

PRIMERA PARTE

ESTABILIDAD RELATIVA

1. Distinción previa	13
2. Rescisión de los contratos por plazo indeterminado	14
A. Periodo de prueba	14
B. El aviso previo	15
C. Indemnización de antigüedad	18
3. Rescisión de los contratos por tiempo determinado	21
A. Indemnización por despido injustificado o por injusta rescisión del contrato por iniciativa del trabajador	21
B. Cláusula de rescisión anticipada	23
C. Rescisión por tiempo determinado de los trabajadores de la industria de la construcción civil	23
D. Rescisión del contrato de los trabajadores de la zafra ..	25
4. Despidos indirectos	28

PRIMERA PARTE

ESTABILIDAD RELATIVA

1. *Distinción previa*

El estudio de la llamada estabilidad relativa debe ser hecho en función de la naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo.

Las reglas que la disciplinan son totalmente diversas, según se trate de un contrato de trabajo por tiempo determinado o indeterminado. En el contrato por plazo indeterminado, a medida que el tiempo transcurre, el trabajador se vincula cada vez más estrechamente a la empresa. En ese sentido se vuelve más difícil, para el empleador, imponerle el despido injustificado. Con el tiempo el trabajador se arraiga en la empresa. El despido injustificado le causa un mayor daño y le proporciona el derecho de recibir una indemnización mayor, ya que debe ser proporcional al tiempo de servicio, siguiendo el criterio *forfaitaire* tradicional.

En el contrato por plazo determinado, sucede lo contrario: los derechos del trabajador, ante una eventual rescisión injusta del contrato por iniciativa del empresario, disminuyen con el paso del tiempo. El transcurso de los días y los meses, en ese caso, lo aproximan al término natural de la prestación de servicios. Es lo contrario de lo que ocurre en relación con los contratos por plazo indeterminado, pues, el tiempo desvincula, progresivamente, al trabajador de la empresa (ver, a propósito, nuestro *Contrato individual de trabajo*, 2a. ed., Sulina, 1968, Porto Alegre).

Ése es el principal fundamento de la lucha declarada en las fronteras del derecho de trabajo contra los contratos de tiempo determinado, ya que constituyen, en el fondo, un obstáculo para la estabilidad del trabajador al señalar la transitoriedad de su permanencia en la empresa.

En virtud de que la estabilidad (como se ha definido anteriormente) es el derecho de la permanencia en el empleo aun contra la voluntad del empresario, cuando no existen razones graves que justifiquen la desvinculación del trabajador, se comprende hasta qué punto el contrato por tiempo determinado es contrario a ese principio que constituye uno de los objetivos principales del derecho del trabajo contemporáneo.

Por esto mismo es comprensible la actitud del legislador brasileño que restringe, a través de normas de naturaleza imperativa, la celebración de

dichos contratos, ya sea reduciendo las hipótesis de su admisibilidad, aumentando los requisitos de su eficacia, o bien, finalmente, limitando el plazo máximo de su duración (ver Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967, que modificó numerosos preceptos de la Consolidación de las Leyes de Trabajo).

2. *Rescisión de los contratos por plazo indeterminado*

El despido del trabajador por un acto unilateral e injusto del empleador genera derechos que son delimitados, fundamentalmente: *a*) por el tiempo de labores, y *b*) por la mayor remuneración que el trabajador haya obtenido durante el periodo en que prestó servicios al empleador.

Esa escala ascendente de derechos del trabajador puede ser distribuida en tres niveles: *a*) el trabajador con menos de un año de servicios (periodo de prueba); *b*) el trabajador con más de uno y menos de diez años de servicios (estabilidad relativa); *c*) el trabajador que completó diez años de actividad efectiva en la empresa (estabilidad absoluta).

A. *Periodo de prueba*

La legislación brasileña establece, desde sus orígenes, que los doce meses iniciales de trabajo en la empresa constituyen el llamado “periodo de prueba”, durante el cual el trabajador puede sufrir, en cualquier momento, el despido deliberado del empleador sin que tenga derecho a *ninguna indemnización*. (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 477 y 478).

El “periodo de prueba” constituye una situación de inestabilidad del trabajador. Ésa es la razón por la cual el plazo establecido por la ley nos parece, desde luego, excesivamente largo. No obstante, esa norma tradicional del derecho brasileño, que de ningún modo armoniza con la realidad moderna del derecho del trabajo, ni con los nuevos métodos tecnológicos de producción, ha resistido a todas las tentativas de reforma.

Por otro lado las expresiones del legislador, señalando que durante el plazo de prueba el trabajador no tiene derecho a *ninguna indemnización* hicieron que, en cierta época, la doctrina sustentase ampliamente que el trabajador, en el caso de despido injustificado, durante el “periodo de prueba”, no tenía derecho ni a indemnización de antigüedad, *ni tampoco al pago del aviso previo* que no le hubiere sido dado por el empleador.

Esa tesis fue rechazada con el argumento de que el aviso previo no es una *indemnización* sino el pago del *salario* relativo al plazo de notificación debida por el empresario al trabajador injustamente despedido y que el

primero no entregó. Este *concepto*, del pago del valor del aviso previo no cubierto, tiene la utilidad de limitar la aplicabilidad de la referida norma de la Consolidación, sustrayendo de su ámbito a la referida institución del aviso previo. Aun ahora, sin duda, ésta es la orientación de la doctrina y de la jurisprudencia brasileñas; pero su fundamento actual es totalmente distinto. El aviso previo es salario sólo cuando se cubre oportunamente en el momento de la notificación; pero *cuando no se entrega* se transforma en una obligación incumplida por el empleador y a la que corresponde el derecho del trabajador de exigirle el pago de una indemnización especial (indemnización sustitutiva del aviso previo), ya que de acuerdo con las técnicas tradicionales de las obligaciones contractuales su incumplimiento se traduce en una indemnización.

