (el despido en sí mismo) hay un trámite intermedio que será llamado aquí “trámite subjetivo”.

El trámite subjetivo realizado por el empleador tiene un contenido preciso, consiste en una operación de valoración de los hechos, es decir, se tiene por un lado la normatividad (las causas legales) y por otro lado los hechos (los actos que el trabajador ha cometido). En su trámite subjetivo, corresponde al empleador, y a él sólo, constatar (teóricamente) la adecuación entre la norma y los hechos.¹⁷ Ciertos autores hablan de una “confianza depositada por la ley en las partes”.¹⁸

Una buena parte de los estudios en la materia al analizar las causas de despido proponen limitarlas, mientras que otros critican la modestia de las sanciones contra los empleadores (sobre todo las pecuniarias). Estas medidas buscan reforzar la protección de los trabajadores contra los despidos arbitrarios. Sin embargo, estas proposiciones nunca han constituido un freno a los despidos individuales.

Por el contrario el “trámite subjetivo” en la ejecución del despido sancionador continúa siendo una área que no ha sido cuestionada, y es precisamente en este terreno donde una verdadera protección puede darse tratando de limitar la apreciación unilateral por parte del empleador de la causa o motivo.

Un estudio más preciso del despido revela la exigencia de un comportamiento específico por parte de los trabajadores, así ciertas conductas podrán ser sancionadas con un despido. De ello se desprende una especie de idea general de disciplina que los trabajadores deben observar y respetar con el fin de mejorar el funcionamiento de la empresa. Esta idea se encuentra en la base del régimen de la motivación del despido individual.

¹⁶ En ese sentido se ha calificado como un “acto potestativo del empleador”, cf. Giglio, W., *Justa causa, op. cit.*, p. 9.

¹⁷ Ello ha permitido afirmar que las partes tienen la facultad de calificar la causa con el fin de resolver el contrato. Cf. Mújica Rodríguez, R., *Las obligaciones en el contrato de trabajo*, Caracas, Wilmar Editores, S. A., 1968, p. 431.

¹⁸ Cf. Camacho Enríquez, cit. por Shirley, *La terminación del contrato individual de trabajo, op. cit.*, p. 204.

c. Idea general de disciplina

En la empresa, el trabajador está obligado a cumplir y respetar las instrucciones recibidas para la organización y producción industrial, en ese sentido el trabajador debe observar una cierta disciplina durante el desarrollo del contrato de trabajo, y la mínima falta a esta disciplina puede servir para justificar legalmente una sanción.

Sin embargo, es conveniente preguntarse cuál es la extensión de este deber por parte del trabajador, dónde empieza y dónde termina, en resumen, cuáles son sus límites. He aquí algunas preguntas que seguido quedan en suspenso y a las cuales es difícil responder.

El régimen del despido sancionador se ha caracterizado por la expansión de su campo de aplicación (espacial por ejemplo). Se puede observar que el trabajador debe, en ciertos casos, observar esta disciplina más allá de los límites físicos de la empresa. Esta invasión de la vida extraprofesional por el deber de disciplina puede eventualmente afectar personas que no están de ninguna manera ligadas directamente a la relación contractual entre trabajador y empleador (por ejemplo, la familia del empleador).¹⁹

En principio, el empleador no está autorizado para exigir al trabajador el respeto de alguna disciplina fuera de la empresa; no podrá invocar un acto de la vida privada del trabajador para despedirlo, sin embargo, este razonamiento se enfrenta a muchas dificultades en su aplicación práctica.^{20, 21}

Pero se puede aceptar que en la medida en que una falta cometida por el trabajador, fuera de la empresa y fuera de las horas de trabajo

¹⁹ Así, se consideran como causas de despido el hecho de que el trabajador realice actos (violencia, injurias, etc.) contra los miembros de la familia del empleador (art. 63-A-3), CTC en Colombia, art. 47-IV, LFT en México, art. 31-8 LT, en Venezuela, art. 213-A-2, CTP, en Panamá.

²⁰ Estas posiciones son aceptadas por la doctrina, pero son de difícil aplicación, ya que el juez deberá responder a la siguiente pregunta: ¿dónde empieza la vida privada del trabajador y hasta dónde se extiende el poder de dirección del jefe de la empresa? Cf. Panayotopoulos, *Le contrôle judiciaire du licenciement, dans le droit des pays membres de la communauté économique européenne et celui de la Grèce*, Paris, LGDJ, 1969, p. 179.

²¹ Esta problemática fue objeto de comentarios de autores latinoamericanos, por ejemplo en relación a los límites del espacio físico donde el trabajador debe observar cierta disciplina, a veces se propuso como criterio que: "La influencia del establecimiento debe ir hasta el lugar en donde una tercera persona hipotética (en los alrededores del establecimiento y desconocida de las partes) puede, observar al trabajador, e identificarlo como empleado de la empresa sin mucho esfuerzo mental", cf. Giglio, W., *Justa causa, op. cit.*, p. 35. Este tipo de proposiciones al utilizar conceptos metafísicos impiden limitar la influencia del poder de gestión y de dirección del empleador más allá de las fronteras físicas de la empresa.

y que tenga una relación o una influencia sobre el mismo, pueda provocar el despido, pero a condición que el empleador demuestre la existencia de dicha relación o de dicha influencia.

Como se puede observar, los límites de la idea de disciplina son difíciles de trazar. La fuente jurídica de esta obligación del trabajador es el contrato de trabajo considerado como acuerdo de voluntad que da nacimiento a una relación en la cual la subordinación o la dependencia del trabajador constituyen un elemento esencial. Sin embargo, para ciertos autores la obligación de observar estas reglas fuera del trabajo no emana del contrato sino más bien de la ley.²²

La reglamentación de este deber de disciplina ha sido realizada en América Latina por medio de diferentes mecanismos,²³ por ejemplo, los reglamentos interiores de trabajo, la enumeración de los derechos y obligaciones de las partes²⁴ y finalmente la reglamentación de la motivación en el caso del despido sancionador.

La motivación sería entonces una manera de reforzar la estabilidad del empleo. Esta argumentación no es exclusiva de la doctrina y de la legislación latinoamericana, también se le encuentra en otras latitudes. En Francia, por ejemplo, una ley de 1973 hizo del despido un derecho causado, exigiendo la existencia de una "causa real y seria".²⁵ Existen situaciones similares en Italia, donde una ley de 1966 se ocupó del motivo justificado del despido,²⁶ y en España, donde la "ley de estatuto de los trabajadores" de 1980 trata de las causas legales de despido. De igual manera puede indicarse el caso de la Unión Soviética donde la codificación de los años 70 mantuvo la exigencia de "fundamentos legales" para despedir por iniciativa de la administración.²⁷

En América Latina las primeras referencias a la obligación de motivar el despido aparecieron en la Constitución mexicana de 1917 y

²² Cf. Guzmán Rafael, J. A., "El derecho del trabajo en Venezuela", *op. cit.*, p. 544.

²³ En la legislación colombiana existe una norma de carácter general que ilustra claramente el tipo de comportamiento que se espera del trabajador, el art. 57 (CTC) dice que de una manera general los trabajadores deberán guardar obediencia y fidelidad a su empleador.

²⁴ La mayoría de las codificaciones latinoamericanas, precisan con disposiciones detalladas, las obligaciones y prohibiciones de cada parte en el contrato de trabajo. Cf., Guzmán Rafael, J. A., "Derecho del trabajo en Venezuela", *op. cit.*, p. 544.

²⁵ Cf. Rivero, J. y J. Savatier, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 618.

²⁶ Cf. Carro Zúñiga, C., "La falta grave como causa de despido", *El derecho laboral en Iberoamérica*, México, Trillas, 1984, p. 308.

²⁷ Cf. Ivanov Sermon, A., "Protección contra despidos ilegales en el derecho laboral soviético", *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 140, vol. XXVIII, 1985, pp. 619-626.

en la legislación cubana de 1934 y 1938.²⁸ Estos son, entonces, los antecedentes que marcaron el inicio del reconocimiento jurídico de la motivación del despido en la región,²⁹ a pesar de que se puedan encontrar algunas referencias aisladas y anteriores a esta época.³⁰ Esta tendencia fue tal vez influida por la jurisprudencia francesa de la época, la cual reconocía tal noción (motivación).³¹

Los otros países de la región siguieron el ejemplo, al señalar la necesidad de motivar el despido para que éste fuera legal. En algunos casos esta evolución se realizó interpretando de manera extensiva la legislación que sólo existía antes para los empleados de comercio,³² siendo entonces aplicable a otras categorías y trabajadores. En otros casos, como en Uruguay, una ley (en 1934) estableció una sanción pecuniaria para las empresas que hubieran despedido sin “justa causa”.³³

La misma situación se presentó en Argentina donde el artículo 159 del código de comercio calificaba de arbitrario el no respeto del contrato si la ruptura de éste no había estado fundada en “injuria” de una de las partes.³⁴

Esta evolución se traduce actualmente en la existencia de una obligación de motivar el despido por parte del empleador, y tal obliga-

²⁸ BIT, *Cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur*, op. cit., p. 15.

²⁹ Cf. Cueva, M. de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit., p. 240.

³⁰ Por ejemplo, como antecedente de las faltas graves se tiene a la legislación colonial: antiguo foro, Ley quinta, título III, libro cuarto, que señalaba que no está permitido a un “mancebo” renunciar, ni al “señor” despedir sin justa causa. Cf. Aparicio, G. y Gómez Sánchez, *Código Civil*, concordancias, vol. XIV, p. 260, cit. por Chienda, A., “Las faltas graves como causales de cese inmediato del trabajador en la legislación peruana 1970-1985”, *Análisis laboral* (suplemento extraordinario), Lima, 1985, p. 22. Por otra parte, la idea de “causa” fue adoptada a principios del siglo XX, por ejemplo en el Código de comercio peruano del 15 de febrero de 1902, el cual señalaba (art. 294) ciertas causas especiales para autorizar a los comerciantes a despedir sus empleados (entre estas causas estaban el fraude, el abuso de confianza, la falta de respeto, etc.) *Id.* p. 22.

³¹ Cf. Camerlynk, G. H., *Le contrat de travail*, 2a. ed., París, Dalloz, 1982, vol. I, p. 466.

³² Por ejemplo en Perú la ley 4916 del 7 de febrero de 1924, llamada “Ley del empleado particular” reconoció (art. 2) las mismas faltas graves que se mencionaron anteriormente en el Código de comercio. Cf. Chierida, A., “Las faltas graves como causales de cese inmediato del trabajador en la legislación peruana, 1970-1985”, op. cit., p. 22.

³³ Se trata del art. 26 de la ley núm. 6962 del 6 de octubre de 1919, adoptado por la ley 9196 del 11 de enero de 1934, cf. Barbagelata, H., *El derecho común sobre el despido y su interpretación jurisprudencial*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1953, sección III, LXX, p. 55.

³⁴ Se trata de la ley 11.729 que reforma el código de comercio en ese sentido, cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 287.

ción, reconocida por todas las legislaciones de la región, presenta algunas características necesarias de precisar.

B. La obligación de motivar

La formulación de la obligación de motivar el despido individual no ha sido la misma en todos los países. Dicho esto, cabe distinguir dos grupos de países: por un lado aquellos en los cuales, según la redacción de la ley, establecen la obligación de motivar de manera directa y explícita (como en Perú y Panamá), y por otro, aquellos países que han reconocido dicha obligación de una manera indirecta e implícita (es el caso de los otros países aquí estudiados).

§ 2. El sistema legal de motivos

El sistema legal de la motivación se organiza principalmente a partir de tres cuestiones:

- El tipo de enumeración de causas o motivos escogido por cada país (A).
- El contenido de la noción de motivo (B).
- La existencia de ciertas causas o motivos que no pueden ser invocados (C).

A. La enumeración de causas

La presentación del contenido de la motivación no siempre ha sido hecha de la misma manera, es decir, la presentación de causas o motivos en las legislaciones latinoamericanas no es uniforme.

En esta materia puede advertirse la existencia de dos sistemas diferentes: por un lado aquel en el cual el contenido de la motivación se presenta como una enumeración de causas de despido (sistema casuístico), y por otro, aquel donde sólo hay una causa genérica de despido. Todas las legislaciones de la región pueden incluirse en uno u otro de estos sistemas.

a. El sistema casuístico

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas presentan una serie de ejemplos o hipótesis susceptibles de fundamentar el despido. Este sistema es el más común, se le puede encontrar, por ejemplo, en Chile, Perú, Venezuela, Colombia, México, Brasil, Costa Rica y Panamá.

En estos países se presenta el problema de señalar si las hipótesis de la ley constituyen solamente ejemplos entre otras posibles causas para legitimar el despido sancionador o si, por el contrario, estas hipótesis constituyen causas únicas y exclusivas.

Esta situación ha dado lugar a un debate en la doctrina latinoamericana en el cual dos corrientes de opinión se oponen:

Por un lado están aquellos que se manifiestan en favor de la posibilidad de admitir otras causas de despido que podrían, de igual manera, afectar el desarrollo del contrato de trabajo. Los autores de esta corriente se basan en el argumento siguiente: la complejidad de la vida económica en general y de la empresa en particular impide al legislador concebir todos los casos posibles que autorizan al empleador a despedir; por consiguiente, la lista dada por la ley sólo podrá ser considerada como una serie de ejemplos, en ese sentido se trata de una lista no limitativa.³⁵ Por otro lado, se encuentran una serie de autores que consideran que la lista de causas enumeradas por la ley es limitativa y en ese sentido tiene un carácter restringido.³⁶ Así, no podrá aceptarse como motivo o causa una situación que no haya sido expresamente reconocida como tal en la legislación respectiva; para estos casos, se exigirá que la jurisprudencia haga una interpretación restrictiva de las causas o motivos.³⁷ Los partidarios de esta corriente de opinión han tratado de establecer una analogía entre los motivos de despido y las normas penales relativas a los delitos.³⁸

Este razonamiento permite concluir que las partes no pueden ir más allá de lo que la legislación señala; la voluntad de las partes no puede crear nuevas reglas ni tampoco nuevas sanciones.³⁹

³⁵ Entre esos autores se encuentra Krotoschin quien señaló "que la vida del trabajo es extremadamente compleja y dinámica y que no pueden admitirse modelos rígidos que limiten su expansión", cf. Carro Zúñiga, C., "La falta grave como causa de despido", *op. cit.*, p. 297.

