

## LA TERMINACION DE LA RELACION DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR Y LOS MECANISMOS JURIDICOS TENDENTES A GARANTIZAR EL EMPLEO: ANOTACIONES DE DERECHO COMPARADO

### SUMARIO

I. El Derecho comparado del trabajo y la transferencia de normas jurídicas.—II. El compromiso constitucional con el pleno empleo y sus limitaciones.—III. Mecanismos jurídicos tendentes a lograr una mayor garantía a los trabajadores en su puesto de trabajo.—IV. Garantías contra el recurso a contratos de duración determinada.—V. Obligación de justificar el despido.—VI. Medidas previas al despido.—VII. Medidas de reparación ante los despidos sin causa justificada.—VIII. El despido por causas económicas, tecnológicas y similares y las medidas para atenuar sus efectos.

### I. EL DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO Y LA TRANSFERENCIA DE NORMAS JURIDICAS

En el presente trabajo examinamos diversas normas e instituciones jurídicas vigentes en diversos países que se relacionan con la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Parece conveniente, entonces, antes de entrar a estudiar esas normas e instituciones, hacer algunas observaciones previas sobre el derecho comparado del trabajo y la posibilidad de transferir normas e instituciones de derecho del trabajo de una nación a otra (1).

---

(1) Este tema lo hemos tratado con mayor extensión en el artículo titulado «La transferencia del Derecho de trabajo entre naciones», publicado en la revista *Derecho Laboral*, núm. 133, Montevideo, enero-marzo 1964, págs. 43 a 70.

En una obra de gran solidez, Konrad Zweigert y Hein Kotz han definido el derecho comparado como «la comparación del espíritu o estilo de diferentes sistemas jurídicos, o de instituciones jurídicas comparables, o de soluciones otorgadas a problemas legales comparables en diferentes sistemas jurídicos» (2). Según estos mismos autores, cuatro son los beneficios prácticos del derecho comparado, a saber: 1.º El derecho comparado como un auxiliar del legislador; 2.º el derecho comparado como un instrumento para la interpretación de normas y textos; 3.º el derecho comparado como componente del *curriculum* de la enseñanza universitaria, y 4.º el derecho comparado como una contribución a la unificación sistemática del derecho (3).

Es importante no perder de vista que el método más apropiado en materia de derecho comparado es el funcional, es decir, que el comparatista debe inclinarse más a examinar las funciones de determinadas normas que las mismas estructuras o los nombres dados a determinadas instituciones. La comparación, entonces, se llevaría a cabo entre instituciones que desarrollen funciones similares o comparables en dos o más sistemas jurídicos. Este punto ha sido enfatizado por el distinguido jurista alemán Otto Kahn-Freund (4).

Para entender la norma jurídica y para que el método del derecho comparado sea realmente útil, el jurista debe analizar la operación en la práctica de la norma en cada sociedad nacional. Como bien lo señala Max Rheinstein, jurista alemán emigrado a los Estados Unidos, en donde laboró por muchos años en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, «tanto en las micro como en las macrocomparaciones, el comparatista debe hacer mucho más que señalar meramente las diferencias y las similitudes de las normas y de las instituciones jurídicas. Si él desea aprender acerca de las razones debe investigar las condiciones sociales bajo las cuales las normas y las instituciones se han originado, en las que operan y sobre las cuales ejercen influencia. El jurista que efectúa estudios comparados debe convertirse en un científico social» (5).

Las diversas soluciones que encontramos en el derecho comparado a

---

(2) *An Introduction to Comparative Law*, vol. I, traducción del alemán al inglés de T. Weir, Editorial North Holland, Oxford, 1977, pág. 4. La traducción al español es nuestra.

(3) Cfr. también ALESSANDRO PIZZORUSO: *Corso di Diritto Comparato*, Ed. Giuffrè, Milán, 1983, págs. 107 a 113.

(4) «Comparative Law as an Academic Subject», en *Selected Writings*, Editorial Stevens, Londres, 1978, pág. 279.

(5) «Legal Systems: Comparative Law and Legal Systems», en *Collected Works*, Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, Alemania Occidental, 1979, vol. I, página 249. La traducción al español es nuestra.

problemas jurídicos similares no son transferibles en forma automática de una nación a otra (6). Para que la transferencia de principios, normas e instituciones del derecho del trabajo tenga éxito en mayor o menor grado se deberán tener en cuenta diversos factores. A nuestro juicio, los factores que inciden en una forma importante en el grado de éxito o fracaso de la citada transferencia son los siguientes: 1.º La configuración de las relaciones de poder en una sociedad, en general, y en particular, el elemento político; 2.º el nivel, grado y el estilo de desarrollo económico y tecnológico de los países envueltos en el proceso de recepción, y 3.º otros elementos que hemos agrupado bajo la denominación amplia de factores socioculturales.

