

CUARTA PARTE .

FONDO DE GARANTÍA DE TIEMPO DE SERVICIO DEL TRABAJADOR

1. Introducción de un nuevo sistema en sustitución del régimen tradicional de estabilidad	113
2. El sistema de opción	117
3. Constitución y administración del Fondo de Garantía	120
4. Funcionamiento del FGTS en los casos de extinción del contrato individual de trabajo	124
5. Conclusión	138

CUARTA PARTE

FONDO DE GARANTÍA DE TIEMPO DE SERVICIO DEL TRABAJADOR

1. *Introducción de un nuevo sistema en sustitución del régimen tradicional de estabilidad*

El sistema brasileño de estabilidad del trabajador en el empleo fue objeto siempre de duras críticas, sobre todo por parte de los empresarios, que se sentían limitados en el ejercicio del poder histórico de libre decisión sobre la permanencia del trabajador en la empresa.

Los juristas brasileños descubrieron, con facilidad relativa, numerosas fallas en el sistema, dentro de las cuales pueden ser citadas, como incontrovertibles las siguientes: a) Fraude reiterado a la estabilidad, a través de negociaciones ocultas, bajo la forma de renuncia espontánea; b) Despidos prematuros (antes de estar completo el largo periodo de diez años exigido para la adquisición del derecho), si bien con el pago de la indemnización prevista en la ley; c) Incompatibilidad psicológica entre las partes de la relación de trabajo, que se origina en la adquisición del privilegio de permanecer en la empresa, como factor de irritación del empresario ante el trabajador que se torna inamovible y a su vez, en de jactancia o impertinencia del trabajador investido de aquel derecho excepcional.

Esos hechos revelan que había “algo” de erróneo en la legislación nacional (porque la burla de la ley, en la práctica, reducía la importancia de la institución jurídica), con reflejos negativos en lo tocante a la productividad de la empresa y la prosperidad general del país (debido al citado clima de animosidad creado entre el empleador y el trabajador).

Creemos que el primer esfuerzo realmente importante, en el sentido del examen de esa cuestión, lo debemos al Instituto de Derecho Social de São Paulo y a la Facultad de Derecho de la Universidad de aquel mismo Estado, por intermedio de su Seminario de Legislación Social y por iniciativa de A. F. Cesarino Junior. En 1959 fue realizado un simposio sobre la estabilidad, con la participación de varios juristas que expresaron opiniones críticas a propósito de la materia, e inclusive ofrecieron sugerencias para el perfeccionamiento o modificación del sistema entonces en vigor (en “Arquivos do Instituto de Direito Social”, volumen 13/2, diciembre de 1959, São Paulo).

Abierto el camino, se llegó más allá del límite fijado por los participantes del referido simposio, quienes, en su mayoría, señalaban la necesidad de **mantener** y perfeccionar el sistema actual: ya que algún tiempo después se defendió la *sustitución* del sistema de estabilidad por un nuevo régimen dentro de la estructura de la previsión social, bajo la forma del *seguro del desempleo* (Cfr. en esta materia a Julio de Asunción Malhadas, *Estabilidad e Incompatibilidad*, pp. 61 y siguientes, 1962, Curitiba).

Esa idea inicial permitió que se operara una acentuada metamorfosis en el estudio de la estabilidad. Las leyes tradicionales quedaron entre los fuegos cruzados de dos concepciones opuestas e inconciliables, y fueron incendiadas tanto por aquellos que querían la abolición del régimen, como por los que deseaban su perfeccionamiento, sin perjuicio de sus aspectos esenciales.

La segunda posición, doctrinariamente correcta y apoyada en los nuevos ejemplos del derecho comparado, pretendía asegurar de manera efectiva y por ampliación el derecho del trabajador a permanecer en el empleo. Pero en verdad, bruscamente creció la tesis contraria y casi se llegó a *eliminar* el principio de la estabilidad contra la cual se lanzó la primera piedra en Brasil, apoyada empíricamente en la idea de la adopción, en amplia escala y a título sustitutivo, del seguro del desempleo.

Sin embargo, el seguro de desempleo, debido a su naturaleza, no cumple los fines contemplados por la estabilidad. Felizmente nos enorgullecemos de permanecer con el espíritu abierto sólo a las innovaciones o correcciones que sobre la materia se tornaron indispensables en la ley nacional. Siempre subrayamos que la estabilidad no constituye sólo *seguridad económica* para el trabajador, sino algo más: ya que abarca la idea de *seguridad funcional*, o sea, garantía de trabajo, como forma de revelación de su personalidad, y, al mismo tiempo, un cambio en posición histórica del trabajador, hoy definido como parte esencial de las texturas tecnológicas y humanas que se yuxtaponen y superponen para la formación de ese complejo de producción económica que conforma a la empresa contemporánea.

El seguro de desempleo o cualquier otro seguro social nos parece, por eso, incompleto y, eventualmente, peligroso, en cuanto significa retroceso en la evolución del derecho de trabajo; ya sitúa nuevamente al trabajador en la lamentable condición de pieza accesorio de la empresa, sustituible, en cualquier tiempo, según el arbitrio del empleador; y en este sentido atribuye otra vez al empresario su autoridad despótica en la actividad económica empresarial.

Al principio, los partidos de la abolición de la estabilidad vieron sus esfuerzos detenidos por una política nacional de declarada protección al trabajador, desenvuelta por un gobierno que en el fondo buscaba el apoyo del sindicalismo nacional.

Esa fase del proceso brasileño quedó clausurada, y, de inmediato, al instituirse en el país un gobierno central fuerte, dinámico, distanciado de las reivindicaciones sindicales y que —habiendo absorbido el poder legislativo— no encontró barreras políticas para poner en ejecución la idea sostenida de manera especial por los grupos económicos que integraban los reductos más poderosos contra la estabilidad, ya que veían en ella inclusive un obstáculo a sus inversiones.

En la campaña que en aquella época se realizó contra la estabilidad fueron recapitulados todos los defectos notorios del sistema brasileño, pero no se pensó en corregirlos, sino sólo en reformar el derecho anterior, invocándose las conveniencias de la política económica, e inclusive la necesidad de atraer hacia el territorio nacional capitales privados extranjeros. Por el contrario, se silenciaron los numerosos ejemplos del derecho comparado, que señalaban el progresivo aumento del número de las naciones que han consagrado la estabilidad, con los matices inevitables originados en las condiciones de lugar y de época, y especialmente a partir de la promulgación en 1951 de la ley de la materia en la República Federal de Alemania.

Tuvimos la primacía de pronunciar las primeras palabras de alerta en contra de ese movimiento desencadenado y de los riesgos que del mismo podían derivarse al trabajador. Los aspectos convenientes de perfeccionamiento estaban al alcance de los ojos y de la mano del legislador, pero éste insistió permanecer ajeno a los mismos.

Sin embargo, todos sabían que entre otras medidas, por lo menos, eran de fácil ejecución: *a)* Disminución del plazo (actualmente fijado en diez años) de adquisición de la estabilidad; *b)* Fijación de un nuevo plazo en seis meses, según el ejemplo de leyes extranjeras, o a lo máximo de un año de trabajo en la empresa, pues ese es el periodo considerado “experimental” por la ley brasileña (Consolidación de Leyes del Trabajo, artículo 478, párrafo 1o.); *c)* Como consecuencia inmediata, la regla, en el derecho nacional, pasaría a ser la estabilidad y la excepción (periodo experimental), la posibilidad de la libre rescisión del contrato de trabajo por el empleador; por el contrario, en la actualidad la regla general es la posibilidad fáctica del despido del trabajador mediante el pago de la indemnización y la estabilidad constituye la excepción a la regla; *d)* Esa transformación de posiciones produciría efectos reflejos en la posición psicológica del empresario y del trabajador que deriva, básicamente, del hecho de considerarse como un *privilegio* en provecho del trabajador estable. En el momento en que dejase de ser definida como privilegio, la estabilidad perdería, también, su *poder irritante*.

Ese camino prometedor no sedujo a los legisladores del periodo inmediato posterior a la Revolución de 1964. En aquella época vivíamos una fase difícil de la vida brasileña, sacudida en sus más sólidas estructuras por una

inflación de nivel elevado. El poder público llegó a tomar, en forma dura, medidas enérgicas para contener el costo de la vida, por lo que la política económica y, más particularmente, la política salarial —por primera vez en la historia de Brasil— reprimió la reivindicación de nuevos derechos promovida por los trabajadores e inclusive se llegó al extremo de imponer el retroceso de ciertas normas entre las cuales estaban las relativas a la estabilidad.

Partiendo de la adopción de la tesis de que la estabilidad era un obstáculo para la producción y el desenvolvimiento de su política económica, el Poder Ejecutivo abandonó, entre tanto, la idea inicial de sustituir la estabilidad por el seguro de desempleo, en el área estricta de la seguridad social, notoriamente insuficiente; y se inclinó por una construcción nueva que debe considerarse más de seguridad que de derecho del trabajo, no obstante lo cual se le situó fuera del esquema administrativo del Instituto Nacional de Previsión Social, y se le injertó en los programas del Banco Nacional de Habitación.

Ese nuevo sistema constituye un *fondo* de reserva, formado por las contribuciones mensuales y obligatorias del empleador dirigidas a *garantizar el tiempo de servicio del trabajador*. No se trata, por tanto, de una norma acoplada al sistema anterior de estabilidad, sino de un sistema destinado a sustituir el régimen tradicional de indemnización por despido injusto (pagos a *posteriori*) y de estabilidad en el empleo.

El primer impulso gubernamental, según todos los indicios, era el de hacer de aquel fondo un sustitutivo implacable del sistema de indemnización a la estabilidad, pero también por primera vez en la crónica nacional, a pesar de la implantación en el país de un régimen rígido y poderoso, fuimos testigos de un bello movimiento sindical. Los trabajadores reaccionaron valientemente contra esa flagrante sustracción de sus derechos tradicionales, conquistados después de más de treinta años de penosas luchas, y obtuvieron, a través de sus principales asociaciones de clase, que aquella campaña alcanzara repercusión nacional.

Al lado de los trabajadores se concentraban los juslaboristas, ya que con raras excepciones, los profesores universitarios de derecho del trabajo de todo el Brasil comprendieron la importancia de aquel momento y, con la serenidad propia del científico, supieron defender lo que era inalienable en la regulación del trabajo. Sus instrumentos fueron la cátedra, la imprenta y el libro (A. F. Cesarino J., *Estabilidade e Fundo de Garantia*, 1968, Río de Janeiro; José Martins Catharino, *En Defesa de Estabilidade*, s/fecha. Sao Paulo, en tanto que los partidarios del nuevo sistema no proporcionaron su justificación doctrinaria y se limitaron a analizar los textos en vigor (Julio Assumpção Malhadas, *Estabilidade e Fundo de Garantia de Tempo de Serviço*, 1966; Carlos Alberto G. Chiarelli, *Teoria e Prática da Nova Lei de Estabilidade*, 1967, Porto Alegre).

No obstante ese amplio y generalizado movimiento de opinión, no logró imponerse al gobierno que ejercía en la época, simultáneamente con las Cámaras, el Poder Legislativo; pero impuso una nueva posición, finalmente adoptada, facultando al trabajador a optar entre los dos regímenes jurídicos.

Pero en verdad, como lo volvemos a subrayar, esa opción es meramente simbólica, ya que los trabajadores, en el acto de su admisión o bajo la amenaza de despido, son coaccionados fácilmente por el empleador para que opten por el Fondo de Garantía.

No obstante las fallas del sistema de estabilidad adoptado por la ley brasileña, el legislador no pensó en corregirlas, sino que estableció, por el contrario, otro sistema con ventajas pecuniarias para el trabajador, pero esencialmente provechoso para el empleador. La reciente experiencia de esa institución ha demostrado que el empresario resulta considerablemente favorecido por la nueva ley ya que puede ejercer contra el trabajador su viejo y renacido poder de libre disposición y de compulsión violenta (Ley No. 5,107, de 13 de septiembre de 1966, artículo 1o. y normas subsecuentes).

2. *El sistema de opción*

La legislación del Fondo de Garantía, como señalamos, crea un sistema opcional entre la Consolidación de las Leyes de Trabajo y el nuevo régimen. La regla general es la aplicabilidad de las normas anteriores, por lo que el citado régimen del Fondo de Garantía es una excepción, pero amplia y extensa, abierta al margen del derecho tradicional.