³⁶ La enumeración de causas con un carácter limitativo o *numerus clausus*, *Id.*, p. 297. Diversos autores evocan la misma idea calificando la lista de causas como "Taxativa", cf. Giglio, W., *Justa causa*, p. 19; Murgas Torrazza, R., "La terminación de la relación de trabajo en el derecho panameño", *op. cit.*, p. 199; Pasco Cosmopolis, M., "Extinción de la relación laboral en el Perú", *op. cit.*, p. 250.

³⁷ Cf. De Moraes Filho, E., "A justa causa na rescisão do contrato do trabalho", *cit. por* Tavares, H., *Comparison du droit du licenciement en France et au Brésil*, *op. cit.*, p. 140.

³⁸ Según esta analogía no puede haber causa de despido si no estuvo contemplada previamente en la ley correspondiente. Se trata de una extensión del principio "nulla poena sine lege", cf. Giglio, W., *Justa causa*, *op. cit.*, p. 19.

³⁹ Ver en ese sentido Cabanellas, *cit. por* Shirley, L., *La terminación del contrato individual de trabajo*, *op. cit.*, p. 206.

Estas dos opiniones pueden ser definidas con argumentos más o menos convincentes, sin embargo la interpretación de los tribunales se orienta hacia una u otra, en función de los problemas de empleo que atraviesa cada país en un momento dado.

Los casos de México y Costa Rica pueden ser considerados especiales, ya que se encuentran en una situación intermedia.⁴⁰ En efecto, el artículo 47 de la ley mexicana enumera 15 causas de despido. Las 14 primeras son hipótesis específicas relacionadas con el comportamiento del trabajador, o con situaciones en las cuales el trabajador se encuentra; pero la fracción XV (artículo 47 LFT) indica que puede considerarse como motivo cualquier situación que presente una *analogía* con alguna de las fracciones precedentes, que tenga la misma gravedad y consecuencias similares. En Costa Rica el artículo 81-1 (CCR) deja abierta la posibilidad para que otros comportamientos del trabajador sean considerados como causas para despedir.

A pesar de que este sistema haya sido ampliamente justificado por un sector de la doctrina mexicana⁴¹ puede ser considerado como un medio que puede facilitar los abusos,⁴² y que da un contenido más amplio a la motivación del despido.⁴³

b. El sistema de fórmula general

Algunos países latinoamericanos, concretamente Argentina y Uruguay, han escogido un sistema diferente para presentar los motivos de despido. Ellos han optado por un sistema que se acerca, desde este punto de vista, al de Francia y al de Italia.⁴⁴ Estos países han recono-

⁴⁰ Algunos autores hablan de la utilización de un sistema "mixto" en México, en la enumeración de causas o motivos de despido, cf. Ramírez Fonseca, F., *El despido*, op. cit., p. 52.

⁴¹ Cf. Cueva, M., de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit., p. 249.

⁴² En este caso el uso de la analogía no es favorable al trabajador.

⁴³ Por ejemplo, la jurisprudencia mexicana ha considerado que si las partes, en un contrato colectivo, admitieron que ciertas situaciones pueden ser consideradas como causas de despido. Estas situaciones serán consideradas como causas análogas, apoyándose en el art. 47-XV de la ley del trabajo en México (A.D. 4451/55 Carlos Pedroza Córdova), cf. Ramírez Fonseca, F., *El despido*, op. cit., p. 89. Por otra parte se pudo observar que un comportamiento insignificante del trabajador puede provocar su despido inmediato, por ejemplo: abrir y cerrar un candado, el hecho de comer golosinas, etc., cf. Van der Laet, B., *La huelga y el paro en Costa Rica*, San José, Juricentro, 1979, p. 140.

⁴⁴ La situación en Argentina no siempre fue así, ya que la ley 11.729 que reformó el código de comercio en ese país, e introdujo los arts. 159 y 160, en los cuales se encuentra una serie de casos que constituyen motivos de despido. Esta reglamentación fue abandonada posteriormente para dar lugar a un sistema de causa genérica. Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 287.

cido la existencia de un único motivo de despido con carácter general. Se trata de un “parámetro” que permitirá juzgar a los tribunales cuánta causa de despido.⁴⁵

Estos sistemas (casuísticos y de fórmula general), a pesar de sus diferencias aparentes, son más próximos de lo que parece. En efecto, se puede constatar que los casos considerados por los tribunales como motivo de despido (en los países utilizando la fórmula general) coinciden seguido con los casos aceptados como motivadores del despido en los otros países.

En Argentina el artículo 242 (LCT) indica que “una de las partes podrá hacer la denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”.⁴⁶ Para algunos autores esta causa constituye un verdadero “saco sin fondo” en el cual se resuelven todas las situaciones posibles.⁴⁷

En el caso de Uruguay, el motivo genérico de despido ha sido presentado indicando que todo trabajador que ha sido despedido por “notoria mala conducta” no tendrá derecho a la indemnización de despido.⁴⁸

El haber escogido el concepto de “notoria mala conducta”, en lugar de “justa causa”, ha sido interpretado como la exigencia de elementos objetivos que sólo tendrán en cuenta la mala conducta del trabajador para que el empleador pueda despedir sin responsabilidad.⁴⁹

La jurisprudencia uruguaya ha considerado que la “notoria mala conducta” es una situación que pone en crisis la relación de trabajo por falta del trabajador. Dicha situación podrá ser el resultado de una serie de pequeñas faltas, o bien de una sola falta si ésta es suficiente-

⁴⁵ Cf. Vázquez Vialard, A., *Derecho del trabajo y seguridad social*, op. cit., p. 419.

⁴⁶ El término “injuria” ha sido utilizado en materia penal, pero los tribunales argentinos han precisado que el concepto de “injuria” no es el mismo en derecho penal y en derecho del trabajo. La jurisprudencia en ese país ha indicado que el concepto de “injuria” (laboral) incluye todo acto que implique una ofensa personal, económica o disciplinaria de la otra parte. Suprema Corte de Buenos Aires, 10 de marzo de 1979. “Machado J. V. c/ Sesti F.”, *Carpetas de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, núm. 10, octubre, 1986, p. 21.

⁴⁷ Ver Ramírez Gronda, cit. por Caldera, R., *Derecho del trabajador*, op. cit., p. 356.

⁴⁸ Se trata del art. 10 de la ley 10.570 del 15 de diciembre de 1944, cf. Ermida Uriarte, O., y S. Pérez del Castillo, *Derecho positivo laboral*, Montevideo, Corporación Asesora de Empresas, 1985, vol. II, p. 50.

⁴⁹ Cf. Barbagelata, H., “Uruguay”, op. cit., p. 182.

mente grave para justificar el despido.⁵⁰ Este sistema es la regla en Uruguay, a pesar de que, de manera excepcional, se puedan encontrar algunas variaciones.⁵¹

B. La noción de motivo y de falta grave

a. La relación entre motivo y la falta

El contenido de la idea de motivo que permite el despido sancionador se presenta por medio de casos hipotéticos considerados como graves (salvo en Argentina y en Uruguay). En este caso hay una perfecta identificación entre la causa o motivo y la falta del trabajador; una de las características de la falta es, entonces, su gravedad.⁵² Ello ha permitido afirmar que una falta que no es grave no puede justificar un despido sancionador, lo cual no impide que pueda haber otro tipo de sanción menos fuerte.⁵³ Se advierte, entonces, la existencia de una jerarquización entre las faltas: hay faltas y faltas graves, sólo estas últimas autorizan al empleador a despedir.

Dicho esto, cuando se habla de motivo legítimo o de “justa causa”, se habla de situaciones que permiten el ejercicio del despido sancio-

⁵⁰ Cf. Barbagelata, H., “El derecho del trabajo en Uruguay”, *DLT*, México, UNAM, 1974, vol. II, pp. 474 y s.

⁵¹ Por ejemplo, los trabajadores del mar están regidos por algunos artículos del Código de comercio. El art. 1166 señala las “justas causas” por las cuales un trabajador puede ser despedido. Por otro lado, de manera excepcional, la legislación uruguaya señala que algunos trabajadores sólo podrían ser destituidos por causa de omisión, inaptitudes o delitos (art. 1 del decreto N° 499/ 984 del 8 de noviembre de 1984). En este caso se encuentran los siguientes trabajadores: los empleados de la “caja de jubilaciones y pensiones de profesionales universitarios” y de la “Caja Notarial de Jubilaciones”. Cf. Ermida Uriarte, O. y S. Pérez del Castillo, *Derecho positivo laboral*, *op. cit.*, p. 51 y s.

⁵² La jurisprudencia brasileña ha expresado claramente esta idea: “La gravedad de la falta cometida sería el elemento característico de la “justa causa” permitiendo la disolución de la relación de trabajo...” (Decisión del Tribunal Regional del Trabajo. Novena región, N° 1.005/78 del 12 de junio de 1978, N° de proceso 1.517/77, cf. Giglio W., *Justa causa*, *op. cit.*, p. 48.

⁵³ Esta diferenciación ha permitido a la jurisprudencia brasileña hablar de una “proporcionalidad” entre la falta y la sanción de ésta. En una decisión se puede leer: “que hay un rigor excesivo ahí donde se ha sancionado un despido, cuando una suspensión hubiera sido suficiente para castigar la falta cometida”. (Decisión del Tribunal Regional del Trabajo, novena región, núm. 1.097/79 del 19 de julio de 1979, núm. de proceso 117/79, *Id.*, p. 48. Esta misma idea (de “proporcionalidad”) fue evocada en repetidas ocasiones por los tribunales argentinos como uno de los elementos de la causa de despido, cf. Tribunal del Trabajo 2 Moron, 4 de julio de 1978. “Basvaldo C. A. c/Amasia S. A.” *Carpetas del derecho de trabajo*, núm. 10, Buenos Aires, octubre de 1986, p. 22.

nador. Estas diferencias existen en la mayoría de las legislaciones estudiadas; sin embargo, hay que hacer algunas anotaciones para el caso de Brasil, de Perú y de México, donde esta distinción puede presentar algunos problemas.

Con relación a Brasil, la ley (artículo 482 CLT) ha establecido una serie de hipótesis, pero si el trabajador tiene una antigüedad superior a 10 años en la empresa no podrá ser despedido, salvo que el motivo pueda considerarse como “falta grave”. Hay falta grave si el motivo invocado “representa una violación grave de los deberes y obligaciones del trabajador” (artículo 492, § 2 CLT).

En este país, entonces, no hay siempre una identidad entre la causa y la falta; dicho de otra manera, para este tipo de trabajadores (con una antigüedad señalada en la ley) todas las faltas graves son justas causas, pero no todas las justas causas son faltas graves.

En el caso de Perú, la ley sobre la estabilidad del empleo (LSE) estableció el principio según el cual las faltas graves del trabajador sólo son un tipo de motivo para una ruptura del contrato; para la legislación peruana, la falta grave es un tipo de justa causa (artículo 4 LSE).⁵⁴ Este criterio es válido para todos los trabajadores contrariamente al caso brasileño, ya que la relación entre el título general (justa causa) y la especie (falta grave) es aquí bastante clara.⁵⁵

Finalmente en México, la ley (LFT) no establece la diferencia entre causa y falta grave, salvo en un caso específico,⁵⁶ el del trabajador que cuenta con una antigüedad superior a 20 años (artículo 161 LFT).⁵⁷ En este caso la causa de despido debe presentar un carácter grave, o bien la situación creada por la falta del trabajador debe hacer imposible la continuación de la relación de trabajo; la ausencia de esta característica sólo autoriza al empleador a pronunciar una sanción menor, pero jamás el despido.

Algunos autores han definido el carácter “grave” en este caso, como “aquel que provoca un peligro inmediato de daño económico o irre-

⁵⁴ Cf. Pasco Cosmopolis, M., “La falta grave laboral”, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁵ La “causa justa” es un concepto mucho más amplio y extenso, es decir, él es género mientras que la falta grave es la especie”. *Id.* p. 279.

⁵⁶ Aunque se considera que las causas de despido presentan ya una cierta gravedad.

⁵⁷ Bajo ciertas reservas, se podría establecer un paralelismo entre esta disposición existente en México y la relativa a los trabajadores “estables” (con más de 10 años de antigüedad) en Brasil. En ambos casos la antigüedad del trabajador exige que la falta que provoca el despido sea grave. Sin embargo, en Brasil, la antigüedad requerida es de 10 años para que la regla se aplique, mientras que en México es de 20 años.

parable para la empresa o un peligro inminente de muerte para el patrón”.⁵⁸

La exigencia de gravedad de la falta para este grupo de trabajadores ha sido confirmada varias veces por la jurisprudencia mexicana.⁵⁹ Sin embargo, hay que señalar que esta regla tiene una excepción: la jurisprudencia ha señalado que dicho principio no se aplicará cuando la ruptura del contrato sea el resultado de la aplicación de una “cláusula de exclusión”, esto sucede por ejemplo si el trabajador fue expulsado del sindicato al que pertenecía; en este caso, no se trata de un despido en sentido estricto, ya que la iniciativa de éste ha sido tomada por la organización sindical y no por el empleador.

Puede concluirse que, dejando de lado los casos específicos, la relación entre la causa y la falta es relativamente clara en las legislaciones latinoamericanas. Esta relación puede expresarse de la siguiente manera: la falta grave es una causa válida de despido que, a diferencia de la falta, permite pronunciar un despido de manera inmediata.

b. De la noción de falta en derecho civil a la noción de falta grave en derecho del trabajo

La noción de falta ha sido utilizada en el derecho civil para identificar una situación que impide el cumplimiento de los compromisos contractuales. Esta situación puede ser el resultado del no respeto de una obligación preexistente,⁶⁰ en razón de una actitud negligente de una persona, o bien puede deberse a no respetar el deber de no causar daños a terceros.⁶¹ En el primer caso se hablará de “falta contractual” y en el segundo de “falta delictuosa” o “cuasi-delictuosa”.

De cualquier manera es necesario indicar que la voluntad de la persona que ha cometido la falta es un elemento presente en la noción de falta en derecho común. Esta noción de causa ha sufrido algunas variaciones en materia de derecho del trabajo.

