

COLECCIÓN SOCIEDAD Y DERECHO

IUS VARIANDI

Medidas Precautorias

(Actualización según Ley N° 26.086)

HECTOR HORACIO KARPIUK

APLICACION TRIBUTARIA S.A.

APLICACION TRIBUTARIA S.A.

Viamonte 1546 Piso 2° Of. 200
(1055) CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
Telefax 4374-5418/6692/8855

E-mailinfo@aplicacion.com.ar
Webhttp://www.aplicacion.com.ar

Karpiuk, Héctor Horacio

Ius variandi: medidas precautorias – 1° ed. Buenos Aires:

Aplicación Tributaria S.A., 2008

296 p. ; 21x15 cm.

I.S.B.N. 978-987-1487-06-6

I. Derecho. I. Título

CDD 340

Fecha de catalogación: 03/03/2008

© COPYRIGHT 2008 BY **APLICACION TRIBUTARIA S.A.**

1° Edición, Marzo de 2008

I.S.B.N. 978-987-1487-06-6

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL POR CUALQUIER
MEDIO, YA FUERE MECÁNICO, ELECTRÓNICO, ETCÉTERA, SIN
AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL AUTOR Y DEL EDITOR

La Colección Sociedad y Derecho es dirigida
por el **Dr. Reinaldo E. Gross**

El presente trabajo ha sido minuciosamente revisado y corregido. No obstante, ni la editorial ni el autor se hacen responsables, bajo ningún concepto, de ningún tipo de perjuicio relacionado que cualquier error u omisión puedan ocasionar

Este libro se terminó de imprimir en Marzo de 2008 en
APLICACIÓN TRIBUTARIA S.A.

Viamonte 1550

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Sumario Analítico

PRÓLOGO

..... 7

PREFACIO

..... 9

CAPÍTULO 1

Introducción 17

1. EL DERECHO DEL TRABAJO 17
2. EL DESEMPLEO EN EL MUNDO Y ESPECIALMENTE
EN NUESTRO PAÍS 25
3. EL TRABAJO NO REGISTRADO 33
4. REDUCCIÓN DE SALARIOS 34
5. EL ROL DEL DERECHO DEL TRABAJO 41

CAPÍTULO 2

Derechos Sociales y Derechos Humanos 47

CAPÍTULO 3

**Nuevos Vientos que Corren en el Derecho Procesal,
ante la Necesidad de Responder con Celeridad a
los Requerimientos Sociales** 59

1. INTRODUCCIÓN 59

CAPÍTULO 4

Procesos Urgentes 71

CAPÍTULO 5

Las Medidas Autosatisfactivas 75

1. INTRODUCCIÓN 75
2. FUNDAMENTOS LEGALES 80
3. PRUEBAS QUE PUEDEN ORDENARSE DE OFICIO O
A PETICIÓN DE PARTE 102
4. EL LLAMADO “CORRALITO FINANCIERO” Y LAS MEDIDAS
AUTOSATISFACTIVAS 114

CAPÍTULO 6

<i>La Tutela Anticipada.</i>	119
1. INTRODUCCIÓN.....	119
2. EVOLUCIÓN DOCTRINARIA.....	119
3. SU NATURALEZA JURÍDICA.....	122
4. PANORAMA NACIONAL.....	126
4.1.. Desarrollo jurisprudencial.....	126
5. DERECHO COMPARADO.....	135
5.1.. Brasil.....	135
5.2.. Perú.....	136
5.3.. Uruguay.....	137
5.4.. Chile.....	137
5.5.. Italia.....	138
5.6.. España.....	140
5.7.. Francia.....	141
5.8.. Estados Unidos de América.....	144

CAPÍTULO 7

<i>Las Medidas Mencionadas y los Derechos Laborales.</i>	145
---	------------

CAPÍTULO 8

<i>La Autonomía de la Voluntad.</i>	151
--	------------

CAPÍTULO 9

<i>El Principio de la Autonomía de la Voluntad y el Derecho del Trabajo</i>	163
--	------------

CAPÍTULO 10

<i>La Modificación de la Relación Laboral</i>	177
1. INTRODUCCIÓN.....	177
2. ALTERACIÓN LEGAL.....	178
3. ALTERACIÓN CONJUNTA.....	178
4. ALTERACIÓN POR PARTE DEL EMPLEADOR.....	179

CAPÍTULO 11

<i>El Denominado “Ius Variandi”. La Facultad de Alterar las Condiciones de Trabajo por Parte del Empleador.</i>	181
1. INTRODUCCIÓN.....	181
2. EL IUS VARIANDI.....	181
3. EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LA POTESTAD DE MODIFICAR ALGUNAS DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	184
4. EL IUS VARIANDI Y EL PRINCIPIO PROTECTORIO.....	188