La consecuencia inmediata de esa observación es que el silencio del trabajador implica, *ipso facto*, la aplicabilidad de la Consolidación. La opción, como acto expreso, es la que puede transferir, a título excepcional, al trabajador en el ámbito del Fondo de Garantía. Esa es también la razón por la cual la declaración de voluntad del trabajador debe estar revestida de diversas formalidades, que la transforman en acto solemne (Ley No. 5,107, de 13 de septiembre de 1966, artículo 1o.).

Se expidió inicialmente una regla de carácter transitorio, según la cual la opción debería tramitarse normalmente, dentro del plazo de 365 días, contados a partir de la vigencia de la legislación innovadora. En forma lateral se promulgó una disposición permanente, que permitió la opción, dentro de igual plazo, contado desde la fecha de la celebración del contrato tratándose de las relaciones de empleo posteriores a la vigencia de la Ley No. 5,107 (artículo 1o., párrafo 1o.) y de su Reglamento, aprobado por el decreto No. 59,820, de 20 de diciembre de 1966, y modificado por el Decreto No. 61,405, de 28 de septiembre de 1967 (artículo 5o.).

Ese plazo no era perentorio, y en su curso la opción podía ser hecha con cierta sencillez. Había, naturalmente, requisitos formales que revelan,

como indicamos, su carácter solemne, ya que la declaración del trabajador debe ser hecha por escrito, en dos ejemplares, contra recibo fechado y firmado por el empleador, con el registro del hecho en la cartera profesional y en el libro o ficha de registro del empleado (Ley No. 5,107, artículo 1o., párrafo 2o.; Reglamento, artículo 3o. y siguientes).

Sin embargo, vencido el plazo la opción aún es posible, pero ahora han aumentado las formalidades legales: no se trata de una mera declaración de voluntad concluido entre las partes del contrato, ya que esa manifestación de voluntad del trabajador optante deberá ser *homologada* obligatoriamente por la Justicia del Trabajo (Ley No. 5,107, artículo 1o., párrafo 3o.; Reglamento, artículo 6o.).

En el desarrollo de una intensa política legislativa y económica de atracción del trabajador hacia el régimen especial del FGTS, permitiéndose (y aún se permite) que la opción del trabajador se tramite con *efectos retroactivos*.

La Ley No. 5,958, del 10 de diciembre de 1973, en vigor a partir del día siguiente, declaró que los "actuales empleados que no hayan optado por el régimen instituido por la Ley No. 5,107, de 13 de septiembre de 1966, tienen asegurado el derecho de hacerlo con efectos retroactivos al 1o. de junio de 1967 o a la fecha de admisión en el empleo, si es posterior, desde el momento en que exista conformidad por parte del empleador (artículo 1o., encabezado). El efecto de la norma se limita, no obstante, a los trabajadores contratados hasta la fecha de la nueva ley.

Del mismo modo pueden optar, retroactivamente, los trabajadores que ya hubiesen optado en fecha posterior a la vigencia de la Ley No. 5,107, que es la ley de FGTS. Es una *nueva opción*, que se retrotraerá hasta los límites fijados en el tiempo, por el dispositivo citado y arriba reproducido (artículo 1o., párrafo 1o.).

Por otro lado, la opción del *empleado de planta* sólo se podrá retrotraer hasta la fecha en que hubiese completado el decenio de trabajo en la empresa que le da el derecho a la estabilidad (artículo 1o., párrafo 2o.). Es una aparente protección a ese derecho. Mas, en la realidad, es una protección de efectos relativos, como veremos en seguida, pues la opción, en verdad y en la práctica, excluye el derecho del trabajador estable de continuar en el empleo contra la voluntad del empresario (Cfr. sobre el tema, las normas reglamentarias de la Ley No. 5,958/73: Decreto No. 73,423, de 7 de junio de 1974; Decreto ministerial No. 3,016, de 11 de junio de 1974).

La opción genera de inmediato la transferencia del trabajador del sistema de la Consolidación para el Fondo de Garantía. La consecuencia mediata, no obstante, es la *pérdida de la estabilidad ya adquirida o la posibilidad de llegar a adquirirla*.

Ese propósito perseguido por el legislador fue expresado en forma categórica en la norma del artículo 16 de la Ley No. 5,107: si el trabajador

optante prestó con anterioridad sus servicios bajo el régimen de la Consolidación, ese periodo de trabajo será indemnizado en forma tradicional, *lo mismo que cuando el trabajador sea estable*. En ese caso, a libre criterio del empleador, el primero podrá ser despedido en cualquier momento, mediante indemnización doble, calculada en la forma del artículo 497 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, que examinamos al tratar la estabilidad relativa. El periodo posterior a la opción será cubierto de acuerdo con normas específicas del Fondo de Garantía.

La intención de destruir la estabilidad, que se manifiesta en el texto del citado artículo 16, no es una visión deformada de nuestra realidad jurídica. Más claramente aún, dicha intención aparece en el hecho de haber permitido en forma expresa, y por primera vez en la historia legislativa nacional, que el trabajador pueda transigir sobre la estabilidad ya adquirida hasta la fecha en que fue expedida la nueva ley. La única limitación efectiva a la libre negociación de los contratos está en el precepto que prohíbe la “venta” de la estabilidad por cuantía inferior a 60% del valor de la indemnización doble que sería debida al trabajador, de acuerdo con la Consolidación (Ley No. 5,107, artículo 17, párrafo 3o.; Reglamento, artículo 35, párrafos 3o. y 4o.).

Sin embargo, es cierto que la opción es *revocable*, una vez que se cumplan tres requisitos (Ley No. 5,107, artículo 1o., párrafo 4o.).

I. La opción se debe haber efectuado dentro del plazo establecido por el artículo 1o., fracción 1a., esto es, dentro de doce meses a partir de la vigencia de la nueva legislación o de la fecha de admisión en el empleo, cuando el contrato de trabajo hubiese sido celebrado después de haberse creado el Fondo de Garantía.

II. El trabajador no puede efectuar movimientos a cuenta del Fondo de Garantía de acuerdo con las facultades que le otorgan los artículos 8o. y 10o., que examinaremos en la debida oportunidad, ni tampoco negociar su tiempo anterior de servicios (artículo 1o., párrafo 5o.).

III. La retractación debe ser hecha mediante declaración formalizada por la Justicia del Trabajo.

El punto neurálgico se encuentra en el hecho de que la *retracción no es admitida* cuando el trabajo hubiese optado con posterioridad al plazo del párrafo 1o. del artículo 1o. de la Ley No. 5,107 (esto es, mediante declaración revisada por la Justicia del Trabajo). Esa norma restringe los efectos de la retractación que deja de ser, por eso, como parece a primera vista, una apertura liberal en defensa de la libre manifestación de la voluntad del trabajador.

Si la decisión de la Justicia del Trabajo, al apreciar la opción extemporánea, constituye una simple homologación, no vemos razones para impedir la retractación, siempre admitida cuando la opción se realiza ante el

empresario. La homologación judicial no es requisito exigido para impedir la coacción patronal, ya que si así fuese, debería ser obligatoria en todos los casos de opción. Se trata de una medida de cautela en virtud de la extemporaneidad de la declaración del trabajador, ya que a su vez la retractación no está constreñida a los casos de nulidad de una opción anterior, sino que se traduce pura y simplemente en juego de voluntades. La homologación judicial fortalece la idea de su legitimidad; y por ello no debe excluir el acto legítimo de la retractación que revisa.

Por otro lado, el legislador de 1966, tratando de disciplinar los diversos aspectos de la retractación, expidió dos normas que tienen por evidente finalidad dificultarla todavía más.

a) El valor de la cuenta vinculada al empleado, constituida durante el periodo de opción, se transfiere a la cuenta vinculada de la empresa, en la forma del párrafo 6o. del artículo 1o., en relación con el artículo 2o., ambos de la mencionada Ley No. 5,107.

b) El periodo comprendido entre la opción y la retractación no es considerado tiempo de servicio efectivo para fines de indemnización o estabilidad (artículo 1o., párrafo 4o., parte final).

La Ley No. 5,107 establece, pues, en último análisis, que el periodo de trabajo comprendido entre la opción y el momento posterior de la retractación queda al *descubierto* respecto de cualquier protección jurídica, por lo que el reglamento de la Ley No. 5,107, intentó corregir esa anomalía, ya que a través de su artículo 7o., párrafo 1o., estableció que el tiempo transcurrido entre la opción y la retractación no será computado *para fines de estabilidad*, pero será *indemnizado, en el caso de despido sin justa causa*, en la forma del artículo 478, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

La disposición reglamentaria va más allá de la norma legal, lo que podría crear dudas en cuanto a su legalidad, pero ha sido interpretada como el complemento de un precepto con lagunas. Desde el punto de vista crítico, que es el que nos interesa de momento, permanece la declaración limitativa del legislador en el sentido de que el lapso entre la opción y la retractación no es computable para fines de estabilidad, sino únicamente para el cálculo de la indemnización por despido injusto. La parte de la ley confirmada por el reglamento pone de relieve la intención constante del legislador de esa época para restringir progresivamente el sistema de estabilidad en la empresa.

3. Constitución y administración del Fondo de Garantía

El Fondo de Garantía al Tiempo de Servicio del Trabajador está constituido por un conjunto de cuentas así clasificados:

I. Cuentas vinculadas (Ley No. 5,107, artículo 2o.).

II. Cuenta general (Reglamento, artículo 37).

Las cuentas vinculadas a su vez se subdividen en:

a) *Cuentas-optantes*, que tienen como titulares a los trabajadores que opten por el Fondo de Garantía.

b) *Cuentas-empresas*, de las cuales los titulares son las empresas, individualizadas en razón de los trabajadores no optantes.

La cuenta general, a su vez, tiene como titular al Banco Nacional de Habitación, y está formada por el depósito de las diferencias entre el monto del Fondo de Garantía y el valor correspondiente a la suma de los valores de las cuentas-optantes y cuentas-empresas (Reglamento, artículo 38, inciso III).

Las cuentas vinculadas (optantes y de empresas) están constituidas por los depósitos obligatorios que el empresario debe realizar hasta el día 30 de cada mes, con el valor del 8% de remuneración pagada al trabajador en el mes vencido. Se excluyen, en el caso y como es de buena técnica, del concepto de "remuneración" a las partidas que los artículos 457 y 458 de la Consolidación no definen como tal; mas en él se incluyen, por otro lado, la llamada "gratificación de Navidad" o "decimotercer salario", de que trata la Ley No. 4,090, de 13 de junio de 1962, y las normas subsiguientes, así como las horas extraordinarias, según la jurisprudencia uniforme del Tribunal Superior del Trabajo y del Supremo Tribunal Federal (Ley No. 5,107, artículo 2o., Reglamento, artículo 9o.).

La única excepción admitida por el legislador es la relativa a las entidades que persiguen fines filantrópicos, reguladas como tales por el artículo 1o. de la Ley No. 3,577, de 4 de julio de 1959, por lo que dichos empleadores no están obligados al pago mensual de las contribuciones debidas al Fondo de Garantía. Dichas entidades filantrópicas pueden optar entre a) pagar sólo las contribuciones relativas a los empleados que hubiesen manifestado preferencia por el régimen de Fondo de Garantía, o b) no pagar ninguna contribución (Decreto-Ley No. 194, de 24 de febrero de 1967, artículo 1o.). Una vez expresada la preferencia por cualquiera de las dos soluciones, la declaración del empleador es irrevocable de acuerdo con el párrafo único del artículo 1o. del citado Decreto-Ley.

No obstante, en caso de extinción del contrato de trabajo, inclusive por motivo de jubilación concedida por la Seguridad Social, la entidad con fines filantrópicos está obligada a cumplir respecto de sus trabajadores, *mediante pago directo*, con todas las obligaciones subsiguientes de la legislación sobre el Fondo de Garantía (Decreto-Ley No. 194, artículo 2o.).

La continuidad de las contribuciones es asegurada a través del artículo 9o., párrafo 1o. del Reglamento, que obliga al empresario al pago del

referido porcentaje, aun en los siguientes casos definidos como de interrupción contractual y relacionados con aquel precepto: *a)* La prestación del servicio militar; *b)* Enfermedad por plazo igual o inferior a quince días; *c)* Accidente de trabajo; *d)* Gravidez y parto. Dicha enumeración es meramente ejemplificativa, ya que el legislador hace —en el párrafo E, del mencionado dispositivo— expresa y genérica referencia a otros casos en que ocurre interrupción del contrato de trabajo.