⁵⁸ Cf. Trueba Urbina, *Ley federal del trabajo, op. cit.*, p. 186.

⁵⁹ Por ejemplo, en una decisión de 1978 puede leerse que: el contrato de los trabajadores con más de 20 años de antigüedad no puede ser rescindido válidamente, aunque el trabajador haya cometido alguno de los actos señalados en el art. 47 (LFT) (artículo que enumera las causas), salvo que la falta cometida sea particularmente grave o haga imposible la continuación de la relación de trabajo” (A.D. 6675/78 Gilberto Sánchez González, 19 de marzo de 1979), cf. Ramírez Fonseca, F., *El despido, op. cit.*, p. 152.

⁶⁰ Cf. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, p. 150.

⁶¹ Cf. Guillien, R., Vincent, J., *Lexique de termes juridiques, op. cit.*, pp. 208 y 209.

La falta grave de despido es una situación en la cual la voluntad del trabajador está presente casi siempre. Sin embargo, en el régimen de despido individual existen algunas situaciones que pueden provocar su ejercicio, aunque se demuestre que la voluntad del trabajador no existe. Esto es evidente en el caso de la enfermedad del trabajador o en el caso del despido por motivos económicos.

Si se tratara de dar una explicación civilista de esta situación, podría decirse que existen por un lado las “faltas *stricto sensu*” (con voluntad del trabajador), y por otro lado las “faltas *lato sensu*” (sin voluntad del trabajador), las cuales por extensión del régimen de la motivación autorizan el ejercicio del despido individual.

c. El contenido de la noción de causa o falta grave

El reconocimiento por la legislación de una situación como causa de despido puede perseguir diferentes finalidades. Los autores latinoamericanos han dedicado muchos esfuerzos a la investigación del “bien jurídico” protegido. Pero más allá de estas particularidades, se puede constatar que en la reglamentación del contenido de la motivación existen por lo menos tres preocupaciones centrales en el reconocimiento de una situación como causa de despido:

1. La primera es el interés que se ha dado al orden jerárquico establecido en la empresa, que emana de la *subordinación* o dependencia bajo la cual se encuentra el trabajador.

2. La segunda es la preocupación por proteger el *patrimonio* de la empresa, a pesar de que otros sectores del orden jurídico se ocupen de este mismo tema (concretamente el derecho penal, por medio de los delitos contra la propiedad).

3. La tercera preocupación consiste en sancionar al trabajador en aquellas situaciones que se traduzcan en una *inejecución* de sus obligaciones.

Estas tres nociones (estado de subordinación, protección del patrimonio e inejecución de las obligaciones) son la base de la clasificación de causa de despido utilizada en este trabajo.⁶²

⁶² Diversas clasificaciones de causas de despido han sido propuestas hasta la fecha, por ejemplo, se habla de “falta de disciplina y falta de conducta del trabajador”. Alonso Olea, “Derecho del trabajo”, *op. cit.*, p. 290; cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 323. Se habla de comportamientos del trabajador que dan derecho a despedirlo, de situaciones ligadas indirectamente con el trabajador y de situaciones ligadas directamente al servicio, cf. Giglio W., *Justa causa*, *op. cit.*, pp. 34 y 35. Pueden encontrarse clasificaciones que hablan de violaciones de los deberes ligados a la “prestación” y de deberes de conducta, cf. Herrera, E.,

c.1. Los motivos relacionados con la subordinación

La subordinación del trabajador es uno de los elementos principales del contrato de trabajo, ella se manifiesta por medio del ejercicio de algunas facultades del empleador (o sus representantes) dirigidas a organizar y dirigir el trabajo.

Este principio básico en todo el derecho de trabajo de América Latina ha sido puesto en evidencia. En ese sentido algunos comportamientos del trabajador que violen este principio podrán autorizar al empleador para despedir.

Conviene hacer algunas observaciones sobre dos casos especiales de esos comportamientos que son las faltas de probidad y la pérdida de la confianza.

c.1.1. Las faltas de probidad

Utilizando el término “probidad”, los tribunales latinoamericanos han aceptado como causas de despido una diversidad impresionante de actos o comportamientos de los trabajadores. La amplitud de este término permitió a un autor afirmar que se trata de una causa que incluye a todas las demás.⁶³ Las decisiones de la jurisprudencia latinoamericana en la materia son un buen ejemplo de la diversidad de interpretaciones posibles para una misma norma jurídica.

La noción de probidad presenta tres aspectos principales:

- Las legislaciones estudiadas buscan establecer con esta noción lo que podría llamarse una “moral profesional” en las relaciones de trabajo.

La extinción de la relación de trabajo, op. cit., p. 324. A nivel latinoamericano, Panamá es el único país que en la misma ley hace una clasificación clara y sistemática de las causas de despido; dicha clasificación distingue las causas de naturaleza disciplinaria, de naturaleza no-imputable al trabajador y de naturaleza financiera. Por otro lado, la OIT propuso en 1981 otra clasificación distinguiendo las causas relativas a la conducta del trabajador, a su conducta, a su aptitud y a las necesidades de funcionamiento de la empresa, cf. BIT, *Cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, op. cit., p. 23 y s.* Estas clasificaciones son, a veces, satisfactorias a nivel nacional, pero ellas son insuficientes a nivel continental. Además, en esta clasificación propuesta por la OIT, se establece como tipo especial de causa de despido “las necesidades de funcionamiento de la empresa”, pero este elemento no puede verse como ajeno a los otros motivos de despido ya que se encuentra más o menos presente en todas las hipótesis reconocidas por las leyes latinoamericanas permitiendo el despido individual.

⁶³ Cf. Caldera, R., *Derecho del Trabajo, op. cit., p. 353.*

- Es necesario saber frente a quién el trabajador debe respetar las normas de conducta y, finalmente
- Cuál es la extensión de esta exigencia.

Con relación a la “moral profesional”, la mayoría de los países de la región utilizan la fórmula “falta de probidad u honradez” (en México, Panamá, Venezuela, Chile), a pesar de que no haya un concepto claro sobre el sentido exacto que estos términos tienen.

Por ejemplo, la jurisprudencia mexicana ha establecido que la palabra “probidad” significa “rectitud de espíritu, calidad de hombre, integridad y honestidad en los actos”.^{64, 65} Esta concepción ha sido seguida de cerca por la doctrina y la jurisprudencia venezolana.

En otros países, esta “moral profesional”, ha sido evocada no solamente por una norma de la ley sino también utilizando términos similares al de “probidad”, todos ellos siendo también equívocos, concretamente en Colombia, Argentina y Brasil.

La legislación colombiana señala que una de las obligaciones particulares del trabajador es la de obedecer las prescripciones relativas a la moral en las relaciones con sus superiores y sus camaradas de trabajo.⁶⁶ Hay que señalar que la utilización de términos abstractos originan innumerables dudas por parte de los tribunales ya que dichos términos no son definidos.

En Argentina, la doctrina señala algunos deberes de conducta que el trabajador debe observar en el desarrollo del contrato de trabajo.⁶⁷ La legislación local hace referencia a la obligación de las partes para actuar respetando el principio de la “buena fe”.⁶⁸

En Brasil se considera como motivo de despido los actos cometidos en el curso del trabajo y que impliquen algún atentado al honor o la reputación de una persona.

Por el contrario en Perú la nueva legislación parece un poco más concreta sobre el tema, ella considera como motivo de despido “el fal-

⁶⁴ Cf. Cavazos, R., *Nueva ley federal del trabajo, tematizada y sistematizada*, México, Trillas, 1982, p. 133.

⁶⁵ “El término probidad corresponde a la idea de integridad, honestidad aplicada en el cumplimiento de los deberes derivados de la relación de trabajo”, cf. Caldera, *Derecho del trabajo, op. cit.*, p. 353.

⁶⁶ Art. 59-4, CTC.

⁶⁷ Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo, op. cit.*, p. 349.

⁶⁸ El art. 63 de la ley argentina señala que las partes deben modelar su conducta sobre la actitud propia a “un buen empleador y un buen trabajador” durante toda la duración de la relación de trabajo.

tamiento grave de palabra en agravio del empleador o sus representantes" (artículo 5-h LSE).

¿Frente a quién el comportamiento es exigido?, en sentido estricto, el empleador es la persona frente a quien el trabajador debe observar una "conducta correcta". Sin embargo, la complejidad cada vez más grande de las relaciones de trabajo hace de la identificación del empleador (en una sola persona física determinada) cada vez más difícil. Ello ha permitido exigir al trabajador un comportamiento correcto no solamente frente al empleador sino también, en un sentido más amplio, frente a aquel que se presenta como titular del poder de gestión. Ello explica por qué las legislaciones latinoamericanas reconocen como causa de despido las faltas de probidad cometidas contra los superiores jerárquicamente (en Colombia y en Brasil) y los representantes del empleador (en Perú).

Con relación a la extensión de esta obligación es necesario indicar que los límites de la falta de probidad no se pueden establecer fácilmente. En algunos países (concretamente en México y en Brasil), las legislaciones indican que la falta de probidad no será considerada como causa de despido si el trabajador ha actuado en caso de legítima defensa o en caso de respuesta a una provocación. Este elemento absoluto corre el riesgo de sólo ser un límite formal ya que su aplicación práctica es difícil si se tiene en cuenta que el trabajador deberá demostrar la existencia de dicho elemento.

Otra cuestión es aquella relativa al momento en que el trabajador está obligado a observar el comportamiento exigido. En algunos países la respuesta es clara: se trata de un comportamiento que se sancionará "durante el trabajo".⁶⁹ Para algunos autores, esta expresión es sinónimo de "jornada de trabajo".⁷⁰ Sin embargo, se observa una extensión de los deberes de conducta del trabajador más allá del lugar de trabajo; dicho de otra manera, un comportamiento del trabajador podrá ser calificado de falta de probidad aun en el caso en que haya sido cometido fuera del lugar y los horarios de trabajo.

La jurisprudencia mexicana, por ejemplo, afirma que jurídicamente no se puede admitir que la falta de probidad y honradez del trabajador sólo sean exigidas durante la jornada de trabajo.⁷¹

⁶⁹ En México, la legislación señala: "durante las labores", en Panamá "durante el periodo de trabajo", en Brasil se dice "durante el trabajo", etc.

⁷⁰ Cf. Buen, N. de, *Derecho del trabajo*, cit. por Ramírez Fonseca, F., *El despido*, op. cit., p. 55.

⁷¹ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Jurisprudencia laboral*, México, 1982, p. 151.

En Brasil, la doctrina afirma que la falta de probidad debe en principio ser cometida durante el trabajo y excepcionalmente fuera de éste, pero a condición que la falta tenga una relación con el trabajo.⁷²

En Argentina se ha señalado que los deberes de conducta pueden ir más allá del espacio físico de la empresa. Esta idea no solamente ha sido retomada por la jurisprudencia, sino también ha sido reconocida para ciertas categorías de trabajadores sujetos a estatutos especiales, por ejemplo, los profesores privados y el servicio doméstico.⁷³

c.1.2. La pérdida de la confianza

En América Latina los trabajadores llamados de “confianza” realizan actividades que tienen una relación más directa y estrecha con el poder de gestión y de dirección del empleador. Se trata de un grupo de trabajadores tradicionalmente excluidos de las garantías contra los despidos arbitrarios y están sujetos a normas especiales.⁷⁴ Esta situación se traduce en un refuerzo del poder que tiene el empleador para despedir.

El hecho de aparecer como culpable de actos u omisiones en el trabajo o fuera de éste y provocar la “pérdida de la confianza” constituyen una causa de despido (es el caso de Panamá y de México). En Chile, el empleador puede poner fin, cuando le convenga, al contrato de un trabajador de confianza. En Brasil, este tipo de trabajadores no pueden beneficiarse de las garantías de estabilidad,⁷⁵ y en Venezuela,

⁷² Cf. Lamarca, *Manual das justas causas*, p. 332; Catharino, *Contrato de emprego*, p. 341, cit. por Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, 6. 108.

⁷³ La ley 12,637 (estatuto del personal bancario y de seguros el cual no está en vigor) señalaba que un contrato podía ser resuelto en caso de “inobservancia dentro o fuera del servicio de la probidad que es dable y requerida en atención a la actividad que desarrolla”. Por otro lado, la ley 13,047 (estatuto de profesores privados) en su art. 12 señalaba que la falta de conducta era causa de despido, después esta ley sería reemplazada con la 21,380 indicando que el motivo existe en caso de falta de conducta “pública en contradicción con la orientación doctrinal e ideológica del establecimiento”. Finalmente, el art. 5 del decreto-ley 326/56 que organiza el estatuto del servicio doméstico reconoció como motivo de despido “la vida deshonesta del empleado”. Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, op. cit., p. 360.

⁷⁴ Cf. Pasco Cosmopolis, M., “Trabajadores de confianza”, *Análisis laboral*, Lima, septiembre, 1985, vol. IX, núm. 99, p. 3; cf. Sampaio, A., “Cargo de confianza: conceito e corolarios”, *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, 1980, núm. 26, año pp. 9-17.

⁷⁵ Dicho de otro modo, no se beneficia de las ventajas de la estabilidad; es decir, puede ser despedido si hubo causa de despido, aunque ésta no constituya falta grave. Cf. Giglio, W., *Justa causa*, op. cit., p. 23.

están excluidos de las indemnizaciones aumentadas en caso de despido injustificado (artículo 12 LCDD).

El carácter ambiguo de la expresión “pérdida de la confianza” constituye una fuente de abusos en el ejercicio de la facultad de despedir. En algunos países la jurisprudencia ha hecho esfuerzos con el fin de limitar y precisar el concepto de “pérdida de la confianza”. Así, en México, Panamá y Argentina los tribunales han señalado que la aplicación subjetiva del empleador no es suficiente para justificar un despido. Han estimado necesario que esta apreciación sea fundada en situaciones objetivas.⁷⁶ De cualquier manera, las posibilidades de despedir son mayores para estos trabajadores en los países aquí analizados.

c.1.3. La desobediencia

“Desobediencia” es un término que describe la ausencia voluntaria de respeto de una orden determinada. Se trata de una situación que el derecho del trabajo pretende evitar sancionando la parte que sea culpable de dicho comportamiento.