En consecuencia, esa indemnización *sui géneris* no debe confundirse con la indemnización de antigüedad; ya que la primera está regida, en capítulo especial, que se inicia con el artículo 487 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo, en tanto que la segunda se encuentra comprendida en la disposición del artículo 477, del mismo código, en la parte en que ese precepto establece que durante el “periodo de prueba” el empresario no está obligado a cubrir indemnización (de antigüedad, en este caso).

B. *El aviso previo*

El aviso previo —que encuentra sus orígenes históricos en la legislación comercial del siglo XIX y no únicamente en el Código Civil de 1916— constituye, según se desprende de lo expuesto anteriormente, el derecho básico y menor del trabajador injustamente despedido.

La ley laboral recoge la institución del aviso previo de las leyes de derecho privado, y, después de las dudas iniciales y de algunas reformas del texto en vigor, la ha ampliado en la actualidad para comprender, en primer lugar, una figura vinculada exclusivamente a la rescisión injusta del contrato de trabajo y, en segundo término, sólo en los casos de rescisión injusta del contrato *por tiempo indeterminado*.

A nuestro entender el aviso previo, que presupone la permanencia del trabajador en la empresa, incluso por plazo determinado, después de la decisión del empleador de despedirlo, es inadmisible en los casos de incompatibilidad personal entre el trabajador y sus superiores jerárquicos. Es lo que ocurre por ejemplo, en el caso de agresión física cometida por el trabajador contra el empleador.

Sin embargo existen otras faltas que por su naturaleza, incluso cuando justifican el despido, llevan el aviso previo a fin de dar oportunidad a que el trabajador obtenga nuevo empleo, que es fuente de vida para él y para

su familia. Así, sucede por ejemplo, en la negligencia por ausencias injustificadas al trabajo o en la práctica constante de juegos de azar, hipótesis en las que no existe, entre los contratantes, incompatibilidad personal que impida la continuación, por algunos días más, del contrato de trabajo.

Por otro lado, la ley brasileña en la actualidad define también como contrato por tiempo determinado aquel cuya duración sea susceptible de previsión aproximada (trabajo por obra determinada). El trabajador casi siempre ignora el momento exacto de la terminación del contrato en esos casos; pero esto no acontece con el empleador, porque éste dirige la prestación del servicio y controla la actividad económica de la empresa. Nada más plausible, pues, que obligar al empleador en esos casos especiales de contratos por tiempo determinado, a otorgar un aviso previo al trabajador.

Son tesis que se ajustan perfectamente al espíritu y a las finalidades del derecho del trabajo, y que hemos defendido en otros ensayos de *jure constituendo*, sin que hasta hoy hubiesen repercutido en la preocupación del legislador nacional (cfr. *El preaviso en el derecho del trabajo*, ed. Argentina, Ed. Depalma, 1963, Buenos Aires). En tal virtud estas consideraciones, de carácter doctrinal, pueden situarse al margen de este ensayo, que tiene como punto de referencia únicamente la ley vigente en el Brasil.

De acuerdo con dicho ordenamiento podemos resumir las líneas principales del sistema nacional, a propósito del aviso previo, en el siguiente cuadro normativo.

La parte que quiere rescindir sin causa justificada el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, deberá notificar a la parte contraria de esa decisión con la oportunidad exigida por el legislador. Por tanto la notificación es obligatoria para el trabajador y para el empresario, independientemente del tiempo del servicio del primero.

—La notificación es absolutamente *informal*. Sin embargo se recomienda la notificación escrita, que es la adoptada en la práctica por las empresas de mejor organización. Nada impide que el aviso previo sea hecho oralmente o, por escrito, a través de memorándum personal, carta registrada e inclusive por edicto fijado en el local de la empresa. Es indispensable que la parte contraria tenga conocimiento inequívoco de la notificación, pues sólo a partir del momento en que conoce dicha notificación empieza a contarse el plazo legal del aviso previo.

—El plazo de aviso previo será: a) de *ocho días* cuando el trabajador reciba salario semanal y tenga menos de un año de servicios en la empresa, o, b) de *treinta días* en todos los demás casos (artículo 48 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo).

En la primera hipótesis se establece una relación directa entre el plazo del aviso y la forma de pago del salario, y respecto de esta postura del legislador no encontramos ningún fundamento doctrinal.

Si las finalidades principales del aviso previo son —para el trabajador— la obtención de un nuevo empleo, y —para el empresario— la contratación de otro trabajador, no vemos de qué manera la forma de pago del salario pueda influir en la consecución de esos fines. Se trata de una norma que proviene del derecho anterior, cuando el aviso previo oscilaba de tres a treinta días, sólo en función de aquel criterio.

Por el contrario la fijación del plazo de aviso previo, teniendo como referencia el tiempo de servicio del trabajador, corresponde, ciertamente, a buena técnica legislativa: pues además de apoyarse en numerosos precedentes en el plano del derecho comparado corresponde a la realidad, pues el trabajador antiguo en la empresa generalmente es también el más viejo y su edad le dificulta la obtención de un nuevo empleo, tanto por la eventual reacción del empleador, que selecciona a sus trabajadores dando preferencia a hombres jóvenes, cuanto por la mayor dificultad del trabajador para adaptarse a nuevas tareas.

En esa línea de pensamiento y teniendo en mente ejemplo de legislaciones extranjeras, recomendamos (sin que se modificala ley brasileña) que el aviso previo fue bastante superior a treinta días, cuando, por ejemplo, el trabajador tuviese más de cinco años de servicio.

—Esos plazos legales son plazos mínimos. Por encima de ese límite inferior (el derecho del trabajo es básicamente una garantía mínima) está abierto el campo a la libre deliberación de los contratantes. Nada impide que, por vía de contrato individual o de convención colectiva, la parte se obligue a conceder aviso previo en un plazo mayor al previsto en la ley.