En esos casos, en los que el trabajador está ausente del servicio, la base del monto del porcentaje de contribución está constituida por el salario mensual fijado en el contrato (inclusive respecto de la parte variable de la remuneración, calculada según los criterios generales. Cuando se efectúa, durante la separación del trabajador, un aumento general de salarios en la empresa o en la categoría del trabajador, como en los supuestos de sentencia normativa, convención colectiva de trabajo o fijación de nuevos índices de salario mínimo, el porcentaje será reajustado teniendo a la vista el aumento establecido (Reglamento, artículo 9o., párrafos 2o. y 3o.).

Los depósitos efectuados por el empleador tienen destino diverso, ya que según tengan relación con los trabajadores que optaran, o no, por el régimen del Fondo de Garantía, van a constituir las cuentas-optantes y las cuentas-empresa, a que aludimos anteriormente. Las primeras están vinculadas nominalmente a los trabajadores; las segundas, aun cuando son abiertas a nombre de la empresa, son individualizadas en relación a los trabajadores no optantes. La distinción es elemental, pero de esencia, pues los valores en ellas depositados son aplicados a fines distintos.

Compete al empleador elegir el establecimiento bancario de su preferencia para efectuar los depósitos resultantes del sistema de Fondo de Garantía. Mas la elección debe hacerse respecto de un establecimiento previamente autorizado por el Banco Central de la República (Ley No. 5,107, artículo 2o., párrafo único: Reglamento, artículo 10).

A pesar de sus distintas finalidades y de ser abiertos en varios bancos, las cuentas son sometidas a un régimen absolutamente uniforme; están sujetas a corrección monetaria y a derechos de interés que al principio eran capitalizados a razón de tres a seis por ciento, de acuerdo con la progresión establecida por el artículo 4o. de la Ley No. 5,107, y por el artículo 18, de su Reglamento, si bien hoy en día, de acuerdo con la Ley No. 5,705, de 21 de septiembre de 1971, están fijados en tres por ciento anual.

Tanto la corrección monetaria como la capitalización de los intereses son emitidos a cuenta del Fondo de Garantía (Ley No. 5,107, artículo 3o., párrafo 1o.). Esa gran responsabilidad económica determina que la seguridad y el éxito del nuevo sistema de repuesto descansen esencialmente en el éxito y la seguridad con que sea administrado dicho Fondo de Garantía.

Convencido de la importancia y de la procedencia de esa observación, el legislador ha procurado rodear de *garantías* las cuentas integrantes del Fondo, a través de varias medidas:

a) Para cuidar la efectiva formación y el crecimiento de las cuentas constitutivas del Fondo, la Ley establece un régimen de fiscalización sobre la puntualidad y la corrección de los depósitos (Ley No. 5,107, artículo 20).

b) Por otra parte, establece sanciones para los empresarios morosos o faltistas (Ley No. 5,107, artículo 19, Reglamento, artículos 58 y siguientes).

c) Fija la competencia —que las Constituciones Federales de 1946 y 1967, en su forma originaria, aseguraban de manera suficiente— de la Justicia de Trabajo para dirimir los litigios entre trabajadores y empresarios, disponiéndose en el artículo 22 de la Ley No. 5,107, que esa competencia sería aplicable a los casos en que la Seguridad Social y el Banco Nacional de Habitación fuesen *litis-consortis*. Dicha norma, que se adecuaba al sistema constitucional anterior, se encuentra actualmente derogada por la Enmienda No. 1, de 17 de octubre de 1969, a la Constitución de 1967. En el sistema original, la Justicia Federal era competente para apreciar todas las causas en que la Unión, las entidades autárquicas y las empresas públicas federales estuviesen interesadas, ya sea como demandantes, demandados, coadyuvantes u opositores, quedando reservada *la universalidad del juicio de quiebra y la competencia de las jurisdicciones federales especiales* (justicia del trabajo, justicia militar y justicia electoral) y éste era el fundamento constitucional del artículo 22, de la Ley No. 5,107.

La citada enmienda número 1 consagra una norma diversa (Constitución Federal, artículo 125, inciso I), ya que sólo establece la competencia de la justicia Electoral y de la justicia Militar en relación a la justicia Federal, en aquellos casos específicos, lo que quiere decir que cuando las entidades autárquicas (como en el caso del Instituto Nacional de Prevención Social, por ejemplo) figuren como *litis-consortis* en una acción planteada ante la justicia del trabajo, con fundamento en la legislación de FGTS, la competencia se transferirá a la justicia federal, lo que significa que es diverso del anterior el espíritu de la actual Constitución, ya que tiende a limitar el ámbito jurisdiccional de la justicia del trabajo, especialmente en relación con los órganos de la administración pública (directa e indirecta) según se ha visto, a través del artículo 110 de la Carta, por lo que quedó derogado en aquellas hipótesis de litisconsorcio el artículo 22 de la Ley No. 5,107.

d) Se otorga a las cuentas una amplia *garantía* del gobierno de la República, facultando al Banco Central para instituir con ese objeto, un seguro específico (Ley No. 5,107, artículo 3o., párrafo 2o.).

El fondo de garantía de tiempo de servicio del trabajador es administrado por el Banco Nacional de Habitación (Ley No. 5,107, artículo 11, parte final; Reglamento, artículo 39), de conformidad con las normas

generales y el planteamiento establecidos por un “Consejo de administradores” constituido de la siguiente manera: *a)* Presidente del Banco Nacional de Habitación, que presidirá al Consejo; *b)* Un representante del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; *c)* Un representante del Ministerio Extraordinario para la Planeación y la Coordinación Económica; *d)* Un representante de las organizaciones económicas; *e)* Un representante de las asociaciones profesionales (Ley No. 5,107, artículo 12 y siguientes; Reglamento, artículo 40 y siguientes).

Los gastos resultantes de la administración serán costeados con las diferencias de los intereses obtenidos en las operaciones de aplicación, en la forma prevista por el artículo 15 de la Ley No. 5,107 (cfr., también, el artículo 44 en sus diversas fracciones del Reglamento).

El Banco Nacional de Habitación ejerce ese derecho de garantía, limitado por normas rígidas que trazan el destino de las inversiones y las condiciones de su realización. En resumen, esas normas limitadoras tienen por objeto principal el incremento de los planes habitacionales en provecho del pueblo brasileño y no se pueden apartar en ningún caso de los siguientes principios: *a)* Garantía real; *b)* Corrección monetaria; *c)* Rentabilidad superior al costo del dinero depositado, incluyendo intereses (Ley No. 5,107, artículo 13, Reglamento, artículo 49); *d)* Programación de la inversión de los recursos de acuerdo con un presupuesto trimestral, semestral o anual (Reglamento, artículo 50); *e)* Restitución al fondo de garantía —incrementado con los intereses y la corrección monetaria— del importe de las aplicaciones realizadas (Ley No. 5,107, artículo 14).

4. Funcionamiento del FGTS en los casos de extinción del contrato individual de trabajo

En este punto, el nuevo sistema ofrece mayores ventajas inmediatas al trabajador que el régimen tradicional de la Consolidación. En numerosas situaciones que señalaremos más adelante el trabajador optante afectado por la terminación de su contrato de trabajo, o que inclusive provoca esa terminación, tendrá derecho a recibir ventajas pecuniarias totalmente desconocidas en el sistema general del derecho anterior.

Examinemos en una rápida comparación el funcionamiento del FGTS en esos casos, especialmente en relación con el texto de la Consolidación de las leyes del trabajo:

A) Despido injustificado. En el caso de la extinción del contrato de trabajo por acto indebido del empresario, éste estará obligado a depositar en la cuenta del trabajador y en la fecha en que ocurre la rescisión contractual un importe igual al 10% del saldo de la mencionada cuenta (consti-

tuido por los valores correspondientes a los depósitos periódicos, corrección monetaria e intereses, relativos al tiempo de servicio del trabajador en la empresa). El anteproyecto de las nuevas leyes laborales brasileñas (1979) propone, sencillamente, el aumento de aquel importe para 20%.

Esa disposición contenida en el artículo 60. de la Ley No. 5,107 ha sido considerada como suficiente para asegurar al trabajador optante la misma cantidad indemnizatoria garantizada por la Consolidación al trabajador no optante. En principio, esto parece ser así tomando en cuenta que el depósito mensual hecho por el empleador corresponde, en números redondos, a un mes de salario por año, cuyo valor está sujeto a corrección monetaria e intereses, que le atribuyen una continua actualización en lo que concierne a su poder adquisitivo.

Sin embargo, pueden existir circunstancias especiales en las que el FGTS dará al trabajador injustamente despedido *menos* de lo que le sería garantizado por la Consolidación, lo que puede parecer sorprendente, por el cuidado del legislador en crear una situación inversa, como técnica (o expediente) para atraer a los trabajadores a la opción por el Fondo de Garantía.

Como lo expusimos anteriormente, de acuerdo con el régimen de la Consolidación las indemnizaciones de antigüedad, en caso de rescisión injustificada del contrato de trabajo, son cubiertas a razón de un mes de salario por año de servicio efectivo o fracción igual o superior de seis meses, calculadas esas indemnizaciones *sobre la mayor remuneración* que hubiese logrado el trabajador durante el periodo de vigencia del contrato. Eso quiere decir —repetimos— que el trabajador puede, eventualmente, recibir una indemnización calculada sobre un salario superior al que de hecho estuviera ganando en la fecha de su despido.

Ahora bien, el depósito periódico al que está obligado el empresario en el sistema del Fondo de Garantía es calculado sobre salario mensual efectivamente recibido por el trabajador, y la actualización de su poder adquisitivo se hace a través de la corrección monetaria y de la capitalización de los intereses previstos en la ley. Sin embargo, no se ha previsto la hipótesis que mencionamos, y por ese motivo el depósito total será en ciertos casos *inferior* al valor de la indemnización obtenida conforme a la Consolidación.

Lo mismo ocurrirá, por ejemplo, cuando el trabajador obtuviere aumento salarial y fuere despedido injustamente en forma inmediata, ya que en el régimen de la Consolidación las indemnizaciones relativas a todo el tiempo de servicio tendrían como referencia el aumento de salario. Otras situaciones similares podrían ser configuradas para demostrar que no es rigurosamente exacta la afirmación de que *en todos los casos de despido injustificado* el FGTS ofrece mayores ventajas pecuniarias al trabajador brasileño que el sistema “clásico” de la Consolidación.

El tiempo de servicio anterior a la opción, en cualquier hipótesis, será indemnizado en la forma establecida por la Consolidación (Ley No. 5,107, artículo 16; Reglamento, artículo 30). Si el optante hubiese adquirido estabilidad perderá ese derecho, por lo que el tiempo anterior a la opción será indemnizado al doble (dos meses de remuneración por año de servicio efectivo y fracción igual o superior a seis meses).

Lo expuesto nos sugiere una nueva pregunta: *¿Es obligatorio el aviso previo en los casos de rescisión injustificada, por iniciativa del empleador, del contrato del trabajador optante?*

Estimamos evidente que debe contestarse de manera afirmativa, ya que nada existe expresa o implícitamente en la legislación del FGTS que implique la derogación en ese particular de la Consolidación de las Leyes de Trabajo.

Si no fuese así, el sistema del Fondo de Garantía sería muy desventajoso para el trabajador con menos de doce meses de trabajo, ya que si éste fuese optante recibiría, en el caso de despido injustificado, únicamente el valor del depósito, intereses y corrección monetaria, además del pago adicional del 10%, debido por el empleador, pero cuando no tuviese la calidad de optante recibiría, además del aviso previo previsto en la Consolidación (artículo 487), el depósito hecho por el empresario en su cuenta individualizada, ya que, como veremos adelante, en el caso especial del trabajador con menos de un año de servicio en la misma empresa de la que sea despedido sin justa causa, el saldo de la cuenta —lo mismo cuando no es optante— revierte en su favor (Ley No. 5,107, artículo 18, párrafo único).