CAPÍTULO 12

Principio de Irrenunciabilidad

(Artículo 12 del Régimen de Contrato de Trabajo)	201
1. INTRODUCCIÓN	201
2. ANÁLISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN EL ASPECTO DOCTRINAL	205
2.1.. Opinión del Dr. Antonio Vázquez Vialard	207
2.2.. Posición de Adrián Goldín	208
2.3.. Opinión de Juan Carlos Fernández Madrid	209
2.4.. Opinión de Eduardo Oscar Álvarez	212
2.5.. Opinión de Horacio Héctor De la Fuente	214
2.6.. Opinión de Julio Armando Grisolia	216
2.7.. Posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	219

CAPÍTULO 13

Requisitos Específicos para la Procedencia del Ius Variandi.	225
1. INTRODUCCIÓN	225
2. RAZONABILIDAD	225
3. NO ALTERACIÓN DEL NÚCLEO DEL CONTRATO	226
4. RESPETO DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD	227
5. LAS MODIFICACIONES SANCIONATORIAS	227

CAPÍTULO 14

Evolución Normativa Referente al Ius Variandi	229
1. INTRODUCCIÓN	229
2. CORRIENTE RESTRICTIVA	230
3. OTRAS INTERPRETACIONES DOCTRINARIAS DE LA MISMA NORMA	234
4. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL	245

CAPÍTULO 15

El Principio de Progresividad y el Derecho del Trabajo	251
---	------------

CAPÍTULO 16

La Equidad y la Justicia Social	267
--	------------

CAPÍTULO 17

Propuesta de Reforma Legislativa	277
1. SISTEMA DE ESTABILIDAD QUE RIGE EN LA ACTIVIDAD PRIVADA DE NUESTRO PAÍS	277
2. NUESTRA PROPUESTA	277

3. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN	
AGRAVADA	281
3.1.. Formales	281
3.2.. Sustanciales	281
4. RECEPCIÓN DE INSTITUTOS SIMILARES EN NUESTRO	
DERECHO DEL TRABAJO	282

CAPÍTULO 18

<i>La Situación en la Actualidad.</i>	285
---	------------

CAPÍTULO 19

<i>Conclusiones.</i>	287
----------------------------	------------

PRÓLOGO

En mi carácter de Director de la Colección “Sociedad y Derecho”, de la Editorial Aplicación Tributaria S.A., tengo el honor de presentar el libro del Profesor Hector Horacio Karpiuk “Ius Variandi – Medidas Precautorias”, que sostuvo como la tesis con la que obtuvo el Doctorado en leyes en la Universidad del Museo Social Argentino.

A su texto base se le han modificado algunos puntos e incorporado otros para cubrir la temática abordada.

El Dr. Karpiuk es un funcionario judicial del Fuero Laboral con más de dos décadas y media de experiencia, que ha recorrido los cargos en la primera instancia y en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, lo que significa un conocimiento profundo de la actividad procesal especial.

Además, Karpiuk es docente universitario, lo que hace que su prosa resulte conceptualmente clara, sin dejar de lado la erudición de todo trabajo científico.

Por lo tanto, el autor suma experiencia judicial a la capacidad explicativa, dirigida tanto a estudiantes como a los profesionales del derecho, ciencias económicas, administración de relaciones laborales, entre otros.

Pasando a la explicación del libro, podemos expresar con satisfacción que sus posturas están sostenidas con una amplia fundamentación legal, doctrinaria y jurisprudencial, lo que significa que “Ius Variandi –

Medidas Precautorias” es una obra fundamental para tener una visión totalizadora y capacitada de la temática.

No sólo hace una revisión de las posturas doctrinarias, sino que adiciona las modificaciones incorporadas por la Ley N° 26.068 al artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que se convierte en una obra de actualidad.

El Dr. Karpiuk no queda con solo una visión teórica de la modificación de las condiciones laborales, sino que trabaja sobre las medidas precautorias que hagan efectiva y sean herramientas eficaces para la protección del derecho de fondo.

Nos ilustra en forma exhausta sobre las medidas autosatisfactivas en un contexto de los Derechos Humanos y Sociales, incorporadas a la Constitución Nacional a partir de la reforma del 1994, en su artículo 75 incisos 22) y 24).

En un ejercicio intelectual honesto, asume la parte de responsabilidad que tiene el órgano jurisdiccional por la lentitud tribunalicia respecto de los derechos protegidos por la Norma Fundamental y propone una reforma legislativa.

Sobre la propuesta de reforma legislativa, podremos tener una opinión favorable o no, pero la proposición y su fundamentación nos muestra los conocimientos del autor.

En un tema de tanta conflictividad y actualidad, creemos que la obra hoy presentada resulta de necesaria consulta para todos aquellos que quieran llevar adelante acciones que reclamen medidas precautorias y autosatisfactivas para el caso de ejercicio abusivo del Ius Variandi.