En cuanto al primero de estos elementos, el poder, y especialmente el poder político organizado en una sociedad, observamos diversas conexiones con el derecho del trabajo. Por una parte, la necesidad de algunos regímenes de afianzar su legitimidad mediante medidas como la legislación de trabajo; la distribución y el reconocimiento del poder entre los diversos grupos e instituciones que conforman la sociedad, encontrándonos que en algunos países el grado de libertad y de autonomía colectiva de los trabajadores tanto frente a los empleadores como frente al Estado puede prosperar mayormente en determinado tipo de sistemas políticos, e igualmente en otros contextos el poder de los empresarios y el de la burocracia estatal pueden ser mayores; también habrá que prestar atención al analizar la posibilidad de éxito al transferir normas de un país a otro y las vinculaciones entre el derecho del trabajo con el sistema político a lo relacionado con la distribución de los centros de poder en el sistema político y la relativa importancia de las diversas fuentes del derecho, tales como la diversa distribución de la autoridad legislativa en materia laboral, la cual puede ser diversa en un Estado unitario y uno federal, y la importancia de las diversas fuentes del derecho del trabajo, primando en unos países las fuentes legislativas y en otros lo que se ha denominado fuentes extralegislativas (7) del derecho del trabajo. Todos estos elementos deben tenerse en cuenta al compararse normas e instituciones de derecho del trabajo existentes en un sistema político

---

(6) En general, sobre este tema pueden verse, entre otras, las siguientes obras: ALAN WATSON: *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1974, 106 págs.; M. B. HOOKER: *Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 1975, 611 págs.

(7) Entre ellas, tal vez la más importante es la negociación colectiva, pero también pueden mencionarse a la jurisprudencia y la costumbre o usos de la empresa, entre otras. Sobre la importancia de este aspecto en los estudios laborales comparados, cfr. WOLFGANG DAÜBLER: «Comparison of Labor Law in Socialist and Capitalist Systems», en *Comparative Labor Law*, vol. 4, núm. 2, 1981, pág. 91.

al desear transferirlas a otro sistema político diferente. Pareciera entonces que las instituciones de derecho del trabajo que más incidan sobre el poder y su distribución en la sociedad serán mayormente transferibles entre regímenes políticos de configuración afín, y entre estas instituciones tendríamos algunas de derecho colectivo del trabajo (la organización sindical, negociación colectiva, derecho de huelga) e incluso de derecho individual, tales como el poder del empleador de terminar en una forma más o menos libre la relación de trabajo.

El segundo elemento que hemos mencionado, es decir, el grado, proceso y estilo de desarrollo económico es importante en la medida en que existe una serie de instituciones de derecho del trabajo que inciden sobre el proceso de acumulación de capital y de distribución del ingreso en la sociedad en la cual son adoptadas. Desde este punto de vista, pareciera que la transferencia de normas e instituciones podría ser más exitosa en naciones entre las cuales exista un grado y un estilo de desarrollo comparable. Así, normas sobre negociaciones colectivas, salarios, vacaciones, licencias remuneradas y otras podrían ser mayormente transferibles entre naciones de desarrollo económico comparables o incluso entre sectores (por ejemplo, el sector industrial) de países con un grado de desarrollo de ese sector de la economía comparable, aunque el resto de la organización económica nacional sea diferente.

Finalmente, los factores que hemos denominado socioculturales también son de importancia. Así, en algunos países existe una especie de «cultura del conflicto», la cual se proyecta en materia de relaciones de trabajo, particularmente en materia de relaciones colectivas de trabajo, mientras que en otros países no existe esa cultura conflictual, sino más bien una cultura de cooperación y colaboración entre empleadores y trabajadores (8). Una cuestión cultural de importancia es la discrepancia que puede existir entre la legislación escrita y su aplicación y eficacia práctica, pues puede suceder que un país, debido a razones como la necesidad de acomodamiento con intereses particulares o locales o con valores e intereses que no están reconocidos en forma expresa en el sistema jurídico, así como la existencia de multiplicidad de agencias gubernamentales o la corrupción de los funcionarios encargados de aplicar la legislación, pueda existir una brecha significa-

---

(8) Sobre este punto resulta de interés el artículo de ARIS ACCORNERO «La Cultura Conflittuale del Sindicato», en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, dirigido por Gino Giugni, núm. 18, año V, 1983, págs. 263 a 285. Desde esta perspectiva parecerían difícilmente transferibles, por ejemplo, las normas sobre participación de los trabajadores en la gestión de las empresas de Alemania Federal al contexto italiano.