El legislador del Fondo de Garantía no descó tales desniveles en favor de los no optantes y se esforzó por evitarlos, aun cuando no siempre lo hubiese conseguido. Esa postura intelectual del legislador permite que se interprete y aplique la Ley No. 5,107 (así, como sus normas complementarias) en el sentido de otorgar a través de la hermenéutica, ventajas más amplias al trabajador optante.

Por otra parte, en el supuesto de rescisión injustificada del contrato a plazo determinado, la legislación del FGTS se remite al artículo 479 de la Consolidación, para asegurar al trabajador optante el pago de la indemnización tradicionalmente prevista para tales casos. De acuerdo con lo anterior el artículo 30, párrafo 3o. del Reglamento aprobado por el Decreto No. 59,820, del 20 de diciembre de 1966, dispone que corresponderá al empleador *complementar* el depósito hasta que se alcance la cifra correspondiente en la aplicación del mencionado artículo 479.

Esa ostensible subordinación del nuevo sistema a la regla establecida en el artículo 479 es otra revelación de la indudable intención del legislador de no establecer en ningún caso, en beneficio del optante y en materia

de pago en dinero, ventajas menores de aquellas de que disfrutaban los trabajadores no optantes.

B) *Despido justificado*. Cuando el trabajador optante fuese despedido por haber cometido falta comprendida en los supuestos del artículo 482 de la Consolidación tendrá derecho a recibir el valor de las contribuciones depositadas mensualmente por el empleador, durante la vigencia del contrato.

Por el contrario, perderá, en provecho del Fondo, las partes relativas a la corrección monetaria y los intereses capitalizados (Ley No. 5,107, artículo 7o.). La liquidación se efectuará hasta el fin del mes en el que ocurra la rescisión, en la forma prevista por el párrafo único del artículo 23 del Reglamento.

Si consideramos que el trabajador despedido con justa causa no tiene derecho, según la Consolidación, a pago alguno (aviso previo o indemnización de antigüedad), se pone de relieve que en esta materia se descubren medidas de mayor alcance protector establecidas por la legislación brasileña, según el sistema del FGTS.

C) *Renuncia del trabajador*. Es otro caso en el cual la Consolidación nada garantiza al trabajador, ya que por el contrario lo obliga a conceder el aviso previo al empleador, bajo la pena de descuento del valor correspondiente de sus salarios.

En el sistema del Fondo de Garantía, aun cuando el trabajador rescinda el contrato sin motivo justo, él podrá mover su cuenta, total o parcialmente, con la asistencia del sindicato representativo de la categoría profesional, o, a falta de éste, con la asistencia del representante del Ministerio del Trabajo (Ley No. 5,107, artículo 8o., inciso II).

Por tanto, las hipótesis en que la cuenta vinculada puede quedar a disposición del trabajador renunciante son restrictivas para evitar que la entrega de los valores depositados constituyan motivo de permanente atracción del trabajador hacia el desempleo. Esas hipótesis fueron enumeradas en varios párrafos del inciso II del artículo 8o., ya citado, y previstas minuciosamente por el artículo 25 del Reglamento de la propia ley en los siguientes términos: I. Para la aplicación de capital en actividad comercial, industrial o agropecuaria en la que se hubiese establecido el titular de la cuenta vinculada, ya sea individualmente o en sociedad, que debe comprobarse con la certificación del registro del acto constitutivo. II. Para la adquisición de casa propia (ver el artículo 36 del Reglamento). III. Para atender la necesidad grave y permanente, personal o familiar, en los casos de desempleo y enfermedad, conforme a las instrucciones expedidas por el Ministerio de Trabajo. IV. Para la adquisición de equipo destinado a actividades de naturaleza autónoma, comprobada con las facturas correspondientes. V. Por la celebración de matrimonio del trabajador de sexo femenino, comprobado por la respectiva certificación oficial del registro público.

Las hipótesis de enfermedad o de adquisición de vivienda (incisos II y III) autorizan la utilización de la cuenta durante la vigencia del contrato de trabajo (Reglamento, artículo 26). En caso de desempleo, el trabajador podrá retirar mensualmente de su cuenta el importe correspondiente a dos tercios de la remuneración por él obtenida en la empresa, en la fecha de extinción del contrato, durante el plazo máximo de seis meses, mediante la constancia que compruebe su condición de desempleado, proporcionada por el sindicato de su categoría profesional (Reglamento, artículo 25, párrafo 2o.).

No son, por tanto, pocas las precauciones del legislador —que arriba mencionamos— para impedir que el FGTS estimule al trabajador a renunciar a su empleo. Sin embargo, por mayores que sean tales cautelas, no se puede negar que en la práctica no es difícil burlar la intención del legislador: el desempleo puede ser *forzado* por el trabajador que no procura o no acepta otro servicio; la adquisición de material para trabajar por su propia cuenta es un requisito que el trabajador puede cumplir con facilidad, y así en adelante. Esas actitudes son eventualmente comprensibles, ya que existe una especie de suplicio de Tántalo en hacer el depósito mensual a nombre del operario —que vive, siempre, con recursos inferiores a los necesarios para una existencia digna— dejándolo, por así decir, al alcance de su mano y al mismo tiempo se le impide que lo utilice en lo que le es indispensable. Esa situación concreta siempre ha de servir de tentación para que el trabajador procure utilizar *su cuenta*, inclusive recurriendo a artificios, defraudando a la ley o sufriendo los tremendos riesgos de una euforia pecuniaria momentánea, atrás de la cual reside el fantasma del desempleo.

D) *Extinción normal del contrato de trabajo por plazo determinado.* Esa es otra hipótesis en que —salvadas las excepciones relativas a los trabajadores de las empresas de construcción civil y de la zafra— la Consolidación nada asegura al trabajador despedido. En el sistema del Fondo de Garantía, por el contrario, cuando el vínculo contractual se termina por el transcurso del plazo previsto para su duración, el trabajador optante podrá mover *libremente* su cuenta (artículo 8o.).

E) *Jubilación.* En la misma forma, también con fundamento en el artículo 8o., inciso I, de la Ley No. 5,107, el trabajador jubilado, en cualquiera de las modalidades de jubilación previstas en la legislación brasileña, podrá efectuar el libre movimiento de cuenta del Fondo de Garantía, de acuerdo con su criterio exclusivo (Decreto Ley No. 1,432, de 5 de diciembre de 1975).

Tratándose de las jubilaciones por vejez solicitadas por el empleador, y por tanto obligatorias para el jubilado, la legislación de Seguridad Social atribuye al trabajador derecho a indemnización de antigüedad, actualmente reducida, como lo expresamos anteriormente.

La materia pasó inadvertida por el legislador; mas el Reglamento de la Ley No. 5,107, en su artículo 30, párrafo 4o., abordó sutilmente esta hipótesis, siempre dentro de la preocupación de impedir la apertura de brechas en la aceptación del nuevo sistema jurídico. Expresamente declaró que en el caso de jubilación obligatoria por vejez el lapso anterior a la opción se regía por la Ley Orgánica de Previsión Social, hoy sustituida por la Consolidación de Previsión Social, y el periodo posterior por las normas relativas al Fondo de Garantía.

F) *Muerte del trabajador.* Establece el artículo 9o., de la Ley No. 5,107, que cuando fallece el trabajador optante, el valor depositado en su cuenta vinculada será repartido entre sus dependientes, debidamente acreditados ante los órganos de Seguridad Social, según el criterio adoptado en la legislación especial para la concesión de pensiones por muerte.

La identificación de los dependientes se hará mediante documentación expedida por el órgano de Seguridad Social (Reglamento, artículo 29). Tratándose de un menor dependiente, el valor de su cuota quedará retenido a disposición del Fondo de Garantía, causando intereses y sujeto a corrección monetaria, hasta que complete dieciocho años de edad o, si fuere el caso, hasta que el juez competente autorice el movimiento de la cuenta (Reglamento, artículo 29, párrafo 1o.).

Si no existiesen dependientes acreditados y si nadie se acredita dentro del plazo de dos años, contados a partir de la muerte del trabajador, el valor de la cuenta revertirá a favor del Fondo de Garantía (Ley No. 5,107, artículo 9o. párrafo único; Reglamento, artículo 29, párrafo 2o.).

Las disposiciones correspondientes a esta materia representan un sensible mejoramiento de los beneficios otorgados por la Seguridad Social a los dependientes de los trabajadores fallecidos y constituyen, sin duda, uno de los aspectos culminantes de la nueva legislación.

G) *Fuerza mayor y culpa recíproca.* La Ley No. 5,107 nada dispone sobre las hipótesis de extinción del contrato de trabajo por motivo de fuerza mayor o de culpa recíproca, casos en que, como ya señalamos, la indemnización por despido injusto debe ser cubierta por el empresario, con la reducción de cincuenta por ciento de su valor normal.

El Reglamento, sin embargo, norma este sector, siguiendo la misma técnica de la Consolidación, obligando, en esos casos, al empleador a depositar en la cuenta vinculada a los trabajadores despedidos el cinco por ciento del saldo indicado en la fecha de rescisión contractual (Reglamento, artículo 22, párrafo 1o.). Así como el consolidador disminuyó la mitad de la indemnización por despido injustificado, el Reglamento de la Ley No. 5,107 reduce, en la misma proporción, el depósito suplementario a que estaría obligado el empresario en caso de despido injustificado del optante, como vimos anteriormente.

Puede ponerse en duda la legalidad de esa norma reglamentaria que crea, para el empleador, una obligación no prevista en la ley, sobrepasando, por ello, el límite constitucional de su propia competencia.

Además de lo anterior, está el hecho de que el reglamento de la Ley No. 5,107, al suprimir la omisión evidente en que ésta incurre, en relación con la fuerza mayor y la culpa recíproca, no se apercibe de que, a su turno, incurrió en una segunda omisión, relativa a los casos de *factum principis*.

En términos generales el *factum principis* debe considerarse fuerza mayor, pero como es un acto de autoridad pública, al ser ésta responsable de todas las consecuencias de sus decisiones, la legislación brasileña, como señalamos con anterioridad, impone a la persona jurídica de derecho público la obligación de pagar la indemnización de antigüedad a los trabajadores despedidos por el empleador que sufre los efectos del *factum principis*.

¿Qué ocurrirá, sin embargo, en esa hipótesis con relación al trabajador optante?

¿Recibirá sólo el saldo de la cuenta vinculada, sin ningún depósito suplementario hecho por el empresario? ¿Recibirá ese saldo aumentado únicamente por el cinco por ciento, ya que el concepto de *factum principis* está contenido en el concepto más amplio de fuerza mayor? En cualquiera de esas alternativas, el trabajador optante se encontrará en una situación de inferioridad respecto al no optante, lo que no concuerda con el espíritu del nuevo sistema legal, ni es intrínsecamente justo.

¿Se puede admitir, entonces, que la persona jurídica de derecho público responsable esté obligada a complementar el saldo de cuenta con el pago suplementario de diez por ciento? Sería esa, en verdad, la solución más correcta; tomando en cuenta que en varias ocasiones el FGTS equipara ese depósito complementario a la indemnización por despido injustificado. Sin embargo, sólo podría llegarse a esa solución si hubiere norma expresa que crease esa obligación para las personas jurídicas de derecho público interno.

Por tanto, la omisión del legislador coloca, en ese caso especial, al trabajador optante en una situación de inferioridad, en relación con la prevista en el régimen de la Consolidación, a no ser que se entienda que, en ese caso, no deba aplicarse al optante el régimen del FGTS sino el de la Consolidación de las Leyes de Trabajo, por tratarse de una responsabilidad del Estado.

1) *Extinción de la empresa sin producirse fuerza mayor.* La extinción de la empresa sin la existencia de fuerza mayor ha sido equiparada, en el Derecho del Trabajo brasileño, al despido injustificado para todos los efectos de la indemnización de antigüedad. No obstante, la Ley No. 5,107 parece haber efectuado una dicotomía rígida e injustificable entre las dos hipótesis.

En lo tocante al despido sin justa causa por acto del empleador, como vimos, de acuerdo con el artículo 6o. de la mencionada ley, el empleado podrá mover su cuenta, en la cual el empresario está obligado a depositar un diez por ciento más, calculado sobre el valor total del saldo de la cuenta, liquidada en la fecha de rescisión del contrato. Esta disposición del artículo 6o. se robustece con lo dispuesto en el inciso I del artículo 8, que relaciona las hipótesis en las que el trabajador podrá utilizar la cuenta vinculada, en la forma dispuesta en el Reglamento. Entre tales hipótesis, después de indicar la rescisión sin justa causa por el empleador, la ley señala, entre otras figuras, a *la cesación de la actividad de la empresa*.

