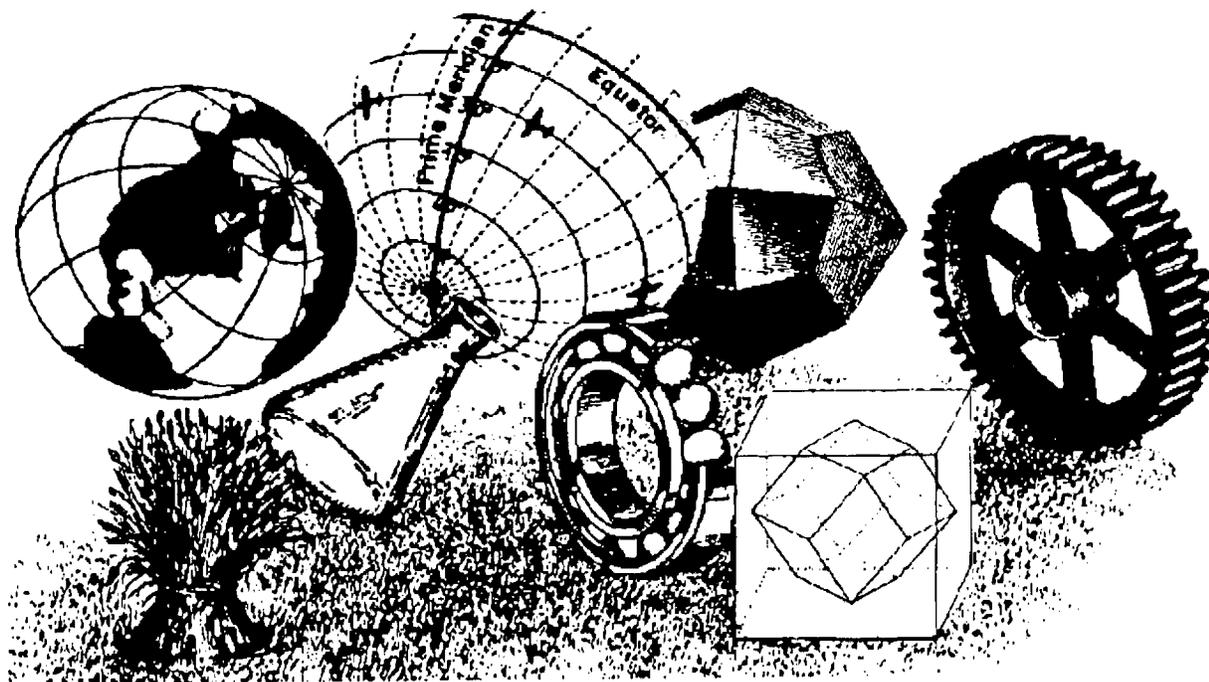


PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA ESTABILIDAD LABORAL



Carlos Reynoso Castillo

I. INTRODUCCIÓN

La permanencia del trabajador en su fuente de trabajo ha sido considerada, según se desprende de los textos de doctrina laboral latinoamericana en los últimos tiempos, como un "valor" inherente a la conformación y la vida de la relación trabajador-empendedor. Diferentes situaciones y argumentos, sobre todo extrajurídicos, podrían dar cuenta del porqué se dio, sobre todo en la época posterior a la segunda Guerra

Mundial, un movimiento legislador en favor de tal normatividad. Por ejemplo, la necesidad de la industria de hacerse llegar los elementos humanos necesarios para su funcionamiento, permitirían la adopción de una regulación laboral proclive a la permanencia del trabajador en la empresa.¹

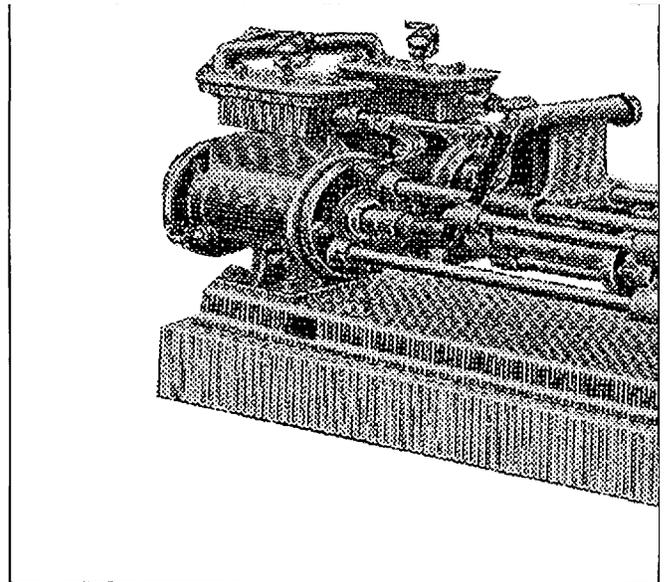
1. Si bien es cierto, esta visión puede ser defendida con bastantes posibilidades de éxito, no debe confundirse con una concepción simplista y mecanicista en donde la normatividad no sería más que el reflejo de una situación dada, económica por ejemplo.

Esta permanencia del trabajador en su fuente de trabajo fue calificada con el nombre de "Estabilidad laboral o estabilidad en el empleo".² La estabilidad sería, pues, una manera de garantizar, en el tiempo, una situación permanente al trabajador respecto de su empleador, mas no de sus condiciones de trabajo.³

La estabilidad laboral tiene sentido para el trabajador en la medida que le permite tener certeza de su fuente de trabajo y, en consecuencia, de su sustento y el de las personas que económicamente dependen de él. Este aspecto es importante, ya que los diferentes aspectos tratados por la protección jurídica de la estabilidad laboral tratarán de prevenir y a veces paliar las consecuencias que una ruptura definitiva y brusca que de la relación laboral puede acarrear.

Diferentes autores han abordado el problema de la conceptualización de la estabilidad laboral, aparte de su tipología;⁴ en todos los casos los conceptos existentes en la materia pueden dividirse en dos corrientes: aquellos que ven a la estabilidad como una garantía legal frente a cualquier tipo de ruptura de la relación laboral (concepción amplia de la estabilidad), bien aquellos que asimilan a la estabilidad con el régimen relativo al despido individual (concepción estrecha de la estabilidad), siendo esta última visión la predominante entre los autores latinoamericanos.

Si bien es cierto que el debate sobre la estabilidad se ha centrado en la discusión sobre las normas que regulan la ruptura misma de la relación laboral (sobre todo en materia de despido), no hay que perder de vista que la importancia de tal debate obedece, en buena medida, a que los efectos posteriores a la ruptura pueden ser graves, ya que implican, en la mayoría de los casos, una pérdida definitiva del empleo con reales dificultades de recuperarlo. En un contexto laboral como el latinoamericano, en donde el derecho del trabajo

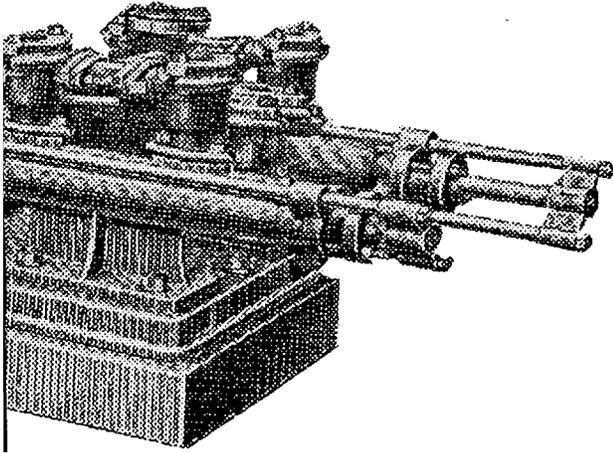


enfrenta graves dificultades de aplicación, el debate sobre la estabilidad adquiere un interés especial. La estabilidad aparece, pues, como un mecanismo con un doble perfil: preventivo, tratando de inhibir las rupturas innecesarias y abusivas de la relación laboral, estableciendo un régimen amplio y variado para tales fines, pero también correctivo tratando de ofrecer al trabajador afectado no sólo mecanismos de defensa frente a la ruptura, sino también intentando auxiliarlo para enfrentar los problemas derivados de la pérdida del empleo. Se trata de una teleología normativa cuya eficacia deja mucho que desear.

Bajo esta perspectiva la protección jurídica, buscada por el régimen de la estabilidad laboral, puede ser vista desde dos ángulos diferentes: uno, el relativo a los mecanismos legales de la ruptura, concretamente los relativos al despido, y, dos, los mecanismos legales posteriores a la ruptura, que existen con el fin de asistir al trabajador afectado. Estos dos aspectos son las dos líneas guía a partir de las cuales se estructuró este trabajo, teniendo como referencia geográfica la región latinoamericana.

La manera como se estructuraron estas notas intenta avanzar la idea de que la estabilidad en el empleo no puede seguir siendo analizada como se ha venido haciendo hasta la fecha, desde que tal concepto hizo su aparición. Las teorías y concepciones elaboradas en torno al tema no responden, hoy día, a una realidad que las ha superado. Así pues, la estabilidad concebida como una garantía para el trabajador atraviesa por una crisis que se traduce en el divorcio entre sus fines originales que se tuvieron en su adopción legal y su concreción práctica hoy día. Su estudio debe realizarse bajo una perspectiva integral, más amplia y más completa, en donde se abarquen sectores del orden jurídico (como la seguridad social) que, de una u otra manera, tienen que ver de manera mediata o inmediata con el fenómeno de la pérdida del empleo.

2. En razón de la idea de permanencia, quietud y prolongación en el tiempo de una situación. Ideas todas ellas evocadas con el término *estabilidad*.
3. La normatividad de la estabilidad en el empleo concentra su regulación en la garantía de la permanencia del vínculo jurídico que une al trabajador a su empleador, a su fuente de trabajo. Esta garantía de permanencia no se extiende a las condiciones de trabajo, las cuales en razón del carácter mismo del derecho laboral deben evolucionar en la misma medida que las necesidades del trabajador lo exijan.
4. La tipología más difundida de la estabilidad es aquella que distingue la estabilidad absoluta de la relativa. En la primera el empleador está prácticamente imposibilitado a romper la relación laboral y sólo lo podrá hacer en los casos en que exista una causa de ruptura prevista en la ley. Pero, en cambio, en la estabilidad relativa el empleador podrá romper una relación laboral teniendo que cubrir una indemnización al trabajador afectado. En la estabilidad relativa existen, según algunos autores, grados de relatividad: así se distingue la estabilidad relativa propia (aquí la nulidad del despido no provocará la reintegración del trabajador a su empleo) y la impropia (se pagaría una indemnización especial). Cf. Vivas Zacarías, A. O., "La estabilidad de los trabajadores en su empleo", *Revista de la ENEP-Aragón*, México, mayo 1988, pp. 57 y ss.



1. La protección en la ruptura

En lo que se refiere al primer aspecto, cabe aclarar que no se trata de hacer un análisis exhaustivo del régimen del despido individual, lo cual ya ha sido objeto de otras investigaciones,⁵ sino más bien se intenta mostrar las características generales del régimen jurídico del despido en América Latina, poniendo de manifiesto las principales tendencias del tema a la luz de las variaciones a la legislación correspondiente en los últimos años,⁶ poniendo en relieve algunos elementos relativos a su efectividad. Esta primera parte concentra su atención en el análisis de la legislación en varios países latinoamericanos que podrían ser considerados como representativos de la región latinoamericana, en razón de tener sistemas jurídicos que muestran las diversas soluciones legales en el tema tratado.⁷

La argumentación en este apartado está cimentada en la hipótesis según la cual una "protección jurídica completa" de la estabilidad, es aquella que ofrece la posibilidad de discutir una decisión (en este caso la decisión de despedir) y eventualmente anularla y sancionar el no respeto de las normas aplicables en la materia. Si esta hipótesis es correcta, ello mostraría que el régimen jurídico del despido, en los países estudiados, sólo ofrece una "protección parcial" al trabajador que ha sido o que será objeto de tal medida.

El despido, entendido como la facultad del empleador para dar por terminado el contrato o la relación de trabajo, ha seguido una evolución paralela

5. Cf. Reynoso Castillo, Carlos, *El despido individual en América Latina*, UNAM, México, 1990.
6. Para los efectos de estos comentarios la idea de "régimen jurídico" es entendida como el conjunto de normas jurídicas dirigidas a organizar el funcionamiento de algún aspecto de la relación trabajador- empleador, en este caso el despido.
7. Tales países son: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela.

a la del derecho del trabajo en su totalidad. Originalmente, influidos por el Código de Napoleón de 1804, los países latinoamericanos incluyeron las reglas relativas a la ruptura de los contratos de trabajo, entre las cuales se encuentra el despido, dentro de los códigos civiles, concretamente dentro del capítulo del "arrendamiento de servicios".⁸ Así, bajo una concepción de tipo "liberal", que partía del supuesto de la existencia de una igualdad de las partes en el contrato, se consideró que las posibilidades para dar por terminado dicho contrato serían las mismas para los contratantes. Esta tendencia fue interrumpida con la adopción de normas dirigidas a imponer limitaciones a la ruptura del contrato cuando la iniciativa hubiera sido tomada por el empleador. Esta concepción "social" fue iniciada con la adopción de la Constitución Mexicana en 1917, la cual introdujo la idea de "justa causa" como elemento necesario para despedir un trabajador, rompiendo así con el principio de "libre ruptura" o "libre despido". El antecedente mexicano es importante en la medida que, históricamente, constituyó un modelo de referencia, a partir del cual otros países latinoamericanos adoptarían más tarde disposiciones similares.

Esta evolución ha permitido diversas reflexiones teóricas: por un lado, los especialistas latinoamericanos del derecho del trabajo se esforzaron por dar un fundamento y una justificación al derecho del trabajador a "permanecer en su empleo". Ello provocó la abundancia de estudios en torno a lo que se dio en llamar la "estabilidad en el empleo".⁹ En algunos casos se trata de teorías desarrolladas originalmente en Europa.¹⁰

La evolución de la legislación en la materia ha permitido presentar, tradicionalmente, al régimen del despido como un mecanismo que tiende a una limitación progresiva de la facultad del empleador para romper el contrato o la relación de trabajo de manera unilateral, y en consecuencia como un conjunto de normas protectoras de los trabajadores frente a las rupturas arbitrarias. Sin embargo, el análisis específico de estas normas permite mostrar las limitaciones y los alcances de dicha protección.

En ese sentido, es necesario precisar cuáles son las normas que integran el régimen jurídico del despido.