Las características de la desobediencia permiten afirmar que se trata de un motivo poco preciso, el cual no se distingue necesariamente de las otras causas señaladas por las legislaciones, se presenta más bien como una noción de carácter general que puede incluir infinidad de situaciones. Desde un punto de vista global, las legislaciones latinoamericanas retienen dos elementos:

— La existencia de un comportamiento o de una actitud del trabajador consistente en la negativa de ejecutar una orden.

— La existencia necesaria de una orden legítima, es decir, la orden dada por el empleador debe ser legal, lo cual significa que la orden debe estar comprendida dentro del marco de las obligaciones del contrato al cual el trabajador se comprometió.⁷⁷ En caso de una orden

⁷⁶ Para México: A.D. 5893/1961, Isauro Montemayor Martínez, 29 de octubre de 1982, Cuarta Sala, *Boletín* 1962, p. 671; cf. Buen, De, “La extinción de la relación laboral”, *op. cit.*, p. 143. Para Panamá: Sentencia del 29 de octubre de 1979, Junta N° 7 (Sonia de Ramos vs. 3M Panamá, S. A.). Cf. “Jurisprudencia Laboral”, p. 114, cit. por Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación”, *op. cit.*, p. 218. Para Argentina: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II, 7 de diciembre de 1984. (Banegas, M. A. c/ Cámara, S. A.), *Carpetas de Derecho del Trabajo*, núm. 4, Buenos Aires, abril, 1985, p. 32.

⁷⁷ Las leyes hacen referencia frecuentemente a la obligación de los trabajadores de respetar las reglas del trabajo (reglamento interior, por ejemplo) que son consideradas, en este caso, como una orden dada por el empleador para la ejecución del trabajo. Para México ver: Ramírez Fonseca, F., *El despido*, *op. cit.*, p. 117;

ilegítima, se acepta que el trabajador pueda legalmente negarse a ejecutarla haciendo uso de su *iur resistendae*.⁷⁸

El carácter general de esta causa de despido ha permitido la extensión de la idea de desobediencia.⁷⁹ El caso de Panamá es interesante sobre este punto, ya que es el único país en el cual se exige que la desobediencia intervenga bajo ciertas condiciones. Dejando del lado las condiciones ya señaladas (es decir, el hecho de que debe tratarse de órdenes comprendidas en el marco del contrato de trabajo), en ese país, para poder despedir se exige que el comportamiento del trabajador provoque un perjuicio al empleador y que las órdenes dadas al trabajador hayan sido comunicadas con claridad.

Aparentemente se está frente de disposiciones que buscan asegurar una protección más grande para el trabajador, pero el problema se presenta más bien a nivel probatorio donde los tribunales tienen la posibilidad de apreciar los hechos específicos en cada caso.

Cabe agregar que en el Perú la ley correspondiente (LSE) exige que haya una negativa reiterada de las órdenes, lo cual supone entonces que una sola negativa por parte del trabajador no constituye causa de despido.⁸⁰

Por el contrario, en otros países como Chile, Costa Rica y Venezuela, no hay una referencia directa a la desobediencia como causa de despido. Sin embargo, bajo el título de “faltas graves a las obligaciones del contrato”, la jurisprudencia considera que la negativa del trabajador de respetar las órdenes del empleador constituye una “indisciplina laboral” la cual es suficiente para despedir.⁸¹

Finalmente se encuentran los países donde este comportamiento puede ser considerado causa de despido de manera indirecta, por ejemplo, en Argentina y en Brasil.

para Brasil ver: Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement, en France et au Brésil*, *op. cit.*, p. 114 y para Argentina ver Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 333.

⁷⁸ Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁹ Los tribunales mexicanos han considerado que hubo desobediencia de una persona por haberse negado a dar un informe detallado, a pesar que durante el desarrollo del contrato jamás se le había solicitado hacer este tipo de trabajo. Ramírez Fonseca, F., *El despido*, *op. cit.*, p. 117.

⁸⁰ Las normas complementarias de la LSE (art. 7 del decreto supremo núm. 003-88-TR) precisa que sólo hay “negativa reiterada” si el empleador advirtió al trabajador por escrito sobre los actos cometidos por éste.

⁸¹ Cf. Caldera, R., *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 364.

c.2. Las causas en relación con la protección del patrimonio de la empresa

Otra serie de motivos o causas de despido individual buscan reforzar la protección de la propiedad de la empresa; entre esos motivos se encuentran: la violación de las reglas de seguridad, los daños a la empresa, la divulgación de secretos, la concurrencia del trabajador (durante la ejecución del contrato de trabajo) y el motivo económico.

c.2.1. La violación de las reglas de seguridad

Bajo el título de violación de reglas de seguridad se han agrupado dos situaciones que aparecen de una manera regular como causas de despido: por un lado, se tiene la sanción al trabajador por haber comprometido la seguridad de la empresa y por otro, la negativa del trabajador de adoptar las medidas de seguridad necesarias durante la ejecución del trabajo. Para la reglamentación de estos puntos, las legislaciones de la región latinoamericana se influyeron recíprocamente.

En el primer caso, se trata de sancionar al trabajador que ha comprometido la seguridad del lugar de trabajo o de las personas que ahí se encontraban; esta situación se debe a la imprudencia o a la negligencia inexcusable por parte del trabajador.⁸² La doctrina mexicana considera que se ha querido sancionar aquí la existencia de un peligro potencial,⁸³ y en ese sentido, la realización o la existencia de daños materiales no es exigida. Si ello llegara a suceder se estaría en otra situación igualmente considerada como causa de despido (daño material a la empresa) la cual será tratada separadamente.

Este caso no puede ser analizado sin tener en cuenta otras causas, tales como los daños a los bienes de la empresa y la prohibición de usar materiales de trabajo para otros fines. Entre estas situaciones, la violación a las reglas de seguridad es tan sólo un mecanismo adoptado con el fin de proteger la propiedad de la empresa. Esta causa de despido sería entonces parte de lo que se podría llamar “el régimen de la protección del patrimonio de la empresa”. Con relación al trabajador que sólo comprometió la seguridad del lugar de tra-

⁸² En Costa Rica la ley habla de imprudencia o descuido inexcusable, mientras que en Colombia se sanciona al trabajador culpable de toda negligencia grave que amenace la seguridad de las personas o de los bienes”.

⁸³ Cf. Buen, N., De, *Derecho del trabajo*, cit. por Ramírez Fonseca, F., *El despido*, op. cit., p. 82.

bajo, el derecho del trabajo juega aquí un papel de guardián sancionando una tentativa de delito.⁸⁴

Por otro lado hay que anotar que la punición de un trabajador en los términos aquí señalados es pronunciada no solamente en el caso de un daño contra los elementos materiales de la empresa, sino también contra las personas que ahí se encontraban. Este segundo aspecto puede ser tratado desde dos puntos de vista: el primero podría ser calificado de humanitario, en efecto toda actitud comprometiendo o poniendo en peligro una o varias vidas humanas es criticable. Parece lógico, entonces, que frente a esta situación pueda utilizarse la sanción más severa que existe: el despido.

Pero hay una segunda perspectiva que podría llamarse económica. A pesar de que un accidente sea provocado en razón de la imprudencia o de la negligencia del trabajador, el empleador continúa siendo responsable del daño causado a las víctimas (otros trabajadores o terceros): él estará obligado a indemnizarlos; aunque la actitud negligente del trabajador sea probada, ello no libera al empleador de su responsabilidad.

La legislación mexicana ha reconocido esta situación (artículo 489-III LFT), lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia.⁸⁵

Esta concepción se presenta de manera idéntica en otros países, concretamente en Costa Rica y en Panamá.

El segundo aspecto de lo que se ha llamado la violación de las reglas de seguridad, se manifiesta en la inobservancia por el trabajador de medidas, procedimientos o métodos indispensables para evitar los accidentes. Aquí las diferencias entre los países investigados, no son grandes, sin embargo, se pueden distinguir tres grupos de legislaciones: las primeras para las cuales la simple negativa de adoptar estas medidas puede constituir una causa de despido (es el caso de México), aquellas para las cuales la negativa debe presentar ciertas características (por ejemplo, la negativa debe ser reiterada, es el caso de Costa Rica y Panamá; y en Perú sólo en caso de inobservación del reglamento interno y el de seguridad industrial) y aquellas que reprimen

⁸⁴ Esta situación aparece más claramente en algunos países, por ejemplo en Chile (CCh) el art. 157 señala que el empleador debe informar a las autoridades competentes de las circunstancias del asunto (la causa) para que éstas tomen las medidas y, llegado el caso, denuncien los hechos. En Costa Rica, por otro lado, se indica que si el acto que provocó el despido constituye una situación contemplada en las leyes penales el empleador tendrá derecho de intentar una acción ante las autoridades represivas.

⁸⁵ Jurisprudencia: *Apéndice 1975*, Quinta parte, Cuarta Sala, tesis 5, pp. 4 y 5 citado por Ramírez Fonseca, F., *El despido, op. cit.*, p. 84.

este comportamiento de manera indirecta (es el caso de Argentina y de Brasil).⁸⁶

c.2.2. Daños materiales a la empresa

En materia de relaciones de trabajo la propiedad del empleador está protegida. En este contexto, el reconocimiento de “los daños a la empresa causados por el trabajador” como motivo de despido sólo representan un refuerzo de esta protección, el empleador queda así autorizado para aplicar la sanción más severa admitida por la legislación del trabajo. La adopción de esta causa es unánime en América Latina y los términos utilizados en cada país son bastante próximos.

Se trata de sancionar al trabajador que de manera intencional o por grave negligencia ha provocado daños materiales a los objetos que tienen alguna relación con el trabajo (máquinas, herramientas, edificios, materiales de trabajo, etcétera) y cuya propiedad no le pertenece.⁸⁷

Existen, por otra parte, los países en los cuales los daños materiales a la empresa no aparecen expresamente entre las causas que dan lugar al despido, tal es el caso de Brasil y de Argentina. Sin embargo, esta “laguna” es más formal que real, ya que a veces la jurisprudencia ha incluido esta situación (como en Brasil),⁸⁸ y en Argentina puede constituir uno de “los deberes del trabajador en materia de diligencia y colaboración”, entre los cuales se encuentra la obligación de cuidar los bienes y equipos que se le han dado (artículo 84 LCT).

En Chile, por el contrario, se advierte la existencia de un aumento de la protección de la propiedad en el régimen de la motivación del despido. En efecto, la idea de “daños materiales a la empresa” aparece en diferentes disposiciones legales. Así, entre los motivos de despido, la legislación chilena ha reconocido varias causas que autorizan sancionar los comportamientos del trabajador que atenten a los bienes de la empresa.⁸⁹

⁸⁶ Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement, en France et au Brésil*, op. cit., p. 114.

⁸⁷ Los tribunales mexicanos y venezolanos, por ejemplo, juzgaron que hubo causa de despido cuando la negligencia del trabajador permitió cometer un delito. Para México ver Ramírez Fonseca, F., *El despido*, op. cit., p. 81; para Venezuela ver Caldera, R., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 358.

⁸⁸ Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, op. cit., p. 109.

⁸⁹ El primero presenta un carácter general, el segundo un carácter específico y el tercero sanciona alguna participación en actos indirectos:

1. De carácter general: la legislación chilena considera como causa de despido todo atentado a los bienes que se encuentran en la empresa. En este caso se

c.2.3. La divulgación de secretos

Entre las obligaciones de los trabajadores hay una que consiste en la observación de una cierta discreción y reserva en la transmisión de conocimientos que tienen una relación con la empresa. Las legislaciones latinoamericanas consideran la divulgación de secretos en perjuicio del empleador como una causa de despido, se trata de una causa que busca proteger el patrimonio de la empresa.

Sobre este punto es necesario explicar, por lo menos, tres aspectos: por un lado, ¿qué es la divulgación?, por otro, ¿cuál es la noción de “secreto” utilizada en las leyes? y finalmente, ¿es necesario el perjuicio al empleador?

La divulgación: se trata la propagación de una información fuera del conocimiento de una persona. Las leyes hablan de revelación de secretos, idea que, salvo algunas excepciones, es sinónimo de divulgación. Cabe señalar que los límites a la circulación de la información pueden estar reducidos a la empresa misma o a un grupo de trabajadores (un equipo por ejemplo). En el caso de Argentina, esta conducta puede ser calificada de violación a los deberes de fidelidad y lealtad, mientras que en Uruguay se le podrá considerar como una notoria mala conducta. En ambos casos el empleador podrá despedir.

Los secretos: la noción de “secreto” tiene un contenido muy variado; en cuanto a su definición, las legislaciones latinoamericanas presentan dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo se puede constatar la existencia de un consenso entre los países para considerar como secreto la información relativa a la fabricación de productos de la empresa en cuestión; los ejemplos pueden ser diversos: conocimientos técnicos, procedimientos de producción, conocimientos sobre la comercialización de los productos, etcétera. Pero desde un punto de vista subjetivo las legislaciones señalan que una información es un secreto si ésta ha sido considerada como tal por la empresa. El contenido de la noción de

está ante una norma en la cual diversas situaciones podrían ser contempladas (art. 156-2).

2. De carácter específico: se ha considerado como causa los actos que provocan la destrucción de materiales, instrumentos o productos del trabajo o de mercancías disminuyendo su valor o provocando su deterioro (art. 157-3, CCh).
3. Los actos indirectos: la legislación chilena señala que se considera como causa de despido la incitación de destruir, o hacer inútil o a interrumpir el funcionamiento de las instalaciones públicas o privadas, o bien participar en actos que los dañen (art. 157-5, CCh).

secreto estará fijado entonces por el empleador, puede tratarse de documentos, de una información sobre algunos negocios, etcétera.

El perjuicio: en lo que respecta al perjuicio causado al empleador con la divulgación de secretos, las legislaciones pueden dividirse en dos grupos: las que lo exigen para despedir y las que no lo exigen.

La exigencia de un perjuicio es la regla general en la mayoría de los países (es el caso de México, de Costa Rica, de Panamá, de Venezuela y de Colombia); algunos autores consideran que este elemento es necesario en materia penal y civil mientras que no es necesario en materia laboral.⁹⁰ Algunas decisiones de los tribunales muestran que la existencia de un perjuicio no ha sido establecida siempre de manera clara ni tampoco ha sido exigida en todos los casos.⁹¹ Dentro de la categoría de los países que no exigen un perjuicio para el empleador se encuentra Perú donde la legislación no hace mención alguna.

c.2.4. La concurrencia del trabajador

El trabajador, como cualquier persona, puede actuar en la esfera económica, puede convertirse en un actor en los intercambios comerciales; su participación en este dominio deriva de su derecho a escoger el trabajo que le conviene, la libertad de trabajo y de industria reconocidas en las constituciones lo autorizan.