tiva entre la legislación escrita y su aplicación práctica. También como parte de la cultura jurídica debe analizarse el papel de los juristas en la transferencia de normas e instituciones, y aquí no debe perderse de vista la formación académica e intelectual de los juristas, que los hacen manejar con mayor familiaridad determinadas instituciones y conceptos en unos sistemas jurídicos (por ejemplo, la educación legal en América Latina y en ciertos países de Europa Occidental) que las instituciones y los conceptos existentes en otros sistemas, tales como en Inglaterra o los Estados Unidos de Norteamérica, y en este sentido será más fácil transferir normas e instituciones que se han producido en un contexto de cultura y de formación de los juristas similar que normas e instituciones que se han producido en otro ambiente en el cual los juristas tienen métodos de razonamiento y de aplicación del derecho diferentes (9). Otro factor sociocultural que debe mencionarse en el grado de éxito o fracaso de la recepción es el lenguaje, ya que el lenguaje común facilita enormemente la transferencia no sólo de la ley, sino porque si en los dos países se hablan idiomas diferentes, el idioma se convierte en fuente que dificulta el proceso de la recepción desde el momento que el legislador importador debe traducir la ley extranjera hasta el de su aplicación, dado que la literatura jurídica que la inspira no es de fácil acceso a la mayoría de los magistrados y juristas. Finalmente, en cuanto a los factores culturales, también debe tenerse presente que normas o instituciones jurídicas concretas adquieren sentido en gran medida según la concepción predominante en una nación sobre el papel del derecho en la sociedad. René David (10) observa que las diferencias en estas concepciones responden a tres órdenes de consideraciones. En ciertas sociedades se exalta el papel del derecho mientras que en otras se colocan en primer plano la conciliación y la paz. Unas sociedades ven en el derecho un sistema ideal de reglas y un

---

(9) El concepto de prácticas desleales (*Unfair Labor Practices*) fue transferido del sistema norteamericano al Código de trabajo de Panamá, pero esta institución ha tenido en este último país un impacto casi nulo en el sistema de relaciones de trabajo, en parte debido a la poca familiaridad de los juristas y los funcionarios públicos con la institución, a la falta de la maquinaria de aplicación de las normas y a la escasa relevancia que trabajadores y empleadores le atribuyen.

(10) «Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit», en su colección de ensayos titulada *Le Droit Composé, Droits d'hier, Droits de Demain*, Ed. Economica, París, 1982, pág. 95. En el campo de las relaciones de trabajo, Johannes Schregle, por muchos años funcionario de la OIT, ha enfatizado la importancia del elemento cultural en la concepción occidental de ciertas instituciones de Derecho del trabajo y ha expresado reservas sobre su transferibilidad a países con una tradición de armonía como ideal y meta social, como varias naciones de Asia. Cfr. *Negotiating Development, Labour Relations in Southern Asia*, ILO, Génova, 1982, págs. 64 a 69.

modelo de conducta y otras lo entienden como un sistema de solución de conflictos. En otro grupo se concibe el derecho como un conjunto de reglas y en otras sólo se considera un método que permite regular diversos problemas que se presentan en las relaciones sociales. Este aspecto debe tenerse presente al hacer comparaciones y, posteriormente, transferencias de normas entre países en los que imperan concepciones diferentes del derecho.

Las consideraciones anteriores deben tenerse en cuenta al analizar las diversas instituciones de derecho del trabajo a que nos referimos en este artículo, particularmente en materia de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y los mecanismos legales que existen en diversos países para garantizar el empleo de los trabajadores. Debe evitarse, pues, la tentación de considerar que estas instituciones pueden ser adoptadas en otros países sin consideración alguna de los elementos que hemos mencionado en esta sección y que, a nuestro juicio, deben servir como una guía en el análisis de las instituciones para que puedan ser transferidas con cierto grado de éxito.

## II. EL COMPROMISO CONSTITUCIONAL CON EL PLENO EMPLEO Y SUS LIMITACIONES

En países de la más diversa organización económica y política se le da una importancia cardinal al empleo de seres humanos en actividades económicas productivas. Las razones económicas y humanas de este tipo de consideración son evidentes, ya que el empleo productivo constituye la mejor forma de generar bienestar y una adecuada distribución del ingreso en cualquier nación, así como para asegurar la estabilidad política y la seguridad de la vida familiar. De esta forma encontramos que en constituciones políticas de Estados modernos con diversa organización política y económica existe una especie de compromiso constitucional con el pleno empleo. Así, en el artículo 4.º de la Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947 se señala que «la República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hacen efectivo este derecho»; en la Constitución de la Unión Soviética de 4 de octubre de 1977 se señala, en el artículo 40, que «los ciudadanos de la URSS tienen derecho al trabajo, es decir, a obtener un empleo garantizado, remunerado según su cantidad y calidad...», y en la Constitución de la República de Panamá se dispone en el artículo 60 que «el trabajo es un derecho y un deber del individuo y, por tanto, es una obligación del Estado elaborar políticas econó-

micas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa».