8. En algunos países, de manera excepcional, se adoptan normas relativas a la ruptura de los contratos en los códigos de comercio, por ejemplo en Argentina, Venezuela y Brasil.
9. Para tener una visión general de esta producción doctrinal, consultar: Ermida Uriarte, O., *La estabilidad del trabajador en la empresa, ¿protección real o ficticia?* (Montevideo, Acalí Editorial, Monografía Jurídicas-4, 1983).
10. Entre esas teorías hay algunas que, basándose en conceptos de derecho civil, hablan de la existencia de una "propiedad del empleo" o "posesión del empleo" de parte del trabajador. Por otro lado, entre las concepciones que se alejan de esta visión civilista se encuentra la opinión de Mario de la Cueva, quien indicó que existe un derecho a permanecer en el trabajo mientras que la materia objeto del trabajo subsiste, y así poder percibir los beneficios consecuentes. Véase De la Cueva, *MEI nuevo derecho mexicano del trabajo*, vol. I (México, Editorial Porrúa, 1980), p. 220.

A. LAS FUENTES

Preguntar cuáles son las fuentes de una institución jurídica es cuestionar sobre el tipo de normas que la integran. En el caso del régimen del despido, el conjunto de normas susceptibles de ser aplicadas pueden ser distinguidas en función del tipo de organismo que las ha adoptado. Este criterio permite distinguir las fuentes de origen interno y las fuentes de origen internacional.

a) *las fuentes de origen interno* En los países latinoamericanos el derecho en general, y el derecho' del trabajo en particular, es un derecho que recupera la herencia de la tradición romanista. Se trata de un derecho escrito fundamentalmente, y su elaboración es, antes que nada, una tarea del Estado, contrariamente a lo que sucede en países anglosajones donde los órganos jurisdiccionales juegan un papel más relevante en el proceso de creación normativa. Estas características de los sistemas jurídicos latinoamericanos se reflejan en la conformación del régimen del despido, en el cual puede constatarse una preocupación por legislar de manera exhaustiva ciertos aspectos, por ejemplo las "justas causas" de despido (con excepción de Argentina y Uruguay)..Esta situación se traduce en un excesivo formalismo en las leyes, provocando frecuentemente un desajuste entre el derecho escrito y el derecho practicado. Sin embargo, estas características ponen de manifiesto la importancia de las fuentes de origen interno.

a. 1. Las Constituciones

El proceso de constitucionalización de las normas sobre el despido en América Latina fue iniciado en 1917, en México, y su posterior evolución ha sido marcada por la existencia de dos tendencias;

- por un lado, es posible distinguir un grupo de países para los cuales la idea de una protección contra las rupturas arbitrarias del contrato de trabajo es una expresión del principio de "estabilidad en el empleo", reconocido a nivel constitucional. Se trata de normas que no precisan los términos en los cuales la dicha protección funcionará, dejando a la legislación secundaria esta tarea. Este tipo de razonamiento ha sido adoptado en las Constituciones de Venezuela, Perú, Brasil y Uruguay.¹¹

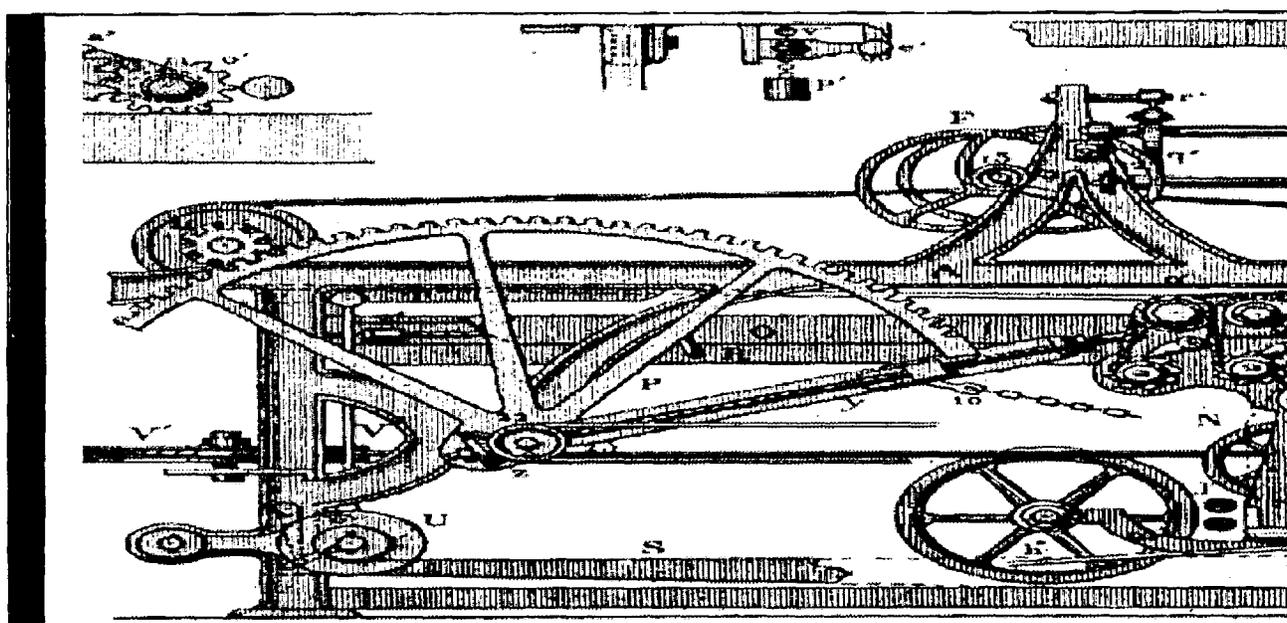
- por otro lado, hay otro grupo de países para los que la protección contra el despido ha sido objeto de normas más precisas, ya sea poniendo énfasis en las obligaciones que debe observar el empleador, como la de motivar el despido (es el caso de México y de Panamá); o bien, indicando las características de la reparación que deberá efectuar el empleador que no motive la ruptura (es el caso de Costa Rica).

a. 2. Los códigos y las leyes

El movimiento de codificación ha sido intenso y progresivo en la región latinoamericana. Iniciado con la adopción de los Códigos de Trabajo de Chile y de México (ambos en 1931),¹² el hecho de tener un código se ha considerado como una de las preocupaciones relevantes entre los países latinoamericana-

11. Hay que precisar que, en el caso de Uruguay, la idea de una protección contra el despido es deducida a partir de varios artículos de la Constitución local; por ejemplo: artículos 7, 53, 60, 61, 63 y 168-10. Véase Barbagelata, H. H., *Derecho del trabajo*, vol. I (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1978-1983), p. 86.

12. A pesar de que en México se denomine "Ley Federal del Trabajo", se trata de un cuerpo de normas que pretende abarcar la totalidad de los aspectos relativos a las relaciones trabajador-empleador.



nos.^{1*} El régimen del despido encuentra, en los códigos y leyes, su fuente más importante. La estructura de este régimen dentro de estos cuerpos legales está organizada, principalmente, en base a dos aspectos: las condiciones de ejercicio del despido y las sanciones contra el no respeto de dichas condiciones.

a.3. La jurisprudencia

Desde un punto de vista formal, para los países latinoamericanos la jurisprudencia no es considerada como una fuente de primer orden, con excepción de Brasil, donde la jurisprudencia aparece como la primera fuente del derecho del trabajo después de la ley, mientras que para el resto de los países la jurisprudencia sólo aparece después de la analogía y los principios generales del derecho. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la jurisprudencia ha jugado un papel importante en la conformación del régimen jurídico del despido. Su importancia se manifiesta no solamente en la interpretación de las normas existentes, sino también a través de la extensión o la limitación del campo de aplicación de éstas.

Esta situación es más evidente en ciertos países como Uruguay, donde la jurisprudencia ha creado conceptos básicos del régimen del despido como "extinción del contrato", "despido abusivo";¹⁴ o en Argentina, donde los tribunales deben indicar de manera casuística cuándo ha habido "justa causa" para despedir.

13. Escapan a esta tendencia codificadora los casos de Argentina, Perú y Uruguay, en los cuales hay una diversidad de leyes relativas al trabajo. Sin embargo, en los dos primeros casos (Argentina y Perú) existen cuerpos legales que se ocupan de los diferentes aspectos del despido. Por el contrario, en Uruguay hay una dispersión de las normas relativas al despido en diferentes leyes.
14. Véase Ermida Uriarte, O., "Las relaciones de trabajo en América Latina: problemas y tendencias actuales", *Derecho Laboral* (Montevideo, enero-marzo, 1986), p. 102.

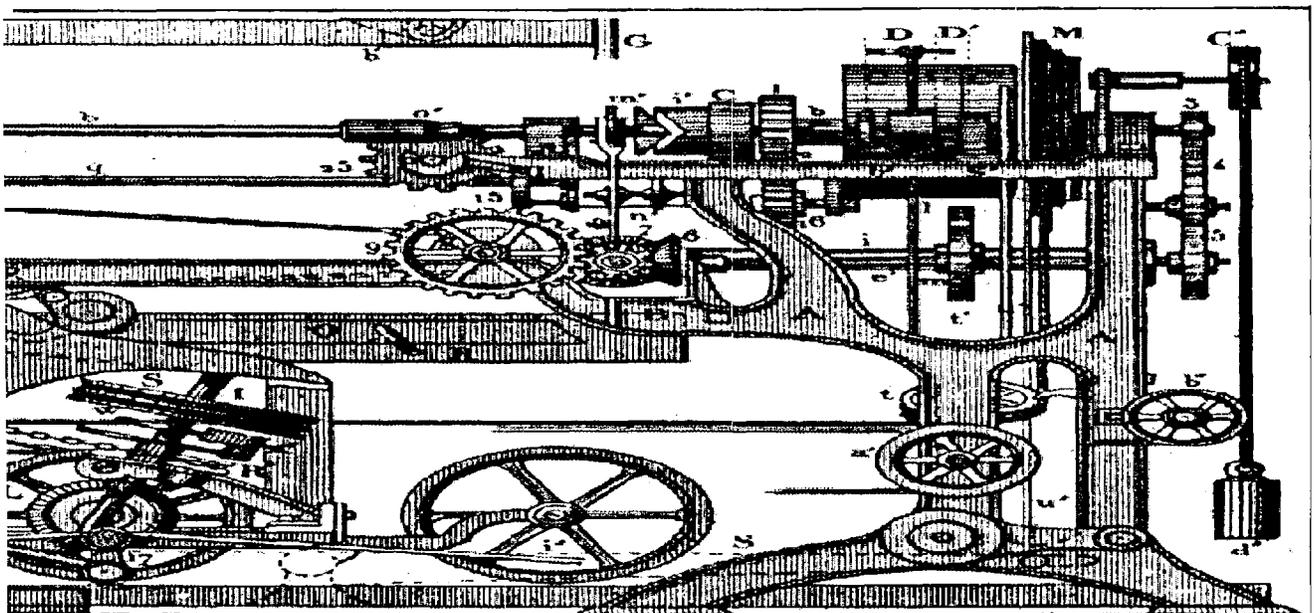
a.4. Las convenciones colectivas

La negociación colectiva y su corolario, las convenciones colectivas, han manifestado un desarrollo progresivo en los últimos años en América Latina. De igual manera los temas objeto de negociación han aumentado.¹⁵ Sin embargo, hay que reconocer que las cláusulas relativas al despido no son la regla en las convenciones colectivas de la región; en ese sentido, varias constataciones permiten atribuirles una importancia secundaria en el régimen jurídico del despido.

Las negociaciones más importantes que desembocan en la adopción de normas relativas al despido se realizan en sectores llamados "estratégicos" para la economía del país en cuestión.¹⁶ Sin embargo, esos sectores, aunque importantes para el desarrollo de los países, no representan a la totalidad de los trabajadores, con excepción de ciertos países como Argentina y Brasil, donde la práctica de una negociación colectiva por rama industrial puede abarcar a una cantidad considerable de trabajadores.¹⁷

b) *Las fuentes de origen internacional* Dentro de los tratados celebrados entre los países latinoamericanos, las normas relativas a la estabilidad del empleo son raras. Por el contrario, es importante señalar el papel que ha

15. Véase Córdoba, E., "Les relations collectives de travail en Amérique Latine: essai de réexamen", *Revue Travail et Société* (Ginebra, julio 1980), p. 248. Véase, también, Bronstein, A., "La negociación colectiva en América Latina: problemas y tendencias", *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra, abril-junio 1978), p. 201.
16. Generalmente se trata de mecanismos de reclamación internos a la empresa y puestos en práctica por órganos integrados de manera bipartita. Véase Bronstein, A., *op. cit.*
17. OIT, *Relaciones de trabajo y desarrollo en las Américas*, Duodécima Conferencia de los Estados de América, Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, Montreal, marzo de 1986, Informe III (Ginebra, 1985), p. 41.



jugado la actividad de la OIT en la configuración del régimen del despido en la región.

Las convenciones ratificadas por los países latinoamericanos son consideradas como fuente de derecho, al mismo nivel que la ley (tal es el criterio que adopta la legislación en Colombia, Costa Rica y México) en otros países es la doctrina quien les atribuye el mismo nivel (por ejemplo en Brasil, Panamá, Perú y Uruguay).¹⁸ Por el contrario, en Argentina, Chile y Venezuela se ha preferido aplicar la teoría "dualista" según la cual se exige que una ley interna sea adoptada con el fin de integrar el convenio al orden jurídico nacional.

La actividad de la OIT en materia de ruptura del contrato o de la relación de trabajo ha atravesado por tres etapas:

Una primera etapa de toma de conciencia del problema, iniciada en 1950 en la sesión núm. 33 de la Conferencia Internacional del Trabajo, la cual adoptó una resolución señalando la importancia del tema.¹⁹ Una segunda etapa, con una proposición normativa iniciada en 1962, con la preparación de una recomendación internacional que sería adoptada durante la sesión núm. 47 de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1963. Se trata de la recomendación núm. 119 sobre la terminación de la relación de trabajo. Este instrumento tuvo gran influencia sobre los países latinoamericanos; así ciertos países de la región adoptaron la idea de "justificación del despido" en su respectiva legislación nacional, por ejemplo en Chile, Panamá y Perú.²⁰ Finalmente, se puede identificar una tercera etapa con la consolidación del sistema normativo internacional iniciada en 1981 con la inscripción del tema de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador en la sesión núm. 67 de la Conferencia Internacional de Trabajo, y culminada en 1982 con la adopción del convenio 158 y la recomendación 166 (ambos del 2 de junio de 1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. A pesar de la acogida favorable que tuvo globalmente el convenio 158 entre los países latinoamericanos²¹ hasta la fecha sólo Venezuela lo ha ratificado.

18. Véase Barbagelata, H. H., *Introducción aux institutions du droit du travail en Amérique Latine* (Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 1980), p. 75.

19. Dentro de esta etapa deben incluirse dos reuniones que se ocuparon del tema: la primera, una reunión técnica que tuvo lugar en Ginebra en 1959 a iniciativa de la Oficina Internacional del Trabajo; en esta reunión participaron diez países, entre los que se encontraba Argentina. La segunda, un ciclo interamericano de la OIT que tuvo lugar en Montevideo en noviembre de 1960.

