

LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

por José MARTINS CATHARINO

Catedrático de Derecho del Trabajo de la
Universidad de Bahía y Profesor titular de
Derecho del Trabajo de la Universidad Católica
de El Salvador (Bahía)

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA

1.1. Las limitaciones al actual derecho potestativo del empleador al despido pueden ser clasificadas, de un modo general: a) En amplio sentido. b) En sentido estricto.

En cuanto a su naturaleza, las limitaciones son: *civiles* y *laborales*. Las primeras, tan bien estudiadas por Renato Corrado, indican, respecto a la denuncia, acto jurídico negocial y unilateral, irrevocable y retroactivo, de carácter meramente receptivo, y están fuera de nuestras actuales reflexiones. Las segundas, las *laborales*, a su vez, comprenden dos clases: a) Las *impropias*. b) Las *propias*.

1.2. Las *limitaciones laborales impropias* tampoco serán examinadas. Verdaderamente no restringen el derecho del empleador al despido. Tienen naturaleza económica y, frecuentemente, hasta aumentan los despidos, que les sirven de supuestos. Es lo que ocurre con el aviso previo y con la indemnización por despido injusto.

De la misma clase son las limitaciones *provisionales* o *temporales*, resultantes de la suspensión del contrato de empleo, o de su interrupción ejecutiva y parcial. En la primera hipótesis, el vínculo contractual subsiste, pero queda paralizado o congelado, sin que produzca cualquier efecto. En la segunda, permanente también el vínculo, sus efectos son parciales, en favor de los empleados, que no pueden o no deben trabajar, pero afectan jurídicamente al salario, contenido de la obligación principal del empleador.

1.3. Las limitaciones *laborales propias* son las que, de manera permanente, alcanzan el derecho al despido o su servicio autónomo (Barassi), si, con todo, eliminar en el derecho del empleador a obtener el desligamiento definitivo del empleado que cometió la falta.

La *estabilidad* es limitación laboral propia. Y, como el despido, unilateral, pero su antagónica. Son excluyentes entre sí, sea cual fuere la técnica dotada para asegurar el derecho al empleo, manifestación del *Derecho del trabajo*.

El control del derecho del empleador puede ser previo, judicial o no, o ejercido «a posteriori». En ambos casos, desaparece la posibilidad del empleador de desligar al empleado de su empresa por un acto abstracto suyo. El despido derivará siempre de un

acto considerado justo, con causa (objetiva) comprobada antes de concretarse (control previo) o después de practicada (con control posterior), caso en que puede ser declarado nulo.

1.4. Para completar la delimitación del tema queda consignar que la estabilidad examinada es la resultante del ejercicio del *empleo-privado*, norma del vínculo contractual. En otras palabras, la que beneficia a los empleados de personas jurídicas de Derecho privado y no la que favorece a los servidores de personas jurídicas de Derecho público, sujetos a estatutos propios, comunes o específicos (ver núm. 3.2).

2. DEFINICIÓN

2.1. Con pequeñas variaciones aceptamos la definición de A. F. Cesarino, Jr.: «*Es la garantía de permanencia en el empleo, asegurada a ciertas especies de empleados, después de determinado tiempo de servicio en la misma empresa, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido.*»

2.2. Hagamos un rápido análisis de los elementos conceptuales.

«*Es la garantía de permanencia en el empleo...*».—Trátase de la *garantía unilateral y privada*, solamente favorece a los empleados. No podría beneficiar a los empleadores, por cuanto sería un atentado a la libertad del trabajo, la misma que fundamenta el derecho del empleado estable a denunciar el contrato (dimitir), sin limitación en sentido propio, aunque el contrato sea por tiempo determinado. Garantía *permanente* y no *provisional*, como ocurre habiendo suspensión de contrato, cuando el derecho de despedir permanece íntegro, aunque bajo condiciones o términos suspensivos. En el «*empleo*», con consecuencias salariales íntegras resultantes de él, inconfundible como las que provienen del *desempleo*, riesgo social típico.

«*Asegurada a ciertas especies de empleados...*».—La reserva conceptual justificase, aunque las inclusiones y exclusiones generalmente dependan de la política legislativa. Hay, por lo tanto, razones jurídicas dificultosas de verdadera estabilidad: a) Al asumir el empleador la obligación de hacer, la de garantizar efectivo trabajo al empleado. b) El elevado grado fiduciario de la relación del empleo. En cuanto a a): en los casos de contrato de empleo a prueba y de contrato de empleo discernido (aprendizaje). En cuanto a b): en el caso de altos empleados, también mandatarios del empleador. Las exclusiones tienen razones intrínsecas, que brotan de la propia naturaleza de los respectivos contratos de empleo especiales, siendo que, en los casos de prueba y aprendizaje, son fortalecidos por ser contratos condicionales y a término resolutivo, respectivamente.