Es evidente que este compromiso constitucional con el pleno empleo atraviesa las barreras de naciones capitalistas, socialistas y subdesarrolladas para convertirse en una tendencia claramente identificable en el constitucionalismo moderno. Sin embargo, es claro que estas normas tienen significaciones diferentes en los diversos sistemas económicos.

Como bien lo ha señalado Bob Hepple (11), este «derecho al trabajo» en los países capitalistas, con su correspondiente deber de trabajar, constituye en el fondo únicamente un derecho a la percepción de ciertos beneficios de seguridad social en caso de desempleo, pero realmente no es un «derecho al trabajo» con su correspondiente deber, como en los países socialistas, en los cuales constituye una parte muy importante del derecho del trabajo (el artículo 60 de la Constitución soviética señala que «eludir el trabajo socialmente útil es incompatible con los principios de la sociedad socialista»).

Finalmente, la posibilidad real de asegurar el pleno empleo no se deriva de la consagración constitucional de este principio, sino de la situación económica y de las correspondientes políticas económicas que imperan en un país en un momento dado. Incluso en países como Panamá, en que la Constitución impone al gobierno seguir políticas económicas encaminadas a obtener del pleno empleo las realidades del momento económico, pueden llevar a un gobierno a instrumentar políticas económicas de ajuste que, a corto y mediano plazo, generen desempleo en ciertos sectores, por ejemplo, reduciendo el empleo público para disminuir el déficit fiscal.

### III. MECANISMOS JURIDICOS TENDENTES A LOGRAR UNA MAYOR GARANTIA A LOS TRABAJADORES EN SU PUESTO DE TRABAJO

Entre las medidas podemos señalar las siguientes (12):

1.<sup>a</sup> Diversas garantías contra el recurso de contratos de duración de-

---

(11) *Op. cit. infra*, pág. 355.

(12) En la clasificación de las medidas seguimos la sistematización de ellas realizada por la OIT en el Convenio número 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Para el estudio de los diversos sistemas y normas nacionales pueden verse los doce artículos publicados en el *Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 11, 1980, sobre el tema «Job Security and Industrial Relations», Editorial Kluwer, Holanda; también de AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ: *La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales (ACARL), Madrid, 1983; las monografías nacionales publicadas en la *Internatio-*

terminada cuyo objeto sea eludir la protección legislativa o convencional contra los despidos injustificados.

2.<sup>a</sup> Necesidad de justificar la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

3.<sup>a</sup> Consagración de una serie de procedimientos previos al despido.

4.<sup>a</sup> Medidas de reparación ante despidos efectuados sin justa causa.

Vamos a examinar ahora cada uno de estos grupos de medidas.

#### IV. GARANTIAS CONTRA EL RECURSO A CONTRATOS DE DURACION DETERMINADA

En el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 22 de junio de 1982, el cual versa sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, se señala que «se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente convenio». En este sentido encontramos en algunos países, tales como Panamá, restricciones a la posibilidad de celebrar contratos de duración determinada sólo a algunas hipótesis, tales como aquellos casos de reserva de plaza, como la ausencia del trabajador en caso de vacaciones, licencias de maternidad o similares, o cuando lo permita la naturaleza del trabajo, tratándose en este caso de labores que satisfagan necesidades de carácter temporal de la empresa. En otras legislaciones también se permite la celebración de este tipo de contratos en el caso de trabajadores contratados a prueba. Con la restricción de la posibilidad de celebrar contratos de duración determinada se limita, en forma legítima, a nuestro juicio, la autonomía de las partes con el objeto de evitar que se eluda mediante contratos de este tipo la protección que se consagra en la legislación contra los despidos injustificados.

También podemos mencionar aquí normas legales que prevén la transformación de la cláusula de duración del contrato de trabajo de duración determinada en una cláusula de duración indefinida. Esto usualmente opera

---

*nal Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, dirigida por el profesor Róger Blanpain, de la Universidad de Lovaina (Bélgica), y que edita Kluwer, de Holanda; la colección de ensayos en honor a Frederic Meyers titulada *Job Equity*, Institute of Industrial Relations, University of California, Los Angeles, 1982, y el excelente ensayo de BOB HEPPLE titulado «Security of Employment», en la obra colectiva dirigida por Roger Blanpain *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Ed. Kluwer, Holanda, 1982; págs. 355 a 377.

cuando el trabajador continúa prestando servicios después de la expiración del plazo pactado, cuando se celebran sucesivos contratos de duración determinada y, en casos excepcionales, cuando el trabajador continúa ejecutando los servicios después de terminada la ejecución de la obra en el caso de contratos para una obra o labor determinada.