20. Véase Yemin, E., "La sécurité de l'emploi. Influence des normes de l'OIT et tendances récentes", *Revue Internationale du Travail* (Ginebra, enero-febrero 1976), p. 20.

21. El convenio 158 fue adoptado el 22 de junio de 1982. Los países latinoamericanos votaron de la siguiente manera: la totalidad de los delegados de trabajadores votaron en favor, los delegados de los empleadores de Brasil y de Chile votaron contra, y se abstuvieron los de El Salvador, Argentina, Nicaragua, Colombia, Guatemala, México y Venezuela. Por otro lado, en lo que toca a los delegados de los gobiernos, el de Chile se abstuvo.

B. EL SISTEMA LEGAL

Las normas que integran el régimen jurídico del despido han buscado romper con el principio de rescisión unilateral que conservan las partes en los contratos de derecho civil a través de la adopción de limitaciones al libre ejercicio de la ruptura, sobre todo cuando quien la realiza es el empleador. En ese sentido, el despido se presenta como un acto jurídico que debe respetar ciertas condiciones, las cuales serán estudiadas en un primer momento, para después poder presentar las características de las sanciones en que puede incurrir un empleador que no las haya respetado.

a) *Las condiciones de ejercicio del despido a.*

1. *Las condiciones de fondo*

La obligación de "justificar" el despido aparece como la condición más importante que el empleador debe respetar si desea despedir un trabajador.²² La noción de "justificación del despido" ha sido adoptada por las legislaciones latinoamericanas obedeciendo a dos tendencias: la primera, representada por Argentina y Uruguay, donde existe una "causa general" de despido. En este caso se trata de un parámetro que deja un amplio margen de interpretación a los tribunales, los cuales deberán pronunciarse sobre la existencia de la justa causa. La segunda tendencia, seguida por el resto de los países de la región, consiste en un listado de "justas causas" que autorizan al empleador a despedir sin responsabilidad. El debate de los autores en este caso se concentra alrededor de la cuestión de saber si la lista de situaciones señaladas en la ley es limitativa o no.²³

Las causas de despido coinciden de manera general con los criterios propuestos en la Convención 158 de la OIT,²⁴ a pesar que la mayoría de los países latinoamericanos no la hayan ratificado. Con el fin de caracterizar la justa causa, los tribunales insisten en señalar que el elemento esencial de ésta es su gravedad que impide la prosecución de la relación de trabajo o la ponga en crisis.²⁵

22. Sin embargo, es necesario atraer la atención sobre el hecho de que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas (con excepción de México, Perú y Uruguay) conservan la posibilidad de un despido sin necesidad de fundarlo objetivamente, a condición de respetar ciertas formalidades (preavisar al trabajador, por ejemplo). Esta forma de despedir denominada "despido *ad nutum*", aunque en desuso, muestra la persistencia en el derecho del trabajo de criterios rectores de los contratos en el derecho civil.

23. El caso de Costa Rica y de México podrían ser considerados dentro de una situación intermedia entre estas dos tendencias. A pesar de que en estos países se ha establecido un catálogo de posibles causas de despido, se admite la posibilidad de invocar otras causas no reconocidas expresamente por la ley, si ellas presentan cierta gravedad.

24. El artículo 4º del convenio 158 establece: "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 la empresa, establecimiento o servicio".

25. En algunos países este elemento presenta características espe-

a.2. Las condiciones de forma

La facultad de despedir un trabajador puede ser ejercida, en general, de manera unilateral. Este carácter unilateral del despido ha sido modificado por las legislaciones latinoamericanas en tres casos: cuando haya motivo económico o necesidades de la empresa, cuando se trate de trabajadores con una actividad representativa y el caso de maternidad; en esas situaciones la autorización previa de las autoridades laborales es necesaria para despedir.

Las formalidades a respetar por el empleador que desea despedir, varían en función de la cantidad de trabajadores afectados por la medida. En ese sentido, dos situaciones son posibles: el caso de un despido individual y el caso de un despido colectivo.

El despido individual ha sido considerado por las legislaciones latinoamericanas como un acto "receptación", es decir, un acto jurídico cuyos efectos sólo tienen lugar a partir del momento que la otra parte, en este caso el trabajador, ha tenido conocimiento de la medida tomada contra él. La notificación del despido aparece como la formalidad más importante a respetar por el empleador.

Hay que señalar que dicha notificación obedece a diferentes reglas según exista o no "justa causa" de despido. Si el empleador no motiva legalmente el despido, deberá dar un "preaviso" escrito²⁶ anunciando con cierta anticipación la fecha futura de la ruptura definitiva del contrato o relación de trabajo. El preaviso sería, así, una medida que pretende atenuar los efectos de un despido inmediato y facilitar al trabajador la búsqueda de un nuevo empleo.²⁷ El preaviso es una institución que fue reconocida en el régimen corporativo europeo y retomado por algunas ordenanzas en América Latina en los siglos XVII y XVIII; más tarde algunos códigos de comercio latinoamericanos lo mencionarían (por ejemplo en Brasil, Argentina, Venezuela y Uruguay).

Por el contrario, si el empleador se apoya en una de las "justas causas de despido" reconocidas por la ley, podrá despedir de manera inmediata. En este caso la notificación deberá indicar el motivo de la ruptura y la fecha de la misma. En algunos países, como en Argentina, la ley exige que se mencionen los hechos en que se funda el despido; en otros es la jurisprudencia quien ha adoptado este mismo criterio, por ejemplo en Panamá, Colombia y México.

En todo caso la notificación del despido se presenta como la información al trabajador de una decisión que ha sido tomada contra él, en ese sentido la posibilidad de discutir un despido antes de que sea ejecutado son reducidas.

Dos casos especiales deben ser comentados: el de Brasil y el de Perú. En Brasil el "trabajador estable" (con más de diez años en la empresa) no puede ser despedido de manera inmediata. La legislación prevé una "pesquisa para depuración de falta grave"; se trata de un procedimiento sumario que busca establecer la objetividad de la "justa causa". Sin embargo, estas disposiciones sólo son aplicables a una minoría de los trabajadores brasileños.²⁸

Por otra parte, la novedad a nivel latinoamericano es constituida por el procedimiento previo de despido en el Perú,²⁹ según el cual el trabajador deberá tener la posibilidad de defenderse antes de ser despedido. Así un proceso sumario, obligatorio e interno a la empresa deberá realizarse antes de pronunciar un despido. En ese caso, el trabajador podrá estar asistido por un abogado o un representante sindical.

En el caso de un despido colectivo el empleador debe solicitar una autorización previa de las autoridades laborales. La participación de los trabajadores en la discusión y la tramitación de esta autorización es limitada. Sin embargo, en algunos países los trabajadores pueden intervenir de manera más activa; por ejemplo en Perú los representantes de trabajadores y empleadores tendrán reuniones de conciliación, y en Panamá los trabajadores pueden presentar pruebas que permitirían, dado el caso, negar la autorización de despido. Estas variaciones al ejercicio del despido colectivo presentan ciertas limitaciones: por un lado, el no respeto de la forma no anula el despido, lo cual sólo se traducirá en una sanción pecuniaria. Además, en los casos en que una participación de los trabajadores en la decisión de despedir ha sido prevista, el objeto de discusión no es la existencia o inexistencia de la causa de despido; la discusión, en la mayoría de los casos, se limitará a precisar las modalidades de aplicación del despido, por ejemplo a través de la selección de los trabajadores que serán despedidos primero, teniendo como base criterios normalmente fijados por la legislación (antigüedad, nacionalidad, sindicalización, etcétera).

ciales, por ejemplo en Brasil el carácter grave de la causa sólo se exige para los trabajadores con una antigüedad superior a 10 años; y en México para aquellos con más de 20 años de antigüedad.

26. La forma escrita del preaviso es la regla en América Latina, aunque en ciertos países como Brasil y Venezuela, donde la legislación no hace mención de la forma, los tribunales han aceptado que el preaviso pueda ser verbal.

27. El convenio 158 de la OIT indica que el preaviso deberá tener una "duración razonable". Por su parte, las legislaciones latinoamericanas no fijan la duración del preaviso de manera homogénea. En algunos países se hace uso de criterios variables como la antigüedad (en Costa Rica, Venezuela y Argentina) o de la periodicidad de la remuneración (en Colombia y Brasil) o de un criterio fijo (en Chile y Panamá).

28. La posibilidad de realizar este procedimiento sumario no existe para los trabajadores que han optado por ser regidos bajo el sistema del "Fondo de garantía por tiempo de servicios". De acuerdo a cifras oficiales más del 94% de los trabajadores brasileños han optado por dicho sistema. Véase Giglio, W., *La solución de los conflictos laborales. Perspectiva iberoamericana*, vol. I, *La solución de los conflictos laborales en el Brasil* (México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría "A", 1985), p. 55.

29. Este procedimiento ha sido instituido por la ley núm. 24514 sobre la estabilidad en el empleo (publicada en *El Peruano*, Lima, jueves 5 de junio de 1986), y precisado con normas complementarias del Decreto Supremo 003-88-TR (publicado en *El Peruano*, Lima, sábado 6 de febrero de 1988).

b) Las sanciones

El trabajador despedido se encuentra frente a una situación difícil: privado de su único medio de subsistencia, el régimen jurídico del despido le ofrece la posibilidad de dirigirse a las autoridades competentes a fin de que ellas se pronuncien sobre la legalidad de su despido. La defensa del trabajador despedido puede así realizarse, pero dentro del marco de la "justicia del trabajo" y respetando las formalidades del procedimiento judicial correspondiente. Así un posible control de la legalidad del despido y una discusión sobre el mismo podrá efectuarse, pero sólo *a posteriori*, una vez que el trabajador se encuentre separado de su puesto y haga uso de su derecho a recurrir ante las autoridades correspondientes.

El empleador que no haya respetado las condiciones de ejercicio del despido, podrá entonces ser objeto de diversas sanciones. Dichas sanciones son diferentes según el tipo de condición no respetada. Ello permite distinguir entre las sanciones por despido irregular de aquellas por despido injustificado.

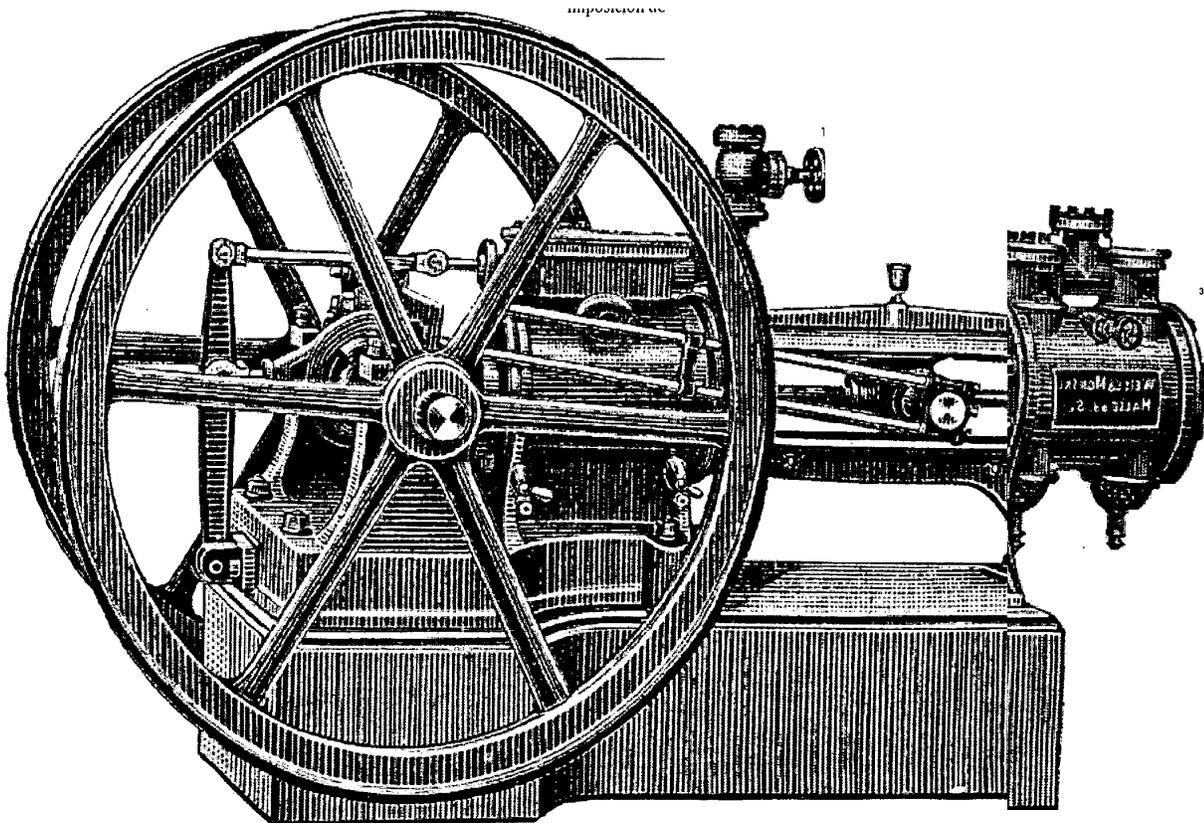
b. 1: Sanciones por despido irregular

El no respeto de la forma en el despido acarrea, sobre todo, sanciones de carácter civil. Dos tipos de sanciones son posibles: la nulidad y los daños y perjuicios.

En derecho civil la nulidad de un acto provoca el restablecimiento de las partes en el estado en que se encontraban antes de la realización de dicho acto. La aplicación de este principio debería traducirse, en el caso del despido, en la reintegración del trabajador a su puesto. Sin embargo, la legislación laboral sólo hace una aplicación parcial de este principio.