«*Después de determinado tiempo de servicio en la misma empresa...*».—El elemento cuantitativo temporal y el presupuesto de estabilidad, por pequeño que sea, aunque no se excluya la estabilidad voluntaria instantánea, esto es, coincidente con la celebración del contrato. A «perpetuidad unilateral de la relación del empleo» de la cual la estabilidad es una manifestación, inspira restricciones cada vez mayores a los contratos a término resolutivo, cierto o incierto, en cuanto que, en el pasado—cuando no había la libre dimisión—, la tendencia era opuesta, representada por la condenación de los contratos por vida. Hoy depende la estabilidad de un período mínimo de servicios presta-

dos; claro está que la licitud de los contratos por tiempo determinado menor es perjudicial al Instituto. «En la misma empresa», y no al mismo empleador, pues, aunque sea éste uno de los sujetos de la relación y dueño de la universalidad empresarial, en último término es ésta la que garantiza la efectividad de las obligaciones asumidas. Véase al particular el principio de la sucesión en las obligaciones, desde que es infungible, apenas, la contraída por el empleador.

«Consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedidos».—No habiendo estabilidad, puede el empleador despedir, ejerciendo el derecho potestativo del cual es titular, aunque sin causa, cuando el contrato termina por anulación. Habiendo estabilidad, jamás ocurre anulación por el empleador. El contrato de empleo estable puede terminar por causas voluntarias o involuntarias.

Son de la primera especie: la anulación bilateral (contrario consenso o mutuo disenso); la unilateral practicada por el empleado (dimisión). Son de la segunda: la disolución por fuerza mayor es la originada por la extinción de la empresa, o del establecimiento, comprendida en la noción del riesgo del negocio. Asumida o imputada al empleador, exclusivamente. Entretanto, «la imposibilidad jurídica» de despedir no aleja la posibilidad, de igual naturaleza, del empleador de desligar al empleado de la empresa. Tan condenable es un despido injusto como la imposibilidad absoluta de terminar el contrato, aunque por justa causa dada por el empleado. Incurriendo en incumplimiento, cabe al empleador promover la disolución del contrato y con ella acabar con la estabilidad, de la cual el empleado dejó de ser merecedor. En tal hipótesis, por lo tanto, el contrato no termina por despido y sí por acto de la autoridad, fundado en la falta cometida por el empleado. Termina por resolución, cuando la voluntad del empleador es propulsora, mas no decisiva o todopoderosa.

La estabilidad representa un medio técnico privatista de asegurar el empleo y sus efectos. Presupone la posibilidad del empleado de prestar servicios. Así, siendo en principio, la acción de jubilarse —principalmente la concedida por invalidez— elimina la estabilidad, cuando los salarios son sustituidos por los lucros providenciales. No sería justificable la obligación del empleador de mantener a su servicio a aquel que no puede trabajar. La técnica privativista cede lugar al publicista, garantizada la estabilidad económica. Alcánzase idéntico fin por otro medio.

En los casos de jubilación por vejez, o por tiempo de servicio, continuando apto el empleado, la situación no es la misma. La solución depende del Derecho positivo de cada país. En principio, deben ser distinguidas dos hipótesis: a) El empleado pide su jubilación. b) Quien la hace es el empleador. En la primera, la dimisión es implícita, desapareciendo la estabilidad; en la segunda, la jubilación es obligatoria por la voluntad del empleador; no debe haber eliminación automática de la estabilidad, lo que redundaría en acto válido de despedida por vía oblicua, sin justa causa.

3. DERECHO POSITIVO BRASILEÑO

3.1. En el plano constitucional, las primeras referencias a la estabilidad aparecen en la Constitución de 1934 (arts. 131 y 151, letra F.), en favor de los periodistas y profesores, como garantía asegurada por ley ordinaria, lo que no ocurrió.

La legislación brasileña ofrece una singularidad: la estabilidad en ella surgió como una providencia en favor de la seguridad social, consagrada por la llamada «ley Eloy Chaves» (Decreto Legislativo núm. 4.682/1923), beneficiando a ciertos ferroviarios. De 1923 a mediados de 1935, el Instituto permaneció apenas en la legislación de previsión social.

Con la importantísima Ley núm. 62, del 5 de junio de 1935, la estabilidad se incorporó a la legislación del trabajo propiamente dicha, beneficiando también a los empleados del comercio y de la industria que tuviesen, por lo menos, «diez años de servicio efectivo en el mismo establecimiento». En esa fase cupo a la Jurisprudencia Laboral, entonces incipiente, consolidar el alcance de la garantía aseguradora del empleo.

Entre 1935 y noviembre de 1943 distintas leyes, casi todas transitorias, se preocuparon de la estabilidad, más para debilitarla que para fortalecerla, con la ejecución del Decreto-Ley núm. 5.576/1943, que creó la resolución del empleo, contrastado en beneficio de determinados empresarios bancarios, y los Decretos-Leyes núms. 4.902/1942 y 5.689/1943, con vigencia temporal y relativos a los empleados llamados al servicio militar.