La impresión que el intérprete recoge, del examen de estos dos preceptos, es la de que en ambos casos el trabajador puede usar la cuenta vinculada, pero sólo cuando éste sea despedido por el empleador sin la extinción de las actividades económicas de la empresa, el último está obligado a pagar diez por ciento, como depósito suplementario, calculado ese porcentaje sobre el valor de los depósitos anteriores, aumentados con los intereses y la corrección monetaria.

El Reglamento aprobado por el Decreto 59,820, de 20 de diciembre de 1966, corrigió esa actitud del legislador, como lo hizo en relación con los casos de despido por fuerza mayor o culpa recíproca (Reglamento, artículo 22, párrafo 1o.), así como de despido indirecto (Reglamento, artículo 24, inciso I: fortalecido por el artículo 8o., inciso I de la Ley No. 5,107/66, según la redacción que le dio el Decreto-Ley No. 1,432, de 5 de diciembre de 1975).

Es lo que se desprende del inciso II del artículo 24, que dispone literalmente: "En el caso de extinción total de la empresa, o del cierre de cualquiera de sus establecimientos, filiales o agencias, o incluso la supresión de parte de sus actividades, *siempre que cualquiera de estos acontecimientos implique la rescisión del contrato de trabajo*, comprobada por declaración escrita de la empresa, suplida, cuando fuese el caso, por decisión judicial, el empleado optante podrá utilizar su cuenta vinculada." El párrafo único del mismo artículo 24 aclara a su vez, con acierto, que en cualquiera de esas hipótesis (así como en las de despido directo o indirecto, culpa recíproca, fuerza mayor y extinción del contrato por plazo determinado) la libre utilización de cuenta se limita a la parte relativa al periodo del trabajo para la empresa en la cual ocurra el evento determinante para el despido del trabajador.

El autor del citado Reglamento, cuando se refiere a la cesación de las actividades económicas de la empresa, anticipa que la hipótesis estudiada presupone el rompimiento del vínculo contractual existente entre el trabajador y el empresario, lo que significa afirmar que la extinción de la empresa o de parte de sus actividades se equipara al despido injustificado. En

tal virtud, con apoyo en lo adicionado por el referido Reglamento a la Ley No. 5,107, podemos concluir como aquí concluimos, que es obligación del empleador, en tales circunstancias, depositar en la cuenta vinculada el porcentaje adicional del diez por ciento.

Esa conclusión se adapta perfectamente al principio general de derecho del trabajo brasileño según el cual el despido del trabajador por cierre o reducción, de las actividades económicas de la empresa, sin fuerza mayor, es una de las formas o modalidades de *despido injustificado*. El concepto de despido sin justa causa, para fines de depósito suplementario, en los términos del artículo 6o. de la Ley No. 5,107, que podía parecer restringido por el artículo 8o., inciso I, del mismo ordenamiento, en realidad fue restablecido en su debido lugar y con su tradicional amplitud, por el Reglamento (artículo 24, inciso II), así como por la aplicación supletoria y esclarecedora de lo dispuesto por el artículo 482 y, especialmente, por el 485, ambos de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, y además por el inciso II del artículo 8, de la Ley 5,107/66, redactado de acuerdo con el Decreto-Ley 1,432/75.

En el estudio de la dinámica del FGTS nos quedan por esclarecer cinco aspectos en relación con los casos de extinción del contrato de trabajo:

I) *Cambio de la empresa*. Como lo expresamos con anterioridad, el artículo 4o. de la Ley No. 5,107 estableció una escala ascendente de los intereses de los depósitos del Fondo de Garantía, en función del tiempo de servicios del trabajador *en la misma empresa*: tres por ciento durante los dos primeros años; cuatro por ciento del tercero al quinto año; cinco por ciento del sexto al décimo año; seis por ciento a partir del décimo primer año de vigencia del contrato.

¿Cómo se haría, entonces, la capitalización de esos intereses en caso de que el trabajador cambie de empresa?

Descubrimos la respuesta en el artículo 4o., párrafos 1o. y 2o., en relación con el artículo 20 del Reglamento:

En caso de *despido justificado* la capitalización de los intereses se reanuda para el trabajador, a partir de la fecha de su admisión por otro empleador.

Si el cambio de empresa proviene de un *despido injustificado* (directo o indirecto); término normal del contrato de trabajo por plazo determinado; fuerza mayor; culpa recíproca cesación de actividades de la empresa que determine la rescisión contractual, o el acuerdo libremente celebrado entre las partes; se continuaría la capitalización de los intereses durante el periodo de trabajo para el nuevo empresario, sin solución de continuidad.

Finalmente, en los casos de renuncia espontánea del trabajador la capitalización de los derechos debería retornar a la tasa inmediatamente inferior a aquella que venía siendo aplicada hasta el momento en que se operó la

extinción del contrato, pero a partir del regreso del trabajador al servicio en otra empresa comenzaría a contar el intervalo para el acceso a la tasa superior. Por ejemplo: si el trabajador solicitase su renuncia de la empresa cuando tenía en ella siete años de servicio efectivo, los intereses de su cuenta vinculada estaban siendo capitalizados a razón de cinco por ciento al año, de acuerdo con la escala reproducida anteriormente, y esa capitalización de los intereses bajaría, por tanto, a la tasa del cuatro por ciento. Contratado el trabajador por otro empresario, a partir de la fecha del nuevo contrato se comenzaría a contar el intervalo para que la tasa vuelva al nivel del cinco por ciento.

Debe convenirse que no existen razones que justifiquen ese complicado *sistema de idas y vueltas* establecido para el cálculo de la tasa de intereses de las cuentas vinculadas de los trabajadores renunciantes. Sería mucho más plausible y de más fácil ejecución práctica si, también en ese caso, el cómputo de los intereses se hiciese sin solución de continuidad.

Se dirá que la intención del legislador fue la de reducir la tasa de los intereses, para desalentar al trabajador que se sienta atraído por las ventajas resultantes de su separación voluntaria de la empresa. Sin embargo, es obvia la respuesta a ese argumento, ya que no es la reducción de la tasa de los intereses en la proporción de uno por ciento la que podrá detener al trabajador deseoso de recurrir a los recursos de su cuenta vinculada en las hipótesis que la ley estipula, o compelido a hacerlo por las duras necesidades que él como ninguno conoce, soporta y sufre.

Por esas razones, pero sobre todo por las dificultades prácticas de la aplicación del sistema originario de la Ley No. 5,107/66, como lo señalamos, se modificó el régimen de intereses por la Ley No. 5,705/71, de acuerdo con la tasa fija de tres por ciento al año.

Si bien esto redujo el monto asegurado al trabajador de larga permanencia en la misma empresa; por otro lado, facilitó enormemente sin duda el funcionamiento del sistema, en cuanto al cálculo de los intereses de las cuentas vinculadas.

II) *Utilización del FGTS por el empleador.* Como ya fue aclarado suficientemente, el empresario está obligado a hacer el depósito, en cuenta individualizada, tanto respecto al trabajador optante, cuanto por lo que se refiere al no optante. Es exactamente en relación a este último que se establece la hipótesis de utilización del Fondo de Garantía por el empleador.

Cuando se efectúa la extinción del contrato de trabajo del no optante, ¿cuál es el destino del depósito efectuado por el empleador y de sus accesorios (intereses y corrección monetaria) que le son acumulados *ex vi legis*?

Dos son las hipótesis: en el primer caso hay indemnización debida al no optante y el empleador podrá usar la cuenta individualizada de ese trabajador, de acuerdo con el artículo 18, inciso I, de la Ley No. 5,107, una vez

que cumpla con los siguientes requisitos: a) Utilización del saldo, hasta el límite de la indemnización que debe ser cubierta (Reglamento, artículo 33, inciso I, parte final); b) Prueba, conjuntamente con el banco depositario, del pago efectuado, destacando la parte correspondiente a la indemnización de antigüedad y satisfechas las formalidades de la legislación en vigor sobre la eficacia de la liquidación y, cuando fuere el caso, comunicación hecha por la Justicia del Trabajo indicando el valor de la indemnización a que fue condenado el empresario en virtud de sentencia irrecurrible (Reglamento, artículo 33, párrafo 1o.).

En el segundo caso no existe indemnización que deba ser pagada o, aun cuando hubiese existido el derecho del trabajador al recibo de esa indemnización, se ha terminado el plazo de prescripción para ejercitar acción judicial con ese objeto. En las dos circunstancias mencionadas el empleador podrá recibir el saldo de cuenta del trabajador no optante, mediante comprobación en esos hechos ante la autoridad del Ministerio del Trabajo (Ley No. 5,107, artículo 18, inciso II).

La prueba de la inexistencia de la indemnización se hará mediante presentación ante la autoridad administrativa, de copia auténtica de la renuncia del trabajador, siempre que se respeten las disposiciones que rodean de precauciones esas renunciaciones, o bien la comunicación de la Justicia del Trabajo informando que, por sentencia irrecurrible, fue resuelto que no existía derecho del trabajador para recibir la indemnización de antigüedad o, cuando fuere el caso, que fue decretada la prescripción de ese derecho (Reglamento, artículo 33, párrafo 2o.). Si la autoridad local del Ministerio del Trabajo considera que dicha prueba es buena y válida deberá entregar al empleador, en el plazo improrrogable de cinco días, el documento que lo autorice a retirar el saldo de cuenta del trabajador no optante en el banco de depósito (*Idem*, párrafo 3o.).

Todo gira, pues, en torno de la existencia o inexistencia del derecho, por parte del trabajador, de recibir del empresario la correspondiente indemnización de antigüedad.

La cuestión que naturalmente se plantea es ésta: ¿cómo se deberá tratar al trabajador no optante que tiene menos de un año de servicio en la empresa y que, por eso, de acuerdo con la Consolidación que le es aplicable *in totum*, no tiene derecho a indemnización?

En ese caso, al contrario de lo que sería natural esperar, la Ley No. 5,107, en su artículo 18, párrafo único, estableció un doble principio: cuando ocurre el despido sin justa causa, el trabajador no optante recibirá el saldo de cuenta individualizada (es esa hipótesis la única en que el trabajador no optante echa mano de los depósitos efectuados por el empresario).

Es obvio que el texto legal es incompleto. La extinción del contrato no se concreta en la alternativa prevista en el párrafo único, del artículo 18, de la Ley No. 5,107. ¿Cuál será el destino del depósito relativo al trabajador no optante en casos en los cuales, en rigor, no se puede hablar de despido con o sin justa causa, como en las hipótesis de fuerza mayor, culpa recíproca, extinción de la empresa, etcétera?

En nuestro concepto, todos estos casos se equiparan al despido sin justa causa, pues en realidad envuelven rescisiones contractuales inmotivadas a la luz del artículo 482 de la Consolidación y, por tanto, definidas, *ex vi legis*, como injustificadas. En consecuencia, en todas esas hipótesis, el trabajador no optante también recibirá el saldo de la cuenta individualizada, pues las mismas se encuentran englobadas en las expresiones genéricas del legislador (despido sin causa justificada).

Mas, cuando no hubiere despido, como ocurre en el caso de la renuncia espontánea del trabajador, ¿cómo se deberá proceder?

Ante la omisión de la ley, el autor del Reglamento se apresuró a solucionar el obstáculo y lo hizo de modo injusto, casi desastroso: lo lógico sería que se suprimiese la laguna del legislador por interpretación de acuerdo con el criterio más favorable al trabajador. Si, en los casos de petición de dimisión, el trabajador optante utiliza la cuenta vinculada; y en relación con el trabajador no optante con menos de un año de servicio en la empresa, la ley le da también derecho al recibo del saldo de su cuenta, se podría determinar tranquilamente que, por analogía, la laguna de la ley fuese cubierta por el pago del saldo respectivo al trabajador renunciante. Pero el citado Reglamento equiparó en su artículo 34 la solicitud de renuncia al despido con justa causa, disponiendo que el saldo de la cuenta individualizada revierte al Fondo de Garantía.