En el caso de ausencia de notificación del despido motivado, el no respeto de esta formalidad no provoca la invalidez del acto (en este caso el despido). El caso mexicano refleja claramente la actitud de las legislaciones latinoamericanas en este punto: una reforma a la ley local en 1980 había señalado que el empleador tiene la obligación de notificar el despido; posteriormente la jurisprudencia de ese país señalaba que, en caso de no respeto de esta obligación, "dicho despido estará afectado de nulidad".³⁰ Sin embargo, ello no provocó la reintegración del trabajador y sólo la imposición una multa al empleador. Las últimas modificaciones en la materia

30. Este criterio fue adoptado en una decisión de 6 de septiembre de 1982, Amparo directo 3395/82, María de los Ángeles Leal Martínez, Informe ' 982, Cuarta Sala, núm. 36, p. 34. Decisión citada por Ramírez Fonseca, F., *El despido* (México, Editorial PAC, 1985), pp. 169- 170.



han sido introducidas a la legislación chilena respetando este tipo de solución.³¹

En el caso de procedimientos previos de despido, cuando han sido reconocidos legal o convencionalmente, su no respeto sigue de cerca los efectos recién evocados, es decir se traduce en una sanción pecuniaria. Ello refuerza la preferencia por la búsqueda de una solución judicial del conflicto, eliminando así la posible discusión del despido antes de que el trabajador sea separado de su puesto. La legalidad de este tipo de solución ha sido confirmada por la jurisprudencia.³²

Por otra parte, los daños y perjuicios tienen un campo de aplicación reducido; el caso más importante es por no respeto de preaviso.³³ Para el empleador la obligación de dar un preaviso es presentada por las legislaciones latinoamericanas como una obligación alternativa: respetar el preaviso o bien indemnizar al trabajador por su no respeto. En el caso de indemnizar el monto será, en general, el salario correspondiente al periodo de preaviso previsto legal o convencionalmente.

b.2. Sanciones por despido injustificado

Un despido injustificado es aquel que ha sido pronunciado en ausencia de una "justa causa", la anulación del despido

en esas circunstancias no es prevista.³¹ En este caso dos posibles sanciones no acumulativas pueden ser pronunciadas: la indemnización o la reintegración del trabajador a su puesto.

El establecimiento de una indemnización por despido injustificado reposa sobre la idea de que el despido ha provocado un daño que hay que reparar; sin embargo, el monto de la indemnización no toma en cuenta las características del daño sufrido efectivamente por el trabajador; se trata, por el contrario, de una indemnización global y establecida previamente por la ley, cuyo cálculo obedece a dos criterios de base: la antigüedad del trabajador en la empresa y el salario del trabajador.^{35 36}

Por otra parte, la reintegración del trabajador puede ser pronunciada cada vez que haya habido nulidad del despido o se demuestre la ausencia de "justa causa". Sin embargo, la reintegración se enfrenta a diversos obstáculos como la dificultad de su ejecución. Los tribunales latinoamericanos parten de la idea de que una orden de reintegración no puede ser objeto de aplicación forzada.³⁷ En principio corresponde al trabajador escoger entre la indemnización o la reintegración; sin embargo, el empleador puede negarse a reintegrar pagando una indemnización más grande, por ejemplo en México, Brasil y Venezuela. En otros países el juez podrá pronunciarse sobre el carácter conveniente o no de la reintegración del trabajador, ello en Brasil y Panamá; pero en Colombia un trabajador sólo puede aspirar a su reintegración si cuenta con más de 10 años en la empresa.

Así pues, las limitaciones para lograr son amplias y constituyen un obstáculo para la consecución de los fines originarios de la normatividad sobre la estabilidad laboral. Sin embargo, la normatividad laboral, aunque como se verá, no exclusivamente, intenta asistir, sobre todo económicamente, al trabajador afectado por una ruptura de su relación laboral. Este tipo de protección, sus características y limitaciones son el objeto de la segunda parte.

31 El artículo 15-A de la ley 18372 indica: "La falta o falsedad de esta información (la comunicación de término del contrato) no afecta la validez de la terminación del contrato, sin perjuicio de la aplicación de la multa prevista en el artículo 165". (La ley núm. 18372, que introdujo ciertas modificaciones al decreto 2200 de 1978, fue publicada en el Diario Oficial de la República de Chile el lunes 7 de diciembre de 1984, p. 2). Este artículo aparece reproducido en el nuevo Código del Trabajo de Chile (artículo 158 de la ley núm. 18620, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile el lunes 6 de julio de 1987).

Por ejemplo, en Colombia una decisión de 1984 indicaba que "la ley no establece ningún procedimiento previo para terminar unilateralmente el contrato". Decisión del 7 de diciembre de 1984 de la Sala Plena de Casación laboral, citada por Arenas Monsalve, G., "Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo".

32 *Universitas* (Bogotá, noviembre 1985), p. 246. Por otro lado, en México la jurisprudencia ha señalado que "aunque el patrón omite la práctica de la investigación previa al despido de un trabajador señalada en el contrato de trabajo, no por ello debe considerarse injustificado el dicho despido..." Jurisprudencia: Apéndice 1975, 5ª parte, 4ª Sala, Tesis 73, pp. 81 y 82. Véase Trueba Urbina, A. y Trueba Barrera, J., *Ley Federal del Trabajo. Comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía* (México, Editorial Porrúa, 1986). p. 776.

33 De manera excepcional en ciertos países la jurisprudencia ha aceptado el pago de daños y perjuicios en función de perjuicio sufrido realmente por el trabajador, por ejemplo en Chile, Argentina, Venezuela y Uruguay.

34. Las últimas modificaciones introducidas a las legislaciones latinoamericanas confirman la adopción de este criterio. Por ejemplo, en Panamá con la ley 8 de 30 de abril de 1981. Véase Hoyos, A., *Derecho panameño del trabajo*, vol. I (Panamá, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1982), pp. 88 y 89.

35. En algunos países como Colombia y Venezuela, el capital de la empresa puede variar el monto de la indemnización por despido injustificado.

36. Hay que señalar que en la mayoría de los países latinoamericanos el monto de la cantidad recibida por el trabajador puede aumentar con el pago de prestaciones derivadas de la antigüedad del trabajador (prima de antigüedad, auxilio de cesantía u otras), en este caso se trata de derechos adquiridos de un monto fijo multiplicado normalmente por el número de años que el trabajador pasó en la empresa. Sin embargo, la percepción de esta prestación no es el resultado exclusivo de un despido, ya que ella podrá recibirse también en caso que haya habido otros modos de ruptura.

37. Con excepción de Perú, donde el artículo 27 de la ley sobre la estabilidad en el empleo reconoce la posibilidad de aplicar medidas de tipo penal para obligar a un empleador a ejecutar una orden de reintegración.

II. LA PROTECCIÓN POSTERIOR A LA RUPTURA

Panorama general:

La pérdida del empleo se convirtió, en los últimos años, en uno de los aspectos normales en el panorama de las relaciones de trabajo en América Latina. Esta situación presentó características particularmente graves en esta región. Las estadísticas muestran cómo ciertas variables económicas han aparecido particularmente críticas en esta región, concretamente la inflación, la deuda externa y la caída en las inversiones tanto públicas como privadas. En materia laboral el mercado de trabajo presentó, durante los años ochenta, un deterioro que se manifestó en una disminución en la creación de nuevos puestos de trabajo y una eliminación parcial de los ya existentes. En ambos casos la persona afectada se encuentra ante una situación delicada; al no poder encontrar un puesto de trabajo que le permita satisfacer sus necesidades. Los efectos de tal situación son variados y se presentan tanto a nivel social como económico y político.

En este contexto el estudio de la normatividad existente en materia de protección de las personas que han quedado sin empleo adquiere una relevancia particular en la medida que se trata de un problema cuyas dimensiones son amplias. En este segundo apartado se intenta, entonces, responder a las siguientes preguntas: ¿cómo el orden jurídico ha intentado paliar estos efectos? ¿Cómo se ha intentado, desde un punto de vista jurídico formal, atacar esta situación de indefensión en la que queda una persona sin empleo?

Para responder a tales preguntas se ha deseado, para respetar los mismos criterios seguidos en la primera parte, abordar el tema desde un punto de vista comparativo, también en el ámbito latinoamericano, no con el fin de indicar cuál de los países de la región ha obtenido mayores logros en la materia, sino intentando mostrar cómo diferentes países han enfrentado o intentado solucionar un problema que les es común: la protección del desempleado.

La búsqueda de la información en esta parte del trabajo estuvo guiada por la preocupación de poner en evidencia, por lo menos, dos aspectos: por un lado, las carencias que presenta la normatividad existente sobre el tema, y por el otro el carácter limitado de sus alcances respecto del problema que intenta atacar. En ambos casos la investigación privilegió las fuentes formales, en razón de las dificultades para allegarse la información estadística de cada uno de los países involucrados.³⁸

El tema de la protección de una persona que ha sido despedida y que enfrenta graves dificultades para

43. Sobre el particular cabe señalar que se tuvo la oportunidad de consultar los acervos de la biblioteca de la Oficina Internacional del Trabajo en la ciudad de Ginebra, Suiza, con el fin de completar estas informaciones; sin embargo, los datos existentes al no ser actualizados dificultaban su uso.

recuperar o encontrar un nuevo empleo es un tema complejo, si bien es cierto que un alto porcentaje de los desocupados está entre aquellas personas que habiendo tenido una ocupación vieron rota su relación laboral (vía despido u otra modalidad de ruptura), no es menos cierto que el contingente de las personas sin empleo se nutre también de aquellas que se incorporan al Mercado del trabajo³⁹. Asimismo resulta conveniente recordar que el contingente de personas sin empleo se ha ampliado con otros sectores de la sociedad; dentro de este grupo se pueden advertir aristas que ponen de manifiesto la agudeza con que se presenta el problema para estos otros grupos, tales como las personas de la tercera edad,⁴⁰ los jóvenes⁴¹ y el denominado sector: informal de la economía.⁴² Una división "clásica" de los sectores del orden jurídico

39. En ciertos países las cifras son elocuentes; por ejemplo México según algunos estudios, cerca de 850,000 mexicanos se incorporan al mercado de trabajo cada año. Cf The Economist Intelligence Unit "Mexico country report". Annual survey of political and economic background, business International, Londres, 1989, p. 12.

40. En la mayoría de los países latinoamericanos la llegada a una cierta edad (normalmente la edad que da derecho a una pensión o jubilación) ha sido considerada como "justa causa" de despido. Sin embargo, se trata de una ruptura que no se considera como despido sin acarrear los efectos indemnizatorios eventuales del mismo. Se trata, pues, de una disolución de la relación laboral donde el empleador puede tomar la iniciativa sin que ello le sea imputable. Por ejemplo, la ley del contratado de trabajo en Argentina (decreto núm. 390 del 13 de mayo de 1976) señala, en su artículo 252, que cuando el trabajador reúna las condiciones requeridas para tener derecho a su pensión jubilatoria ordinaria, el empleador podrá advertirle que realice los trámites necesarios al efecto. Estas reglamentaciones son criticables; sin embargo, ellas responden a una lógica según la cual la indemnización por despido tiene un objetivo asistencial y, en caso de pérdida del empleo por edad avanzada, este objetivo queda satisfecho si el trabajador recibe una pensión o jubilación. Para profundizar en el tema se sugiere consultar: Savatier, J., "Licenciement et âge de la retraite", *Droit Social* (número especial), París, núm. 4, abril de 1978, pp. 13 y ss; Minerva, Ma. del Rosario, "Régimen de jubilaciones y pensiones del banco de previsión social", *La seguridad social y el acto institucional* núm. 9, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1980, pp. 131 y ss; Reynoso Castillo, Carlos, "El régimen jurídico del ingreso económico de los trabajadores de la tercera edad en México", *Alegatos*, núm. 11, UAM, unidad Azcapotzalco, enero-abril 1989, México, pp. 46-51.

41. La mayoría de las normas protectoras de personas sin empleo están dirigidas a aquellas que en el pasado tuvieron uno, excluyendo a amplios sectores como los jóvenes en búsqueda de su primer empleo. Esta situación obedece, por lo menos, a dos razones: una que tiene que ver con las características de los regímenes asistenciales, los cuales se alimentan de las cotizaciones de aquellos que trabajan o han trabajado. La otra, también de carácter financiero, es que el reconocimiento de un régimen de "solidaridad" (con aquellos que nunca han cotizado) superaría la capacidad financiera de los sistemas de seguridad social, entre otras razones, por la gran cantidad de personas que serían beneficiarias del mismo.

42. Para efectos de estos comentarios se incluyen, dentro de tal concepto, las personas que, realizando alguna actividad, a veces comercial, carecen de alguna o algunas de las características típicas de la relación de trabajo tradicional (empleador, salario,

establece que las relaciones trabajador-empleador serán regidas por el derecho laboral, en el ámbito de la empresa, y que todos aquellos fenómenos o conflictos que sucedan fuera de ese espacio físico, salvo casos excepcionales, quedarán fuera de su campo de aplicación. Esta visión que hoy día constituye un obstáculo para el avance de la ciencia jurídica y para la interpretación de los nuevos fenómenos que el derecho está llamado a regular, ha permitido que la protección del trabajador que ha sido despedido y se encuentra sin empleo se sitúe en otro sector del orden jurídico como lo es la seguridad social.

A. DESEMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

a. Panorama latinoamericano

Teniendo como fuente de inspiración las propuestas de Otto Bismarck (introduciendo la seguridad social en Alemania en 1880), con programas separados que atienden distintos riesgos sociales, dirigida sobre todo a los asalariados, los países latinoamericanos han ido consolidando sus sistemas de seguridad social. Inicialmente con sistemas surgidos en la década de los veinte (en países como Chile, Uruguay, Argentina, Cuba y Brasil), donde la multiplicidad de instituciones y la cobertura parcial de la población fueron sus características, aunque la tendencia a la universalización de las coberturas y la unificación de los sistemas ha sido constante.⁴³ En otros países como México, no fue sino hasta los años cuarenta cuando se inicia la estructuración de un sistema de seguridad social con un organismo gestor único, aunque cabe señalar que en muchos casos existían instituciones protectoras que de manera parcial se ocupaban de la protección de ciertos grupos;⁴⁴ históricamente este mismo tipo de desarrollo puede observarse en países como Colombia, Costa Rica, Paraguay, Perú y Venezuela.⁴⁵ En otro grupo de países la creación de los sistemas de seguridad social se realizaría más tardíamente; así tales sistemas no aparecerían sino hasta los años cincuenta y sesenta en países tales como los de Centroamérica y el Caribe.⁴⁶

Con una cobertura porcentual muy variable (del 100 al

75% en Cuba, Brasil, Argentina y Costa Rica. De 74 al 50% en Uruguay, Chile, México y Panamá; del 49 al 25% en Venezuela y Bolivia, etc.)⁴⁷ los países latinoamericanos presentan un grupo de riesgos cubiertos que pareciera estar en relación directa con el desarrollo y evolución misma de los sistemas; es decir, en aquellos sistemas más "antiguos" (como el argentino, el chileno, el uruguayo y el brasileño) se cubre un mayor número de riesgos entre los que se encuentra a veces el desempleo.

La preocupación por asistir al desempleado (plasmada en textos legales) si bien es cierto aparece de Manera relativamente reciente, cuenta con antecedentes importantes a nivel mundial.

b. Antecedentes de la protección del desempleado Algunos autores insisten en atribuir la paternidad de los sistemas de seguridad social a las naciones americanas, ; remontándose a épocas pasadas; por ejemplo, invocando las características que presentaba el sistema de asistencia social en el imperio Inca (heredada del imperio aymara de Tiahuanacu).⁴⁸

Sin embargo, la evolución de: tales sistemas, en lo que se refiere de manera específica a la protección del desempleado, ha sido en algunos casos importante sobre todo en el último siglo; así, por ejemplo, en Uruguay la ley núm. 12570 de 23 octubre de 1958, creó con carácter obligatorio el seguro de paro administrado por la Caja de Jubilaciones de la industria y comercio.⁴⁹ Más tarde, en este mismo país, la ley núm. 15180 de 20 de agosto de 1981 crearía un nuevo régimen de prestaciones para cubrir la contingencia del desempleo forzoso (reglamentada posteriormente por el decreto 14/982 del 19 de enero de 1982).