Esta participación se localiza en la frontera entre el derecho comercial y el derecho del trabajo, y en un sentido más amplio dentro del derecho económico.

Para el derecho comercial el hecho de ser trabajador no es un elemento importante, ya que éste no actúa como tal: él es considerado simplemente como un "agente económico".

Por el contrario, en la perspectiva del derecho del trabajo esta actividad del trabajador puede ser sancionada en la medida en que represente un perjuicio para la empresa, concretamente si la actividad del trabajador puede ser calificada como un acto de concurrencia frente al empleador.

Hay que hacer dos anotaciones sobre el tema: por un lado, la concurrencia del trabajador frente a su empleador no siempre ha sido

⁹⁰ Cf. Caldera, R., *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 361.

⁹¹ Por ejemplo en México los tribunales indicaron que hubo "revelación de secretos" por parte de las personas que trabajan en el servicio telefónico, ya que éstas habían escuchado cuando hacían la comunicación. En Brasil hay "revelación de secretos" por parte de un empleador, por haberlo sorprendido copiando, sin autorización expresa, una carta confidencial, *Ibid.*

considerada como causa de despido en América Latina; en Brasil, en Perú, en Colombia y, en cierta medida, en Chile, algunos antecedentes pueden encontrarse. En los otros países, es la jurisprudencia la que se ha encargado del problema, asimilando este comportamiento a alguno de los motivos señalados en la ley para justificar el despido.

Dicho esto, la concurrencia del trabajador durante el desarrollo del contrato de trabajo involucra diferentes problemas que pueden ser clasificados en función del origen de la reglamentación de la no concurrencia y en función de las características de ésta.

La obligación de no-concurrencia puede ser mencionada en el contrato de trabajo. A pesar de que esta posibilidad sea más bien la excepción en América Latina, las legislaciones de Colombia y de Chile constituyen un ejemplo: en Colombia se indica que el trabajador puede comprometerse a no trabajar en una rama determinada o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador; en Chile, el hecho de realizar alguna actividad prohibida por el empleador en el contrato de trabajo escrito constituye una causa de despido.

Por otra parte, en la mayoría de los países, la obligación de no-concurrencia no es de origen contractual, más bien es presentada como el resultado de una violación de las obligaciones y los deberes que el trabajador debe respetar durante la ejecución de su contrato de trabajo.

Por ejemplo, en México, en Venezuela y en Panamá, a pesar de que la concurrencia no sea considerada como causa de despido, la jurisprudencia ha señalado que se trata de una “falta de probidad” por parte del trabajador.⁹² En Argentina (artículo 84 LCT) se ha señalado que existe el deber de no concurrir al empleador; se trata en este caso de una aplicación del deber de “fidelidad y lealtad” reconocido en ese país.

Cabe señalar que este tipo de conductas no deben estar autorizadas por el empleador.⁹³ El consentimiento del empleador hace desaparecer la causa o motivo del despido.

Por otro lado, la mayoría de las legislaciones no exigen la existencia de algún efecto específico para que la causa de despido sea válida; las excepciones a esta regla son el derecho peruano, brasileño y, en alguna época, el derecho argentino.

En Perú se ha calificado como causa de despido los actos del trabajador con el fin de atraer la clientela, sin embargo, la ausencia

⁹² *Id.*, p. 354; cf. Caldera Pietri, “Venezuela”, *op. cit.*, p. 66; cf. Hoyos, A., “Panamá”, *op. cit.*, p. 115.

⁹³ Perú es el único país que exige que esta autorización se haga por escrito. En los otros países surge el problema de la prueba.

de precisiones sobre el tema impide conocer la significación exacta de esta norma. En Brasil la ley local (artículo 482-c CLT) considera que los actos de concurrencia son un ejemplo de situaciones que obstaculizan la buena marcha del servicio. En Argentina, en un momento dado, algunas decisiones de los tribunales exigieron la existencia de un perjuicio al empleador para que el acto de concurrencia fuera considerado como causa de despido;⁹⁴ sin embargo, puede observarse que actualmente en la jurisprudencia de este país dicho elemento ya no es necesario.⁹⁵

c.2.5. El motivo económico

Actualmente resulta difícil afirmar que un despido no tiene algún significado económico. Con la mayoría de las causas de despido se pretende sancionar un comportamiento que, en sí mismo, puede entorpecer el buen funcionamiento de la empresa. Por el contrario, cuando se habla de motivo económico se está haciendo referencia a una situación completamente diferente en la cual el comportamiento del trabajador no tiene nada que ver. La causa económica tiene más bien una relación con la salud financiera de la empresa, y de una manera general con las dificultades económicas que aquella atraviesa; se trata de una situación que podría ser incluida entre las “faltas *lato sensu*” de las cuales se habló.

En América Latina el motivo económico no aparece claramente como una causa de despido individual,⁹⁶ la noción de “despido económico” sólo es señalada cuando se trata de varios trabajadores.⁹⁷ Esta idea de las legislaciones tiene como origen una concepción falsa, a saber que un motivo económico sólo provoca el despido de varios trabajadores al mismo tiempo. Esta situación se traduce en la ausencia de una reglamentación específica del despido individual por motivo económico.

⁹⁴ Cf. Herrera, E., *Extinción de la relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 355.

⁹⁵ *Id.*, p. 356.

⁹⁶ En Colombia los tribunales ratificaron este criterio legal en una decisión de la Suprema Corte de Justicia en la cual se señala que “las dificultades del empleador, en ningún caso constituye una ‘justa causa’ de despido...”. Sentencia de la Sala de Casación del Trabajo, 17 de mayo de 1984. *Jurisprudencia y doctrina*, vol. XIII, núm. 151, Bogotá, julio de 1984, p. 554, cf. Arenas Monsalve, N., “Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 239.

⁹⁷ A veces las legislaciones utilizan los términos de “reducción de personal” o de “terminación colectiva de las relaciones de trabajo”.

Frente a este estado de cosas es necesario saber cómo puede eliminarse esta laguna jurídica. El régimen del despido colectivo por motivo económico ha sido organizado teniendo como base el principio de la intervención de las autoridades de trabajo, es decir, cuando un empleador quiere despedir varios trabajadores invocando una causa económica, está obligado a solicitar previamente la autorización de las autoridades del trabajo.

A pesar de que el procedimiento haya sido establecido para el caso de un despido colectivo,⁹⁸ no existe norma alguna que impida la aplicación de dicho procedimiento cuando se trate de un solo trabajador. Puede deducirse entonces, que en caso de motivo económico afectando a un solo trabajador la autorización previa de las autoridades de trabajo es *necesaria*. De cualquier manera, ésta es una deducción teórica que tiene poca relación con la práctica. De manera reiterada, el empleador que enfrenta dificultades económicas y desea despedir un trabajador, espera a que éste cometa una falta constitutiva de una causa de despido que le permita despedirlo de manera inmediata. Este tipo de práctica es, tal vez, más común en países como Brasil donde ninguna forma de la información del despido ha sido prevista.⁹⁹

Cuando las dificultades económicas de la empresa aumentan, el despido sancionador se presenta como un recurso complementario del régimen de despido colectivo por motivo económico.¹⁰⁰

c.3. Los motivos en relación con la inejecución de las obligaciones

Existe una tercera serie de causas de despido: las que sancionan la inejecución de las obligaciones del trabajador. Entre estos motivos se encuentran la ausencia al trabajo, la aptitud del trabajador, el encarcelamiento del trabajador y el estado de ebriedad.

⁹⁸ Por ejemplo, estableciendo los criterios para seleccionar a los trabajadores que serán despedidos en primer término.

⁹⁹ "Muchos empleadores despiden primero, y solamente después descubren o inventan un motivo que, invocado durante el proceso, les dará la oportunidad de reducir el monto de las indemnizaciones debidas..." cf. Giglio, W., *Justa causa*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁰ Cf. Burneo, J., *et al.*, *Empleo y estabilidad laboral*, Lima, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1976, p. 157.

c.3.1. La ausencia al trabajo

Primeramente hay que indicar que la ausencia al trabajo es un concepto diferente del de abandono de trabajo.¹⁰¹

El cumplimiento del contrato es una de las obligaciones más importantes del trabajador, la ejecución del trabajo que se le ha asignado exige una presencia constante y regular en su lugar de trabajo; en ese sentido, la ausencia al trabajo ha sido considerada como una falta grave que da derecho al empleador para despedir de manera inmediata.

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas penalizan esta conducta, con excepción de los casos en los cuales el trabajador obtuvo un permiso o una autorización previa de parte del empleador o bien en el caso en que alguna situación le impide presentarse a su trabajo. El número de ausencias constitutivas de la causa de despido, así como el periodo durante el cual estas ausencias se cuentan, son los dos aspectos que dan origen a la mayoría de los litigios.

Con relación al primero de estos aspectos, existen tres grupos de legislaciones:

- Aquellas que fijan una cantidad mínima de ausencias.
- Aquellas que fijan una cantidad mínima de ausencias, pero que sancionan más fuertemente las ausencias cometidas en ciertos días de la semana.
- Aquellas que no fijan el número de ausencias, y dan lugar a una resolución casuística.

Entre los países que fijan una cantidad mínima de ausencias, se encuentran México (más de 3), Venezuela (3 días hábiles), Costa Rica (2 días consecutivos o más de 2 días no consecutivos en el mismo mes) y Perú (cantidad de ausencias diferentes en función del carácter consecutivo o no consecutivo de dichas faltas).

Algunos países presentan ciertas variaciones. Estos países exigen de igual manera una cantidad mínima de ausencias, pero éstas son más graves si se cometen en ciertos días, tal es el caso de Panamá y de Chile (por ejemplo el hecho de faltar durante el mismo mes dos lunes, o bien seis lunes durante un año, en Panamá, o faltar dos lunes en el mismo mes, en Chile).

¹⁰¹ Se trata de dos situaciones cuya distinción no siempre es clara. Este problema (art. 213-11-12, CTP).

parece haber inspirado al legislador panameño quien hizo esta distinción en la ley

Finalmente existen países en los cuales no se menciona el número de ausencias y la causa de despido existirá una vez que se aprecie cada caso concreto, estos países son Argentina y Uruguay.

c.3.2. La aptitud del trabajador

La aptitud del trabajador como motivo de despido individual surge de la imposibilidad para ejecutar el contrato de trabajo de la manera y en las condiciones originalmente previstas. Sólo se tratarán aquí dos casos entre los más comunes: la actitud del trabajador proporcionando una información falsa sobre sus capacidades y la incapacidad del trabajador para asistir a su trabajo en razón de una enfermedad.

— Proporcionar una información falsa para la obtención de un puesto

En algunos países (México, Costa Rica, Panamá y Colombia) se ha reconocido como causa de despido los actos del trabajador con la finalidad de hacer creer al empleador que se tienen ciertas cualidades profesionales; el objetivo del legislador ha sido, en este caso, de sancionar el engaño cometido por el trabajador para obtener el trabajo.¹⁰² En principio, los medios utilizados son documentos falsos o inexactos. En Costa Rica se admite, sin embargo, que el mismo efecto puede obtenerse si el trabajador finge poseer ciertas cualidades o conocimientos. En la mayoría de los casos el trabajador aparece como autor del engaño, sin embargo, la legislación mexicana admite que el sindicato (al cual pertenecía el trabajador) pudo haber contribuido para provocar el error en el empleador.¹⁰³

Una de las cuestiones más importantes es la de saber hasta qué momento el empleador puede hacer uso de su facultad de rescisión unilateral del contrato de trabajo. En ese sentido, el problema de la prescripción se presenta de manera diferente en cada país, y existen dos soluciones características en América Latina: México y Panamá constituyen ejemplos de las mismas. En México no se podrá invocar esta

¹⁰² Cf. De Buen, N., *Derecho del trabajo*, cit. por Ramírez Fonseca, F., *El despido*, op. cit., p. 53.

¹⁰³ Esta disposición parece lógica para el caso mexicano, si se tiene en cuenta que las "cláusulas de exclusión" son admitidas. Una de las modalidades de estas cláusulas consiste en dar al sindicato la posibilidad de proponer candidatos a un nuevo puesto de trabajo. En este caso, la responsabilidad del sindicato podrá cuestionarse. Cf. Cueva, M., De la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, op. cit., pp. 306 y s.

causa después de haber ocupado el puesto durante 30 días, mientras que en Panamá la prescripción varía en función de las características de la información proporcionada (la regla es de un mes, pero será de un año si no se trata de un certificado de aptitud para una profesión, esta duración se cuenta a partir del inicio de la prestación, será de 6 meses en caso de incapacidad que origine ineficiencias haciendo imposible la ejecución del contrato).

— La enfermedad del trabajador

La incapacidad de un trabajador por una enfermedad puede dar lugar a la interrupción de las obligaciones de las partes en el contrato de trabajo, esta situación se analiza bajo el término de “suspensión del contrato de trabajo”.

Cuando la causa de suspensión haya desaparecido, el trabajador debe ser reintegrado a su puesto, o bien a un puesto diferente que tenga en cuenta las nuevas capacidades del trabajador, así el contrato de trabajo continuará con todas sus consecuencias. Sin embargo, puede suceder que la reintegración del trabajador no se realice, o bien que ciertas circunstancias hagan imposible la continuación del contrato, y en esta hipótesis un despido podría pronunciarse, aunque pueden presentarse diferentes situaciones y las legislaciones no ofrecen una solución homogénea. De cualquier manera se pueden distinguir los casos de ruptura durante la suspensión y los casos de ruptura al final de la suspensión.