Es común que las legislaciones exijan ciertas formalidades especiales para la celebración de este tipo de contratos, tales como la exigencia de que conste por escrito la cláusula de duración del contrato.

Finalmente, algunas legislaciones consagran un plazo de duración máxima de este tipo de contrato. Así, en Panamá el plazo de duración máxima es de un año no prorrogable, pero este plazo puede aumentarse hasta tres años en el caso de trabajos que requieran una preparación técnica o científica especial. En la Argentina el plazo máximo es de cinco años, mientras que en Chile es de dos años. Es interesante destacar también en este contexto el caso de ciertos trabajadores de temporada de zafra, en los cuales se prevé un mecanismo diferente a los mencionados anteriormente, que consiste en que si el trabajador presta servicios en dos o más zafras para el mismo empleador tiene derecho a ser contratado en el futuro por el mismo empleador para las zafras que habrán de sucederse. Esto se consagra legislativamente en Panamá y en el Japón, pero en este caso a través de la jurisprudencia.

## V. OBLIGACION DE JUSTIFICAR EL DESPIDO

Uno de los mecanismos a los cuales se recurre para obtener mayor garantía del empleo es, precisamente, a la necesidad de que el despido obedezca a una causa justificada. Así, el artículo 4.º del Convenio número 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador dispone que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio». Precisamente en el derecho comparado son estos tres los grandes grupos de causas justificadas que uno se encuentra, a saber: aquellas relacionadas con la conducta del trabajador, aquellas vinculadas con la persona del trabajador y aquellas relacionadas con circunstancias económicas, tecnológicas o similares que afectan a la empresa.

También resulta interesante destacar que existe una serie de motivos que generalmente se estima que no deben constituir causa justificada de despido, tales como las actividades sindicales del trabajador (tales como la

afiliación a una organización sindical o la participación en actividades sindicales, ser candidato a representante sindical o actuar en dicha calidad), determinadas ausencias temporales del empleo (tales como las debidas a la licencia de maternidad, enfermedad o accidente, licencia por prestación de servicio militar o cargos públicos y otras), las fundadas en discriminación (13) (por razón de raza, color, sexo, estado civil, religión, clase social u opiniones políticas) y, como dice el artículo 50, letra c), del Convenio número 158, «presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o recurrir ante las autoridades administrativas competentes».

Es importante recordar que en algunos países se requiere autorización previa para poder despedir a los trabajadores en determinadas circunstancias, aunque de este punto nos ocupamos más adelante en este trabajo. Basta aquí recordar que en el caso de Holanda la autorización que se requiere es estatal, mientras que en la URSS la autorización previa debe proceder del Comité Sindical, a diferencia de la República Federal Alemana, donde es el Comité de Empresa quien debe pronunciarse previamente sobre si se considera un despido como «socialmente justificado». En algunos países, pues, se reconoce la ineficacia del despido injustificado y se otorgan a los trabajadores algunas medidas de reparación, de las que nos ocupamos más adelante.

Finalmente, es bueno aclarar que incluso en un grupo de países en los que existe libertad de despedir dicha libertad es atemperada en algunos casos por la teoría del despido abusivo, tal como ocurre en Suiza, Japón, Bélgica y otras naciones (14).

---

(13) Una excepción la constituyen las empresas de «tendencia» (del alemán *Tendenzbetrieb*, en donde se prevé este tipo de empresa en la Ley de Consejos de Empresa) o «ideológicas», en que se permite el despido por razones de ideología o creencias religiosas. Cfr. GINO GIUGNI: «Political, Religious and Private Life Discrimination», en la obra *Discrimination in Employment*, dirigida por F. Schmidt, Ed. Almqvist and Wicksell, Suecia, 1978, págs. 197 a 199.

(14) El profesor Hanami señala que en Japón «los tribunales han asumido una posición muy restrictiva para admitir una justa causa de despido. De la orientación general de la jurisprudencia parece deducirse que los empleadores no pueden despedir a trabajadores sólo por su ineficacia, pereza o faltas menores». Este autor cita estos ejemplos: el caso de un trabajador que observaba un partido de tenis durante horas laborables; el despido de un empleado que recibió una sentencia suspendida de seis meses por conducir en estado de ebriedad; empleados despedidos por actividades tales como participación en demostraciones públicas. Cfr. Monografía sobre Japón en la *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, 1981, página 83.