De cualquier manera resulta conveniente precisar que el análisis de las medidas encaminadas a auxiliar a una persona que ha quedado sin empleo son diversas y variadas, y para efectos de realizar una sistematización de las mismas, en este trabajo se han distinguido dos categorías: una, aquellas que podrían denominarse como medidas de protección global al desempleado, y dos, aquellas estrictamente económicas. Tal es el esquema con el cual se aborda el tema.

B. PROTECCIÓN GLOBAL AL DESEMPLEADO

En los estudios relativos al desempleo, en reiteradas ocasiones las causas del desempleo determinan su tipología; por ejemplo se habla de: desocupación estructural (desajuste entre la oferta y la demanda de mano de obra), cíclica (en periodos de depresiones económicas), tecnológica (exceden-

subordinación, etc.); de este modo, escapan también a la aplicación del derecho del trabajo y de la seguridad social y, en consecuencia, del campo de aplicación de las normas existentes en materia de protección del desocupado. Ello se debe a que una de las condiciones necesarias para beneficiarse de alguna prestación es la de haber cumplido un periodo de carencia o de espera, condición difícil a cumplir para estos "trabajadores". La importancia de este fenómeno ha ido en aumentaren América Latina en los últimos años, planteando nuevos retos a las disciplinas sociales.

44. Cf. Mesa-Lago, Carmelo, "Seguridad social y desarrollo", *Revista de la CEPAL*, núm. 28, Santiago de Chile, 1986, pp. 131-146. "Esta fue la situación en sectores como el de las fuerzas armadas, los empleados públicos, los maestros, etcétera.

45. Mesa-Lago, *op. cit.*, p. 134.

46. *Ibid.*, p. 135.

47. *Ibidem.*

48. Cf. Bedregal, Ramiro, *Tratado general sobre seguridad social. Doctrina, historia, legislación, proyecciones*, Universidad Central de Ecuador, Quito, 1984, p. 33.

49. Amoroso, Rubén, "El servicio público de empleo en el Uruguay", serie Servicios Públicos de Empleo, núm. 7, OIT, Lima, Perú, 1987.

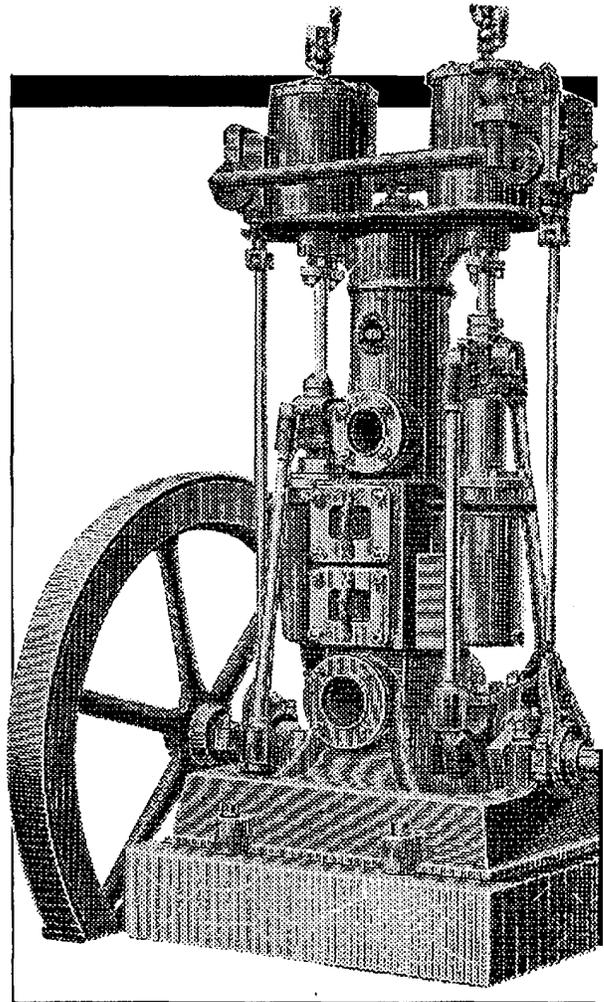
tes de mano de obra por introducción de máquinas, por ejemplo), estacional (en relación con los cambios en el año), friccional ("es el paro a corto plazo que se produce por el imperfecto conocimiento de las oportunidades de trabajo...").⁵⁰ Otras clasificaciones hablan de desempleo coyuntural (ligado a las características temporales de la producción) y estructural (ligado al mercado de trabajo) exclusivamente.⁵¹ De cualquier manera, desde un punto de vista jurídico laboral, en términos generales significa la negación del derecho mismo. En otros términos, la normatividad laboral está encaminada a regular "relaciones laborales" (contratos de trabajo o relaciones de trabajo) que al desaparecer extinguen la posibilidad de aplicación de sus normas y sólo de manera excepcional participarán en la búsqueda de soluciones a litigios que constituyen "resabios" de alguna relación existente en el pasado. Esta es, reiteramos, una de las dificultades o limitaciones del derecho laboral en el problema tratado. Sin embargo, resulta interesante revisar de qué manera el sistema jurídico ha captado e intentado ocuparse del desempleado.

a, Panorama normativo

Por lo que toca a las normas básicas del sistema jurídico, el estudio de las Constituciones latinoamericanas permite constatar que la protección de las personas sin empleo no siempre ha sido objeto de alguna mención expresa. Así, puede observarse que existen algunos países en donde ninguna mención se ha hecho (es el caso de México) y otros en los cuales el tema se toca expresamente. En este último caso, no existen grandes diferencias y se pone el acento en la obligación del Estado para auxiliar al desempleado, por ejemplo en Perú y en Bolivia.⁵²

En Uruguay, el art. 67 de la Constitución Nacional de 1967 se refiere a los seguros sociales y establece subsidios para el caso de desocupación forzosa.

Por su parte, en relación con disposiciones de segundo nivel, el régimen de la protección de los trabajadores sin empleo no es fácil de identificar, ya que se encuentran



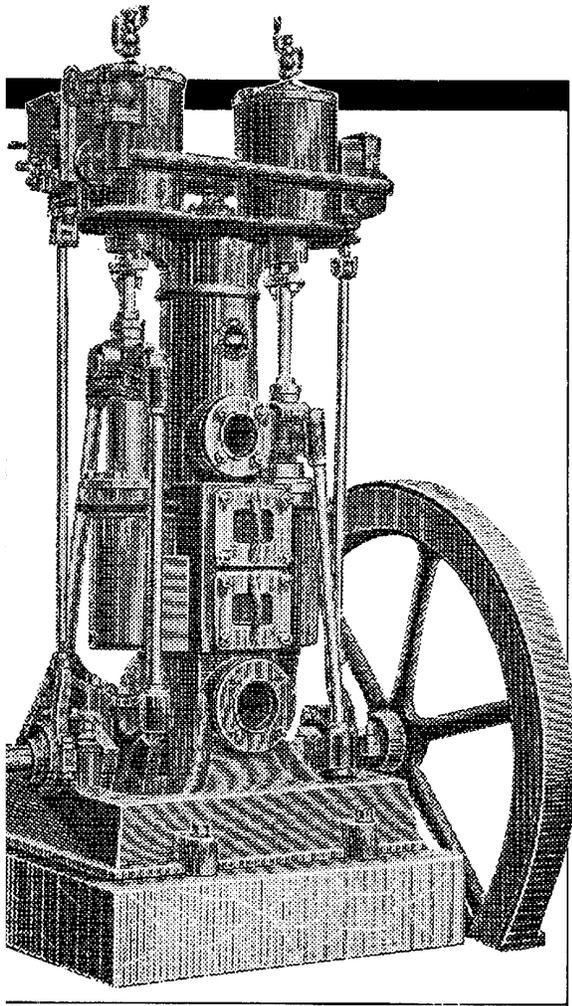
normas de derecho del trabajo (es el caso del derecho del trabajo, concretamente en lo relativo a las indemnizaciones posteriores a la ruptura de la relación laboral, tanto la indemnización por despido injustificado y la compensación por antigüedad o tiempo de servicios) y de la seguridad social (por ejemplo en caso de asignaciones de diferentes tipos, cuyo derecho nace o subsiste, según el caso, por el hecho de la pérdida del empleo). Sin embargo, podría avanzarse la idea según la cual el régimen protector de los trabajadores sin empleo guarda una relación más estrecha con la seguridad social; ello se debe, como ya se señaló líneas arriba, al hecho de que el derecho del trabajo limita su campo de aplicación a aquellas situaciones en las cuales existe una relación trabajador-empleador;⁵³ así el derecho del trabajo se ocuparía del trabajo, dejando de lado los casos de ausencia del mismo. Sin embargo, la distinción de las normas dirigidas

54. OPérez del Castillo, Santiago, "Desocupación y seguro de paro" (libro colectivo), *La seguridad social en el Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984, p. 185.

55. Cf. Barroso Leite, C., "Seguro de desempleo", *Estudios de la seguridad social*, núm. 43, 1982, publicación de la Secretaría General de la Asociación Internacional de la Seguridad Social, Ginebra-Buenos Aires, pp. 37 y ss.

56. En Perú el art. 13 de la Constitución dispone que la seguridad social tiene como objeto proteger ciertos riesgos, entre los cuales se encuentra el desempleo. En Perú no se ha reglamentado aún al respecto, sin embargo existen otras formas de asistencia al desempleado, por ejemplo la extensión de algunos beneficios a la familia del desempleado. Cf. González Rosas, G, "La seguridad social y el empleo", *IX Congreso iberoamericano de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bogotá, abril 1986, mimeo, p. 8. En el caso de Bolivia se indica que se cubrirán ciertos riesgos como el paro forzoso de trabajo. Cf. López Huaila, E., "La seguridad social y el empleo", *IX Congreso iberoamericano de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bogotá, abril 1986, mimeo, p. 7.

53. Se trata de una concepción que se podría calificar de "tradicional" del derecho del trabajo, ya que esta limitación de su campo de aplicación es cada vez más tenue; ejemplo de ello son algunas



a los desocupados no es tan simple; esta situación se agrava cuando en un análisis detallado se puede constatar que la seguridad social ha invadido algunos sectores del derecho del trabajo.⁵⁴ Este tipo de dificultades se explican por la existencia de un esquema clásico de división de las ramas del derecho, sectorizado, parcelado e inhibitorio del análisis plurijurídico. En el caso que nos ocupa se está frente a un conjunto de normas que podrían agruparse bajo el título de "régimen del empleo".⁵⁵

A nivel internacional es conveniente señalar que el artículo 23 (párrafo primero) de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre señala que toda persona

situaciones específicas, como lo son las cláusulas de no-concurrencia o competencia, las cuales estando incluidas en algún contrato de trabajo pueden estar en vigor una vez terminado aquél. Cabe, sin embargo, señalar que este tipo de cláusulas es la excepción en América Latina.

54. Concretamente algunas prestaciones, para las cuales se exigen algunos periodos de cotización para disfrutarlas; tal es el caso del fondo de garantía en Brasil, que se analiza más adelante.
55. Sin ahondar en el tema, y de manera provisional, se entiende por régimen del empleo a aquel conjunto de normas dirigidas a regular

tiene derecho al trabajo, así como escoger libremente su trabajo y a la "protección contra el desempleo". Esta norma, aunque simbólica, muestra la preocupación por proteger a los trabajadores privados de empleo durante los años que siguieron a la segunda Guerra Mundial.** Pero también en el preámbulo de la constitución de la OIT se señalaba la preocupación de esta institución por la "lucha contra el desempleo", idea que sería recuperada, más tarde, también por la Declaración de Filadelfia de 1944 (parte III, literales a y b).

Entre las actividades importantes realizadas a nivel internacional, encaminadas a solucionar los problemas del empleo, cabe destacar la acción que ha ejercido la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no solamente en programas mundiales de gran envergadura,¹⁷ sino también a nivel de normas internacionales adoptadas en la materia. La protección que se ha propuesto en los convenios internacionales adoptados por la OIT, presenta las características siguientes:

Pueden distinguirse los instrumentos que buscan una protección general y aquellos que buscan una protección especial del ingreso económico del trabajador sin empleo.

Desde 1919 se tuvo claro que la mejor protección del desempleado era el proporcionarle a éste otro empleo. Este principio fue reconocido en el artículo 2- del convenio 2 relativo al desempleo (completado por la recomendación 1). En este primer instrumento internacional se propusieron, como medidas encaminadas a atacar el desempleo, tanto la "colocación", como medidas más específicas como el seguro de desempleo. De manera general se indicó que los países que ratificaran este instrumento internacional debían reconocer a sus ciudadanos, recíprocamente, el derecho a percibir indemnizaciones por desempleo.⁵⁸

Concretamente, en materia de protección económica del desempleado, la OIT adoptó el convenio 44, donde se puede constatar la preocupación por asegurar un ingreso mínimo a las personas privadas de empleo. Los mecanismos propuestos para el logro de tal objetivo pueden ser una indemnización, una pensión, o una combinación de ambas. Esta misma

el acceso al empleo y a regular los efectos posteriores a la pérdida del mismo. En un sentido más amplio se trataría de los mecanismos normativos (excluyendo al derecho laboral y la seguridad social) usados para implementar una determinada política del empleo en una cierta época y en un cierto lugar.

56. Esta declaración fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Cf. Nápoli, A., *Desarrollo, integración y derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 59.
57. "Como el Programa Mundial del Empleo aprobado en 1969, y más tarde el Programa de Acción adoptado en la Conferencia Mundial del Empleo de 1976, en la ciudad de Ginebra, Suiza.
58. Obviamente este derecho supone que tales sistemas de indemnización existan en las legislaciones respectivas. Se trata del artículo 3 del convenio 2. "Convenio relativo al desempleo", adoptado el 29 de octubre de 1919, mismo que entraría en vigor el 14 de julio de 1921.

preocupación fue retomada por el convenio 102 (parte IV), relativo a la norma mínima en materia de seguridad social.⁵⁹ Por otra parte, otros instrumentos internacionales se ocupan del tema para ciertas categorías específicas de trabajadores, es el caso del convenio 8 relativo a las indemnizaciones por desempleo para la gente de mar en caso de naufragio.⁶⁰

Asimismo, algunas recomendaciones han venido a precisar el contenido de los convenios agregando algunos detalles, como la recomendación 45 relativa al desempleo de los menores.⁶¹

Una mención especial merece la recomendación 119, relativa a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador; en esta recomendación (parte II, párrafo 9) se indica que el trabajador, cuya relación de trabajo ha terminado, deberá gozar de cierta protección de su ingreso. Este principio muestra una de las preocupaciones centrales que debe tener en cuenta toda legislación relativa a la ruptura de la relación laboral.⁶²

En lo que toca a los convenios colectivos, es de señalar que cuando los mismos se ocupan del tema de la pérdida del empleo lo hacen intentando ir más allá de lo que en tales circunstancias haya establecido la legislación local en tratándose de ruptura (en cualquier modalidad) de la relación laboral.