3.2. El Instituto está regulado, en lo que se refiere a los empleados de empresas particulares, por la Consolidación de las Leyes del Trabajo (C. L. T.), aprobada por Decreto-Ley núm. 5.452, de 1-5-1942, en vigor desde el 10-11-43, que le dedicó un capítulo especial (Título IV, cap. 7.º, art. 492/500), constituido por normas imperativas. Por lo que se refiere a los empleados de empresas estatales, la estabilidad les está garantizada, en parte, por una Ley insólita, núm. 1.890/1953, conteniendo algunas disposiciones flagrantemente inconstitucionales.

El texto consolidado —también codificado— fué aprobado cuando la vigente Carta de 1936, que dió origen al acto democrático solamente, terminado en 1946, el 18 de septiembre. Con la Constitución de 1946 la estabilidad ganó verticalidad institucional. Su artículo 157 y el siguiente:

«La Legislación del Trabajo y de la Previsión Social obedecerá a los siguientes preceptos, además de otros relativos a la mejoría de la condición de los trabajadores:

... ..

XII. Estabilidad en la empresa o en la explotación rural e indemnización al trabajador despedido en los casos y en las condiciones que la ley instituye.

... ..

La estabilidad viene a beneficiar a los empleados rurales (agrícolas y ganaderos) por fuerza del estatuto del trabajador rural (Ley núm. 4.214/963, art. 95/102).

No beneficia a los empleados domésticos, a los que trabajan «en consultorios o escritorios de profesiones liberales», a los «artistas de teatro y sus semejantes», inclusive a los atletas profesionales, de acuerdo con la jurisprudencia, y los que ejerzan cargos de la confianza inmediata del empleador.

La estabilidad brasileña ya ha merecido estudios específicos de renombrados juristas:

extranjeros, tales como: Venturi (*Revista del Derecho del Trabajo*, 1949, I, págs. 301-308) y Durand (*Derecho Social*, 1954, págs. 460-467), además de las referencias y críticas incidentales (E. X. las de Kapz: *La estabilidad en el empleo*, Buenos Aires, 1957).

3.2.1. Además de la estabilidad legal, el sistema brasileño tiene otras especiales: la voluntaria y la convencional-normativa, de acuerdo con los arts. 444 y 619, letra H., de la C. L. T., respectivamente. En la práctica son conocidos los casos de estabilidad voluntaria, asegurada por el contrato, regulación del empresario, o por estatuto de sociedad mercantil, con el visto bueno de la jurisprudencia; más desconocidos casos de estabilidad oriunda de las convenciones colectivas del trabajo, mal denominadas «contratos colectivos de trabajo».

3.2.2. La existencia de la estabilidad depende: a) De la relación de empleo válido. b) De período de tiempo de servicios prestados por el empleado, por diez años o más, tratándose de estabilidad legal, o por lo menos, en el caso de estabilidad voluntaria, dentro del principio general de que la legislación del trabajo asegura a los empleados un mínimo de derechos y garantías, y no un máximo.

Por lo que se refiere a los primeros presupuestos (a), se justifica por sí mismo, por razones obvias de carácter científico, que dispensan de comunicación especial.

En cuanto al segundo (b), el mismo no acontece y, sobre el particular, el Derecho brasileño ofrece ejemplos dignos de ser notados.

El tiempo de servicio es «en la misma empresa» (ver número 2.1).

La Ley, influida por el institucionalismo moderado, equipara al empleador a la empresa y a ésta «a las profesiones liberales, a las instituciones de beneficencia, a las asociaciones recreativas u otras instituciones sin fines lucrativos». Además de eso, inclusive a efectos de la estabilidad, varias empresas concertadas entre sí, constituyendo consorcio, son consideradas como empleador único, dada la solidaridad entre los mismos (C. L. T., art. 2.º). Por otro lado, el principio de la sucesión de los empleadores está consagrado (C. L. T., arts. 10 y 448), la estabilidad no desaparece con la supresión acordada o disolución de la empresa (art. 449). Cualquier acuerdo en contrario será nulo (C. L. T., 9).

El concepto jurídico de tiempo de servicio no coincide con el calendario.

La regla general a este respecto está en el artículo 4.º de la C. L. T., y en su apartado aumentado por la Ley 4.072/1962, y en el apartado único del artículo 492, específico de la estabilidad.

Es considerado «como servicio efectivo el período en que el empleado está a disposición del empleador, esperando o ejecutando órdenes, salvo disposición especial expresamente consignada».

Los principales casos en que el empleado no trabaja y su tiempo contractual no sufre solución de continuidad son: prestación de servicio militar e infortunio en el trabajo (Ley núm. 4.072/1962), fiestas (C. L. T., art. 145), durante el período correspondiente al previo aviso (art. 487, 2.º) y en todos los de interrupción ejecutiva y parcial del contrato de empleo, cuando, por varias causas y cada vez más numerosas, el empleado no trabaja pero crea «jus» a los salarios, y que están enumerados en nuestro libro *Contrato de empleo*, 2.ª edición, 1965, pág. 243.

En el caso de suspensión de las relaciones subsiste el vínculo, pero sin producir cualquier efecto: no hay trabajo, no hay salario.

En cuanto al tiempo de servicio, reforzando indirectamente la estabilidad, determina la Ley, como norma, la suma de períodos contractuales distintos, o discontinuos.