Y vamos todavía más allá: nada impide que, espontánea y *unilateralmente*, cualquiera de los dos contratantes otorgue el aviso previo con anticipación o con un plazo prolongado (que son hipótesis semejantes, mas no idénticas). En cualquiera de esos casos —y es eso lo esencial— las finalidades inmediatas del aviso previo estarán incluso mejor resguardadas, así como los intereses de los contratantes mejor defendidos.

En caso de que el empleador no conceda el aviso previo, estará obligado a pagar una indemnización sustitutiva correspondiente al valor de los salarios que el trabajador debía percibir durante el plazo de la comunicación que no le fue hecha. De la misma forma si el incumplimiento fuera imputable al trabajador, el empresario podrá descontar de sus salarios (o por interpretación extensiva, de cualquier crédito del trabajador) una cantidad igual a la indemnización que, en caso inverso, le sería debida.

Es de hacer notar que, en cualquier *hipótesis*, el plazo del aviso previo (así como su pago en dinero) integra el tiempo de servicio del trabajador para todos los efectos: cálculo de indemnización de antigüedad, descansos, “treceavo salario”, etcétera (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 487 en sus diversas fracciones).

—Concedido el aviso previo, las obligaciones resultantes del contrato deben continuar en su integridad. Si durante el plazo del aviso el trabajador comete falta que justifique el despido, perderá lo que resta del plazo respectivo —de acuerdo con el artículo 491 de la Consolidación y, por extensión, perderá también el derecho a la indemnización de antigüedad. Si el empleador, a su vez, indirectamente, el contrato (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 490) debe cubrir el salario de los días restantes del plazo y de la indemnización de antigüedad (artículo 490 de la misma Consolidación).

La conclusión natural que se extrae de la observación anterior es que el aviso previo no rescinde intempestivamente el contrato. Por el contrario impide la interrupción brusca de la prestación de servicios, la que se prolonga de hecho o de derecho, hasta el término del plazo de la notificación. No es otra la razón por la cual se admite la *reconsideración* del aviso previo, que no implica la celebración de un nuevo contrato sino la *continuación* del contrato originario.

La iniciativa de *reconsideración* del aviso previo es un derecho de los dos contratantes; pero sólo es posible cuando el anunciante obtiene la anuencia del notificado. Esa reconsideración puede ser *expresa* o *táctica*, entendida esta última cuando feneceido el plazo de aviso previo la prestación de servicios prosigue normalmente (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 489, párrafo único).

A lo expuesto sintéticamente se debe agregar que el aviso previo en la legislación brasileña, además de ser un derecho mínimo o básico del trabajador injustamente despedido, no debe considerarse como una figura peculiar de los casos de despido injustificado, ya que comprende otras modalidades de rescisión unilateral del contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Más importante, sin embargo, es destacar que en la legislación brasileña la regulación sobre el aviso previo, quizá como en ningún otro momento, pone de manifiesto la bilateralidad del contrato individual de trabajo: el empleador y el trabajador fueron colocados en un mismo nivel en cuanto a sus derechos y obligaciones, es decir, en situación de absoluta equivalencia.

C. *Indemnización de antigüedad*

Cuando el trabajador es despedido por una de las causas justificadas establecidas en la ley brasileña (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 482) no tiene derecho al aviso previo ni a clase alguna de indemnización. Sin embargo, considerando que el acto del empresario no está comprendido en ninguna de las hipótesis taxativamente enumeradas en el

texto en vigor y siempre que el trabajador tenga *más de doce meses de servicios en la empresa*, además del aviso previo, tendrá derecho a una indemnización proporcional al número de años de trabajo efectivo.

Esa indemnización de antigüedad —más correctamente conocida en la práctica como indemnización por despido injustificado o indemnización por tiempo de servicios—, tiene carácter netamente *forfaitaire* y obedece a tres principios fundamentales.

—La indemnización es calculada a razón de un mes de remuneración por año o fracción igual o superior a seis meses de trabajo. (Consolidación de las Leyes del Trabajo, artículos 477 y 478).

—La remuneración que sirve de elemento fundamental para el cálculo de la indemnización no es la que el trabajador recibe en el momento de la rescisión contractual, *sino la mayor remuneración que en cualquier tiempo él haya obtenido en la empresa* (Consolidación de las Leyes del Trabajo, artículo 477 parte final.)

Sin embargo en la práctica, sobre todo en los regímenes económicos inflacionarios, el último salario generalmente sería el más alto. Muchas veces el trabajador despedido, antes de la rescisión del contrato, obtiene mayores salarios de los actuales por haber desempeñado funciones de importancia (por ejemplo, la hipótesis del ocupante de un cargo de confianza que regresa a su puesto efectivo). El punto de referencia en la confección del cálculo, en ése y otros casos semejantes, debe ser siempre la remuneración más alta de carácter *habitual* obtenida por el trabajador.

—El tercer principio, realmente de importancia, es que no existe límite al valor total de la indemnización, es decir, que *el límite de la indemnización es el relativo al tiempo efectivo de trabajo*. Conviene, por tanto, subrayar que el sistema de la llamada estabilidad relativa se extiende durante el primer decenio de vigencia del contrato; después de diez años, la situación del trabajador se cambia en régimen de estabilidad absoluta y su derecho a indemnizaciones, que en el caso de despido injustificado, se transforma en derecho de *reinstalación*, con excepción de las hipótesis excepcionales (que examinaremos en la segunda parte de este estudio) en que la permanencia del trabajador en servicio se vuelva imposible o inconveniente.

Lo expuesto muestra que el sistema de la ley brasileña presupone, para el cálculo de la indemnización, la determinación de la más alta *remuneración mensual* que se otorgó al trabajador en la empresa. Cuando esa remuneración se paga por unidad de tiempo (hora, día mes), la operación aritmética es bastante sencilla, pero se vuelve más compleja cuando el trabajador recibe salario variable (comisiones, porcentajes, por pieza o por tarifa).

En esos casos de fluctuación salarial en razón de la productividad del trabajador, el legislador ha adoptado criterios fijos, *a priori*, que en algunos

aspectos son arbitrarios pero con la finalidad de permitir que, en la práctica, se pueda llegar al resultado final con rapidez y relativa sencillez.