## VI. MEDIDAS PREVIAS AL DESPIDO

En algunos países se consagra una serie de procedimientos previos al despido. El propósito de estos procedimientos es otorgarle oportunidad de defensa al trabajador antes de que se le despidiera, por una parte, y por la otra ejercer una serie de controles previos al despido con el objeto de dar una mayor garantía del empleo.

Entre los procedimientos previos al despido podemos citar los siguientes:

1. Notificación al trabajador. El artículo 70 del Convenio número 158 de la OIT señala que «no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad». Asimismo, en la legislación de Panamá se dispone que previamente a la aplicación de una sanción disciplinaria por parte del empleador, el trabajador tiene el derecho de ser oído y de ser acompañado por un asesor designado por el sindicato (artículo 188 del Código de Trabajo).

2. Notificación a los representantes de los trabajadores. Aquí encontramos diversas modalidades, a saber:

a) Notificación a delegados del personal, como es el caso de Noruega, aunque en este país no se afecta la validez del despido si así no se hiciera, pero de no cumplirse constituye un factor en la apreciación judicial de la justificación del despido.

b) Consejos de empresas, tales como en los casos de España, Austria y la República Federal Alemana, que es tal vez el caso más notorio. En este último país, si el Consejo se opone al despido, ello no le quita eficacia jurídica a éste, pero sí lo dilata, ya que el empleador deberá conservar al trabajador hasta el final del juicio, salvo que el tribunal de trabajo autorice al empleador a despedir al trabajador porque la demanda sea temeraria o mantener al trabajador resulte sumamente gravoso o la oposición del Consejo sea infundada y, en todo caso, dicha oposición provoca que el tribunal del trabajo se pronuncie sobre la justificación social del despido. En una sentencia reciente (15), del 27 de febrero de 1985, proferida por el *Bundesarbeitsgericht*, extiende el campo de trabajadores que tienen derecho a solicitar el reintegro

---

(15) Cfr. LUIS LEDEZMA: «Weiterbeschäftigungspflicht sichert den Arbeitsplatz eher», en la revista de la DGB *Die Quelle*, Alemania Federal, núm. 36, marzo de 1985, págs. 163 y 164.

mientras dure el proceso en el cual se debate la justificación del despido a otros casos distintos a aquellos en que el Consejo de Empresas puede oponerse al despido (artículo 102, inciso 3, de la Ley de Consejo de Empresas).

c) Comisiones paritarias.

d) Comités sindicales, tales como en el caso de algunos países socialistas, dentro de los cuales se destaca la URSS, país en el cual debe contarse con el consentimiento de dicho Comité para poder proceder al despido.

e) Organizaciones sindicales, dentro de las cuales podemos mencionar el caso de Suecia.

3. Notificación a las autoridades públicas. Aquí debe distinguirse entre la simple comunicación y la autorización previa, la cual se requiere en varios países, por ejemplo, cuando se va a despedir a los trabajadores por causas económicas, tecnológicas o similares, tales como ocurre en Perú, Panamá y España. También se requiere en algunos países la notificación a las autoridades públicas en el caso de ciertas categorías de trabajadores, tales como representantes sindicales, trabajadoras embarazadas, inválidos graves, inválidos de guerra y otros grupos.

4. Preaviso. En el artículo 11 del Convenio número 158 de la OIT se señala que «el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolos durante el plazo de preaviso». El despido mediante un preaviso usualmente procede cuando no hay causa justificada para proceder al despido, y la duración de dicho preaviso puede ser fijada legalmente o por el juez en cada caso concreto, como ocurre en los países del *Common Law* (Canadá, Irlanda, Reino Unido de Gran Bretaña). Usualmente se permite en el derecho comparado la sustitución del preaviso por el pago de una indemnización y en algunos casos se brinda facilidades a los trabajadores para que busquen otro empleo durante este plazo.

5. Finalmente, en algunos países se entiende que el despido debe ser la sanción más grave, en el caso de despido por razones disciplinarias, y se prevé en la legislación o en la jurisprudencia una graduación de las sanciones de acuerdo a la gravedad de la falta, consagrándose así un principio de proporcionalidad entre la falta cometida y las sanciones aplicadas, tal como ocurre en el caso de Israel, Panamá, Finlandia, India y otros países.

VII. MEDIDAS DE REPARACION ANTE LOS DESPIDOS  
SIN CAUSA JUSTIFICADA

Las principales medidas de reparación que encontramos en el derecho comparado son cuatro: 1.<sup>a</sup> La readmisión del trabajador en su empleo; 2.<sup>a</sup> el pago de salarios caídos o salarios de tramitación; 3.<sup>a</sup> el pago de una indemnización tarifaria, y 4.<sup>a</sup> reparación de daños y perjuicios.