Regula la materia el artículo 453 de la C. L. T., fuente de muchas controversias doctrinales y de divergencia jurisprudencial. Dada la naturaleza de este trabajo, nos limitamos a transcribirlo:

«En el tiempo de servicio del empleado, cuando fuese readmitido, serán computados los períodos, aun no continuos, en que estuviese trabajando anteriormente en la empresa, salvo si hubiese sido despedido por falta grave o hubiese recibido indemnización legal.»

Es necesario registrar que el Tribunal Supremo Federal señaló la tesis de que, salvo en las dos excepciones legales expresas, aplícase la regla (*Súmula*, núm. 215).

La estabilidad sólo se hace perfecta cuando el presupuesto temporal, legal o no, es satisfecho. Entretanto, si el empleador antes de que tal acontezca despide al empleado para impedirle que logre la estabilidad, estará obligado a pagarle la correspondiente indemnización (C. L. T., art. 499, 3.º).

La duplicación, según la opinión pacífica, fúndase en la teoría del ejercicio alusivo del derecho de despido. Según la jurisprudencia firme, en cuanto a la estabilidad legal, tenemos: a) Si el despido fuese practicado después de nueve años y seis meses, hay presunción «*facti ou Hominis*» de haber habido despedida obstativa. b) Si no se invierte la presunción. Lógicamente, bajo el punto de vista procesal, la fórmula probatoria se disloca con la presunción, según nos parece.

3.2.3. Adquirida la estabilidad, su sobrevivencia depende: a) De la propia empresa o del establecimiento en el cual un empleado estuviese prestando servicio (C. L. T., artículos 486, 497, 498 y 502, principalmente). b) De la capacidad psicofísica del empleado que pueda continuar trabajando. c) De que el empleado no cometa «falta grave» (C. L. T., art. 493), probada en juicio, cuando el contrato termina por fuerza de resolución judicial. d) Del empleado, querer continuar en el empleo, no admitirsele, con o sin justa causa (arts. 483 y 500). e) De no haber resolución bilateral o distrato, aunque la ley no la prevea expresamente. f) De la ausencia de incompatibilidad entre las partes, en los términos del artículo 496: «Cuando la reintegración del empleado estable fuese desaconsejable, dado el grado de incompatibilidad resultante del acuerdo, especialmente cuando el empleado fuera persona física, el Tribunal del Trabajo podrá convertir aquella obligación en indemnización debida en los términos del artículo siguiente.» Hipótesis especial, por tanto, de la resolución que puede ser determinada hasta de *officio*. g) Finalmente del empleado ser jubilado por vejez, o por tiempo de servicio, según el entendimiento normal de la doctrina.

En cuanto a b), en el caso de jubilación por invalidez, indicamos, en resumen la situación actual, sobre la cual existen divergencias.

Antes de la actual «Ley Orgánica de Previsión Social» (Ley 3.807/1960-L. O. P. S.), el retiro por más de cinco años era definitivo e implicaba la desaparición automática de la estabilidad.

Por la Ley vigente, el citado beneficio es cancelable en cualquier tiempo (L. O. P. S., artículos 27 y 28). Si eso ocurriese dentro de cinco años, contados desde el comienzo de la jubilación, o de tres, a partir de la fecha en que cesara el auxilio por enfermedad, la cancelación es inmediata y absoluta. Si es después del quinquenio, o del trienio, por causa de recuperación total, o en cualquier tiempo, en virtud de recuperación parcial y aun «si fuera el asegurado declarado apto para el ejercicio de trabajo distinto del que habitualmente ejercía», el cancelamiento es inmediato y progresivo, «sin perjuicio del trabajo» (L. O. P. S., art. 29).

A su vez, la primera parte del artículo 475 de C. L. T. dispone:

«Recuperando el empleado la capacidad de trabajo, y siendo el retiro cancelado, le será asegurado el derecho a la función que ocupaba en el tiempo del retiro, facultando, por lo tanto, al empleador el derecho a indemnizarlo por la rescisión del contrato de trabajo, en los términos de los artículos 477 y 478» (indemnizaciones simples, por despido injusto).

Tres corrientes interpretativas se crearon: a) Al empleador le está vedado despedir al empleado fijo considerado válido. b) Puede despedir, pagando indemnizaciones simples, como si de fijo se tratase. c) Igualmente, pagando indemnización doble.

De «lege ferenda», la primera tesis es la más coincidente con la estabilidad y algunos autores y juzgados la tienen sustentada a pesar del texto legal ser contrario, porque faculta al empleador a practicar el despido.

En cuanto a las otras dos corrientes: hasta hace muy poco tiempo predominó la segunda, la que nos parece correcta frente a la Ley; entretanto, ahora en el Supremo Tribunal Federal prevalece la tercera, de la indemnización por doble, ya incorporada a su *Súmula* (núm. 220).

Algunas noticias en cuanto a lo presupuesto (c): no cometer el empleado «falta grave».

No existe en la legislación brasileña distinción entre despidos individuales y colectivos.

La definición de «falta grave» está en el artículo 493 de C. L. T., «*verbis*».