Tratándose de salarios por porcentaje o comisión, tradicionalmente la remuneración mensual se obtenía del promedio alcanzado por el trabajador durante *los tres últimos años de vigencia del contrato*. A medida que se agravó el proceso inflacionario de la economía brasileña, el promedio calculado en un periodo tan grande se tornó desastroso para los intereses del trabajador, y por ese motivo se modificó la orientación anterior, a fin de que ese plazo no pueda ser superior a doce meses (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 478, fracción 4a. en su redacción actual).

Para los trabajadores remunerados por pieza o tarifa, la operación es más delicada: se obtiene el término medio del tiempo acostumbrado por el trabajador para la realización del servicio que le está asignado (lo que generalmente exige un dictamen pericial o técnico). Despues será relativamente fácil calcular cuál hubiera sido su producción durante 30 días (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 478, y 5). En esas dos operaciones combinadas se obtiene el *promedio horario* de productividad personal del trabajador, cuyo resultado final es más exacto y, casi siempre más ventajoso para el trabajador (cfr. nuestro libro *El empleado y el empleador en el derecho brasileño*, páginas 216 y siguientes, 6a. edición. Editorial LTR, São Paulo).

La indemnización de antigüedad, examinada en la forma sumariamente expuesta, ha gozado siempre, en la ley brasileña, en caso de quiebra, concordato o disolución de la empresa, de *privilegio parcial*. La disposición contenida en el artículo 449 y sus fracciones establecía, en síntesis, que en aquellas hipótesis era preciso distinguir entre los créditos *salariales* y los *indemnizatorios*. Los primeros serían totalmente privilegiados. En forma diversa sólo un *tercio* del valor total de la indemnización de antigüedad disfrutaba del citado privilegio, por lo que los restantes dos tercios quedaban en la fosa común de los créditos quirografarios.

Pero la Ley No. 3,726, de 11 de febrero de 1960, al reformar directamente a la Ley de Quiebras (artículo 102), modificó en forma indirecta a la Consolidación al establecer el principio renovador de que *todos los créditos laborales* (salariales o no) estaban protegidos por una *preferencia absoluta*, situación muy por encima de los tradicionales privilegios del derecho mercantil brasileño, ya que prevalecía, inclusive, sobre los adeudos fiscales del empresario.

Aquel loable y audaz avance del legislador brasileño, sin embargo, fue *reprimido* por el Decreto-Ley No. 192, del 24 de febrero de 1967. Más todavía: ese Decreto-Ley forzó al derecho positivo nacional a un retroceso violento, llevándolo a la posición original. En otras palabras, conservando el privilegio de la totalidad de los salarios debidos, restableció el principio de

que la indemnización por antigüedad sólo estaba cubierta por aquel privilegio, en la proporción de un tercio de su valor global (cfr. nuestro *Contrato individual de trabajo*, ya citado, páginas 69 y 97).

En síntesis, en 1967, se retrocedió al texto primitivo del párrafo 1o. del artículo 499, de la Consolidación de las Leyes de Trabajo, promulgado hace más de un cuarto de siglo.

Pero afortunadamente la reacción sobrevino gracias a la Ley No. 6,449, de 14 de octubre de 1977, según la cual la *totalidad del valor de la indemnización* constituye un crédito privilegiado.

3. *Rescisión de los contratos por tiempo determinado*

Los puntos de referencia para la rescisión del contrato de trabajo por tiempo determinado son: *a) el tiempo de servicio del trabajador, y, b) la remuneración más alta recibida por él en cualquier tiempo, en la empresa.*

En la rescisión del contrato por tiempo determinado los elementos son totalmente diversos, ya que se toman en cuenta: *a) el tiempo restante de vigencia contractual, y, b) el salario que durante ese periodo recibiría el trabajador si el contrato llegase a su término natural.*

A. *Indemnización por despido injustificado o por injusta rescisión del contrato por iniciativa del trabajador*

La ley brasileña establece que la rescisión unilateral e injustificada del contrato por tiempo determinado tiene consecuencias diferentes, según provenga del empresario o del trabajador.

En el primer caso, el empleador pagará indemnización al trabajador despedido, *excluyéndose el aviso previo*, que es figura peculiar de los contratos por plazo indeterminado. Dicha indemnización, sin embargo, no debe confundirse con la indemnización de *antigüedad*.

Se trata, predominantemente, de la reparación del perjuicio sufrido por el trabajador ya que éste contaba permanecer en actividad en su empleo hasta el fin del contrato pre establecido, y por ello la indemnización tema en consideración el *tiempo restante* del contrato, durante el cual no habrá prestación de trabajo por el acto indebido del empresario, el cual cubrirá, a título de indemnización, el *cincuenta por ciento* de la remuneración a que tendría derecho el trabajador, a partir del despido y hasta el momento previsto para la extinción del contrato (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 479).

En forma lateral el tema, cabe subrayar que cuando la iniciativa de rescisión injustificada es del trabajador, existen normas *sui generis*: el tra-

jador no está obligado a conceder el aviso previo, por las razones ya expuestas; *pero pagará indemnización al empresario*, correspondiente a los perjuicios resultantes de la terminación repentina del servicio (Consolidación de las Leyes del Trabajo, artículo 480).

Con todo, en ninguna hipótesis, la indemnización debida por el trabajador superará la indemnización a lo que éste tuviera derecho si, en esa misma fecha, hubiese sido injustamente despedido por el empleador (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 480, párrafo 1o.).

Los artistas de radio, cine, televisión, cabaret y otras actividades similares (a las que se equiparan los atletas profesionales) son contratados generalmente por un plazo determinado. Mas el retiro intempestivo de esos trabajadores puede acarrear graves perjuicios al empresario, por la naturaleza del trabajo, habitualmente realizado en equipo, y por la dificultad para sustituir al trabajador en el elenco del espectáculo. Por esas razones, además de la indemnización mencionada en el artículo 480, fracción primera, los artistas que rescindieren el contrato injustificadamente no *podrán ejercer su profesión durante un año*.