En cuanto a la readmisión del artículo 10 del Convenio número 158, señala que si determinados organismos estatales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. El mecanismo de la readmisión no se encuentra generalizado en el derecho comparado, más bien parece ser la excepción, ya que se estima que en general en un régimen de libertad las obligaciones de hacer no deben imponerse coercitivamente, consideración que, en términos generales, nosotros compartimos, salvo algunas excepciones. En algunos países de América Latina, tales como Nicaragua, México, Panamá y Perú, existe la posibilidad de reintegrar a amplios grupos de trabajadores a sus empleos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación; en otros países, tales como el Reino Unido de Gran Bretaña, esta posibilidad queda a criterio del juez, quien puede ordenar el reintegro del trabajador a sus posiciones habituales o la nueva contratación del mismo trabajador por el empleador aunque no sea en las mismas condiciones de trabajo. En general, en los países de Europa Occidental no existe el reintegro como mecanismo disponible para la generalidad de los trabajadores (16), aunque en algunos casos y en ciertos países determinadas categorías de trabajadores se benefician mayormente de esta posibilidad (tal es el caso de los representantes sindicales). En los Estados Unidos de América y en Canadá, si se pacta una Convención Colectiva que mediante el arbitraje se puede ordenar el reintegro de un trabajador a la empresa, el laudo arbitral en el sentido anotado puede ser ejecutado judicialmente. En Italia, según lo señala Tiziano Treu (17), los trabajadores que estimen que han sido despedidos sin causa justificada o en casos de despidos discriminatorios o formalmente viciados pueden soli-

(16) Cfr. HERBERT L. SHERMAN JR.: «Reinstatement as Remedy for Unfair Dismissal in Common Market Countries», en *American Journal of Comparative Law*, vol. 29, núm. 3, verano 1981, págs. 467-511.

(17) Monografía sobre Italia, *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, dirigida por R. Blanpain, 1980, págs. 81 a 84.

citar el reintegro a sus labores habituales con fundamento en la Ley 604 de 1966 y en el artículo 18 de la Ley 300 de 1970 (Estatuto de los Trabajadores), independientemente de lo dispuesto en el artículo 28 de la misma Ley, el cual da firme base al juez para ordenar el reintegro de trabajadores despedidos como consecuencia de conducta antisindical del empleador. Si bien el profesor Treu cita en su monografía una investigación conducida en 1975 según la cual a pesar de que el 75 por 100 de los trabajadores que reclamaron contra despidos obtuvieron una decisión judicial favorable, sólo un pequeño porcentaje fue efectivamente reintegrado a sus labores; el mismo autor nos señalaba que investigaciones más recientes revelan que alrededor del 10 por 100 de los despidos comunes en los cuales se demanda el reintegro éste se obtiene efectivamente, cifra que es bastante elevada y que sugiere un alto grado de efectividad del reintegro como medida de reparación contra despidos injustificados en Italia.

En el derecho comparado la medida de reparación más generalizada es la del pago de una cantidad de dinero al trabajador que ha sido despedido sin causa justificada. Estas indemnizaciones pueden fijarse mediante una tarifa legal o teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, tal como ocurre en el caso del Reino Unido de Gran Bretaña, en Noruega y en Finlandia, países en los cuales los jueces fijan las indemnizaciones teniendo en cuenta circunstancias tales como la conducta de las partes, otros ingresos obtenidos por el trabajador, la edad, la posibilidad de conseguir otro trabajo y si el demandante ha rehusado sin causa justificada una oferta de readmisión.

#### VIII. EL DESPIDO POR CAUSAS ECONOMICAS, TECNOLOGICAS Y SIMILARES Y LAS MEDIDAS PARA ATENUAR SUS EFECTOS

En los actuales tiempos de recesión económica, caracterizada por bajas tasas de inversión y una contracción de la demanda efectiva por bienes y servicios provocada tanto por factores nacionales como internacionales, el problema más serio que se presenta a la posibilidad de garantizar el empleo a los trabajadores es el de armonizar de una manera razonable el ideal jurídico de la estabilidad de los trabajadores en sus empleos con la necesidad de la empresa de ajustar su fuerza de trabajo flexiblemente a las condiciones económicas recesivas a fin de asegurar, a largo plazo, la subsistencia de la empresa, que es la fuente de trabajo primaria y la unidad productora de los bienes y servicios que tienden a satisfacer las necesidades de los miembros de la sociedad.

En este sentido, el artículo 13 del Convenio número 158 de la OIT señala que, «cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos:

a) Proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones.

b) De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos». En la letra c) de dicho artículo se señala que la aplicación del párrafo primero se puede limitar a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevé dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinado del personal.