Con relación al primer caso (durante la suspensión) algunos países imponen una duración limitada a la suspensión del contrato en caso de enfermedad o accidente de trabajo (profesional o no): por ejemplo, en Costa Rica, en Panamá y en Argentina. En otros países, la duración de la suspensión es fijada por la institución de seguridad social (por ejemplo, en México); sin embargo, la posibilidad de despedir un trabajador durante dichos periodos queda abierta, y algunas legislaciones ponen en evidencia esta eventualidad. En Argentina, por ejemplo, un trabajador puede ser despedido durante la interrupción del contrato y la única consecuencia en este caso será el aumento de la indemnización a cargo del empleador.¹⁰⁴ En Panamá (artículo 213-B-4) la incapacidad física o mental ha sido considerada como causa de despido, pero a condición que se haya constatado debidamente. En

¹⁰⁴ En este caso el trabajador tendrá derecho a los salarios correspondientes al plazo previsto para su curación, pero también tendrá derecho a la indemnización de despido.

Uruguay y en Argentina el despido pronunciado durante el periodo de enfermedad se traduce también en un aumento de la indemnización de despido.¹⁰⁵

Para los casos que se pueden presentar al final de la suspensión por enfermedad, hay que señalar que si el trabajador no se presenta más al final de la suspensión, se estará frente a un abandono de trabajo y el despido será posible. Esta situación ha sido prevista en Venezuela y en Colombia.^{106, 107}

En otros países, el despido puede darse después del plazo previsto para una suspensión, debido a una incapacidad temporal. La obligación de reintegrar al trabajador podrá ser sustituida por una indemnización aumentada.¹⁰⁸ La enfermedad del trabajador constituye, entonces, una situación que puede facilitar el despido individual; la garantía del empleo en este caso es bastante frágil.

c.3.3. El encarcelamiento del trabajador

El encarcelamiento del trabajador es una pena privativa de libertad y constituye un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones del trabajo. La imposibilidad de acudir al centro de trabajo y de ejecutar el contrato, ha sido objeto de una reglamentación en el derecho del trabajo.

En principio, las legislaciones latinoamericanas consideran que la detención de un trabajador constituye una causa de suspensión de algunos efectos del contrato de trabajo; sin embargo, la sentencia penal podrá jugar un papel definitivo en el régimen aplicable en materia laboral. De cualquier manera es posible imaginar una situación que, sin constituir un delito en materia penal, pueda ser considerada como causa de despido en materia laboral.^{109, 110}

¹⁰⁵ Cf. Barbagelata, H., "Uruguay", *op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁶ Cf. Arenas Monsalve, "Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo", *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁷ En Panamá, la causa de suspensión se convertiría en una causa de despido (art. 213-B-5, CTP).

¹⁰⁸ Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo, op. cit.*, p. 348.

¹⁰⁹ Cf. Hoyos, A., "Panamá", *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁰ Los tribunales brasileños han decidido que "la absolución por insuficiencia de pruebas del delito de robo de un trabajador en la justicia criminal, no impide a la justicia del trabajo la posibilidad de buscar la falta grave en una investigación abierta a tal fin. (Ac. 1a. T. del Tribunal Superior del Trabajo núm. 1.731/75, de 21 de octubre de 1975, proceso núm. RR-4.423/74, cit. por Giglio, W., *Justa causa, op. cit.*, p. 52. De igual manera en Argentina los tribunales indicaron que la ausencia de una denuncia (ante las autoridades penales) no impide que haya

Por otra parte, el procedimiento penal puede concluir con una sentencia absolutoria o condenatoria. En el primer caso, el trabajador recupera su libertad y podrá acudir a su trabajo; el régimen de la suspensión será en este caso aplicable. Por el contrario, si el trabajador ha sido condenado con una pena privativa de libertad, el empleador podrá pronunciar un despido. El procedimiento y la decisión penales tendrán, entonces, una influencia sobre el régimen aplicable en derecho del trabajo.¹¹¹

Estos criterios señalados se presentan como los principios de base que deben ser tomados en cuenta, en el análisis en caso de encarcelamiento del trabajador, en materia de derecho del despido individual en América Latina.

Sin embargo, algunos países han incorporado algunas variaciones que pueden ser identificadas en función del momento en que intervienen en el procedimiento penal y que podrán provocar, eventualmente, la aplicación del régimen del despido sancionador.

Al inicio de la privación de libertad, el trabajador debe hacer del conocimiento del empleador la imposibilidad en que se encuentra para acudir al trabajo; este criterio es el más común en las legislaciones latinoamericanas. El objeto de esta obligación de informar es con el fin de evitar un posible despido por abandono de trabajo o por ausencias injustificadas. De manera general, no existe una reglamentación relativa al plazo durante el cual esta información debe ser proporcionada, pero en Panamá se ha considerado que un trabajador detenido preventivamente debe hacer del conocimiento del empleador su situación en los 10 días que siguen al inicio de dicha detención (salvo si el empleador pudo haber conocido esta situación por otro medio). La inobservancia de esta obligación constituye un motivo de despido.

Con relación a la duración de la privación de la libertad, hay que señalar que en Panamá, por ejemplo, pasado un año (contado a partir del inicio de la detención del trabajador) el empleador podrá tomar la iniciativa de ruptura sin que ésta le sea imputable. La misma situación se presenta en Colombia; en este país si la detención es mayor de 30 días hay motivo de despido, aunque esta situación está sometida a una condición: que el trabajador no será objeto posteriormente de una sentencia absolutoria.¹¹²

“justa causa” (injuria laboral). Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, 19 de marzo de 1987 (“Rondal Paz, F. c/ Establecimiento Modelo Terrabussi, S. A.”), cf. *Derecho Laboral*, Buenos Aires, núm. 10, año XXIX, octubre de 1987, p. 459.

¹¹¹ Tiene que tratarse de una sentencia que causó ejecutoria.

¹¹² Cf. Sánchez, D. E., *et al.*, “La privación de la libertad del trabajador como justa causa de despido”, *Actualidad Laboral*, Bogotá, núm. 19, 1987, p. 26.

En otros países como Uruguay, la legislación ha sido menos precisa, los tribunales han considerado que la duración de la suspensión en estas circunstancias debe ser analizada caso por caso. Si esta duración es mayor de un “mínimo razonable” el empleador queda liberado de la obligación de conservar el empleo, y en consecuencia podrá despedir al trabajador sin responsabilidad alguna.¹¹³

En lo que se refiere a la sentencia penal, en algunos países ciertas características de la misma son tomadas en cuenta para saber si hubo o no causa de despido, tal es el caso de Perú (hay causa sólo si el delito se cometió con dolo) y de Colombia (una pena privativa de libertad superior a 8 días puede justificar el despido).

El encarcelamiento del trabajador es uno de los temas que interesan al “derecho penal del trabajo”. La relación entre las normas laborales y las normas es bastante clara en este caso.

c.3.4. El estado de ebriedad

El estado de ebriedad de una persona es la intoxicación producida por el alcohol y que provoca perturbaciones en la adaptación nerviosa y la coordinación motriz.¹¹⁴

En la empresa, este tipo de situaciones pueden alterar la disciplina del trabajo o poner en peligro a las personas que se encuentran en el centro de trabajo. El estado de ebriedad es tan sólo un estado causado por la ingestión de ciertas sustancias, se trata de una situación, entre otras, que podrían tener las mismas consecuencias. Esto ha permitido asimilar el estado de ebriedad a otros casos de perturbaciones como la influencia de narcóticos (en México), de drogas alucinógenas (en Panamá), o de sustancias estupefacientes (en Perú).

En algunos países no hay una referencia directa al estado de ebriedad como causa de despido, por ejemplo: en Argentina, en Uruguay, en Chile y en Venezuela; en los dos primeros casos, ello se explica por el sistema adoptado en las legislaciones para presentar las causas de despido, a pesar de que la jurisprudencia argentina haya considerado en repetidas ocasiones el estado de ebriedad como causa de despido.¹¹⁵

El caso de Chile no es el mismo: a pesar de que existe una lista de causas de despido, el estado de ebriedad no aparece expresamente.

¹¹³ Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 329.

¹¹⁴ Cf. Paul Robert, *Dictionnaire de la langue française*, París, Le Robert, 1982, p. 1037.

¹¹⁵ Por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, (“Morales Martín c/ Consorcio de propietarios Carlos Pelligrini 1067”, 14 de mayo de 1987), *Carpeta de derecho del trabajo*, Buenos Aires, núm. 11, diciembre 1987.

Esta laguna ha sido eliminada por la jurisprudencia local, la que ha declarado que el hecho de presentarse al trabajo en estado de ebriedad constituye una falta de probidad del trabajador.¹¹⁶

Para los otros países, que han reconocido expresamente este tipo de comportamiento, el debate se ha concentrado alrededor de tres cuestiones: su extensión, la prueba del estado de ebriedad y las excepciones posibles.

Sobre la extensión, hay que señalar que el hecho de tomar sustancias tóxicas deriva, antes que nada, de una decisión personal, pero si el estado en el cual se encuentra una persona tiene una consecuencia negativa sobre su trabajo, tal conducta podrá ser sancionada. ¿Dónde empieza y dónde termina la obligación para el trabajador de observar este comportamiento?, a pesar de que los textos legales no aportan mucha luz sobre este aspecto, existe un consenso para considerar que el despido puede pronunciarse no solamente cuando el trabajador llega a su trabajo en estado de ebriedad,¹¹⁷ sino también cuando el trabajador adquiere tal estado físico estando en la misma empresa; sobre este punto no hay gran polémica.

Por el contrario, las opiniones se dividen cuando se pregunta si el trabajador está obligado a observar este comportamiento fuera de la empresa y fuera de la jornada de trabajo.¹¹⁸

Parece lógico que el estado de ebriedad sea admitido como causa de despido si perjudica o altera la ejecución del contrato de trabajo y

¹¹⁶ Cf. Caldera, R., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 364.

¹¹⁷ En Perú la legislación indica que este comportamiento debe ser "reiterado", pero esta exigencia desaparece si, en razón de la naturaleza de la función ocupada por la persona, tal hecho presenta cierta gravedad. Es conveniente señalar que en México la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado dice que es necesario que el trabajador asista de manera "habitual" al trabajo en estado de ebriedad para que exista causa de despido (art. 46-V-h). Para los demás trabajadores el carácter "habitual" de la falta no es necesario (art. 47-XIII, LFT). Cf. Buen, N., De, "La extinción de la relación laboral", op. cit., p. 143. Se trata de una situación curiosa que muestra la falta de coherencia en la adopción de las normas laborales.

¹¹⁸ La redacción de la ley brasileña permite algunas dudas. Se reconoce como "justa causa" de despido la "ebriedad habitual" y no se indica si esto es válido fuera de la empresa. La doctrina local se pronuncia por una interpretación restrictiva de este motivo. Por ejemplo, Lamarca cit. por Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement en France et au Brésil*, op. cit., p. 112. Sin embargo, existen decisiones de los tribunales brasileños que han resuelto en sentido inverso, en alguna de estas decisiones se puede leer: "el consumo habitual de bebidas alcohólicas, aun fuera del servicio, por el trabajador, constituye una falta grave considerada por la legislación obrera como tal y justifica el despido del trabajador" (Ac. TRT, da 7a, Reg. Nº proc. 83/89, rel: Juiz Fernandez de Oliveira) cf. Giglio, W., *Justa causa*, op. cit., p. 167.

en consecuencia afecta los intereses del empleador, el cual debería aportar la prueba de tal situación.¹¹⁹

Con relación a la prueba del estado de ebriedad no se trata aquí de señalar sobre quién pesa la carga de la prueba del estado de ebriedad, sino más bien cuáles son los medios aceptados por los países para constatar el estado de ebriedad. Sobre este punto existen dos soluciones complementarias opuestas: una de carácter subjetivo adoptada en México y otra de carácter objetivo adoptada en Perú. Las soluciones de los otros países pueden encontrarse entre estos dos extremos.

La jurisprudencia mexicana ha indicado que para establecer el estado de ebriedad de un trabajador no es necesario realizar el mínimo examen médico. El estado de ebriedad puede constatarse por “la simple apreciación de los sentidos”, así la declaración de dos testigos será suficiente.¹²⁰ Esta situación deja un margen importante a la apreciación subjetiva y unilateral del empleador y deja la puerta abierta a los abusos.

Por el contrario, en Perú la apreciación del estado de ebriedad no es hecha por el empleador unilateralmente; la legislación peruana (LSE) prevé que “la autoridad policial prestará su concurso” con el fin de constatar la situación en la cual se encuentra el trabajador. Cabe señalar que en este caso la intervención de la autoridad policial sólo contribuye a la verificación del estado de ebriedad, lo cual será hecho por un laboratorio o por un médico.¹²¹ En el caso que el trabajador se niegue a someterse al examen correspondiente, la ley considera que se está reconociendo el estado de ebriedad.

En cuanto a las posibles excepciones es necesario indicar que en algunas circunstancias el estado de intoxicación de un trabajador no constituye una causa de despido. No hay una regla que pueda indicar la posición de los diferentes países en la materia, y las excepciones se presentan casuísticamente y su sistematización es difícil. A título de ejemplo se tienen el caso de México y de Brasil.

En México la legislación admite que el estado en el cual se encuentra el trabajador puede deberse a la ingestión de sustancias médicas.

¹¹⁹ Una aplicación parcial de este criterio se hizo en México. En efecto, los tribunales mexicanos condenaron un trabajador que acudió, fuera de la jornada de trabajo, al centro de trabajo en estado de ebriedad, ya que pudo haber distraído a sus compañeros ocupados en ese momento (A.D. 1450/97 Margarita Santamaría Ayala, 15 de octubre de 1979) citado por Ramírez Fonseca, F., *El despido*, op. cit., p. 130.

¹²⁰ Cf. Secretaría del Trabajo y Previsión Social. *Jurisprudencia laboral, 1917-1981*, op. cit., p. 61.

¹²¹ Cf. Rendón Vázquez, J., “El régimen de estabilidad en el trabajo del Perú”, *Derecho laboral*, Buenos Aires, núm. 7, año XXIX, julio de 1987, p. 295.

En este caso, el trabajador debe hacer del conocimiento del empleador, su situación, mostrándole la receta médica correspondiente antes de iniciar su trabajo.