Esa suspensión del derecho a trabajar es muy grave, e inclusive puede ser discutida en el nivel constitucional, en el cual se consagra la libertad de trabajo. Por otro lado, sin embargo el artista puede obtener de su antiguo patrón, por vía amigable o transaccional, el llamado “certificado liberatorio”.

Por otra parte, si un nuevo empresario contrata por inadvertencia al empleado castigado, deberá pagar al empresario perjudicado la indemnización correspondiente a veinticuatro meses de salario, en los términos del contrato incumplido por el artista (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 480, fracción 2a., de acuerdo con la redacción del Decreto-Ley No. 6,353, de 20 de marzo de 1944).

Se advierte, por tanto, que el contrato por plazo determinado vincula excesivamente al trabajador a la persona del empleador, forzándolo a la ejecución rígida de su compromiso, so pena de severísimas sanciones. No obstante, como lo hemos señalado, a medida que transcurren los meses y los años, el contrato por tiempo determinado se va extinguendo. La indemnización eventualmente debida al trabajador (que tiene como referencia sólo el *tiempo restante*) va menguando con rapidez. El desarraigo progresivo del trabajador de la empresa culmina en el momento en que el empresario anuncia, sin formalidades, el término del contrato, que es el punto final de la prestación del trabajo.

En ese doble sentido es que entendemos que el contrato de trabajo por tiempo determinado es desfavorable al trabajador.

B. Cláusula de rescisión anticipada

El derecho positivo brasileño permite que se asegure, en el contrato por tiempo determinado, mediante cláusula expresa, el derecho *recíproco* de rescisión, *en cualquier tiempo*, sin que se pueda, en esa hipótesis, pensar en el pago de la indemnización estudiada anteriormente y prevista en los artículos 479 y 480 de la Consolidación.

Es obvio que una disposición de ese carácter, adoptada pura y simplemente, sería nociva al trabajador. Su inestabilidad sería completa, pues además de la rápida aproximación del desenlace contractual existiría el riesgo del despido en cualquier tiempo.

Debe entonces establecerse que, si el derecho recíproco de rescisión anticipada es ejercido, el contrato por tiempo determinado pasaría a regirse, automáticamente, por las normas peculiares de la rescisión del contrato por tiempo indeterminado. En otras palabras: si el contrato llega a su término normal no existirían derechos que pudieran ser exigidos. Si la rescisión anticipada se verifica a la mitad del plazo contractual, cuando la iniciativa proviene del trabajador, éste estará obligado a dar aviso previo y, una vez hecho esto, el empresario pagará la indemnización proporcional al tiempo de servicios del trabajador despedido (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 481).

El artículo 481 oculta un precepto que, de hecho, es conveniente sólo al empresario y por ello no hemos escatimado nuestras críticas, inclusive porque limita el principio de la estabilidad del trabajador en la empresa. Es *disposición discriminatoria e inhumana* que, sorprendentemente, todavía perdura en la ley brasileña.

C. Rescisión por tiempo determinado de los trabajadores de la industria de la construcción civil

En más de una oportunidad hemos sostenido que el trabajador contratado por tiempo determinado, en ciertos tipos de ese contrato, puede tener derecho a la indemnización inclusive cuando se agota normalmente su plazo de duración. Es lo que ocurre, especialmente, cuando se trata de contrato por obra.

En esos casos el trabajador generalmente ignora el momento exacto en que sus servicios se tornan innecesarios y la sorpresa que lo asalta es semejante a lo que ocurre en el despido injustificado. Atendiendo a ese hecho se creó una situación especialísima en favor de los trabajadores de la industria de la construcción civil, pues esos trabajadores son, casi siempre, contratados

por tiempo determinado, según la definición del artículo 443 de la Consolidación.

Apartándose del principio general de la ley brasileña se estableció que, en esa hipótesis, a pesar de que el trabajador fue admitido por tiempo determinado y despedido por terminación de la obra o del servicio, recibirá del empresario una *indemnización de antigüedad* (Ley No. 2,959, de 17 de noviembre de 1956, artículos 1o. y 2o.).

Esa indemnización es un privilegio exclusivo de los trabajadores de la industria de construcción civil y no favorece de igual manera a otros trabajadores admitidos para obras o servicios determinados. En eso reside su primera injusticia.

Por otro lado, el legislador rompió el carácter sistemático de la Consolidación aplicando, en la rescisión de cierta modalidad del contrato de trabajo por tiempo determinado, normas peculiares a los contratos por plazo indeterminado, lo que constituye un error de técnica legislativa.

Finalmente el valor de la indemnización será calculado según las reglas relativas a los contratos por tiempo indeterminado, mas *con una reducción del 30% de su valor total*, lo que no nos parece fácilmente justificable.

Atribuimos, no obstante, importancia a la legislación de 1956, ya que fue el primer instrumento usado para romper el estuco de la tradición legislativa brasileña que, hasta aquel momento, proclamaba la legitimidad del contrato por plazo determinado y la desvinculación del trabajador (al término del contrato) sin ninguna prerrogativa.

En ese mismo sentido fue promulgada mucho después la legislación sobre el "Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio" (FGTS), que examinaremos en la parte final de este estudio, según la cual el trabajador optante por el nuevo sistema, aunque fuera contratado por tiempo determinado, en el término natural del ajuste, tendría derecho a recibir el valor que, mensual y obligatoriamente, el empresario hubiera depositado, durante la prestación de servicios, en la cuenta bancaria respectiva.

Esa norma es altamente elogiable.

Su defecto básico, para nosotros, está en no ser el resultado del verdadero espíritu laborista sino de un recurso legislativo utilizado para atraer a la clase trabajadora al diámetro de un sistema jurídico recibido por los mismos trabajadores con sobradas razones, con desconfianza e incluso con animosidad.