En cuanto a este tipo de terminaciones, encontramos en el derecho comparado los siguientes grupos de medidas:

1. Necesidad de autorización o de comunicación a las autoridades públicas. Como hemos señalado anteriormente en esta conferencia, en algunos países se requiere la mera comunicación a las autoridades públicas y en otros es un requisito necesario para proceder a este tipo de despidos la obtención de una autorización previa generalmente de las autoridades administrativas de trabajo, como ocurre en los casos de Panamá, Perú y España.

2. Consulta o negociación con representantes de los trabajadores afectados. Este es el caso de países como el Reino Unido de Gran Bretaña, en el cual debe consultarse obligatoriamente con la organización sindical por escrito y ofreciendo detalles sobre las razones del despido, el número y descripción de los empleados que serían afectados, el método de selección de los trabajadores que van a ser despedidos, el número total de empleados y el método para efectuar los despidos, así como su fecha.

En Suecia la situación es aún más marcada en este sentido, ya que el empleador debe negociar con la organización sindical, y si no lo hace no podrá efectuar el despido por las razones indicadas, exponiéndose, en caso de efectuar el despido sin previa negociación con la organización sindical, a una significativa multa. Más frecuente, sin embargo, es el caso de los países en los cuales la consulta con los trabajadores se ha impuesto a través de las

convenciones colectivas de trabajo, como es el caso Suiza, Italia, Israel y Estados Unidos de América, entre otros.

3. Encontramos también en el derecho comparado una serie de medidas tendentes a evitar el despido por razones económicas, tecnológicas o similares. Entre estas medidas podemos destacar las siguientes: *a)* Jubilaciones anticipadas; *b)* supresión de horas o jornadas extraordinarias; *c)* prolongación del preaviso; *d)* reducción de jornada de trabajo; *e)* suspensión de los efectos del contrato por un tiempo determinado; *f)* terminación anticipada de ciertos trabajadores; *g)* reducción del salario de los trabajadores a fin de disminuir los costos de operación de la empresa y evitar el despido; *h)* no llenar las vacantes que se produzcan en la empresa; *i)* traslado del trabajador de una posición a otra dentro de la empresa aunque no sea en iguales condiciones de trabajo; *j)* creación de fondos especiales.

4. También resulta de interés mencionar los criterios de selección que se siguen en el derecho comparado para escoger a los trabajadores que van a ser afectados por despidos por razones económicas, tecnológicas o similares. Entre estos criterios se encuentran la eficiencia del trabajador, la antigüedad en la empresa, prefiriéndose la permanencia de los empleados más antiguos; la edad del trabajador, dándose preferencia en estos casos para la permanencia a los de mayor edad; la necesidad de que funcione eficazmente la empresa; la situación familiar del trabajador; la categoría de trabajador, dándose preferencia en algunos países a los representantes sindicales y a las mujeres embarazadas, y la nacionalidad; en este último caso usualmente se da preferencia para la permanencia en el empleo a los nacionales del país respectivo.

5. Finalmente, cabe destacar algunas medidas que se ponen en práctica en diversos países para atenuar los efectos de los despidos por causas económicas. Estas medidas van desde la formación profesional de los trabajadores hasta la reconversión o reciclaje de unas ocupaciones hacia otras para las cuales existe mayor oferta de empleo. También existen en algunos países seguros de desempleo en virtud de los cuales aquellas personas que carecen de empleo, bajo ciertas condiciones y por un tiempo limitado, tienen derecho a que el Estado, usualmente a través de instituciones de Seguridad Social, les entregue determinadas sumas de dinero a fin de aliviar su situación económica durante el tiempo en que el trabajador se encuentre desocupado. Esta prestación existe mucho en los países industrializados tales como los Estados Unidos y la mayoría de las naciones de Europa Occidental, aunque se conoce en otros países de la América Latina, como en el Brasil, que creó el fondo de asistencia al desocupado (FADE) en la década de los sesenta. Por último, en algunos países existen pagos que se dan por una sola vez, en

lugar de una pensión de desempleo, y que tienen el propósito también de ayudarle al trabajador a enfrentar su situación de desempleo. En Panamá esto existe en el caso de la industria de la construcción. En otros países, tales como Irlanda, los Países Bajos y en Bélgica e Israel, se prevén pagos en estos casos. En Panamá los trabajadores que se ven afectados por despidos por causas económicas, tecnológicas o similares tienen derecho a la misma indemnización que los trabajadores que son despedidos sin causa justificada, a pesar de que el despido por causas económicas se considera un despido con justa causa y normalmente no habría que pagar indemnización, pero el despido con justa causa por motivos económicos se equipara, para los efectos del pago de la indemnización, a un despido sin justa causa.

ARTURO HOYOS