«Constituye falta grave la práctica de cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 482, cuando por su repetición o naturaleza represente seria violación de los deberes y obligaciones del empleado.»

El artículo 482, a su vez, contiene un conjunto de las «justas causas» por despido (de los estables), las cuales deben ser aumentadas: especialmente la relativa a los empleados de Banca (art. 408), la huelga ilegal (Ley núm. 4.330/964), sea cual fuere el tipo de empleado y los hechos de insubordinación, como tales conceptuados por la Ley número 1.890/1953, aplicable a los empleados de las empresas estatales.

La diferencia entre «falta grave» y «justa causa», según la comprensión normal, de grado y no de sustancia. La Ley, eso sí, aconseja una presunción favorable al empleado fijo, debiendo el empleador pleitear la resolución contractual, destruirla cabalmente, pudiendo inscribir seis testimonios.

En resumen: toda «falta grave» es consustancial (justa causa) y, más, no toda «justa causa» es «falta grave».

La jurisprudencia brasileña creó la figura —inconfundible con la de reintegración

(ver número siguiente)— de la cual no podemos dejar de dar una rápida noticia. Cuando el empleo es tenido simplemente por informal y no culpado gravemente, si también concurre para la situación C. L. T., artículo 484 —culpa recíproca—, se dejará de trabajar por circunstancias no imputables al empleador, los Tribunales han ordenado su vuelta al empleo, sin pago de cualquier clase de salarios correspondientes al plazo de tiempo. En tales casos, fundados en la equidad, decisiones salomónicas condenaban a absorber a los litigantes, parcial y recíprocamente en tesis, por cuanto en la mayoría de las veces son más favorables a los empleadores.

3.2.4. La ley no define la estabilidad. El concepto ya indicado (2.1) es perfectamente válido para el Derecho positivo brasileño.

Con la estabilidad, el contrato de empleo sufre radical y unilateralmente transformación. No se convierte en tiempo determinado. Gana un elemento unilateral, que funciona en exclusivo beneficio del empleado. Es prohibido al empleador desligarse de éste, por rescisión unilateral (despido), como puede ocurrir siendo el contrato por tiempo determinado, conteniendo elemento accesorio bilateral, por despedido o dimisión «ante tempus». En este caso, el acto de rescisión es válido; apenas, sin justa causa, obliga a su autor a indemnizar al sujeto pasivo por él alcanzado.

Existiendo estabilidad, no existe posibilidad jurídica de despido, y sin resolución por incumplimiento, entre otras (3.2.3). Si el empleador alejase al fijo de la empresa, su acto se considera nulo. Y conceptualizado como no realizado: el contrato subsiste, y con él la obligación de pagar los salarios.

3.2.5. No se cuidará aquí de examinar el alcance real de la estabilidad brasileña en toda su extensión, y sí de registrar ciertos aspectos peculiares del problema en función del control judicial de la voluntad del empleador que quiera desligar al empleado de la empresa.

No siendo lícito despedir al estable, la ley establece normas específicas sobre su pretensión resolutive. Acusado el empleado de haber cometido «falta grave», «puede ser suspenso en sus funciones», mas su separación sólo se tornará efectiva «después de la investigación en que se verifique la procedencia de la acusación», perdurando la suspensión «hasta la decisión final del proceso» (C. L. T., art. 494).

Aunque la aludida suspensión —radicalmente distinta de la disciplinaria— sea facultada al empleador, en la práctica, y desde el punto de vista lógico, ella se impone. No se justifica —dada la imputación de «falta grave» al empleado— en que éste continúe trabajando a pesar del proceso seguido contra él. Si tal ocurriese, se crea presunción contraria a la gravedad de incumplimiento, habiendo decisiones en ese sentido.

Decretada la nulidad del despido, el juzgamiento improcedente a la investigación judicial, salvo las hipótesis de incompatibilidad y de readmisión, será la reintegración del empleado, como consecuencia del mantenimiento del contrato en su integridad. El empleador, vencido, ha de recibirlo a la vuelta, pagándole todos los salarios correspondientes al período en que el empleado estuvo alejado (C. L. T., art. 495, en acuerdo con el art. 471).

Igualmente cabe la reintegración cuando queda «comprobada la falsa alegación de fuerza mayor» hecha por el empleador para cerrar su empresa, o para cerrar el establecimiento en que trabaje el empleado (C. L. T., arts. 502 y 504).

Además de la obligación de reintegrar, el empleador, si no cumpliera la decisión como cosa juzgada, queda sujeto a sanción indirecta: la multa prevista en el artículo 729 de C. L. T., diaria, hasta que cumpla la sentencia, mas de escasa eficacia por causa de infracción. La aplican los Tribunales o Jueces de Primera Instancia (C. L. T., artículos 652, IV; 669, y 903).