Por último, deseamos al Dr. Hector Horacio Karpiuk pleno éxito con esta obra y que nos permita publicar nuevos trabajos intelectuales de su autoría, teniendo la seguridad de que habrá acogida favorable de los lectores, aventurando nuevas ediciones.

Reinaldo Emilio Gross

PREFACIO

No es necesario resaltar la importancia del factor “*tiempo*” en las decisiones judiciales, especialmente cuando están en juego créditos alimentarios, como es en el caso de ejercicio abusivo del *Ius Variandi*. Menester resulta dar respuesta pronta a tal necesidad. Esto aconseja la aplicación de nuevos remedios procesales, como pueden ser las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada, en determinadas situaciones tales como la señalada –teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria de las remuneraciones– ya que la limitación prevista en el artículo 66 de la Ley N° 20.744 reformada por la Ley N° 21.297 (t.o. 1976, según Decreto N° 390/76) antes de su reciente reforma, fue uno de aquellos casos en los que determinados dispositivos, tendientes a la protección de los derechos del trabajador, perdieron efectividad al modificarse las condiciones tenidas en cuenta por el legislador del ’76 al momento de promulgarlas, toda vez que el aumento sideral de la tasa de desocupación, que llegó y se mantiene en límites inimaginables en aquél momento, la transformó en una herramienta que perdió efectividad por la modificación de las condiciones tenidas en cuenta por el legislador al tiempo de su sanción. Así pudo señalar el Dr. Daniel F. Soria, en un reciente fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires¹, refiriéndose a pronunciamientos anteriores del Tribunal que ventilaron cuestiones referentes al ejercicio del *Ius Variandi*:

“La realidad socio-económica del país en las fechas de aquellos pronunciamientos fue claramente supera-

¹ Fallo del 29/09/2004, “*Quiroga, José. c/Consigna S.R.L.*”, *Lexis Nexis Laboral y S.S. Buenos Aires, 2004, fascículo 23, páginas 1748 y ss.*

da, a poco andar, por una crisis de tal envergadura que resulta imposible hallar una situación comparable desde los albores de la organización de la Nación. Su repercusión en el mercado laboral es de público y notorio conocimiento: altas tasas de desempleo y subempleo enmarcan el afligente deterioro social en vastos sectores de la población ... Así el criterio forjado en aquellos tiempos choca hoy con la indefensión en que, en ese contexto económico social, se encuentra el trabajador frente al ejercicio abusivo del Ius Variandi, debido a una flexibilización de hecho impuesta por la realidad socio-económica actual.”

A su turno, el Dr. De Lazzari, luego de manifestar su voluntad de compartir el voto del Dr. Soria, formuló una serie de consideraciones corroborantes de lo anterior manifestando que:

“Cuando, hace aproximadamente treinta (30) años, fue dictada la Ley N° 20.744 (al poco tiempo reformada por la Ley N° 21.297) las condiciones económicas, sociales y políticas en nuestro país (y en todo el mundo) eran absolutamente diversas de las actuales. Las palabras de la Ley de Contrato de Trabajo (en particular su actual artículo 66, antes el 71) recortadas contra el panorama histórico de esos años, podían tener un sentido (cualquiera fuere) apropiado a aquellas circunstancias. Sin embargo, a esas palabras (salvo que pretendamos resucitar una exegética espuria) no puede asignárseles hoy idéntico significado que en aquellos tiempos, ya que sería ingenuo pensar que por el hecho de perdurar el texto, lo que la norma dice siga siendo lo mismo: las condiciones de identidad de cualquier precepto están dadas por la identidad de su sentido y no por la de su formulación lingüística (al

respecto puede consultarse “Definiciones y Normas”, Alchurrón, C. y Bulgyn, E. en “El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió”, 1983, Ed. Abeledo-Perrot). Es decir, las palabras siguen siendo las mismas; su significado (o el que el intérprete les atribuya) variará en cuanto cambien las condiciones sociales, políticas, económicas, etcétera respecto de aquellas en que el texto original fue dado.” En ese camino, considerando que tanto cuando aquellas leyes fueron dictadas como en estos tiempos, el sentido último de la norma fue velar por los derechos del trabajador, y valorando la razonabilidad práctica de la solución que postuló a la luz de esa pauta fundamental (Conf. Ross, “Sobre el derecho y la justicia”, 1974, Ed. Eudeba, Cáp. IV) debo concluir en que tales fines no se cumplirían hoy, de interpretarse la norma del artículo 66, Párrafo 2º, Ley de Contrato de Trabajo, en el sentido de que el trabajador “debe” considerarse despedido si quiere obtener las reparaciones previstas en la ley, convalidándose –en cambio– que se trata de una facultad que el trabajador puede ejercer a su solo arbitrio.”