59. Cf. "El riesgo de desempleo en la seguridad social", *Análisis laboral* (suplemento extraordinario), Lima, agosto 1985, pp. 13-14.

60. Disposiciones complementarias en esta categoría específica de trabajadores pueden encontrarse en el convenio 70 (de 1946), sugiriendo el establecimiento de prestaciones en efectivo en caso de desempleo.

61. Tal es el caso de la recomendación núm. 45, que trató de manera específica el problema del desempleo de los jóvenes, proponiendo medidas encaminadas a garantizar su formación. Este mismo tema sería tocado más tarde en la 69 Conferencia Internacional del Trabajo de 1983, donde se insistió en la necesidad de atender la situación y necesidades específicas de los jóvenes en materia de empleo. Otra recomendación que es importante y complementaria en la materia, lo es la recomendación núm. 44 (de 1934), donde se sugiere la adopción de un seguro protector del desempleado (de carácter obligatorio).

62. A manera de síntesis cabe precisar que los convenios ("C") relativos a la protección de los trabajadores privados de empleo son los siguientes: C. 2 Sobre el desempleo (adoptado en 1919, entrando en vigor en 1921), C. 8 Relativo a la indemnización por desempleo en caso de naufragio (adoptado en 1920, entrando en vigor en 1923), C. 44 Sobre la garantía de las indemnizaciones de los desempleados (adoptado en 1934 y entrando en vigor en 1938) y, finalmente, C. 102 (parte IV) Relativo a la norma mínima en materia de seguridad social (adoptado en 1952 y entrando en vigor en 1955). De estos instrumentos, México sólo ha ratificado el C. 8 y la parte relativa del C. 102. Por lo que se refiere a las recomendaciones ("R") en la materia, destacan: R.1 Sobre el desempleo (de 1919), R. 10 Sobre el seguro de desempleo de las gentes de mar (1920), R. 11 Sobre el desempleo de la agricultura (1921), R.44 Sobre el seguro de desempleo y otras formas de asistencia a los desempleados (1934), R. 45 Sobre el desempleo de los menores (1935), R. 67 Sobre la seguridad de los medios de vida (1944), R. 119 Sobre la cesación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (1963).

Pero este panorama normativo se ve completado con ciertas instituciones que, en la práctica, constituyen una protección indirecta (a veces no precisamente económica) al desempleado.

b. Protección indirecta

Esta protección indirecta puede tomar diferentes formas; algunas de las más importantes son: las asignaciones familiares, la prolongación de los beneficios, los apoyos fiscales al empleo, los derechos de preferencia al empleo, la formación profesional y las agencias de colocación.

b. 1. Las asignaciones familiares Los sistemas de seguridad social han incluido, en diversas ocasiones, algunas prestaciones que vienen a complementar el ingreso que recibe normalmente un trabajador. Estas prestaciones (que evocan el viejo anhelo del "salario familiar") se otorgan durante el mismo tiempo que la relación laboral existe. Sin embargo, algunos países han contemplado la posibilidad de relacionar estas prestaciones con la contingencia de desempleo, en la medida que tal situación afecta también de manera indirecta a los miembros de la familia del trabajador.

En Uruguay el régimen correspondiente (ley núm. 15084) se extiende a los desempleados durante el tiempo que reciben las prestaciones de desempleo, así como a otros trabajadores. El sistema incluye a los trabajadores de la actividad comercial, de los servicios, los domésticos y la actividad rural. En este país el Poder Ejecutivo cuenta con la facultad para incorporar al sistema otros grupos. En virtud de esta facultad se han incorporado últimamente a los pequeños productores rurales y a los vendedores de periódicos. Hay que señalar que el personal del servicio público está sometido a un régimen especial.⁶³

En Argentina los trabajadores cuya relación hubiera cesado hasta el 31 de diciembre de 1988 pueden continuar percibiendo las asignaciones familiares, con excepción de la asignación de maternidad.⁶⁴

b.2. La prolongación de beneficios En algunos casos un mecanismo encaminado a apoyar a las personas sin empleo se ha canalizado por medio de la adopción de mecanismos que buscan no dejar al trabajador de manera súbita en el desamparo, sobre todo dejándolo al margen de beneficios indirectos que tenían él o su familia con motivo de su trabajo. Con tales fines se ha ideado el mecanismo de la prolongación de ciertos beneficios, la

63. Para este sector hubo modificaciones que fueron introducidas por la ley 15084, con relación a la asignación por maternidad. Por ejemplo, dicha asignación será de por lo menos 8% del salario mínimo nacional mensual.

64. Se trata del decreto 2228-87. El pago de estas asignaciones está limitado en el tiempo, en función de la situación familiar de cada interesado. Cf. Buss, A., Corte, N., *Manual del delegado gremial*, Rubinzal-Culzoni-Santa Fe, Buenos Aires, 1988, p. 330.

mayoría de ellos derivados de la seguridad social. Así, por ejemplo, en México el trabajador que ha perdido su empleo podrá continuar beneficiándose (así como su familia) de las prestaciones de la seguridad social, a condición de que haya habido por lo menos 8 cotizaciones semanales; este derecho se conservará durante 8 semanas posteriores a la ruptura en la relación laboral.⁶⁵

b.3- Los apoyos fiscales al empleo El Estado, dentro de las medidas encaminadas a implementar su política de empleo, puede influir de manera directa o indirecta en el comportamiento del mercado de trabajo. Es en esta tesitura que se ha intentado aumentar los índices de empleo por medio de una política fiscal hacia las empresas en tal sentido.

Un ejemplo típico de este tipo de mecanismo se presentó en Uruguay, en donde la ley 15447, del 11 de agosto de 1983, creó un régimen transitorio que exonera de ciertos impuestos a las empresas que contraten personas que estén percibiendo alguna indemnización por desempleo. Esta ley precisa que la empresa beneficiaria deberá aumentar sus efectivos entre 10 y 50% respecto de aquellos que trabajaban realmente al 31 de marzo de 1983.⁶⁶

b.4. Los derechos de preferencia al empleo En la mayoría de los países latinoamericanos, los trabajadores que fueron separados de sus empleos gozan de un derecho de preferencia en caso de que la empresa en la cual prestaban sus servicios vuelva a contratar. Se trata, sobre todo, de casos en los que el empleador ha reducido sus efectivos por razones económicas (en el caso de México se trata de los arts. 438 y 154 de la Ley Federal del Trabajo).

b.5. La formación profesional

En algunos países de la región se han adoptado programas que tienen como objetivo mejorar la formación profesional de los trabajadores. Esta medida busca reducir los despidos e incorporar a los desempleados a las actividades productivas. Un ejemplo de este tipo de programas es la formación del SENATI, en Perú, como un proyecto que busca mejorar la formación profesional de los trabajadores que ya están ocupados o de aquellos que van a estarlo. En Brasil también se creó el Sistema Nacional del Empleo con características similares al de Perú.⁶⁷ En otros países, es el caso de México, la Secretaría del Trabajo cuenta con instancias

especializadas en la labor de capacitar y adiestrar a los trabajadores, lo cual sería considerado como una obligación de los empleadores a nivel constitucional.⁶⁸

b.6. Las agencias de colocación

Sobre la participación de diversas instancias en el mercado del empleo, cabe destacar la manera como esta participación se ha organizado. En algunos países, y aún de manera incipiente en los latinoamericanos, la iniciativa privada participa en la colocación de trabajadores (caso concreto de Francia) por medio de las llamadas agencias de colocación o agencias de empleo; se trataría de una labor de "intermediación" encaminada a actuar entre la oferta y la demanda de mano de obra.

En el caso de México, con base en la legislación, se ha creado el Servicio Nacional del Empleo, cuyos fines son, señala la ley, estudiar y promover la generación de empleos, así como promover y supervisar la colocación de los trabajadores. Esta organización depende de la Secretaría del Trabajo. Asimismo, señala la ley, podrán existir agencias privadas, las cuales, para su funcionamiento, deberán contar con una autorización de la Secretaría del Trabajo.⁶⁹ Esta participación estatal en el mercado de trabajo existe también como parte de las labores del Poder Ejecutivo en la mayoría de los países latinoamericanos.

C. PROTECCIÓN ECONÓMICA AL DESEMPLEADO

En el fondo la persona que ha perdido su empleo puede tener múltiples razones de aflicción, pero la más grave de ellas, y la más crítica, es el haber perdido su fuente de ingresos y subsistencia tanto de él como de su familia. Es por ello que ante el desempleo la mejor protección que pueda ofrecerse a estas personas es, salvo el proporcionarle otro empleo, la protección económica.

Esta protección económica ha sido institucionalizada y organizada de manera amplia y completa, sobre todo en países europeos, y de manera más discreta y relativamente reciente, en países latinoamericanos. En ambos casos tal organización se ha insertado en el conjunto de instituciones reguladas por la seguridad social, y se le conoce con el nombre de Seguro de Desempleo.⁷⁰ Este sistema sería aplicable ante la pérdida total de los ingresos derivados del trabajo.⁷¹

71. Se trata del art. 118 de la Ley del Seguro Social mexicano. Esta protección cubre concretamente los riesgos de enfermedad y maternidad. Cf. Moreno Padilla, J., *Ley del Seguro Social*, 16ª ed., Trillas, México, 1988, p. 95.

72. Cf. CADE, "Comentario jurídico laboral", *Informativo laboral*, número 30, Montevideo, agosto de 1983, p. 1.

73. Cf. Plá Rodríguez, A., "La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados", *Employment terminations*, International Society for Labor Law and Social Security, vol. II, Décimo congreso internacional, Washington, D.C., 1982, p. 75.

68. Las reformas constitucionales correspondientes serían publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1978. Cf. Díaz Guajardo, Amado R., "Régimen jurídico de la capacitación y el adiestramiento en México", *El derecho laboral en Iberoamérica* (Direc. Cavazos Flores, Baltasar), Trillas, México, 1984, páginas 346-353.

69. Cf. Muñoz Ramón, R., *Derecho del trabajo*, vol. II, Porrúa, México, 1983, p. 91.

70. Como ya se indicó en otra parte de este trabajo, una persona que ha quedado sin empleo puede, eventualmente, ser acreedor de otra cantidad de dinero, ya sea por concepto de indemnización de ruptura o por compensación por tiempo de servicios.



El análisis concreto de los sistemas de seguro de desempleo existentes en Latinoamérica permiten hablar de por lo menos tres variantes: los regímenes generales, los regímenes especiales y un sistema híbrido que, sin ser un seguro de desempleo en sentido estricto, en la práctica cumple las funciones como tal.

a. Los regímenes generales

Bajo el título de regímenes generales se han agrupado aquellos sistemas de seguro de desempleo dirigidos a cubrir la contingencia de desempleo, proporcionando alguna indemnización a la totalidad de los trabajadores que enfrenten el problema. Los únicos países en donde se ha organizado un seguro de desempleo con estas características son Brasil, Chile, Ecuador, Uruguay y Venezuela.⁷² En estos países diferentes son los aspectos cuyo análisis resulta interesante:

Por lo que toca a las condiciones de nacimiento del derecho a la indemnización, es de señalarse que se advierten algunas diferencias; por ejemplo, en Chile es de 52 semanas de seguro (léase cotizaciones) durante los dos años anteriores (para obreros y empleados), así como el estar inscrito como solicitante de empleo. El subsidio o indemnización por desempleo exige, es el caso del resto de los países, que la situación de desempleo se haya debido a causas ajenas a la voluntad del solicitante.⁷³ Por su parte, en el caso del Ecuador se exige un "periodo de espera" de 24 meses de cotización,

y el beneficio sólo se pagará después de por lo menos 60 días de desempleo.

En el caso de Uruguay, la exigencia de cotización previa asciende a 6 meses o 150 días de trabajo, o haber percibido 6 salarios mínimos en 6 meses, con 2 años de residencia; asimismo, el desempleo no debió originarse por abandono voluntario del trabajo o participación directa en huelgas.⁷⁴

En el caso de Brasil (teniendo como base el decreto 2284 de 27 de febrero de 1986), los trabajadores que aspiren a beneficiarse del subsidio por desempleo tienen que haber cotizado al régimen de previsión social durante 36 meses, como mínimo, en los últimos cuatro años, y aportar comprobantes de haber estado empleados en el curso de los seis meses anteriores, según las constancias del registro del Ministerio de Trabajo.⁷⁵

Por otra parte, otro elemento a destacar en estos sistemas es el relativo a la duración de la prestación. En algunos países no hay límite de tiempo (caso de Austria, Nueva Zelanda, Francia, Bélgica), aunque se advierte la existencia de reducciones de la cuantía, en ocasiones al final de cada periodo de un año. Para otros casos, la duración de la prestación ésta varía en función de la edad del beneficiario (es el caso de Suecia).⁷⁶

Entre los países latinoamericanos el elemento duración se maneja de la siguiente manera: en Uruguay el beneficio se presta durante seis meses, aunque puede ser de manera discontinua; en Brasil la prestación es pagadera por espacio de 4 meses, en un periodo de 18 meses, en forma continua o con interrupciones a los trabajadores desempleados que no posean elementos propios y suficientes y se abona a partir de los 30 días siguientes a la fecha en que el trabajador quedó desempleado. En el caso de Ecuador se hace entrega al ex trabajador de una suma global calculada en relación al

71. Sin embargo, es de destacar que la contingencia de pérdida parcial también ha sido objeto de regulación en algunos países como Francia, bajo el sistema de "asignaciones de ayuda pública" ("allocations d'aide publique"), en donde un trabajador cuyo horario de trabajo (se trata de una cantidad de horas anualizadas) ha sido reducido, será acreedor a una indemnización que reduciría la diferencia entre el "nuevo" salario y el salario anterior. Cf. Javillier, Jean Claude, *Manuel Droit du Travail*, LGDJ, París, 1988, p. 148.