En cuanto a la sanción penal, el artículo 203 del Código penal considera crimen «frustrar, mediante fraude o violencia, derecho asegurado por la Legislación del Trabajo». Por la Ley de Huelga (núm. 4.430/964) constituye crimen contra la organización del trabajo «dejar el empleador, maliciosamente, de cumplir las decisiones normativas de la justicia laboral u oponerse a su ejecución» (art. 29, III). Siendo así, y tratándose de huelga lícita, puede incurrir en sanción penal el empleador que no incorpore al empleado huelguista, estable o no. Se da la reintegración en cuanto la ley de huelga, siendo ésta lícita, garantiza a los empleados la percepción de sus salarios y la cuenta ininterrumpida del tiempo del servicio. La referencia a la ejecución procedente de la incompatibilidad; algunas rápidas notas son necesarias.

En el particular, al contrario de lo que ocurre cuando determinada la readmisión (3.2.3) «in fine» la estabilidad es eliminada de modo absoluto por orden judicial.

No existe en el Derecho brasileño derecho al empleado fijo de optar entre la readmisión y la indemnización, como en otros Derechos nacionales, pero puede denunciar la relación por falta grave cometida por el empleador y pleitear la correspondiente indemnización (C. L. T., art. 483), el llamado despido indirecto, que preferimos denominar «dimisión provocada por el empleador» o simplemente dimisión justa.

La excepción resultante de la incompatibilidad (C. L. T., art. 496) se inspira en el elemento fiduciario del contrato, en tanto que la conversión judicial del reintegro en la indemnización duplicada depende: a) Del «grado de incompatibilidad resultante de la sentencia». b) Especialmente, por ser el empleador «persona física», o sea de la interpersonalidad natural de la relación del empleo o, como se quiera, de la bilateralidad de «*intuitu personae*».

En la práctica forense, los jueces y tribunales no vienen usando abusivamente de la facultad legal, porque tienen que obedecer a los criterios establecidos que las restringen. Con todo, cierto abuso viene siendo practicado en lo que se refiere a resoluciones judiciales determinadas por Tribunales de Segunda Instancia y hasta por el Tribunal Superior de Trabajo, que no admiten la prueba de incompatibilidad en vivo.

Decretada la conversión, los salarios atrasados son debidos hasta el acto judicial resolutorio, aunque existen decisiones condenando al empleador a pagarlos hasta el paso en el juzgado de la sentencia constitutiva negativa.

Si el empleado también ha recurrido para la incompatibilidad, verificada culpa recíproca, salarios e indemnizaciones son debidos por mitad (C. L. T., arts. 484 y 496).

4. CONSIDERACIONES GENERALES. CRÍTICAS Y PROGRAMÁTICAS

La Constitución brasileña —art. 145— determina: «La orden económica debe ser organizada conforme a los principios de justicia social, conciliando la libertad de iniciativa con la valoración del trabajo humano», y que «a todos es asegurado trabajo que posibilite una existencia digna...» La estabilidad es una técnica privada para asegurar el derecho al trabajo. Es institución típica del Derecho del trabajo, mediante la cual se procura compensar la desigualdad económica con un trato jurídico desigual, en sentido inverso; es por esto mismo, por encima de todo, eficaz antídoto del despido arbitrario, también acto unilateral, tan autónomo en cuanto a ella. Del derecho unilateral a determinado empleo resulta la conservación de éste. Su consecuencia y no su fundamento. De donde la conclusión: generalmente la estabilidad presupone el contrato, pero apenas lo refuerza unilateralmente.

La doctrina contractual no sirve de fundamento a la estabilidad; las extracontractuales, del institucionalismo puro y de la propietarización del empleo, son programáticas, de derecho a constituirse; por ejemplo, en el Brasil, el legislador recibió inspiración del institucionalismo moderado o impuro; la estabilidad, aunque de naturaleza obligacionista, se asienta también en parte en la aceptación institucionalista de la empresa (ver C. L. T., arts. 503 y 766).

Fuera de los casos de imposibilidad objetiva de estabilidad de ser conservada (3.2.3, a, b, f y g) (de modo relativo) o de desaparecer por la voluntad del propio empleador (3.2.3, d y e), ésta perdura en cuanto su beneficiario viene a servir a la empresa (3.2.3, c, si no cometiera la «falta grave»).

En último término, el derecho de despedir tiene por base el derecho de propiedad del empleador, dueño de la empresa aún objeto. Pero dada la función social de la propiedad, y por consecuencia de la empresa, el derecho de despedir sufre limitaciones en función de los intereses empresariales, avalados objetivamente, y no bajo el criterio abstracto, absoluto y arbitrario del empleador, individualmente considerado. Afianzamiento que ha de ser hecho por tercero; el Estado, a través de poder judicial y no por cada uno de los interesados, aisladamente, como si les fuese lícito ser jueces en su propia causa.

Siendo así, se comprende perfectamente cómo el derecho del empleador a dirigir el trabajo ajeno se está transformando en verdadero poder, inclusive en el disciplinar derivado de sí mismo, ejercido en el nombre y en los intereses de la empresa, cuya personalización es cada vez más insinuante, y depende en gran escala de su democratización.