Por ello consideramos que dicha norma reglamentaria es ilegal y además injusta, pues de acuerdo con la hermenéutica el saldo debe ser pagado al trabajador, en virtud de la ineficacia de la norma reglamentaria; y en la peor de las hipótesis, si se entendiere de modo diverso, deberá ser devuelto al empresario.

En efecto no comprendemos cómo puede ampliarse el beneficio otorgado al FGTS por el artículo 18 de la Ley No. 5,107 a través de un mero precepto reglamentario, sin fuerza jurídica, y por otra parte omitir la consideración final de que la propia norma legal, inevitable por su fuerza coactiva, no contiene dentro de sí la menor justificación lógica.

La redacción del artículo 18 de la Ley No. 5,107, en el inciso II, autoriza ese razonamiento, ya que se refiere genéricamente a los casos en que no existe indemnización, lo que ocurre en las solicitudes de renuncia.

III) *Negociación de tiempo de servicio, en perjuicio de la estabilidad del trabajador.* Uno de los grandes esfuerzos del legislador y del jurista,

en el campo del derecho del trabajo brasileño, siempre fue *impedir* la negociación del tiempo de servicio del trabajador estable, por constituir dicha negociación burla a la ley, una ofensa a sus instituciones sociales y una dolorosa (por tanto digna de represión) contingencia a la que se va arrastrando al trabajador, por la fuerza irresistible de sus necesidades fundamentales.

Pues bien, si hubiese duda en cuanto a la intención de la Ley No. 5,107 de afectar a la institución de la estabilidad en sus bases históricas, bastaría la lectura del artículo 17 para concluir que el legislador brasileño legitimó los acuerdos o negociaciones hasta entonces denunciados como fraudulentos y, además, se esforzó en estimularlos.

Dispone el artículo 17, reiterado por el artículo 35 del Reglamento, que los trabajadores definitivos, reconocidos como tales hasta la fecha de publicación de la Ley No. 5,107 (14 de septiembre de 1966) *podrán negociar libremente su estabilidad*.

Dicho principio, formulado de manera tajante y dura, es en sí mismo inícuo desde el punto de vista del derecho contemporáneo.

Por otra parte, además de lo anterior el legislador fue más allá y procuró *facilitar* esa negociación, en los siguientes términos:

a) El acuerdo puede ser hecho tanto por el trabajador optante como por el trabajador no optante, según se desprende de lo dispuesto en el párrafo 1o. del artículo 17, en relación con el párrafo 1o. del artículo 35 del Reglamento, ya que tales normas no aluden a la hipótesis del trabajador optante, dándose a entender, de modo claro, que el trabajador no optante también puede negociar la estabilidad.

b) El trabajador optante, una vez que efectúa la transacción podrá mover libremente la cuenta vinculada y constituida a partir de la fecha de la opción (artículo 17, párrafo 1o.; Reglamento, artículo 35, párrafo 1o.).

c) Y para hacer más cómoda, especialmente para el empleador, la transacción de estabilidad —en una época en que la Ley brasileña sólo admite el finiquito con el pago íntegro de lo debido al trabajador, en los rígidos términos del derecho positivo en vigor— puede concluirse con el pago de una cuantía inferior a la indemnización doble a que tendría derecho el trabajador de planta, si ocurriese una de las dos hipótesis en que su dispensa sería posible, en el sistema de la Consolidación. *El valor del pago puede ser reducido hasta el límite del 60% del total de la indemnización* (artículo 17, párrafo 3o., Reglamento, artículo 35, párrafo 3o.).

d) Como medida de aparente cautela la Ley No. 5,107 (artículo 17, párrafo 2o.) y su Reglamento (artículo 35, párrafo 2o.) establecieron que la validez de la solicitud de renuncia del trabajador de planta depende de la satisfacción de las formalidades prescritas en el artículo 500 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo. Por buena que hubiese sido la intención

del legislador, en realidad tal medida poco significa, por la facilidad con la cual dichos requisitos pueden ser cumplidos en la práctica.

e) Todo el esquema normativo de esa transacción da claramente a entender, como se desprende de lo expuesto, que el acuerdo es posible entre el empresario y el trabajador de planta (optante o no) que se *retira, espontáneamente, del empleo*. Pero el Reglamento en el párrafo 4o., del citado artículo 35, dispone que la reducción del valor de las indemnizaciones dobles debidas al trabajador de planta, hasta el límite de 60%, es aplicable también al trabajador que celebra una transacción con la empresa sobre su estabilidad, pero que continúa al servicio del empleador.

Se puede poner en duda la legalidad del citado precepto reglamentario, que excede los límites de las normas legales que le sirven de fundamento, pero de cualquier forma es útil para confirmar nuestra afirmación de que, en esas normas legales y reglamentarias analizadas, el legislador se extremó en su afán de hacer sucumbir la estabilidad del trabajador brasileño.

Existe un solo aspecto en cierto modo consolador: que esa transacción está limitada a los contratos en que el trabajador *ya hubiese alcanzado la estabilidad al 14 de septiembre de 1966* (Ley No. 5,107, artículo 17, *encabezado*; Reglamento, artículo 35, *encabezado*).

En otras palabras: si el trabajador no optó, y por tal motivo alcanzó la estabilidad después de la publicación de la Ley No. 5,107, la negociación sobre el tiempo de servicio debe ser rechazada. La autorización para la celebración del convenio para los que eran definitivos en aquella fecha, implícitamente determina la negativa de la legalidad del mismo acuerdo realizado por los que conquistaron la estabilidad posteriormente.

No tenemos duda de que esa restricción fue admitida por el legislador dentro del pensamiento de que —con posterioridad a la Ley No. 5,107— nadie más adquiriría la estabilidad en la práctica. Todo indica, en efecto, que es así, en relación a los nuevos trabajadores o para los que llevaran poco tiempo de servicio en la empresa cuando entró en vigor la Ley No. 5,107. Pero respecto al pequeño sector, constituido por los que resistieron a las tentaciones de la nueva legislación, que se apegaron al profundo derecho de alcanzar la *definitividad* y sólo después de la publicación de la mencionada ley consiguieron ese objetivo, para ellos el acuerdo mutilador de la estabilidad es un acto ilícito.

Es probable que —por la corriente generalización de esas transacciones al bajo precio de 60% del valor real y legal de la indemnización— también los trabajadores que adquirieron la definitividad *después del 14 de septiembre de 1966* serán constreñidos por sus propias necesidades a la aceptación de propuestas similares por parte de sus empleadores.

Corresponde a la Justicia del Trabajo una palabra de alerta y, cuando sea necesario, una actitud correctiva.

IV) *Finiquito*. Es curioso constatar, después de tales observaciones, que el Decreto-Ley No. 1,432, de 5 de diciembre de 1975, que dio nueva redacción al párrafo 2o., del artículo 6o., de la Ley No. 5,107/66, exige que los importes pagados según el régimen del FGTS figuren expresamente en el recibo de finiquito, contrato de trabajo, de acuerdo con las normas contenidas en el artículo 477 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, de modo que el *finiquito sólo exime al empresario de los valores ahí consignados*.

Esa limitación de la eficacia del finiquito al valor consignado, y que restringe la transacción extrajudicial, es en cierto modo contradictoria, porque la propia ley permite la transacción libre y franca de la estabilidad que es el derecho de mayor importancia reconocido por la legislación brasileña.

V) *Falta de depósito por parte del empleador*. La falta del pago de los depósitos debidos al FGTS por el empresario está regulada por el artículo 19 de la Ley No. 5,107/66, tantas veces mencionada. En su redacción actual, proveniente del Decreto-Ley No. 1432/65, el empresario responderá por la corrección monetaria y por la capitalización de los intereses que favorecen a las cuentas vinculadas, y queda sujeto a las multas establecidas en la legislación del impuesto de la renta y a las sanciones y obligaciones que le sean impuestas por la ley (en el caso, por el Decreto-Ley No. 368, del 19 de diciembre de 1968).

En la práctica han sido tan reiterados los casos de incumplimiento por parte del empleador, de sus obligaciones para con el FGTS —con sucesivas acciones ante la Justicia del Trabajo, iniciadas por los trabajadores— que, hace algún tiempo, se viene sustentando la conveniencia de modificar la legislación vigente para que los órganos administradores del FGTS *paguen* al trabajador lo que le sea debido, inclusive cuando falten las contribuciones del empresario, con acción posterior contra el deudor moroso. Sin embargo hasta este momento no se ha llegado a una solución positiva sobre ese grave problema. A favor de la idea interior existe el principio del derecho de seguridad social, de acuerdo con el cual los beneficios debidos al asegurado deben ser cubiertos, aun cuando las contribuciones respectivas se encuentren en mora.

5. Conclusión

A través del estudio analítico del Fondo de Garantía, contamos con los elementos necesarios para la formulación de algunas ideas a propósito de la importancia teórica y práctica de la legislación actual.

Son conocidas las deficiencias del sistema brasileño sobre estabilidad. Nosotros apuntamos las principales en las páginas anteriores. Falta, no obstante, saber si la fórmula legislativa establecida actualmente y puesta en

ejecución corresponde profundamente a los anhelos del moderno derecho del trabajo y a los intereses más recientes del Brasil.

No es fácil establecer las verdaderas razones determinantes de la adopción del sistema de Fondo de Garantía.

Es posible que el legislador haya observado, con extensión y profundidad, los defectos del régimen tradicional de estabilidad y procurado, a través de fórmulas aritméticas, llegar a otras soluciones, al mismo tiempo provechosas para el trabajador y para el país.

Sin embargo no estamos convencidos de que ese objetivo hubiese sido alcanzado.

Para nosotros, el primer error de esa legislación reside en el hecho de que fue el resultado de reflexiones y discusiones que tuvieron por cuna y escenario al antiguo Ministerio de Planeación y no el Ministerio del Trabajo.

La audiencia del primero era aconsejable, incluso indispensable, pues ahí se encontraban entonces los mejores técnicos brasileños y sus opiniones, en último análisis, eran vitales para el establecimiento en el país de un sistema de la naturaleza del Fondo de Garantía. El equívoco residió en haberse minimizado el papel del Ministerio del Trabajo en el estudio del problema, pues ese organismo, siendo la válvula de comunicación entre el gobierno y los trabajadores, es o debe ser siempre sensible a las reivindicaciones sindicales y enfoca los problemas a través del prisma del equilibrio entre las clases, o de la protección debida al asalariado. El Ministerio del Trabajo hubiese podido, dentro de ese punto de vista, ofrecer contribuciones útiles a la formulación y de los principios de las normas sobre el Fondo de Garantía, que correspondió casi exclusivamente, al Ministerio de Planeación, el cual entregó al del Trabajo el proyecto de ley, por así decir, como *acto consumado*, aceptando sólo sugerencias que lo perfeccionaran sin desfigurarlos.

Era una señal de los tiempos. En aquella época había comenzado en Brasil la lucha dura y áspera contra la inflación y uno de los expedientes usados en esa batalla fue la limitación de las leyes laborales. No se pensó únicamente en la revisión de la política salarial, sino que igualmente se forzó el derecho positivo a ciertos retrocesos, a través de numerosas leyes que, en condiciones políticas normales, no hubiesen merecido seguramente el apoyo de las mayorías parlamentarias.

Nunca nos pareció más lúcida la orientación gubernamental brasileña como en aquel momento —que hasta hoy se prolonga— en el que debía considerarse acertado el combate sin tregua contra la inflación. Pero nunca admitimos que en esa guerra cívica fuesen transformadas en armas de ataque las leyes que —según la jerga conocida y sospechosa— fácilmente podrían ser (y fueron) acusadas de reaccionarias.

Debe elogiarse que se impidiera a la legislación laboral una evolución a ritmo acelerado y por rumbos inciertos, contribuyendo al proceso inflacionario, pero algo muy diferente es la aplicación de medidas que hagan retroceder al derecho del trabajo, en su papel de conservador del orden a través de la reglamentación de las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Esos retrocesos legislativos reprimen las aspiraciones populares y, llevados a límites extremos, facilitan una explosión social de efectos incontables.

Si mayor hubiese sido el margen de intervención y de discusión del Ministerio del Trabajo en el encauzamiento inicial del proyecto que creó el Fondo de Garantía, posiblemente otra hubiera sido su forma definitiva.

Estas palabras revelan confianza en la actuación del Ministerio del Trabajo como institución.