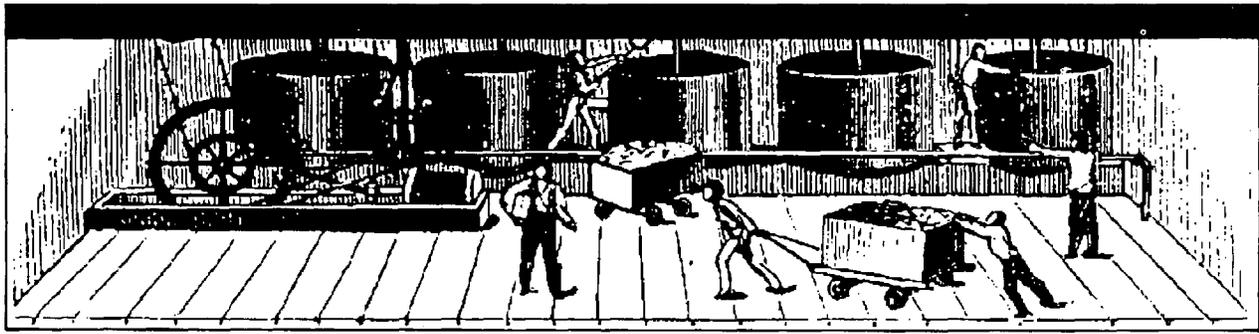
72. Entre las disposiciones más importantes se encuentran las siguientes: en Uruguay, decreto 14982 de 19 de enero de 1982; en Brasil decreto-ley 2284 de 10 de marzo de 1986.

73. U.S. Department of Health and Human Services Social Security Administration. Social security administration, "Regímenes de seguridad social en las Américas, 1987", Office of policy. Office of research and statistics. Office of international policy, Research Report núm. 61, Washington, D.C., septiembre, 1988, p. 16.

74. Cf. Raso, Delgue, "Nueva ley sobre prestaciones por desempleo en Uruguay", *Estudios de Seguridad Social*, núm. 39, Ginebra, 1981, p. 56. Cf. ILO, Standardisation of the system of involuntary unemployment benefits for private employees, social and labour bulletin, núm. 2, 1982, Ginebra, 1982, pp. 265-266.

75. Asociación Internacional de la Seguridad Social, "Noticias de seguridad social: Brasil: Introducción del seguro de desempleo", *Revista Internacional de Seguridad Social*, 3/86, año XXXIX. Ginebra.

76. Cf. Cetina Vargas, *Derecho integral de seguridad social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 588.



tiempo de servicios prestados y un coeficiente progresivo al mismo.⁷⁷

Con relación al monto de la prestación, la constante general es que éste varía generalmente en función de la remuneración anterior; influye igualmente el criterio adoptado sobre el tiempo de espera (periodo de carencia o de cotización previo) y el número de cotizaciones.⁷⁸ Así encontramos que en Brasil el monto equivale al 50% del salario promedio del trabajador; dicho promedio se hace sobre los tres meses anteriores en que el trabajador prestó sus servicios. Según lo fijado, la prestación mínima es igual a 0.7 veces el salario mínimo y la máxima a 1.5 veces ese salario.⁷⁹

En Uruguay, en caso de que el trabajador haya sido despedido o haya una suspensión total de la actividad, se pueden presentar varias hipótesis: la primera es el caso de los trabajadores mensuales, o con remuneración variable, para los cuales el monto de la prestación por desempleo será del equivalente a 50% del promedio mensual de las remuneraciones nominales computables, percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal. La segunda hipótesis se refiere a aquellos trabajadores que ganen por día, o por hora, el equivalente a 12 jornales mensuales, que se obtendrán dividiendo el total de las remuneraciones nominales computables percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal, por ciento cincuenta,⁸⁰ Una tercera hipótesis es el caso de desocupación parcial (entendida como aquella en la que ha habido una reducción del 25% de la actividad habitual, actividad que en la práctica, señalan autores locales, deberá ser superior al 50% para tener derecho a la prestación); en estos casos el monto es igual a la diferencia entre el subsidio para el caso de suspensión total y lo efectivamente percibido en el mes en que se recibe el subsidio.⁸¹ En este mismo país, Uruguay,

la legislación contempla la posibilidad de un incremento del 20% (si el trabajador es casado, o soltero con familiares a cargo). Bajo cualquier supuesto el límite máximo de la prestación será de 8 salarios mínimos.

Las legislaciones latinoamericanas que han adoptado un sistema de seguro de desempleo se han ocupado también de los supuestos ante los cuales la prestación dejará de otorgarse; por ejemplo, en Brasil ello ocurrirá cuando el trabajador consiga un nuevo empleo o reciba cualquier otro ingreso (ya sea prestaciones de la seguridad social u otra forma de asistencia de desempleo). Se retira de igual manera si el trabajador se niega a aceptar una oferta de empleo. En el caso de Uruguay la prestación dejará de otorgarse pasados los 6 meses, o bien si el trabajador ingresa a una actividad remunerada o bien si rechaza sin causa legítima una actividad conveniente.⁸²

Parte interesante de los sistemas de seguro de desempleo lo constituye los mecanismos de financiamiento que los diferentes países han ideado para alimentarlos; así, por ejemplo, en Chile el gobierno lo financia la totalidad del sistema, mientras que en Ecuador el asegurado aporta un 2% de los ingresos, según la categoría de salario, y el empleador participa con el 1% de la nómina, según la categoría de salario, mientras que el gobierno no tiene ninguna participación financiera.⁸³ Por su parte, en Brasil el funcionamiento del sistema es asumido por la Caja de Asistencia de desempleo creada en 1965 y dependiente del Ministerio de Trabajo. Transitoriamente, en 1986 el sistema se financió con los recursos aportados por el Ministerio de Finanzas en la forma de créditos suplementarios.

Todos estos mecanismos reúnen, como característica común, el estar dirigidos a la totalidad de los trabajadores que enfrentan la contingencia de desempleo. Sin embargo, existen, junto a estos sistemas globales de asistencia, otros regímenes especiales.

77. Cf. Bedregal, p. 159.

78. Cf. Cetina Vargas, p. 587.

79. De Barros, Octavio y Saboia, Joao, "Le traitement de choc du plan cruzado: les implications politiques et économiques d'une réforme monétaire", *Problemas d'Amérique Latine, la documentation française*, núm. 81, París, 1986, tercer trimestre 1986.

80. Las remuneraciones computables son las que se toman como referencia para efectos impositivos en materia de seguridad social.

81. Cf. Dono, Liliana, Larrañagas, Nelson, Falchetti, Roberto, *Régimen de seguro de desempleo*, Editorial Universidad LTDA, Serie Temas de Laboral y Seguridad Social, núm. 2, Montevideo, 1984, pp. 14 y ss.

82. A contrario se entenderá que una actividad es inconveniente si, por ejemplo, la nueva ocupación no está de acuerdo con las aptitudes del desocupado, o bien el aceptarla implicaría el radicarse fuera de la localidad si se tiene familia a cargo, o se encuentra solicitando la jubilación, etcétera.

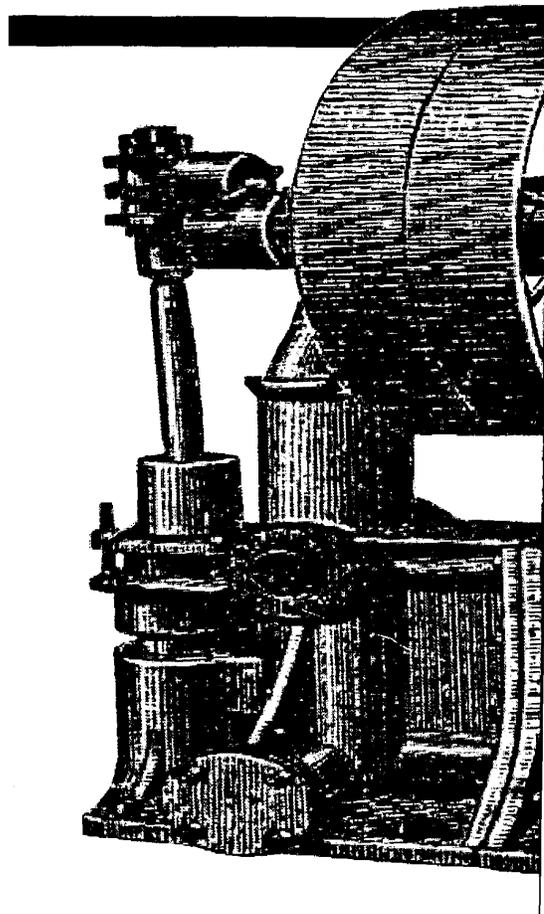
83. En razón de lo pequeño de la prestación se puede contratar seguro adicional donde el asegurado cotizaría al sistema hasta un 4% más de los ingresos.

Las últimas variantes en materia de seguro de desempleo en la región latinoamericana se han realizado en Venezuela,^{83bis} en donde el decreto núm. 599 (GO 34358) del 30 de febrero de 1989, estableció el "Reglamento del Seguro Social a la Contingencia de Paro Forzoso", teniendo como fundamento el artículo 94 de la Constitución venezolana y el artículo 2- de la ley de Seguro Social vigente. Se trata de un sistema dirigido a trabajadores tanto del sector público como privado contratados por tiempo indeterminado. Se excluyen a los trabajadores que tengan alguna pensión por vejez, invalidez o jubilación, los temporeros, ocasionales o eventuales, los domésticos y a domicilio. El monto de la prestación asciende al pago de un 50% del salario promedio de referencia semanal cotizado a la seguridad social durante las últimas 52 semanas. La duración de la prestación es de 13 semanas prorrogables a 26, a juicio del Ejecutivo.^{83ter}

b. Los regímenes especiales

En algunos países latinoamericanos se han organizado regímenes especiales de desempleo.⁸⁴⁻⁸⁵ Estos regímenes presentan la característica de haberse organizado para una categoría específica de trabajadores que son aquellos que laboran en la industria de la construcción.

Esta característica resulta lógica, ya que si bien es cierto en la mayoría de las empresas se presenta de manera irregular, con mayor o menos intensidad según el caso, la actividad en razón de las variaciones del mercado en el cual funciona la empresa, también es cierto que es, precisamente en la industria de la construcción, donde este fenómeno adquiere con relativa frecuencia matices dramáticos para los



trabajadores que ahí prestan sus servicios. La incertidumbre de terminar "la obra" y verse nuevamente en la necesidad de buscar otro empleo deja a estas personas en un estado de zozobra casi permanente. Estas parecen haber sido algunas de las razones que estuvieron en el origen de la organización de un sistema que contribuyera a paliar estos problemas, sobre todo económicos, de los trabajadores del sector.

Este tipo de sistemas existen sólo en algunos de los países latinoamericanos, como por ejemplo Panamá y Argentina.⁸⁶⁻⁸⁷ En el caso de Argentina, en 1967 (con la ley 17258,

83.bis. Cabe destacar que a nivel internacional probablemente las últimas novedades legislativas se han operado en la URSS (en 1991), como parte de las medidas necesarias adoptadas en el marco de una transición a una economía de mercado. Según estimaciones oficiales entre el 8 y el 12% de la población económicamente activa de ese país quedará sin empleo en el segundo semestre de 1991. En el caso de la Federación rusa, los cesados recibirán entre un 45 y un 75% de sus salarios durante los tres primeros meses.

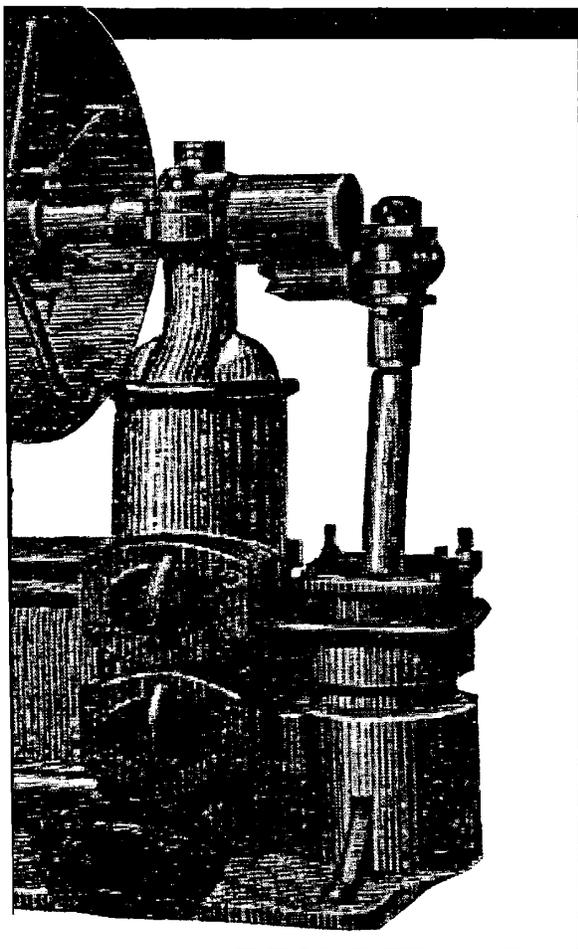
83ter para un análisis amplio del caso venezolano se sugiere consultar: Sáinz Muñoz, Carlos, *Comentarios al reglamento del seguro de paro forzoso*, Editorial Lito-Jet, C.A., Caracas, 1990.

84. Para efectos de este trabajo se ha utilizado la expresión de regímenes especiales para analizar aquellos sistemas que están dirigidos a asistir a los desempleados de una rama o sector de la industria, en especial, por oposición a los regímenes generales que, como se indicó, se dirigirían a la totalidad de los trabajadores haciendo abstracción de esta especificidad.

85. Cabe señalar que en algunos análisis de la legislación mexicana se ha llegado a considerar a la pensión en edad avanzada como un mecanismo que se acerca al seguro de desempleo y que, en algún sentido, sería un régimen especial (tal prestación está regulada en el art. 143 y siguientes de la Ley del Seguro Social en México). Sin embargo, se ha dejado de lado su análisis en razón de no haber sido constituido como seguro de desempleo y en razón de que uno de sus criterios orientadores es, precisamente, el de la "edad avanzada" y no exclusivamente la pérdida del empleo, cómo parece ser el criterio base y orientador en los sistemas aquí analizados.

86. Cabe señalar que sólo se quiso incluir en estas notas dos de los ejemplos más característicos y antiguos en la materia; sin embargo, es de destacar que sistemas similares al argentino y panameño existen también en Perú (también para los trabajadores de la construcción), donde hay la obligación del empleador de pagar al trabajador un porcentaje del total de los ingresos recibidos durante la relación laboral. Cf. Rendón Vásquez, J., *Derecho del trabajo. Relaciones individuales en la actividad privada*, Tarpuy, Urna, 1988, p. 465.