En suma: el derecho a la estabilidad es aquel que el empleado tiene de no ser despedido. Positivo en el sentido de garantizar la sobrevivencia de la relación de empleo y negativo en cuanto al despido. Y, por cuanto, un derecho de crédito, obligacional u obligatorio. Relativo, pues impide el despido, no elimina la posibilidad del empleador a pleitear el alejamiento definitivo del empleado considerado perjudicial al grupo social empresarial.

En el Brasil —donde aún no existe seguro (social) de desempleo— la estabilidad desempeña un papel de importancia y nada indica pueda ser suprimida.

Ahora, algunas consideraciones críticas.

Ya se afirmó, radicalmente, no existir verdadera estabilidad en el Brasil. La exageración se nos aparece evidente. Entretanto, en términos generales, la institución no tiene la efectividad que sería deseable.

Varios factores determinan el demasiado relativismo del instituto, algunos intrínsecos, otros extrínsecos. Pero apenas los principales serán indicados.

La estabilidad significa seguridad en determinado empleo, y no dinero disponible por la simple voluntad del empleado, el cual, dimitiendo sin justa causa, a nada tiene derecho y debe avisar previamente al empleador. Paradójicamente, en muchos casos, la posibilidad de terminar el contrato por rescisión unilateral practicada por el empleado perjudica la estabilidad (ver C. L. T., art. 500), o por abandono. Frecuentemente el empleado —a quien no interese el empleo— está de acuerdo con el empleador, cuyo interés es coincidente, en su retirada, mediante compensación financiera, marchándose a ejercer otro empleo mejor.

En otros casos, también frecuentes, el empleado también procura, de modo indirecto, cambiar la estabilidad por una indemnización, bien conduciéndose irregularmente, bien prefiriendo presentar la dimisión por causa justa originada por el empleador (C. L. T., artículo 483), ya se está hablando de «industria de las indemnizaciones dobles», del aviso previo y de la indemnización por despido injusto. Por otra parte, ciertos empleadores adoptan el mismo expediente, forzando la salida de sus empleados estables, con o sin compensación financiera.

En el fondo, palpita el problema del mantenimiento de un contrato, por fuerza de ley, después que ha desaparecido la buena fe, el clima que le es propicio.

Desde otro punto de vista, como la estabilidad sólo existe después de diez años de servicio, el empleador puede evitarla con cierta facilidad, si tenemos en cuenta que el orden jurídico brasileño le reconoce el derecho potestativo de despedir al empleado no fijo, aun pagando indemnización (limitación impropia, 1.2). Al respecto, la situación merece corrección normativa expresa, aunque la propia ley vigente (C. L. T., art. 9.º) ya autorice, a cargo de los tribunales o jueces «in concreto», cuando fulmina de nulidad «absoluta» los hechos practicados con el objeto de desvirtuar, impedir o defraudar la aplicación de los preceptos contenidos en la presente consolidación». El problema, por tanto, es de mayor o menor avance social de interpretación, al revés de la indemnización para resarcir el daño causado al empleado —frustración de la estabilidad, sanción menor y muchas veces atractiva o deseada; la aplicación de la mayor, consistente en anulación de despido injusto y la consecuente reintegración, como existe en Alemania, donde el control judicial es hecho «a posteriori»—.

Llevándose en cuenta la libertad del trabajo del empleado trabajador donde y para quien quiera, no es posible negar su derecho potestativo a la dimisión. Imposible, pues, siempre, de personal naturaleza se trata, y la libertad de trabajo está garantizada constitucionalmente, unida a su obligación social de trabajar (Constitución Federal, art. 145, único). Aunque perjudicial la estabilidad ya adquirida, la única solución, adoptada en otros países, sería la de conceder al empleado el derecho de optar entre la indemniza-

ción o el cumplimiento del contrato por el empleador. Esa es la medida introducida en el «Proyecto del Código de trabajo» (art. 593), del criterio del profesor Evaristo de Moraes Filho, revisada por una comisión de la cual forma parte con el profesor Mozart Víctor Russomano y el autor de esta comunicación, entregada al Gobierno en julio de 1964, para ser enviada al Congreso Nacional.

El otro aspecto de esta cuestión —la del período de carencia de la estabilidad— presenta serias dificultades. Aleja la hipótesis de la estabilidad dentro de sí, o inmediata a la iniciación de la prestación de servicios, como el criterio para fijar el tiempo de la eventualidad en el Derecho.

En primer lugar, se tiene ya de restringir la celebración y la dimisión temporal de los contratos con término o condición resolutive. En segundo, la eventualidad del derecho a la estabilidad tendría que ser mantenida durante el período de prueba. Cesado éste, bien realizada la experiencia, el empleado pasaría a ser estable.

En principio, por consiguiente, nada dificulta la estabilidad contractual ni la legal a partir de la conclusión, con éxito, del período probatorio, absurdamente fijado por la ley brasileña en un año, ni más ni menos (C. L. T., art. 478, 1.º).

La solución no es la de suprimir la estabilidad, principalmente en países como el Brasil, donde no existe el seguro contra el desempleo, el más típico de los riesgos sociales; pero sí la de adaptarlo a las condiciones socioeconómicas.