En Brasil la jurisprudencia ha señalado que la antigüedad del trabajador podrá funcionar como una circunstancia atenuante en la elección de la sanción y, eventualmente, descartar el despido.¹²²

Esta presentación de las causas de despido no ha pretendido ser exhaustiva, se ha querido presentar los casos más comunes en las legislaciones latinoamericanas, pero estando conscientes que pueden existir causas especiales de despido para ciertas categorías de trabajadores.¹²³

d. Las causas prohibidas

Las legislaciones latinoamericanas han reconocido algunas situaciones que el empleador no podrá invocar como causas de despido, entre ellas se encuentra la prohibición de despedir por el ejercicio de una actividad representativa y el caso de maternidad.

d.1. La actividad representativa

Los trabajadores con funciones representativas sólo podrán ser despedidos si se respetan algunas modalidades específicas;¹²⁴ estos trabajadores disfrutan de una protección especial, por medio de la cual se pretende reforzar la estabilidad del empleo limitando el ejercicio del despido individual.

Sin embargo, esta protección, como se verá más adelante, no siempre es efectiva. El despido individual ha sido continuamente señalado como un mecanismo utilizado para reprimir la acción sindical, en ese sentido

¹²² Un trabajador con 12 años de antigüedad en la misma empresa que se presenta ebrio a su trabajo por primera vez, no puede ser despedido. En este caso la conducta debe ser reiterada. Cf. Tavares, H., *Comparaison du droit du licenciement, en France et au Bresil, op. cit.*, p. 113.

¹²³ En el caso, por ejemplo, de los trabajadores de los barcos (llamados en Uruguay "hombres de mar") y de los trabajadores domésticos, para los cuales la falta de diferencia y de respeto con el empleador (en México, Costa Rica y Venezuela) es causa, al igual que la pereza manifiesta (en Costa Rica). Se trata de causas que pueden encontrar un lugar en alguna de las categorías de la clasificación usada en este trabajo.

¹²⁴ Se utiliza el término "funciones representativas" para hablar de los trabajadores que ejercen cargos sindicales o bien una tarea de carácter representativo frente al resto de los trabajadores y al empleador. También se incluyen en dicho término a los trabajadores que, sin tener tales funciones, podrían ser considerados como representantes "potenciales" ya que han sido propuestos como candidatos a alguno de esos puestos.

se han adoptado normas que pretenden hacerlo más difícil.¹²⁵ Esta protección se manifiesta de dos maneras: primeramente por medio de la eliminación del régimen del despido liberador y, por otra parte, por medio de la limitación del ejercicio del despido sancionador, al cual se le han impuesto algunas condiciones específicas para su ejercicio. Estas condiciones consisten en la exigencia de la intervención de las autoridades de trabajo con el fin de que autoricen el despido. Este procedimiento previo al despido ha sido objeto de una atención especial en algunos países, por ejemplo, en Chile, en Panamá, en Brasil, en Venezuela y en Colombia.¹²⁶

En otros países, la protección de estos trabajadores ha sido enfrentada de diferente manera, por ejemplo, en Argentina el despido de un trabajador “protegido” sólo se traduce en el aumento de la indemnización de despido,¹²⁷ mientras que en México ningún procedimiento previo al despido ha sido previsto.¹²⁸ En Uruguay, los representantes de los trabajadores que son miembros de las “comisiones paritarias”

¹²⁵ Se llama a veces “fuero sindical” al conjunto de normas relativas a la estabilidad de este tipo de trabajadores. Ver por ejemplo Tissebaum, R. M., “El derecho del trabajo en la República Argentina”, *op. cit.*, p. 67.

¹²⁶ En Chile el art. 165 (CCh) indica que en el caso de los trabajadores que ejercen cargos sindicales, el empleador sólo puede poner fin al contrato de trabajo con autorización previa del juez:

En Panamá, la ley local (art. 383, CTP) exige también una autorización previa para despedir un trabajador protegido por el “estatuto sindical”. Esta autorización será el resultado de un procedimiento donde el trabajador podrá defenderse, *cf.* Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación”, *op. cit.*, p. 206. Hay que señalar que Panamá es el único país que ha incluido en su legislación un capítulo de medidas dirigidas a proteger al sindicalismo. En Brasil, la CLT (art. 543-3 y s.) estableció una protección amplia de este tipo de trabajadores, que puede incluir no sólo a los representantes sindicales en ejercicio, sino también a los candidatos a esos puestos. En Venezuela, el empleador que desea despedir un trabajador con funciones representativas deberá iniciar un procedimiento sumario ante la inspección del trabajo, la cual autorizará el despido (art. 204, LT).

En Colombia un decreto de 1978 señaló que constituía un atentado al derecho de asociación sindical por parte de los empleadores, el despedir trabajadores que gozan de un privilegio sindical. Así todo motivo que pueda originar un despido en este caso, deberá ser constatado por la inspección del trabajo (art. 32). Se trata del decreto 1469 de 1978 publicado en el Diario Oficial, el 19 de julio de 1978, Bogotá, p. 12.

¹²⁷ El empleador deberá dar una suma equivalente al salario del periodo (del mandato) correspondiente; esta suma se agrega a la indemnización por despido sin causa. *Cf.* Vázquez Vialard, A., *Derecho del trabajo y seguridad social*, *op. cit.*, pp. 151 y s.

¹²⁸ En México la ley (art. 376, LFT) hace una distinción entre la actividad representativa y la actividad laboral propiamente dicha. Así los miembros de la “dirección del sindicato” (directiva) que son despedidos podrán continuar, teóricamente, ejerciendo sus funciones salvo si los estatutos del sindicato disponen otra cosa.

no pueden ser despedidos durante su mandato, salvo que haya habido un motivo grave y fundado.¹²⁹

Las legislaciones latinoamericanas se han ocupado de esta "protección" tratando principalmente dos aspectos: ¿cuáles son los trabajadores protegidos y cuál es la duración de esta protección? Su estudio permite constatar la fragilidad de este régimen. Hay que señalar que los trabajadores beneficiados con este tipo de protección no son siempre los mismos en los diferentes países, en algunos casos la protección del trabajador existe antes de que sea nombrado para un puesto de representación (por ejemplo, en Panamá, en Brasil, en Venezuela, en Argentina y, en algunos casos, en Colombia);¹³⁰ se trata de un régimen poco común que ha permitido separar de la empresa a los trabajadores que participan más activamente en actividades representativas.

La mayoría de las normas, por el contrario, se ocupan de aquellos trabajadores que se encuentran realizando ciertas funciones representativas. Existen algunos países que han extendido esta protección más allá de la fecha de terminación del mandato correspondiente.¹³¹

La protección de estos trabajadores por medio de la adopción de procedimientos previos al despido individual no se ha traducido en la creación de una garantía total de la estabilidad del empleo, se trata de un régimen protector del sindicalismo que, a pesar de todo, no ha constituido una verdadera garantía contra los despidos arbitrarios.

Estas definiciones son más evidentes con relación a los efectos de inobservancia por parte del empleador del procedimiento previo al des-

¹²⁹ Estas comisiones, son órganos constituidos por representantes de los trabajadores y de los empleados en las empresas del sector privado. Dichas comisiones emiten opiniones sobre los asuntos de las empresas que les han sido sometidos. Las áreas tratadas son la aplicación de las leyes laborales, disposiciones sobre disciplina u orden interno y, de una manera general, todo asunto que pudiera modificar las buenas relaciones entre trabajadores y empresa. Tales comisiones fueron creadas por el decreto N° 87/977 del 15 de noviembre de 1977. Cf. Ermida Uriarte y Pérez del Castillo, *Derecho positivo laboral, op. cit.*, vol. II, Montevideo 1985, pp. 57 y 58.

En Uruguay también, un decreto de 1973 ha señalado que un dirigente sindical no podrá ser despedido en razón del ejercicio de actividades para las cuales el empleador ha dado su consentimiento. Se trata del segundo párrafo del art. 8 del decreto 622, cf. Pla Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 186.

¹³⁰ Panamá art. 381 (CTP), Brasil art. 543 (CLT), Venezuela art. 204 (LT), Colombia art. 32-b del decreto 1469.

¹³¹ Por ejemplo en Chile la protección continua durante seis meses para el delegado de personal; en Brasil, hasta 90 días para los trabajadores teniendo algún cargo sindical o de representación; en Venezuela, de tres meses para los miembros del comité directivo del sindicato; en Argentina, un año, en general para aquellos que tienen un puesto de representación en una organización sindical.

pido, ya que en la mayoría de los casos sólo habrá una sanción pecuniaria.¹³² Una de las principales manifestaciones de la actividad sindical es la huelga; esta institución ha sido objeto de normas específicas en materia de ruptura del contrato de trabajo por medio de despido.

La huelga aparece como uno de los derechos fundamentales en las constituciones de los países de la región,¹³³ con algunas reservas y limitaciones para los servicios esenciales (en Brasil y en Colombia) y para los trabajadores de la administración pública (en México).¹³⁴

El ejercicio de un derecho constitucional no puede ser objeto de una sanción como el despido individual: la huelga sólo puede ser considerada como una causa de suspensión de los efectos del contrato de trabajo, el cual debería continuar una vez que ésta haya desaparecido.

El ejercicio del derecho de huelga ha sido objeto de una serie de normas que protegen los trabajadores que participan en dicho movimiento. La facultad de despedir se enfrenta aquí a ciertas limitaciones que impiden su ejercicio, estas limitaciones son diferentes en función de las características de la huelga estallada: habrá un cierto tipo de protección para los trabajadores que participen en una huelga legal, pero habrá una situación diferente para aquellos que intervengan en una huelga ilegal. Con relación a la huelga legal, se parte de la idea que se han respetado todas las normas de fondo y de forma señaladas por la ley para estallar una huelga.¹³⁵ En este caso la huelga no podrá ser motivo de despido.¹³⁶

¹³² La jurisprudencia uruguaya parece orientarse en este sentido, *cf.* Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 344. Por otro lado, la jurisprudencia mexicana señala que aunque el contrato de trabajo contemple la práctica de una investigación previa al despido, el empleador no está obligado a efectuarla antes del despido. El despido hecho de esta manera no será considerado injustificado. *Jurisprudencia: Apéndice* 1975, 5a. parte, cuarta sala, tesis 73, pp. 81 y 82, citado por Trueba Urbina, A., *Ley federal del trabajo*, *op. cit.*, p. 776.

¹³³ En Argentina art. 14-bis, en Brasil art. 165 alinea XX, en Colombia art. 18, en Costa Rica art. 61, en México art. 123-A-XVII y art. 123-B-X, en Panamá art. 64, en Uruguay art. 57 y en Venezuela art. 92.

¹³⁴ *Cf.* Barbagelata, H., *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, *op. cit.*, p. 243.

¹³⁵ Con relación al fondo, la Constitución mexicana ha establecido como objeto general de la huelga "el equilibrio entre los diferentes factores de la producción" (art. 123-A-XVIII); esta norma, como muchas otras, ha servido de modelo *Id.* p. 247. Con relación a la forma, los países de la región, reglamentan de manera detallada la manera de estallar la huelga. Estas exigencias son sobre tres aspectos:

a) Las condiciones que deben respetarse al interior de la coalición o sindicato promotor.

b) Las formalidades de la comunicación del preaviso de la huelga.

c) Los plazos de espera que deben respetarse antes de estallar la huelga. *Id.* p. 249.

¹³⁶ En Panamá la ley (CTP) indica (art. 441) que en estas condiciones la ruptura

Por otro lado, la denominación de “huelga ilegal” no tiene la misma significación en los diferentes países y un estudio de cada caso se impone.¹³⁷

En México se distingue la “declaración de inexistencia de la huelga” y “la declaración de una huelga ilícita”: en el primer caso, los trabajadores, los empleadores o un tercer interesado podrá solicitar por ciertos motivos que la huelga sea declarada inexistente dentro de las 7 horas posteriores al inicio de la suspensión del trabajo.¹³⁸ Si la huelga es declarada inexistente, las autoridades correspondientes fijarán un plazo de 24 horas para que esos trabajadores se reintegren a su empleo, si no lo hacen las relaciones de trabajo serán rotas y el empleador podrá contratar libremente a otras personas.¹³⁹

El segundo caso es el de la huelga ilícita. Se califica una huelga de ilícita en dos casos: el de violencias cometidas por la mayoría de los huelguistas y, por otro lado, el caso de una huelga en situación de guerra si los trabajadores pertenecen a establecimiento o servicios dependientes del gobierno (artículo 445 LFT). Si la huelga es declarada ilícita los contratos de trabajo de los huelguistas se considerarán rotos.¹⁴⁰

En Costa Rica, por el contrario, la ley habla de “huelga ilícita” la cual pone fin a los contratos de trabajo concluidos por los huelguistas (artículo 370 CCR). Los motivos que pueden ser invocados son prác-

de los contratos de trabajo deberá estar autorizada por el juez de trabajo. Cf. Murgas Torrazza, R., “La terminación de la relación”, *op. cit.*, p. 207.

Una disposición similar fue adoptada en el código de Costa Rica (Art. 502 y 503, CCR), Cf. Van Der Laet, B., *La huelga y el paro en Costa Rica*, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

¹³⁷ Se utiliza el término “huelga ilegal” para agrupar los casos en que la huelga aparece desprovista de las exigencias legales, ya sean de forma o de fondo. Los términos utilizados en los diferentes países no son los mismos y los efectos posibles son también diferentes.

¹³⁸ Los motivos que pueden invocarse son los siguientes:

- 1.—Si en el objeto de la huelga no es alguno de aquellos señalados en la ley.
- 2.—El número de huelguistas no es la mayoría de ellos.
- 3.—Si no se respetó el procedimiento previo al estallamiento (art. 454, LFT).

¹³⁹ A pesar de que en este caso, la ley mexicana (art. 932-II, LFT) habla de “terminar” en lugar de “despedir”, hay que señalar que se trata, en todo caso, de una ruptura definitiva del contrato de trabajo.