87. Cf. Marigo, M.S., Rainolter, M.A., *Personal de la industria de la construcción*, Astrea, Buenos Aires, 1983.



modificado en 1980 con la ley 22250) se creó el Fondo de desempleo para los trabajadores de la industria de la construcción.⁸⁸ Se trata de un sistema que, en gran medida, se inspiró de la ley brasileña 5107 del 13 de agosto de 1966, que creó el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicios.⁸⁹ Uno de los grandes problemas, por las características mismas de la actividad, es el relativo a su financiamiento, el cual se realiza de la siguiente manera: durante el primer año de prestación de servicios, el aporte que realice el trabajador al Fondo será el equivalente al 12% de la remuneración mensual, que perciba en dinero el

trabajador por concepto de salarios básicos y adicionales establecidos en la convención colectiva (contrato colectivo), más los incrementos que hayan sido dispuestos por el Poder Ejecutivo o en forma voluntaria por el empleador. A partir del año de antigüedad, el aporte que realice el trabajador será del 8% de sus ingresos. Este aporte deberá hacerse aun en los casos especiales como licencias remuneradas, accidentes, pero no en el caso de una suspensión disciplinaria. El depósito de los aportes deberá efectuarse en cuentas a nombre del trabajador, siempre teniendo en cuenta que deberá tratarse de mecanismos que permitan obtener los mayores beneficios de rendimiento bancario. En todos los casos las cuentas se abrirán en entidades bancarias y estarán sujetas a la reglamentación que dicte el Banco Central de la República Argentina (criterios señalados por el artículo 15 de la ley 22250).⁹⁰ Es importante destacar que este sistema viene a reemplazar y a aplicarse en lugar de las disposiciones relativas a la estabilidad en el empleo, como son las reglas relativas al preaviso y, en general, aquellas relativas al despido contemplados por la ley de contrato de trabajo argentina (véase primera parte de reglas de forma del despido). En el caso de Panamá, la ley núm. 72 del 15 de diciembre de 1975 organizó un sistema similar al argentino. En este país el empleador está obligado a aportar el equivalente al 6% de la totalidad de los salarios pagados durante la duración del contrato de trabajo. Este pago debe efectuarse ante 1a Caja de Seguridad Social.⁹¹ La cantidad así acumulada podrá ser liberada en favor del trabajador en caso de cesación de la relación laboral,⁹² entre otros motivos posibles.⁹³

Por último, cabe indicar, sin entrar en detalles, que uno de los debates teóricos que se ha presentado en estos países sobre este tema es que se refiere a la discusión sobre la naturaleza jurídica de pago que hacen estos fondos de apoyo. Pronunciarse en favor de alguna posición no ha sido fácil; sin embargo, entre las argumentaciones más importantes se encuentran aquellas que lo consideran como un "ahorro obligatorio" o como "salario diferido".⁹⁴

De cualquier manera se trata de intentos importantes para enfrentar la contingencia de desempleo en el sector de la construcción, que podría verse con mayor interés por los países que aún no cuentan con tales sistemas como una fuente de inspiración en búsqueda de soluciones concretas.

88. Cf. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaría de Seguridad Social, "La seguridad social en Argentina" (texto actualizado a diciembre de 1983), *Revista de Seguridad Social*, año XVI, núms. 184-186, Buenos Aires, octubre-diciembre, 1983, pp. 799 y ss. Cf. New regulations for construction workers: ILO, greater protection against unemployment, social and labour bulletin, número 1-1981, Ginebra, 1981, p. 1.

89. Marigo, M.S. y Rainolter, M.A., *Personal de la industria de la construcción. Ley 22250 y su reglamentación comentada, anotada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 124.

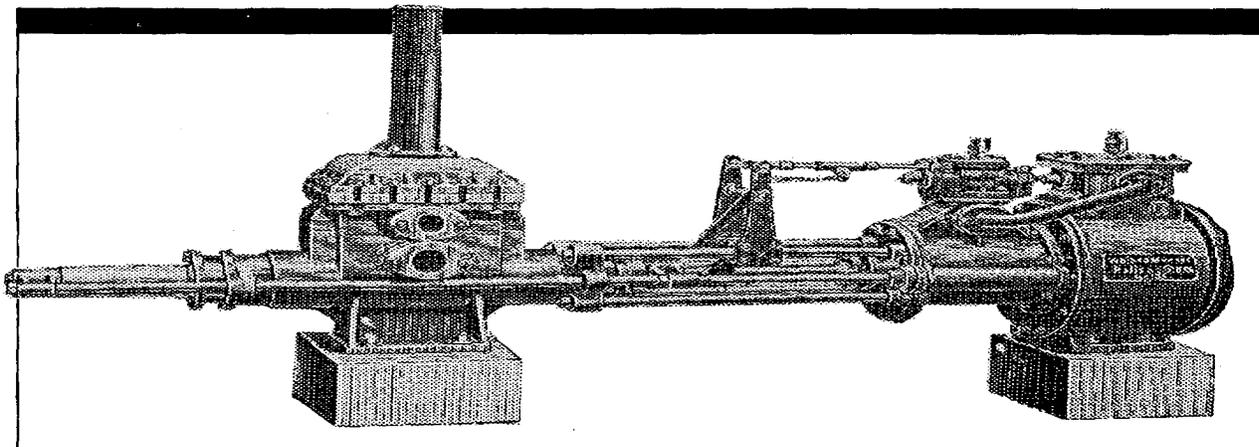
90. Marigo, M.S. y Rainolter, M.A., *op. cit.*, p. 121.

91. En estos casos la banca (Banco Hipotecario Nacional) registrará los fondos en cuentas individuales en favor de cada uno de los trabajadores.

92. Deberá tratarse de una cesación sin falta del trabajador.

93. Cabe señalar que, en el caso de Argentina, existe también una protección similar.

94. Marigo, *op. cit.*, p. 124.



c. Sistemas híbridos

Bajo este apartado se ha querido agrupar, bajo el título de sistemas híbridos, aquellos mecanismos que se han creado en algunos países latinoamericanos y que, de alguna manera, permiten al trabajador que ha quedado sin empleo, afrontar tal contingencia. Estos sistemas presentan la característica de no haber sido constituidos como seguros de desempleo, pero cumplir en la práctica algunos de los objetivos de éstos. En América Latina el sistema más representativo de esta categoría es el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicios (FGTS) en el Brasil.⁹⁵ Este sistema es importante en la medida que representa ser el mecanismo más importante de protección económica de los trabajadores brasileños, cuya relación laboral ha terminado. En el FGTS el empleador tiene la obligación de hacer un depósito mensual del 8% de la remuneración que recibió el trabajador en el mes precedente. Estos depósitos se realizan en una cuenta bancaria, la cual producirá intereses.⁹⁶ El capital que se acumula por esta vía, durante toda la duración de la relación laboral podrá, bajo ciertos supuestos, retirarse por el trabajador. Cabe indicar que, en el caso de que la ruptura se deba a un despido y que éste haya ocurrido ante la ausencia de una "justa causa", el empleador tendrá la obligación de depositar el equivalente al 10% en la cuenta del trabajador.⁹⁷ Este mecanismo

permite, entonces, que el empleador podrá despedir al trabajador sin motivo legal, a condición de que este último haya optado por el FGTS,⁹⁸ depositando en el Banco de Brasil el equivalente a aquel 10% al momento de la ruptura.

Si bien es cierto se trata de una manera de dar al trabajador algún ingreso económico ante la pérdida del empleo, también es cierto que este sistema obliga a cuestionar ampliamente, y así lo han hecho no sólo autores brasileños, cual es hoy día la vigencia de los mecanismos de protección a la estabilidad en el empleo, considerada por mucho tiempo por un amplio sector de la doctrina laboral como uno de los principios básicos del derecho laboral contemporáneo.⁹⁹

CONCLUSIONES

Como ha podido observarse, la pérdida del empleo ha sido objeto de diversas regulaciones que han intentado asistir a la persona interesada. Esta asistencia ha estado guiada por la preocupación de auxiliar, por lo menos en lo inmediato, las necesidades económicas que enfrenta una persona en tales circunstancias. Los dos frentes con los cuales se ha intentado atacar el problema, aunque generalmente analizados de manera independiente, son el régimen relativo al despido y el régimen relativo al desempleo.

95. El sistema del FGTS fue creado por la ley núm. 5107 del 13 de septiembre de 1966, y fue modificado por el decreto ley núm. 20 del 14 de septiembre de 1966, y reglamentado por el decreto número 59820 del 20 de diciembre de 1966. Posteriormente, el sistema sería consagrado constitucionalmente el 24 de enero de 1967.

96. En caso de que el trabajador cambie de trabajo, la cuenta bancaria será transferida al establecimiento bancario seleccionado por el nuevo empleador.

97. Se trata de la cuenta actualizada del trabajador, es decir, el porcentaje que pagará; el empleador deberá tomar en cuenta el tiempo que duró la relación laboral, así como los eventuales ajustes que en materia salarial se hayan realizado en los salarios.

98. El trabajador, al inicio de su relación, puede optar por regirse por el FGTS o por el régimen del Código de Trabajo. Sin embargo, las estadísticas del empleo en Brasil indican que más del 90% de los trabajadores brasileños se rigen por el sistema del FGTS.

99. Para profundizar en el análisis del tema se sugiere consultar: Cesarino, Jr., *Estabilidad e Fundo de Garantia*, Companhia editora forense, Rio de Janeiro, 1968, pp. 53 y ss. Cf. Dos Santos, J., "Duración del contrato de trabajo", *Derecho laboral en Iberoamérica* (Direc. Cavazos Flores, Baltasar), Trillas, México, 1984, pp. 271 y ss. Cf. Giglio, W., "La solución de los conflictos laborales en el Brasil", *Solución de los conflictos laborales, perspectiva iberoamericana*, vol. I, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría "A", México, 1985, pp. 5 y ss:

Por lo que toca al primero, es de señalar que, históricamente, la integración y el desarrollo del mismo ha buscado eliminar la arbitrariedad en la ruptura del contrato o relación de trabajo por parte del empleador; el reconocimiento de condiciones de ejercicio de despido constituye la muestra evidente de esta afirmación.

Sin embargo, el análisis específico de estas normas permite constatar que el poder de dirección y de gestión sobre los elementos materiales y humanos en la empresa (donde el despido aparece como una manifestación de estos poderes), son derechos ligados a la calidad de empleador. En ese sentido, las modificaciones introducidas a estos poderes sólo podrán ser relativas, pero nunca absolutas, de tal forma que impidieran o nieguen su ejercicio.

En los países latinoamericanos el sistema jurídico del despido aparece organizado de tal manera que la discusión del mismo, antes de su ejecución, es prácticamente inexistente. Esta situación es reforzada por las sanciones previstas en caso de inobservancia de condiciones de ejercicio del despido, las cuales sólo sancionan pecuniariamente al empleador, pero nunca ponen en duda la validez del despido, el cual, por lo tanto, existe legalmente con independencia del respeto de las reglas de forma y de fondo del despido.

El caso del Perú es especial si se tiene en cuenta que en este país se han adoptado, recientemente (1986), medidas protectoras de la estabilidad. Sin embargo, estas medidas, aunque importantes, no pueden ser consideradas como representativas de la región latinoamericana, ya que se alejan de la tendencia legislativa actual que busca "flexibilizar" las normas relativas a la estabilidad en el empleo, ya sea a través de la limitación de las normas ya existentes o bien a través del reconocimiento de formas de empleo que excluyen la aplicación de las normas relativas al despido, buscando con ello ofrecer al empleador un más amplio margen de maniobra en la gestión de los recursos humanos en su empresa, necesario en una economía cambiante que lo obliga a realizar ajustes. Se trata, pues, de situaciones no exclusivas de tal o cual país, ante las cuales los trabajadores no han podido reaccionar oportunamente con una estrategia clara y propositiva ante estos cambios vertiginosos. Ello se explica, en buena medida, por la necesidad de concentrar sus esfuerzos en las reivindicaciones económicas, las cuales son prioritarias en una situación de crisis económica.

La búsqueda de nuevas soluciones encaminadas a devolver al régimen del despido el carácter de protector de la estabilidad en el empleo supondría reflexionar sobre varios aspectos, entre los que cabe señalar: los procedimientos previos al despido, los recursos contra una decisión de despido, las sanciones contra los despidos irregulares o injustificados y los mecanismos de ejecución de estas sanciones. Sólo la adopción de normas tendientes a reforzar estos aspectos pueden traducirse en

una protección amplia y efectiva de la estabilidad en el empleo. En ese sentido la ratificación del convenio 158 de la OIT, por parte de los países latinoamericanos, constituiría un primer paso en esa dirección.

Por lo que toca a la asistencia al desempleado, concretamente por lo que se refiere al seguro de desempleo, diversas propuestas de creación del mismo se han escuchado en países como México y Colombia en los últimos años. Es evidente que su desarrollo en América Latina es aún incipiente, y que uno de sus principales problemas actualmente es el relativo a las dificultades para allegarse fondos que lo nutran y la dificultad de ampliar el número de beneficiarios del sistema. En los países donde no existe su viabilidad como mecanismo de auxilio del desocupado presenta, por lo menos en el corto plazo, múltiples dificultades de implementación, para lo cual habría que responder a diversas preguntas: ¿cuáles serían las instancias encargadas de organizarlo (públicas o privadas)? ¿Cuáles serían los mecanismos de financiamiento del sistema? ¿Cuál sería el monto de los aportes? ¿Si los trabajadores tendrían que participar aportando? ¿Quiénes serían los beneficiarios del sistema?, etc. Estas preguntas presentan una importancia capital en un contexto donde los índices económicos son negativos. Sin embargo, la experiencia latinoamericana sobre el particular puede servir como una valiosa información de referencia.

Tanto el régimen del despido como el del desempleo requieren de un análisis conjunto e integral, y ambos presentan problemas que, en su aplicación concreta, se traducen en un alejamiento de los fines que se pretendían alcanzar en los orígenes de su creación.

Si bien es cierto estos dos sectores del orden jurídico son los directamente involucrados en la disolución de la relación laboral, no hay que descuidar otros sectores que pudieran incidir de manera directa en la protección y auxilio que pueden prestarse ante la inminencia de la pérdida del empleo, como lo son la formación profesional tanto en el trabajo que se desarrolla como en el que podría desarrollarse en el futuro. La protección de la estabilidad debe orientarse no exclusivamente a la búsqueda de la permanencia en el empleo, la cual obviamente debe revisarse, perfeccionando sus reglas, eliminando la discrecionalidad y los abusos, sino también ideando mecanismos que garanticen el acceso al empleo y el derecho al trabajo. Ello supone adelantarse al futuro visualizando cuáles son y serán mañana las necesidades del mercado de trabajo adaptándose a ellas. La estabilidad no puede seguir siendo vista como un "valor en sí", defendible contra cualquier argumentación. Se trata más bien de asegurar a los trabajadores un mejor nivel de vida, garantizando un ingreso decoroso; para ello se requiere un amplio conocimiento de la situación económica y jurídica nacional e internacional que permita justificar cualquier posición. Ello exige un gran esfuerzo de estudio y de búsqueda de información que no todos están dispuestos a realizar.