Se argumentó en esa época, usando otro género de justificación, que el nuevo sistema contribuiría a la atracción de capitales privados extranjeros, tan necesarios a la vida económica brasileña y que se sabía eran hostiles a la institución de la estabilidad, como limitación al derecho del empresario inversionista de despedir en cualquier momento a sus trabajadores y, asimismo, de encerrar a la explotación económica sin grandes recargos económicos inmediatos y globales.

Es posible que el Fondo de Garantía haya provocado ese estímulo a la vida económica del Brasil, pero si nos situamos en terrenos extrajurídicos podemos pensar, igualmente, en otro fenómeno, lateral al primero y del todo negativo: la supresión de la estabilidad al ayudar al inversionista extranjero, creador de nuevas empresas, puede también, al suspender los frenos de las pesadas obligaciones sociales, facilitar la adquisición de empresas brasileñas por el propio inversionista extranjero.

Si el inversionista creador es benéfico a la nación, especialmente cuando se dirige a las áreas fundamentales menos desarrolladas y necesarias al desarrollo, la enajenación de nuestro sector industrial debe considerarse desastrosa para la economía del país.

Estamos seguros que esa consecuencia no fue en ningún momento deseada por los legisladores del Fondo de Garantía, pero constituye el resultado inevitable del sistema actual que, si se hubiese previsto de antemano, tal vez hubiese servido de elemento moderador a las medidas radicales de la Ley No. 5,107 de 1966 y de las disposiciones subsecuentes.

Retornando al terreno estrictamente jurídico en el cual nos movemos con cierta libertad, no tenemos la menor duda en afirmar nuevamente nuestro pensamiento de que la legislación del Fondo de Garantía representa un paso atrás en el derecho positivo brasileño.

Uno de los principales esfuerzos del derecho del trabajo contemporáneo se vincula directa y estrictamente a la *democratización de la empresa*, y esa democratización no opera sólo a través de los conocidos sistemas de participación en las utilidades, en el capital y en la administración, sino también a través de la transformación de la empresa en un *campus* comunitario en el cual se pueda estrechar el íntimo y fecundo engranaje del viejo binomio empresario-trabajador.

En la empresa moderna capitalista pero democrática los obreros y los empleados en general pierden su papel de accesorios de la producción y ocupan la posición correcta y noble de piezas orgánicas del engranaje empresarial y por ello no pueden ser expulsados de la empresa sin razón, según el criterio arbitrario y unilateral del empleador. Por el contrario, para despedirlos el empresario debe justificarse —ante los órganos internos de la empresa (o del sindicato, según el caso) y ante los órganos del Estado— fundamentando su decisión en la indebida conducta del trabajador o en relevantes intereses sociales (inclusive de la propia empresa).

No consideramos, en esos términos, democrática la empresa tradicional, dominio exclusivo del empleador y en la cual la permanencia del trabajador dependía del buen humor o de las idiosincrasias patronales. La estabilidad —como derecho de permanencia en el empleo en cuanto no exista razón social fuerte e imperativa que la impida— es por ello causa y al mismo tiempo efecto de la democratización de la empresa moderna.

El reconocimiento de la estabilidad en el derecho positivo brasileño representó una temprana toma de posición en el buen sentido, y nació en leyes de naturaleza paternalista, como era propio de la época, esa institución jurídica representó, desde el primer instante, una idea en marcha introducida casi instintivamente, pero de categóricos resultados en la vida laboral brasileña.

Cuando otros Estados adoptaron formas análogas, y en algunos puntos más avanzadas, era de esperar que el legislador brasileño al recibir el impulso necesario se sintiese estimulado para superarse a sí mismo y para sobrepasar los lineamientos trazados por el derecho anterior.

Nada de eso ocurrió: la legislación del Fondo de Garantía situó nuevamente al trabajador en la posición incómoda (e intolerable) de accesorio secundario de la empresa, removable según el criterio exclusivo del empleador, y estimulado a abandonar el empleo a cambio de dinero; creándose un sistema de saqueos desordenados de los depósitos de cuentas vinculadas, que ya preocupa a los administradores del FGTS.

Más aún: esa legislación facilita el privilegio patronal de despedir sin motivo, permitiendo el pago anticipado (en módicas prestaciones mensuales) de la indemnización de antigüedad, debida en principio globalmente, sólo en el acto de rescisión contractual.

En tal virtud, la cuestión medular, en la crítica que oponemos al sistema del Fondo de Garantía, es de orden doctrinal: tal sistema, al abolir la estabilidad, representa a un mismo tiempo el retroceso del derecho positivo brasileño e implica doblegar de manera lamentable el principio luminoso del derecho del trabajo en esta segunda mitad de nuestro siglo.

En ese sentido, dicho sistema no merece aplauso y en el estricto sentido de la palabra es tremendamente reaccionario.

Es suficiente considerar que en la actualidad nadie niega la certeza de nuestras previsiones, formuladas hace más de diez años; el sistema del FGTS contribuyó a una excesiva *rotación* de la mano de obra y al desempleo de los trabajadores de más de cincuenta años.

De ese modo llegamos al núcleo íntimo del problema para afirmar —como lo expresamos en otras ocasiones— que en nuestra opinión el Fondo de Garantía es *intrínsecamente* nocivo para los intereses del trabajador, considerados esos intereses en *forma macroscópica* dentro de la empresa y de la comunidad.

No ocultamos tampoco que *formalmente*, y sobre todo apreciando los intereses personales o particulares de determinados trabajadores, el Fondo de Garantía ofrece diversas ventajas. Nos referimos a los casos en que el trabajador renunciante, jubilado, fallecido o despedido (con justa causa o por terminación del contrato por plazo determinado) recibe, personalmente, o deja a sus dependientes sumas no comprendidas en el sistema de la Consolidación. Por tanto esa constatación depende de que se atribuya a la cuestión dimensiones *microscópicas*, desvinculando la conveniencia individual de cierto trabajador, del interés general de la categoría o de clase a que pertenece y del proceso de redención social en que las mismas están empeñadas.

En cierta ocasión, cuando hicimos la comparación, con el lápiz en la mano, entre las cifras indemnizatorias aseguradas por la Consolidación y por el Fondo de Garantía, llegamos a la conclusión de que éste, en general, es más ventajoso. Allí está, precisamente, uno de los aspectos de la legislación del FGTS que revela la intención de sus autores: a fin de *atraer* al trabajador al ámbito del nuevo sistema, la ley otorga al optante ventajas económicas que *niega* el trabajador no optante.

Ahora bien, todas las ventajas concedidas al optante pudieron y pueden ser otorgadas, en los mismos términos, al no optante. La ley, haciendo la distinción, usó un expediente sutil: utilizó las debilidades del trabajador, jugando con ellos para obligarlos a optar por el nuevo régimen jurídico.

Los flaquezas, las necesidades y la propia ignorancia de los trabajadores fueron los que determinaron el triunfo en la gran jugada del Fondo de Garantía, y hasta la actualidad constituyen las brechas principales que permiten el éxodo del sistema de estabilidad para el Fondo de Garantía. esto

es, del plano tradicional hacia el plano promisorio que ofrece ventajas y dinero, que son negados a los que insisten en permanecer en el ámbito normativo de la Consolidación.

Por lo mismo resulta conmovedor destacar, como lo hicimos en páginas anteriores, el espléndido espectáculo de la reacción sindicalista cuando se divulgó en Brasil el proyecto de ley del Fondo de Garantía.

No nos sorprendió que los juslaboristas se hubiesen puesto de pie para discutir el proyecto e impugnarlo. El hecho histórico admirable, que reveló la pujanza de la vida laboral brasileña, es que la mayor, más unida y más vibrante acción partía de los propios sindicatos. No era una lucha política. No se pensaba en la reivindicación salarial o de la huelga. Era la defensa del principio que, en verdad e intrínsecamente, estaba en la raíz de las grandes reivindicaciones sobre la moderna posición del trabajador en la empresa, aun cuando formalmente contrariase los intereses personales e inmediatos de los trabajadores.

A pesar de lo anterior, los sindicatos lucharon en la medida de sus fuerzas contra la nueva ley y hasta el presente continúan luchando, en parte por el retorno a la estabilidad, en una campaña que en estos días, por el rápido proceso político de democratización del país, adquirió nuevo vigor y nuevas perspectivas de éxito frente a los obstáculos de los intereses opuestos.

Por lo tanto, ante el problema los sindicatos brasileños tuvieron esa necesaria sensibilidad, casi intuición, que deriva del radar moral, que permite a las clases la previsión anticipada de los grandes acontecimientos.

Si hubiese duda en cuanto a la procedencia de esas observaciones, bastaría recordar la situación paradójica que se creó en Brasil como consecuencia de la polémica abierta: ya que de un lado los empresarios insistían en la excelencia del Fondo de Garantía y en las ventajas en él originadas para la clase trabajadora; de otro lado los sindicatos combatían contra su establecimiento y denunciándolo como nocivo a los trabajadores.

Quien conozca las divergencias y las posiciones de los trabajadores y empleadores en América Latina percibirá las razones de esa contradicción esencial. La posición más sincera era la adoptada por los trabajadores, ya que ellos no se lanzarían —a no ser por motivos políticos ajenos totalmente en esta hipótesis— contra una ley que les fuese benéfica, ni los empresarios se movilizarían en favor de una ley que no les trajese sensibles ventajas.

La doble posibilidad de *opción* y de *retractación de la opción* constituye, en ese panorama, la puerta abierta a la supervivencia de la estabilidad. La existencia paralela de dos sistemas —la coexistencia del Fondo de Garantía y de la estabilidad, como regímenes permanentes— constituyó de hecho una victoria, aun cuando parcial.

Los organismos responsables, ante la opción otorgada al trabajador, hicieron una larga y dispendiosa campaña de propaganda en favor del

nuevo sistema, pero, en la práctica fue notoria la actitud de los trabajadores: pocos abandonaron la estabilidad.

Sin embargo, en la actualidad está ocurriendo lo que todos saben e inclusive fue denunciado hace algunos años por el entonces ministro de trabajo, senador Jarbas Passarinho, en declaración de prensa: al ser admitido el trabajador es obligado a optar por el Fondo de Garantía y la misma coacción se ejerce contra el trabajador con poca antigüedad en la empresa.

La opción, pues, tiende a tornarse irreal: el operario, en forma general, no puede rechazar su filiación al Fondo de Garantía so pena de perder el empleo que ocupa o anhela. La posibilidad de retractación posterior no se concilia con el constreñimiento ejercido contra él: y por otra parte, la retractación se tramita a corto plazo y, por eso, nunca tendrá el trabajador, como escudo, un tiempo de servicio capaz de ofrecerle condiciones para enfrentarse a la coacción patronal.

Esa coacción, más que la propaganda del gobierno, fue la llave que abrió las puertas del Fondo de Garantía para un número significativo de trabajadores brasileños.

A pesar de eso consideramos de extraordinario valor la *opción*, ya que gracias a ella perdura en la ley vigente el sistema clásico de la estabilidad, razón por la cual subsiste la hipótesis del retorno al reino de la propia institución.

Queremos esclarecer bien esa afirmación.

Estamos hoy convencidos de que el Fondo de Garantía es irreversible, ya que no vemos condiciones para suprimir la extraordinaria fuente de ingresos que él representa para el desenvolvimiento de los planes habitacionales del país y, por otra parte, es posible que el Fondo de Garantía sea un estímulo, demasiado valioso para ser abolido, respecto de la red bancaria brasileña, que todos los meses recibe la inyección de una extraordinaria cantidad de dinero, correspondiente al 8% del salario pagado en todas las actividades económicas brasileñas (excepción hecha de la agricultura).

Todo indica que no es conveniente esperar que el poder público renuncie a esos importantes recursos, provechosos para varios sectores de la vida nacional.

A pesar de lo anterior, seguimos pensando —y cada vez más seriamente, a medida que pasan estos años de experiencia sobre el Fondo de Garantía— que ha de llegar el día, más temprano o más tarde, en que el legislador, volviendo a las fuentes de nuestro derecho positivo y a los horizontes del derecho del trabajo, meditará en la revisión de las leyes actuales.

Cuando eso ocurra (y así ocurrirá), es probable que el Fondo de Garantía pierda el carácter que le fue atribuido y que actualmente se define como *sustituto de la estabilidad del trabajador* y se transforme en lo que debería

haber sido desde el principio, como un valioso, valiosísimo, instrumento *subsidiario* de la estabilidad.