¹⁴⁰ El caso de huelga ilícita no es muy común en México, por el contrario, la práctica del procedimiento de calificación de inexistencia de una huelga es más normal y frecuente.

ticamente los mismos que en México para el caso de una calificación de inexistencia (artículo 366 CCR). Según estas disposiciones la declaración de ilicitud de la huelga provoca la ruptura automática de los contratos de trabajo, y los tribunales de Costa Rica han considerado que en este caso el empleador puede ejercer su facultad de despedir, dicho de otro modo, el empleador podrá tomar, la iniciativa de la ruptura.¹⁴¹

Por su parte, en Uruguay, cuando una huelga ha sido declarada ilegal, el trabajador que no se reintegra a su puesto en las 48 horas posteriores a una convocatoria pública perderá su antigüedad.¹⁴²

En Brasil el artículo 8 de la ley 4330 de 1964 señala que, en caso de huelga ilegal, el empleador podrá despedir a los huelguistas.¹⁴³ A esta misma conclusión llegaron los tribunales colombianos en una sentencia reciente, pero fueron más lejos, ya que declararon que los trabajadores que insistan en continuar la suspensión de labores se exponen al despido.¹⁴⁴ Este tipo de decisiones podría, en el futuro, cuestionar la prohibición del despido por motivo de huelga.

A título de conclusión, hay que recordar que la prohibición del despido sólo existe si la huelga ha respetado las condiciones impuestas en cada país, es decir, se trata de una protección que desaparece cuando la huelga es declarada ilegal.¹⁴⁵

Sin embargo, una pregunta debe plantearse: ¿cuáles son las sanciones previstas para el empleador que despide un trabajador por su participación en una huelga legal? En principio, ese despido debe ser

¹⁴¹ Cf. Van der Laet, B., *La huelga y el paro en Costa Rica*, op. cit., pp. 143 y s.

¹⁴² Se trata del art. 42 del decreto 622/973, cf. Barbagelata, H., "Uruguay", op. cit., p. 170.

¹⁴³ Cf. Cesarino Junior, "Brazil", op. cit., p. 108.

¹⁴⁴ Cabe señalar que en la decisión citada, se distinguió entre los trabajadores que participaron de una manera directa o indirecta en la huelga: "... todo despido motivado por una participación pasiva en una suspensión de labores, con el único fin de respetar la decisión de hacer huelga tomada por la mayoría de los trabajadores, será considerado injustificado". Por el contrario aquellos que participen de manera activa en la suspensión de labores, provocando o tomando la dirección, así como aquellos trabajadores que persistan en continuar la suspensión de labores (cualquiera que haya sido el grado de su participación) después de que ésta se haya declarado ilegal, se exponen al despido" Cf. BIT, *Bulletin d'Informations Sociales*, Ginebra, 3/83, septiembre, 1987, p. 480.

¹⁴⁵ Este principio es evocado continuamente en las decisiones de los tribunales; por ejemplo, en Argentina se decidió que "es justificado el despido de un trabajador que participó en una huelga declarada ilegal por el órgano administrativo competente". Tribunal del Trabajo núm. 1. Bahía Blanca ("Dimarco A. c/ Cayetano Caruso, S. A."), 26 de octubre de 1984, *Carpetas de derecho del trabajo*, Buenos Aires, núm. 6, junio de 1985, p. 38.

considerado nulo y la reintegración del trabajador a su puesto debe realizarse; desgraciadamente la reintegración de un trabajador en estas circunstancias es difícil en la práctica. Las legislaciones y la jurisprudencia latinoamericanas optan por sustituir la obligación de reintegrar por una indemnización de despido más elevada; estamos, entonces, en presencia de un tipo de despido que sería más costoso para el empleador, pero no imposible de realizar.

La fragilidad de las sanciones previstas para este tipo de despido han minimizado la protección que ofrece el orden jurídico a aquellos que participan más activamente en acciones sindicales; en ese sentido el despido actúa como un elemento que intimida el movimiento sindical.

d.2. El caso de maternidad

La participación de las mujeres en las actividades remuneradas ha sido cada vez mayor en los países latinoamericanos. Las reglas jurídicas que se ocupan del trabajo de las mujeres han tratado de establecer un régimen a partir de dos elementos: por un lado, la eliminación de la discriminación en el trabajo, lo cual no ha sido completamente logrado, y por otra parte la protección de la maternidad; es precisamente sobre este segundo aspecto que el régimen del despido individual ha sido objeto de algunas modificaciones.

El principio general consiste en señalar que el embarazo no puede ser considerado como una causa de despido; frente a esta situación, la facultad de despedir no puede ejercitarse de manera unilateral.

Esta protección particular contra el despido ha sido adoptada utilizando diferentes fórmulas. En Argentina, por ejemplo, se señala que la seguridad del empleo está garantizada a toda mujer durante la duración de su embarazo (artículo 177 LCT), el empleo se considera, en este caso, un derecho adquirido. En Uruguay, una ley de 1950 reconoció la prohibición de despedir una mujer durante el embarazo o el descanso necesario dictado por un médico.¹⁴⁶ Por otro lado las legislaciones colombiana y chilena han precisado que el empleador debe conservar el puesto de trabajo de la mujer durante todo el periodo que ésta goce, en razón de alguna enfermedad derivada del embarazo o del alumbramiento (artículo 241 CTC en Colombia y artículo 181 CCh en Chile); el mismo caso se presenta en Venezuela, donde la mu-

¹⁴⁶ Se trata de los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 del 14 de octubre de 1950, cf. Ermida Uriarte, O., y S. Pérez del Castillo, *Derecho positivo laboral, op. cit.*, p. 147.

jer conservará su empleo durante el periodo de descanso derivado de un embarazo (artículo 115 LT). En Brasil el hecho de que una mujer esté embarazada no puede constituir “justa causa” de ruptura del contrato de trabajo (artículo 391 CLT). Una posición análoga existe en Panamá, pero con una precisión complementaria: “la protección de la maternidad de la trabajadora es un deber del Estado” (artículo 105 CTP). En México, las mujeres tienen también el derecho de reintegrarse al trabajo que han ocupado anteriormente, pero a condición de que el periodo de suspensión no sea mayor de un año, contado a partir de la fecha del alumbramiento.¹⁴⁷

El reconocimiento de esta prohibición presenta diferentes perfiles que confirman a la vez la existencia de un derecho de la mujer para conservar su empleo, pero también una serie de deberes a cargo del empleador.

Con relación a este derecho, hay que señalar que la mujer está protegida contra el despido en razón del embarazo, durante dos periodos: aquel relativo a la suspensión propiamente dicha, cuya duración es diferente en cada país,¹⁴⁸ y la posible prolongación de dicha suspensión, en razón de alguna enfermedad reconocida como resultado del embarazo o del alumbramiento.¹⁴⁹

En Argentina este derecho ha sido reforzado: el despido de una mujer, no puede ser pronunciado durante cierto periodo en que se presume haber tenido como causa la maternidad o el embarazo, salvo prueba en contrario.¹⁵⁰

El empleador debe tener conocimiento del estado físico de la mujer con el fin de que la protección contra el despido pueda funcionar; es por ello que las legislaciones han previsto la obligación para la mujer de comunicar su situación al empleador. La legislación argentina señala, por ejemplo, que dicha protección sólo existe a partir del

¹⁴⁷ Cabe señalar que la legislación de Costa Rica agrega que está prohibido al empleador despedir una mujer por el hecho de amamantar a su hijo (art. 94, CCR).

¹⁴⁸ En Venezuela, en México y en Uruguay este periodo es de seis semanas antes del alumbramiento y de seis semanas después; en Brasil, cuatro semanas antes y ocho después; en Chile, seis semanas antes y 12 semanas después.

¹⁴⁹ Por ejemplo, en Venezuela (art. 115, LT), en Brasil (art. 392, CLT), en Panamá (art. 110, CTP), en Chile (art. 182, CCh), en México, (art. 170-III, LFT).

¹⁵⁰ Según el art. 178 de la ley argentina (LCT) salvo prueba en contrario, el despido de la mujer se presumirá haber tenido como causa la maternidad o el embarazo cuando sea decidido en un plazo de siete meses y medio antes o después de la fecha del alumbramiento, pero a condición que la interesada haya comunicado debidamente su estado físico o, en caso dado, el nacimiento del bebé.

momento en que la mujer haya notificado al empleador su situación bajo una forma “digna de fe” (artículo 177 LCT).¹⁵¹

Los tribunales colombianos y uruguayos han reafirmado que el conocimiento por parte del empleador de la situación de la mujer es necesario.¹⁵² La notificación al empleador debe realizarse por medio de un certificado médico que permita, como en el caso de Brasil, probar el embarazo y determinar el inicio del periodo de descanso.¹⁵³

Con relación a los deberes a cargo del empleador, hay que anotar que, en algunos países, la obligación más importante es la de someter el caso a las autoridades laborales antes de ejecutar cualquier decisión de despedir una mujer embarazada. En Costa Rica, por ejemplo, el despido “justificado” (con causa legal) de una mujer en este caso, debe, previamente, hacerse del conocimiento de las autoridades de trabajo; en el caso de Chile, de Panamá y de Colombia, la autorización previa del juez es necesaria,¹⁵⁴ en otros países, el despido es simplemente prohibido.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que no se trata de una prohibición total de la facultad de despedir, sino solamente de despedir por motivo de embarazo; es decir, el despido es de cualquier manera posible, pero a condición de que el empleador aporte, llegado

¹⁵¹ La jurisprudencia argentina, señaló que dicha notificación pudo haber sido hecha por medio de un telegrama enviado a la empresa. Este criterio fue adoptado en una decisión de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (“Pereira, M. c/ Montero y Cía., S. A. Sociedad de Hecho Gereztin y Domanius” *Carpetas de derecho del trabajo*, Buenos Aires, núm. 9, septiembre de 1986, p. 38. En otro asunto, los tribunales consideraron que el empleador pudo haber tenido conocimiento del estado de la trabajadora por otro medio. Cf. Molas Quiroga, M. y A. T. Vogelius, “La protección legal de la mujer trabajadora en situación de maternidad: una carrera con obstáculos”, *Derecho Laboral*, Buenos Aires, núm. 8, año XXIX, agosto de 1987, p. 339.

¹⁵² La Suprema Corte en Colombia indicó que el empleador no está obligado a conocer o presumir el estado de la mujer y que ésta debe probar su situación por medio de un certificado médico o por otro medio apropiado. Cf. BIT, *Bulletin d'Informations Sociales*, Ginebra, 3/83, septiembre de 1987, p. 578.

Hay que agregar que en una sentencia del 22 de diciembre de 1981, los tribunales uruguayos (Tribunal de Apelaciones del Trabajo) reconocieron que la prohibición de despedir una mujer embarazada, existía también en el caso de un contrato a prueba. Cf. Corporación Asesora de Empresa, *Informativo Laboral*, Montevideo, núm. 18, agosto de 1982, p. 1.

¹⁵³ En Brasil, el certificado médico debe ser oficial; sin embargo, en las localidades donde no hay servicio médico, la constancia de un médico privado podrá ser suficiente. En los otros países estudiados, la legislación no hace ninguna referencia al tema.

¹⁵⁴ En el caso de Panamá, la autorización se realizará mediante un procedimiento sumario. El empleador podrá, en ese momento, aportar la prueba de la causa de despido.

el momento, la prueba de la causa que ha dado lugar a la ruptura (la cual no debió haber sido el embarazo). En efecto, aún en los países que han reconocido la presunción legal del despido por embarazo en ciertos periodos (como en Argentina),¹⁵⁵ se trata de una presunción *iuris tantum* que admite la prueba en contrario.¹⁵⁶

Finalmente, con relación a los efectos de la violación de la prohibición, el despido de una mujer embarazada es nulo y sin efecto si el empleador no ha respetado la forma legal necesaria propia a cada país. Las consecuencias de esta nulidad son dos: la reintegración de la mujer a su trabajo, o el pago de una indemnización especial.

En principio, la reintegración debería efectuarse en todos los casos en que se pida y en los casos en que el embarazo haya sido probado; sin embargo, las posibilidades de negar la reintegración han sido reconocidas en las diferentes legislaciones (como se verá en la tercera parte de este trabajo).¹⁵⁷

Por otro lado, una indemnización especial ha sido prevista en países tales como Argentina, Uruguay y Perú, cuyo monto se agrega al de la indemnización que debe pagarse en caso de despido sin causa legal. En otros países como Brasil y Chile se ha señalado que las infracciones a las normas relativas a la protección de la mujer serán sancionadas con una multa.¹⁵⁸

Con este tipo de disposiciones, las legislaciones latinoamericanas tuvieron una intención, como lo reconoció la jurisprudencia en Uruguay, la de "amparar" la mujer en su derecho al empleo y garantizar la conservación de éste.^{159, 160} La organización del régimen de despido

¹⁵⁵ Cf. Molas Quiroga, "La protección legal de la mujer trabajadora en situación de maternidad" *Derecho laboral*, Buenos Aires, núm. 8, año XXIX, agosto de 1987, p. 340.

¹⁵⁶ Cf. Ruprecht, A., "Argentina", *op. cit.*, p. 87.

¹⁵⁷ Una situación específica existe en Panamá: la mujer que ha recibido una notificación de despido sin autorización previa podrá justificar (ante el empleador o la autoridad de trabajo) su embarazo dentro de los 20 días siguientes. En este caso, la mujer tiene derecho a la reintegración inmediata, y también al pago de los salarios no recibidos. Después de estos 20 días (y hasta tres meses), la mujer podrá de cualquier manera solicitar su reintegración, pero el pago de los salarios no recibidos sólo se hará a contar de la fecha de la presentación del certificado médico.

¹⁵⁸ En Brasil, estas multas serán impuestas por la delegación regional del trabajo o por las autoridades a las cuales esta función sea delegada. La multa puede ser de 2 a 20 veces el valor de referencia regional. En Chile, la multa podrá ser de la mitad del ingreso medio hasta dos veces y media el promedio de los salarios mínimos anuales en vigor en la fecha de la infracción; en los dos casos las multas serán del doble en caso de reincidencia.

¹⁵⁹ Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁶⁰ Cabe indicar que otros posibles casos de prohibición del despido han sido

en caso de embarazo se traduce en un respeto de las legislaciones frente a las decisiones tomadas por el empleador. A pesar de que estas normas constituyen un obstáculo importante al ejercicio de la facultad de despedir, la “estabilidad” del empleo de una mujer embarazada es aún bastante frágil.

reconocidos. Por ejemplo, el matrimonio de una mujer no constituye causa de despido. Los comentarios relativos al caso de embarazo pueden ser aplicados aquí. Cf. Murgas Torraza, “La terminación de la relación”, *op. cit.*, p. 199; Cesarino Junior, “Brazil”, *op. cit.*, p. 124; Ruprecht, A., “Argentina”, *op. cit.*, pp. 75 y 76.