De no ser así, es claro que las relevantes ventajas concedidas por la legislación del FGTS a los trabajadores admitidos por tiempo determinado se hubiesen extendido a la totalidad de los trabajadores brasileños y no sólo a la minoría excepcional de los optantes por el régimen del FGTS, denominados "tour court", optantes.

En esas leyes hay síntomas —que aumentan como aluvión— de que,

tarde o temprano, Brasil adoptará medidas más enérgicas que las que se han tomado hasta ahora contra el derecho de contratación por plazo determinado, que se apoya sobre principios inicuos que chocan esencialmente con la regla de oro de la estabilidad del trabajador en la empresa.

D. *Rescisión del contrato de los trabajadores de la zafra*

En relación a los trabajadores admitidos para la zafra (*zafristas*), se acentúa con mayor firmeza la evolución de las leyes brasileñas en el sentido de atribuir, en los casos de rescisión injustificada del contrato por tiempo determinado, derecho del trabajador de recibir del empresario el pago de la indemnización de antigüedad.

El Decreto-Ley No. 761, de 14 de agosto de 1969, pone nuevamente en relieve esa sensible modificación del derecho positivo brasileño, señalada ya con anterioridad.

El referido Decreto-Ley mantiene desde el punto de vista conceptual la orientación adoptada por la Consolidación de Leyes de Trabajo, definiendo el contrato para la zafra como contrato por tiempo determinado (artículo 1o.).

Lo sorprendente, en el plano doctrinal, es que a pesar de insistir en el reconocimiento de la naturaleza del citado contrato, el legislador le da un tratamiento *sui generis* que lo equipara a los contratos por tiempo indeterminado.

El *zafrista* es un trabajador cuya duración de trabajo está regida por las variaciones de las estaciones durante la actividad agraria. Es lo que ocurre con campesinos e igualmente con trabajadores urbanos, como por ejemplo, los trabajadores de las empresas de conservas alimenticias (Decreto-Ley No. 761, artículo 1o., párrafo único).

Tratándose de contrato por tiempo determinado es obvio que, en caso de despido injustificado efectuado antes de su extinción, el trabajador tendrá derecho a exigir del empleador el pago de la indemnización prevista en el artículo 479 de la Consolidación.

No obstante, la originalidad de este ordenamiento reside en el hecho de que aun cuando se concluya normalmente, al contrario de lo que ocurre con la mayor parte de los contratos de esa naturaleza, el trabajador tendrá derecho a *recibir una indemnización de antigüedad pagada por el empresario* (cuando él mismo no fuere optante, hipótesis en que el empleador tendrá, apenas, el encargo de proporcionarle los elementos indispensables para los movimientos de los depósitos y accesorios previstos en la Ley No. 5,107, del 13 de septiembre de 1968, que examinaremos más adelante). Esa circunstancia *aproxima* el contrato de *zafrista* con el contrato de los trabajadores de las obras de construcción civil.

Mas el cálculo de aquella indemnización de antigüedad es diverso (Decreto-Ley No. 761, artículo 2o.). El empleador deberá pagar al *zafrista*, como indemnización de antigüedad, el importe equivalente a una doceava parte (1/12) del salario mensual por un mes de servicio, considerándose como mes entero el plazo *superior* a los catorce días.

Se comprende la razón de esta modalidad adoptada por el legislador: el periodo de duración de las zafra agrícolas es bastante corto y, por eso, muy comúnmente, el trabajo del *zafrista* es ejecutado durante pocos meses. Si, pura y simplemente, como ocurre en relación a los trabajadores de la construcción civil, la ley diese al *zafrista* derecho a la indemnización de antigüedad prevista, para los casos generales señalados en los artículos 477 y 478 de la Consolidación, pocas veces, en la práctica, el trabajador sería favorecido.

En efecto, casi siempre, su contrato terminaría dentro del periodo experimental de doce meses, durante el cual la mencionada indemnización no debe cubrirse, como lo señalamos al estudiar la extinción del contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

El pago de indemnización proporcional al número de meses o días efectivamente trabajados es, pues, defendible e incluso necesaria. Pero no está por demás admitir que, de esa forma, el *zafrista*, está colocado en situación más ventajosa que aquella que el legislador tradicionalmente reserva para los trabajadores admitidos por tiempo indeterminado, ya que respecto a estos últimos es aplicable la rígida disposición de la fracción 1a. del artículo 478 de la Consolidación, que transforma todo el primer año de vigencia contractual como "plazo de experiencia", dentro del cual sólo es obligatorio el aviso previo.

En ese sentido, el Decreto-Ley No. 761 representa la apertura de una nueva dimensión del derecho positivo brasileño, que puede convertirse en el antecedente de una reforma en el sentido de que la ventaja, ahora atribuida al *zafrista*, fuese extendida a los demás trabajadores, inclusive a los contratados por tiempo indeterminado y en relación a los cuales los *zafristas* fueron equiparados a través de dicho Decreto-Ley, logrando, por tanto, un avance en la suma de sus derechos.

—Por otro lado, prosiguiendo la alteración total de las antiguas distinciones entre los efectos y las garantías resultantes de los contratos de trabajo por tiempo determinado y por tiempo indeterminado, el Decreto-Ley No. 761, en su artículo 3o., resolvió el problema de la suma de los periodos discontinuos de servicio del *zafrista* a un mismo empresario.

En principio en el sistema de la Consolidación, siendo los contratos de zafra por tiempo determinado, no habría manera de aplicarles la regla del artículo 453, con excepción, naturalmente, de las hipótesis en las que el contrato, originalmente celebrado por plazo determinado, se hubiese transformado en contrato por plazo indeterminado.

Sin embargo dicha interpretación debe ser abandonada en relación con los zafristas, ya que el precepto mencionado dispone, expresamente, que los períodos discontinuos de trabajo del zafrista en la misma empresa *deben ser sumados* tanto para fines de indemnización de antigüedad como *para los propósitos de estabilidad en el empleo*.