No pretendemos, por tanto, la *abolición* del Fondo de Garantía, sino que esperamos que se llegue algún día a la *superposición* de los dos sistemas, ya que al abandonarse el paralelismo actual podrán ser considerados dos hemisferios yuxtapuestos.

Para que eso se vuelva posible —lo afirmamos sin incurrir en contradicción— el Fondo de Garantía debe volverse *obligatorio para todos los trabajadores*.

La estabilidad, como indicamos anteriormente en este ensayo con apoyo en los ejemplos del derecho comparado, no será privilegio de una pequeña mayoría de los trabajadores que completen diez años de servicios en la misma empresa; sino que será derecho asegurado genéricamente a todos, después de vencido el plazo experimental de prestación de servicios.

El Fondo de Garantía será lo que su nombre indica: la seguridad del pago de la indemnización correspondiente al tiempo de servicio o de las reparaciones pecuniarias resultantes de la reinstalación. No habrá, pues, opción entre el sistema de Fondo de Garantía y la estabilidad, ya que el primero será garantía de la segunda, en la medida en que ésta determine el pago de sumas de dinero.

El Fondo de Garantía, constituido por la contribución individualizada del empresario en relación a todos los trabajadores de la empresa, conformará la seguridad anticipada de lo que implica pecuniariamente la estabilidad, y el trabajador ya no dependerá de los azares notorios de la ejecución de la sentencia o de la efectiva disponibilidad del empresario.

Sin alterar el régimen de estabilidad previsto en la Consolidación de las Leyes de Trabajo, es perfectamente plausible esa superposición o suma de dos sistemas, ya que así se asegura la estabilidad del trabajador, en los términos tradicionales del derecho positivo brasileño, y se mantiene el Fondo de Garantía con las ventajas que del mismo puedan resultar para los planes gubernamentales.

En cuanto a todas las ventajas que la Ley No. 5,107 atribuye actualmente a los trabajadores optantes, pero que niega a los trabajadores no optantes, con la mayor facilidad pueden ser incorporadas al sistema general de la Consolidación para lo cual bastan algunas palabras del legislador, sin contratiempos prácticos o doctrinales.

Si todo eso acontece, y por sorprendente que parezca, al final de todo, al examinar los residuos de la historia, ésta nos mostrará que la legislación del Fondo de Garantía habrá sido de utilidad para el perfeccionamiento del derecho brasileño del trabajo, particularmente en lo que se refiere a la estabilidad del trabajador en la empresa. Pero para que así sea debe ser sustancialmente modificado.

La idea central de esa metamorfosis legislativa, en último análisis, se encuentra en el hecho incontrovertible de que el Fondo de Garantía, *en sí mismo*, no excluye la estabilidad y de que las ventajas hoy otorgadas al trabajador optante pueden ser extendidas a todos los trabajadores. El sistema normativo en vigor es ofensivo para la estabilidad; pero nada impide, sin embargo, su utilización para asegurar la eficacia del sistema tradicional.

El resultado, con todo, dependerá siempre del celo y de la eficacia con que el Fondo de Garantía sea administrado, tanto en la situación actual (que criticamos) como en la que anhelamos para el mañana.

Está presente en la memoria de los brasileños la euforia ilusoria de los primeros momentos de la Seguridad Social, enriquecida por las cuantiosas contribuciones de trabajadores y empresarios de todo el país. Poco después, a la hora de la distribución de las prestaciones, ese apreciable patrimonio, desgastado por malversaciones y también por la corrupción política, se volvió insuficiente para el desenvolvimiento de un programa efectivo en beneficio de sus asegurados en el territorio brasileño y en los múltiples sectores de los seguros sociales adoptados por la ley.

Es de desear que lo mismo no ocurra, por falta de previsión o de cuidado, con el Fondo de Garantía. Su destinación es específica y no puede ser menoscabada por los intereses momentáneos de la vida brasileña, so pena de poner en riesgo el equilibrio de la realidad laboral pacífica y patrióticamente deseada para los destinos de la comunidad nacional brasileña.

Esos riesgos se agravan por las dificultades prácticas de una eficiente administración de las reservas y de los depósitos del FGTS. El dinero del Fondo de Garantía —lo hemos dicho varias veces— es un dinero *extremadamente caro*: desde el momento de su depósito en la cuenta bancaria vinculada rinde intereses y corrección monetaria, aun cuando no hubiese llegado a los cofres del órgano de la administración.

Su aplicación tiene que ser, pues, inmediata y eso no es fácil. Además de inmediata, la aplicación tiene que ser hecha con tanta habilidad que pueda cubrir, a través de sus resultados, no sólo los intereses y la corrección monetaria, sino también los gastos de la propia administración del sistema.

Por tratarse de un *dinero caro*, los depósitos del FGTS aplicados a operaciones, también son onerosos para el tomador de empréstitos y de ahí la tremenda dificultad de alcanzar el objeto principal del FGTS: la intensificación del plan habitacional popular.

El trabajador no tiene, generalmente, los medios para soportar los cargos crecientes (originados, sobre todo, por la corrección monetaria) que recaen sobre el valor inicial del empréstito inmobiliario. Esa es la razón de tantos fracasos y frustraciones por parte de los trabajadores, en los proyectos de construcción de la casa propia, con financiamiento del Banco Nacional de Habitación.

A nuestro entender, la única solución —típicamente social— sería dar a la corrección monetaria un sentido compatible con la vida moderna. No es posible que el industrial que obtiene empréstitos para la ampliación de su campo de actividad económica, recibiendo millones de cruzeiros, se encuentre sujeto a la misma tasa de corrección monetaria que recae sobre el modesto empréstito inmobiliario concedido a los trabajadores de bajos ingresos.

La corrección monetaria tendría un sentido social cuando se cree un sistema escalonado que considere el valor del empréstito, su destino y las condiciones personales del beneficiario. Puede ser que así los depósitos del FGTS reúnan las condiciones necesarias para ser aplicados en provecho efectivo del trabajador, especialmente en lo que se refiere al sueño de todos los hombres, de poseer una morada digna, de su propiedad, para sí y sus familiares.

La rápida visión retrospectiva de las leyes brasileñas sobre la estabilidad del trabajador —y aquí concluimos— indica tres momentos sucesivos marcados en el tiempo.

Hay un instante inicial en que la legislación brasileña arranca valerosamente con ímpetu innovador, en el sentido de la adopción de la estabilidad del trabajador después de diez años de servicio en la misma empresa.

En los años posteriores, en un largo “intermedio”, el derecho positivo marca el paso, a punto de ser superado por las legislaciones extranjeras.

Hoy, finalmente, las normas sobre estabilidad retroceden y se debilitan en una retirada que contraría el rumbo del derecho del trabajo moderno.

Si hubiese duda sobre el hecho de que la estabilidad es un punto cardinal en la rosa de los vientos del derecho del trabajo moderno, bastaría recordar la iniciativa innovadora del artículo 123 de la Constitución Mexicana de 1917 y, posteriormente, las normas de aplicación inmediata adoptadas, como vimos, por el legislador brasileño a partir de 1923.

Por otro lado, el estancamiento de la ley brasileña, en materia de estabilidad absoluta del trabajador en el empleo, contrasta con la rápida evolución que se registró, inclusive en Europa, en torno de ese tema, a partir de la ley expedida en 1951 en la República Federal de Alemania y de las disposiciones legales del derecho positivo español, al que se sumaron tiempo después, en la década de los 60, las leyes italianas.

La Recomendación No. 119, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo en 1963, sobre la necesidad de que se efectúen crecientes restricciones al derecho del empresario de poner fin unilateralmente y sin motivo razonable a la relación de trabajo, tuvo profundas repercusiones en todo el mundo contemporáneo. Esa es la impresión que fácilmente se extrae de los informes sobre la referida recomendación, presentadas en resumen ante la propia OIT (Conferencia Internacional del Trabajo, 59a. Reunión, 1974, Informe III, Parte 2, Ginebra). Son en verdad impresio-

nantes las conclusiones a las que llegaron los integrantes de la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, al evaluar los efectos de la Recomendación No. 119 en el derecho interno de todas las naciones del mundo (Conferencia Internacional de Trabajo, 59a. Reunión, 1974, Informe III, parte 4/B, Ginebra).

En esas conclusiones los expertos de la OIT afirmaron expresamente:

El número considerable de respuestas de los gobiernos refleja la importancia de la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo y el creciente interés que en todas partes del mundo despiertan estos problemas y su solución. Las medidas tendientes a garantizar la seguridad en el empleo responden a una aspiración fundamental, que hoy en día es sentida con fuerza por todos los países, sea cual fuere su nivel de desarrollo económico.

Y más adelante afirma:

El rasgo esencial de la Recomendación reside, pues, en la enunciación del principio reconocido internacionalmente de que el empleador no debería proceder a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa (p. 93).

La consagración del principio de estabilidad absoluta, en su forma actual, se encuentra allí en la postura de los técnicos de la OIT: O hay un motivo legítimo (falta grave, incapacidad profesional, nuevas necesidades tecnológicas de la empresa) y el trabajador puede ser despedido; o, no existiendo ningún hecho que legitime la separación del trabajador por acto unilateral del empresario, tiene el primero la prerrogativa —implícita en su condición de persona y de trabajador— de permanecer, indefinidamente, en el desempeño de su profesión, en la empresa que lo contrató.

La rapidez con que la Recomendación No. 119 se proyectó en el gran escenario de nuestra época se puede justificar por la trascendencia del tema y por la tendencia universal de afrontarlo a través del reconocimiento de la *estabilidad progresivamente mayor del trabajador en el empleo*. En ese sentido, es capital esta otra conclusión de los expertos de la OIT, en el informe citado:

Desde su adopción en 1963, *en más de veinte países* se han adoptado nuevas leyes y convenios colectivos de aplicación general que establecen o mejoran la protección contra el despido injustificado: Bielorrusia,

Chile, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, India, Iraq, Italia, Kenia, República Kehmer, Libia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, Nueva Zelandia, Panamá, Perú, Reino Unido, Rwanda, Singapur, Suecia, Ucrania, URSS (p. 94).

No todos estos países llegaron al régimen de estabilidad absoluta; mucho menos a admitir el derecho del trabajador a exigir que el empresario *cumpla el contrato*, en la forma del artículo 123, fracción XXII, inciso A, de la Constitución Mexicana reformada en 1962. Sin embargo, ese conjunto de informes pone de manifiesto la irresistible tendencia al reconocimiento del derecho del trabajador al empleo, excepción hecha en el caso de una *causa justificada*, que puede resultar de una *falta grave del trabajador* (que le priva el derecho a la indemnización) o del *interés relevante de la empresa* (hecho que no exime al empresario de la indemnización de antigüedad). Esa afirmación, en una sola palabra, está en la línea de aquellas que incluyen el *derecho al trabajo* entre los *derechos humanos fundamentales*, definidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, más tarde, confirmados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se dirá tal vez que el siglo xx está llegando a su término y que para el siglo xxi nada de eso tiene gran importancia. Estamos en la orilla de una idea nueva. En la *Era Tecnológica* que ahora comienza, desaparecerán los problemas de empleo y desempleo que dominan la sociedad industrial, como escribió Zbigniew Brzezinski. Los futurólogos tal vez tengan razón cuando dicen que en el apogeo de la *tecnología* las instituciones laborales —como los días feriados, el descanso semanal, la participación de utilidades, la estabilidad, etcétera— serán preocupaciones obsoletas. La cuestión esencial pasará a ser el bienestar y el destino del ocio de millones y millones de trabajadores manuales que, a pesar de estar sujetos a un sistema eficiente de Seguridad Social, se encontrarán perplejos y asustados por no poseer un objetivo profesional definido.

Como escribimos en otra oportunidad:

Esa no es por ahora nuestra meditación. Vivimos en el siglo xx. Para nosotros —hombres de esta centuria y dentro de ella, ciudadanos de países subdesarrollados— más importante que pensar en los siglos venideros, con todas sus maravillas, es atender las realidades contundentes que nos rodean, nos hieren y esperan de nosotros respuesta o soluciones.

Nuestra época está hecha de esas realidades. El futuro, al contrario, está hecho de expectativas. Los siglos que han de venir pertenecen al tiempo. Nuestro siglo pertenece a nosotros mismos.