Dos factores deben ser considerados preponderantemente sobre los demás: la situación del llamado «mercado de mano de obra» y el esfuerzo del país para salir del subdesarrollo y arrancar hacia el desarrollo.

La aceleración del progreso industrial, a la par del éxodo rural, hace que exista oferta de trabajo no calificado en exceso y extraordinaria carencia de trabajadores calificados. La deficiencia de enseñanza técnica y de aprendizaje en extensión e intensidad, persiste en grado lamentable. Por eso, la estabilidad significa mucho más para los trabajadores braceros o casi exclusivamente manuales y es mucho menos para los que saben ejercer una función u oficio especializado, preponderantemente intelectual o no.

En cuanto al segundo factor apuntado, se impone la coordinación de la estabilidad con el progreso tecnológico.

Se impone la coordinación de la estabilidad con el progreso tecnológico; la introducción de mejoras técnicas en la producción, aun utilizando maquinaria moderna, determina casi siempre la reducción del personal asalariado. La ley no puede quedar inmune al hecho.

En el régimen de producción bajo la forma de empresa (privada o pública, empresa libre o empresa dirigida, empresa autocrática o empresa democrática) es inevitable el conflicto entre el grupo productor —considerado como un todo— y sus componentes personales y subordinados. La estabilidad, como derecho individual del empleado, puede sufrir restricciones determinadas por la coyuntura económica y que deben ser en la medida de lo posible articuladas con las exigencias del progreso social.

En el Brasil aún no existe reglamentación de despidos colectivos o en masa, ni un servicio oficial de colocación de trabajadores, aunque ya exista un Consejo de Empleo y Salario. La materia está regulada de acuerdo con el ya citado «Proyecto de Código del trabajo» (arts. 61 a 75 y 594 a 599), bien como previstas las consecuencias de los cam-

bios tecnológicos en los contratos de empleo (art. 566). Y aun medidas de protección contra las radiaciones ionizantes (arts. 221 a 228).

Además del recurso —no siempre posible o adecuado— de la reducción de la jornada de trabajo como medio de absorción de la mano de obra excedente, se impone, a nuestro entender, un nuevo tipo de restricción y estabilidad.

Al lado de las «justas causas» tradicionales, de índole contractual y excluyentes de cualquier reparación a cargo del empleador, podrían ser colocadas justas causas empresariales. Su objetiva verificación en función del desarrollo económico no excluiría el derecho de los despedidos a una indemnización, mas importaría en la eliminación controlada y excepcional de la estabilidad.

5. CONCLUSIONES FUNDAMENTALES

a) El derecho a la estabilidad representa una limitación propia y apropiada al derecho de despedir, el cual evoluciona en el sentido de convertirse en poder, en función de una nueva concepción de la empresa, con tendencia a ser sujeto de derecho.

b) La estabilidad se presenta como forma larvada, privada e insuficiente contra el desempleo.

c) Como antídoto del despido y no de la resolución por incumplimiento, el instituto revela un movimiento dialéctico entre libertad (del empleador) y seguro (del empleado), siendo una fórmula de coordinación entre ambos: ni licenciosidad arbitraria, ni seguridad absoluta e injusta «summum jus, summa injuria».

d) Aun en un derecho de crédito del empleado, unilateral, con finalidad distributiva, es existencialmente relativo.

e) Existiendo la estabilidad, persistiendo sus presupuestos de sobrevivencia, el contrato de empleo debe ser mantenido íntegramente.

f) De suma importancia para el instituto el alcance y las consecuencias de la orden de reintegración. Al respecto presentamos las siguientes subconclusiones:

1.^a El empleador no asume una obligación de hacer por el contrato de empleo común y sí de dar (entregar el salario) después; la reintegración no implica el problema de la ejecución forzada, directa y específica de la obligación de hacer, no asumida por el empleador y sí por el empleado, cuya libre dimisión queda asegurada, con o sin justa causa.

2.^a Si el empleador no quiere admitir el trabajo ofrecido por el empleado, incurriendo en falta de cooperación, oriunda del principio de buena fe contractual, pero paga los salarios, está cumpliendo su obligación principal.

3.^a Si el empleado, colocado en disponibilidad remunerada, trabajase para otro, o por cuenta propia, adquiriendo provechos, aplícase el principio de enriquecimiento injusto, pero, siempre que hubiese empobrecimiento imputable al empleador, el enriquecimiento del empleado es justo y justificado.

4.^a Si el empleador no recibe el trabajo ni paga los salarios debidos o exige trabajo y no lo entrega al empleado, cabe a éste escoger entre el cobro de los mismos o rescisión unilateral de la relación, por causa justa, con derecho a indemnización.

5.^a Como el trabajo es una «obligación social», el empleador que no admitiese los servicios del empleado no le puede impedir trabajar para un tercero, o por cuenta propia, transformada unilateralmente en contratación de inacción.

6.^a La reintegración puede ser reforzada por sanciones indirectas (exs., multa del Derecho brasileño «*astreintes*», *specific performance* y *zivilprozessordnung*), administrativas, judiciales y hasta intervención en la empresa, para que sea respetada la cosa juzgada.