Las excepciones a esa regla general (aquí nuevamente surge la analogía con el artículo 453 de la Consolidación) son tres:

a) Cuando el zafrista hubiese sido despedido anteriormente, por justa causa;

b) Cuando hubiese sido indemnizado, de acuerdo con el artículo 479 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo, por despido injustificado, durante la vigencia del contrato;

c) Cuando hubiese recibido, al término de cada contrato, la indemnización proporcional regulada por el artículo 2o. del Decreto-Ley No. 761.

La amplitud de la aplicación práctica del referido artículo 3o. es limitada, ya que, naturalmente, los empresarios pagarán la indemnización proporcional, en la forma del artículo 2o., para evitar la suma de los períodos discontinuos *para el futuro*. El aspecto más relevante *se refiere al pasado*, esto es, a los zafristas que hubieran trabajado anteriormente en períodos sucesivos para el empleador, ya que evidentemente los primeros deben ser favorecidos por el artículo 3o., que es norma de interés público y, por tanto, de vigencia inmediata y general.

La reacción de los empleadores ya se produjo en los hechos concretos de todos los días. En efecto, si el zafrista estaba prestando servicios en la época de expedición del Decreto-Ley es claro que su derecho estaba constituido por la suma de dos períodos relativos a las zafra anteriores; pero en relación a los zafristas que no estuviesen en actividad en aquel momento, difícilmente el empresario volverá a darles trabajo.

Si consideramos que es habitual la utilización de los mismos trabajadores en zafra sucesivas, inclusive porque están bien adaptados a las tareas de la empresa, y que por este motivo esos trabajadores ajustan su vida a la periodicidad del servicio, con el cual cuentan en épocas determinadas --podemos concluir en el sentido de que el Decreto-Ley No. 761 pudo haber creado, en la práctica, situaciones de desempleo.

Ya se observó en vivo ese fenómeno, en relación a empresas dedicadas a industria de frigoríficos, lo que llevó inclusive a ofrecer subsidio por parte del Ministerio del Trabajo. Por tanto, estamos convencidos de que la superación de esa contingencia es difícil, a no ser que se estuviese dispuesto a crear una *cláusula legal de preferencia*, obligando al empleador a contratar, en igualdad de condiciones, a los trabajadores que hayan sido reclutados para las zafra inmediatamente anteriores, salvo prueba de motivo relevante y justificado que fundamentalmente el despido del zafrista.

Adoptar esa fórmula sería hacer algo en la ley brasileña, que el legislador aún no se ha atrevido a realizar, es decir, *limitar el poder del empresario, hasta la actualidad, utilizado indiscriminadamente y sin restricción alguna, para reclutar sus trabajadores.*

La ley brasileña desde hace mucho regula la estabilidad, como institución que impide o dificulta el despido injustificado del trabajador por un acto unilateral del empresario. Mas no existe, en el propio derecho brasileño, ninguna regla imperativa que constriña al empresario a contratar con preferencia al trabajador que en el periodo anterior le haya prestado servicios satisfactorios. La situación creada por el Decreto-Ley No. 761 puede llegar a ser motivo o pretexto para encauzar el derecho positivo en vigor hacia ese nuevo rumbo, perfectamente adecuado al espíritu del derecho del trabajo y al concepto moderno de empresa.

4. *Despidos indirectos*

El despido indirecto se verifica —como es notorio— cuando el empresario crea condiciones insoportables para el trabajador, con lo que impide la continuación del servicio y trunca por vía oblicua la relación de trabajo.

Nada más natural, pues, es que se parte de la idea de que los efectos del despido indirecto deben ser los mismos que resultan del despido directo e injustificado.

El despido directo puede ser, conforme a las circunstancias, justificado o injustificado; por el contrario el despido indirecto siempre es injustificado ya que implica la conducta ilegítima del empleador —que viola la ley—, la convención colectiva, la sentencia colectiva o el contrato individual, incumpliendo sus obligaciones y creando, por eso, una rígida incompatibilidad entre las partes.

En cierto modo el despido indirecto nos parece más grave: ya sea porque intencionalmente el empresario afecta el derecho del trabajador, sin tener la lealtad de hacerlo de frente, o porque realiza el despido indirecto por error de interpretación de sus propios derechos, con lo cual el empleador revela su desconocimiento de sus obligaciones fundamentales establecidas en el contrato de trabajo y las normas que lo disciplinan. En el despido directo no hay nada de eso, ya que es un acto libremente decidido con plena conciencia por parte del empleador en cuanto a las consecuencias que derivan de él.

Las varias hipótesis en que se configura el despido indirecto fueron indicadas, con carácter limitativo, por el legislador, que adopta la misma técnica empleada en relación con las causas justificadas (Consolidación de las Leyes de Trabajo, artículo 483).

No es posible efectuar en esta oportunidad el examen analítico de la lista de despidos indirectos (ver, a propósito, nuestros libros *O Empregado*

e ó Empregador no Direito Brasileiro, ya citado; *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 6 volúmenes, 7a. edición. Ed. Konfino, Río de Janeiro, 1966-1967). Conviene sin embargo señalar que —usando conceptos deliberadamente elásticos— la ley brasileña comprende, en la enumeración de las formas de despido indirecto, todas las modalidades de violación de los derechos del trabajador, en el fondo de las cuales siempre se encuentra el acto ilícito del empresario (ofensa física, acto lesivo de la honra o de la buena fama, rigor excesivo, exigencia de servicios indebidos, etcétera).

Por otro lado el legislador reveló con acierto la preocupación de equiparar, rígidamente, los efectos del despido indirecto a los efectos del despido directo. Asimismo, el cálculo de *indemnización* del trabajador indirectamente despedido obedece a las reglas que anteriormente estudiamos, en los casos de rescisión unilateral del contrato por decisión directa del empleador.

Dos puntos polémicos subsisten en el derecho brasileño a propósito de los despidos indirectos:

a) La primera cuestión consiste en saber si, además de la indemnización por despido injusto, el trabajador —tratándose de contrato por tiempo indeterminado— tendrá, igualmente en el despido indirecto, derecho a la *indemnización sustitutiva del aviso previo*.

La tendencia dominante en la jurisprudencia y en la doctrina de Brasil es en sentido negativo. Pero esta respuesta nos parece insatisfactoria.

En primer lugar, el despido (directo o indirecto) implica la rescisión unilateral del contrato efectuada por el empresario y debe, en principio, producir idénticas consecuencias, sea cual fuere su modalidad.

En segundo lugar, como apuntamos arriba, en el despido indirecto la conducta del empresario *es más grave*. No se puede, por tanto, admitir que en ese caso sus obligaciones sean *menores*. Basta atender a este hecho: según la interpretación dominante el empleador que despidió directamente al trabajador deberá pagarle el aviso previo y la indemnización de antigüedad; pero si el despido es realizado indirectamente, por vía de agresión física, deberá cubrir sólo la indemnización. Eso es un contrasentido y el derecho no admite contrasentidos.

En tercer lugar, la afirmación (corriente en la doctrina brasileña) de que en el despido indirecto el empleador no *rescinde* el contrato, sino el trabajador en virtud del acto ilícito del primero, no corresponde a la realidad. Por el contrario, por vía oblicua, en el despido indirecto quien quiebra la relación de trabajo, hiriendo de muerte al contrato, es el empresario y sólo por ello el patrón debe cubrir una indemnización. Al trabajador sólo le corresponde *denunciar* el acto patronal y *exigir* el reconocimiento de la rescisión.

En cuarto lugar, finalmente, tendríamos que considerar una circunstancia de hecho: durante el primer año de vigencia del contrato por plazo

indeterminado, como vimos, el trabajador brasileño puede ser despedido injustificadamente mediante el simple aviso previo, esto es, sin indemnización de antigüedad. Ahora bien, cuando es despedido indirectamente ¿qué recibirá? No tendrá derecho a indemnización (por estar en el plazo de prueba), ni al aviso previo (por haber sufrido despido indirecto). Esta situación no es sólo incompatible con el espíritu tutelar del derecho del trabajo, sino también diametralmente contraria a la idea de justicia (cfr. nuestro estudio: *El preaviso en el derecho del trabajo*, ya citado).

Muy recientemente comienzan a ser escuchadas en Brasil voces que se disponen a secundar nuestra interpretación, que cada vez nos parece más cristalina ante los principios y los textos, así como inevitable en el juego armonioso del pensamiento inconforme ante soluciones prefabricadas, precipitadas y simplistas, como acostumbran ser aquellas que se basan sólo en la tradición de la jurisprudencia local.

No obstante, hasta hoy, el Tribunal Superior del Trabajo mantiene su inflexible orientación contraria a nuestro punto de vista.

b) La segunda cuestión ofrece mayor interés práctico: consiste en saber si el trabajador que sufre el despido indirecto debe, desde luego, apartarse del empleo o bien discutir judicialmente el pago de la indemnización, pero *continuando en el trabajo*.

El texto original de la Consolidación (reformado hace algunos años) nos permitió una posición muy definida frente a este problema: el despido indirecto genera la rescisión del contrato por la incompatibilidad creada entre las partes y por la imposibilidad de la ejecución normal del servicio confiado al trabajador. Por ello es natural que se exija que éste, al sufrir el acto del empresario, abandone de inmediato a la empresa para poder reclamar la indemnización.

Sin embargo, en la experiencia de todos los días, esa interpretación puede ser desventajosa para el trabajador, ya que si no es reconocida la existencia del despido indirecto perderá la causa y el empleo; por el contrario, si continúa en el servicio, aun cuando pierda el proceso, no perderá el trabajo.

Lo anterior constituye un riesgo del trabajador, inherente a su vida profesional y resultante del hecho concreto indiscutible, de que no podemos admitir, *en principio*, el reconocimiento de la incompatibilidad entre los contratantes y la permanencia del trabajador en servicio durante todo el tiempo necesario para la creación de la *cosa juzgada* sobre la declaración de esa incompatibilidad. El derecho no admite contrasentidos pero tampoco admite contradicciones.

Pero el legislador nacional ha procurado *armonizar* esa dura realidad y admite que el trabajador despedido indirectamente pueda acudir a juicio, permaneciendo en el empleo, en *dos hipótesis*: a) Cuando el empresario no cumpla las obligaciones del contrato; b) Cuando el empleador reduzca

las labores del trabajador —siendo éste remunerado por pieza o tarifa— de tal manera que afecte sensiblemente su salario habitual (Ley No. 4,825, de 5 de noviembre de 1965).

Los opositores a nuestro punto de vista proclamaron desde luego que esta ley destruía cualquier argumentación contraria y que en la actualidad es evidente la posibilidad de la permanencia en el empleo del trabajador despedido indirectamente.

Nosotros entendemos exactamente lo contrario. Obtuvimos de la ley mencionada la confirmación de nuestra tesis, ya que fue preciso que el legislador, a través de una nueva ley que derogó expresamente la disposición anterior, declarase que el trabajador puede reclamar en juicio el despido indirecto, y permanecer en sus labores de la empresa, para que esa situación fuese considerada legítima.

Podemos agregar que la ley actual admite que tal acontezca *únicamente en dos casos*. Esos dos casos constituyen la excepción a la regla general en el sentido de que el trabajador indirectamente despedido debe separarse del empleo. Cuando el legislador, de modo expreso, declara las dos hipótesis en las cuales el trabajador indirectamente despedido puede, al mismo tiempo, reclamar en juicio y continuar en la empresa, está disponiendo implícitamente que en todos los otros casos de despido indirecto, el trabajador, al promover la acción, debe interrumpir la prestación de servicios (ver nuestro: *Contrato individual de trabajo*, ya citado, p. 89).