Evidentemente tal norma, conforme se encontraba redactada hasta su reciente modificación, no podía superar los distintos filtros constitucionales que propone **Grondona**², sobre todo en lo que hace al examen de eficiencia, pues evidentemente el medio elegido por el legislador del ‘76 no resultaba(cf. la modificación de las condiciones apuntadas supra) conducente al fin propuesto por aquél de proveer de una herramienta al trabajador para que éste pudiera protegerse de la posibilidad de un ejercicio abusivo de *Ius Variandi* por parte del empleador. Tampoco el de temporalidad, puesto que se aplicaba en un tiempo que ya no era el apropiado para dicha norma, toda vez que la modificación de las condiciones

² **Grondona, Mariano**; “Exámenes de Constitucionalidad”, L.L., año XVIII, N° 117, del 17/6/2004, página 1 y ss.

fácticas melló la efectividad que en otra época hubiera podido tener. Por ello, tampoco superaría el de razonabilidad, atento la circunstancia apuntada. Menos aún el examen de proyección, puesto que si —como señala el citado autor en el trabajo ya mencionado— los jueces, de manera implícita o explícita suelen proyectar la interpretación constitucional que se propone para el caso que están por resolver a otros análogos, para medir sus efectos en casos que no están (aún) sometidos a ellos, el seguir aplicando la norma tal cual la interpretaba la mayoría de la jurisprudencia —como lo señalaré más adelante— solamente podía hacerse en desmedro de lo normado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto éste asegura al trabajo en sus diversas formas la protección de las leyes y se le garantizan al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, y hasta la protección contra el despido arbitrario; toda vez que bien podía constituir el ejercicio abusivo del *Ius Variandi* un mero subterfugio para lograr el empleador inescrupuloso desvincularse del trabajador sin necesidad de recurrir a su despido directo, puesto que mediante tan hábil ardid, la percepción por parte del trabajador de las indemnizaciones a las que resultaba acreedor por despido bien podía posponerse durante años o —aún— tornarse ilusoria por el mero transcurso del tiempo y la directa desaparición del deudor o su quiebra. Tampoco podía abdicar el Estado de la tarea encomendada por el imperativo constitucional. Ya desde antiguo señalaba S.S. León XIII en su carta encíclica “*Rerum Novarum*”, que:

“El Estado debe Promover y Defender el Bien del Obrero en General. Pero debe además tenerse en cuenta otra cosa que va más al fondo de la cuestión, y es ésta: que en la sociedad civil una es igual la condición de las clases altas y la de las ínfimas. Porque son los proletarios, con el mismo derecho que los ricos y por su naturaleza, ciudadanos, es decir, partes verdaderas y vivas de que mediante las familias se compone el cuerpo social, por no añadir que en toda ciudad es la suya la clase sin comparación más numerosa. Pues

*como sea absurdísimo cuidar de una parte de los ciudadanos y descuidar otra, síguese que debe la autoridad pública tener cuidado conveniente del bienestar y provecho de la clase proletaria; de lo contrario violará la justicia, que manda dar a cada uno su derecho. A este propósito dice sabiamente Santo Tomás: Como las partes y el todo son en cierta manera una misma cosa, así lo que es del todo es en cierta manera de las partes. De lo cual se sigue que entre los deberes no poco ni ligeros de los príncipes, a quienes toca mirar por el bien del pueblo, el principal de todos es proteger todas las clases de ciudadanos por igual, es decir, guardando inviolablemente la justicia distributiva”.*³

Renglones más abajo continúa diciendo S.S. que:

“... con grandísima verdad se puede decir que no de otra cosa, sino del trabajo de los obreros, salen las riquezas de los Estados.” “Exige, pues, la equidad, que la autoridad pública tenga cuidado del proletario, haciendo que le toque algo de lo que aporte él a la común utilidad, que con casa en que morar, vestido con que cubrirse y protección con que defenderse de quien atente a su bien, pueda con menos dificultades soportar la vida. De donde se sigue que se ha de tener cuidado de fomentar todas aquellas cosas que en algo pueden aprovechar a la clase obrera.” “El cual cuidado, tan lejos está de perjudicar a nadie, que antes aprovechará a todos; porque importa muchísimo al Estado que no sean de todo punto desgraciados aquellos de quienes provienen esos bienes de que el Estado tanto necesita.”

3 **Guitton Henri** ; “Encíclicas y mensajes sociales”, La Ley, Buenos Aires, 1964, página 76.

Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí señalado y porque consideramos que haber mantenido durante más de treinta (30) años la citada norma conforme se encontraba redactada, era incumplir tanto el mandato constitucional como lo señalado por el Santo Padre, propondremos –luego de explicar cada uno de los institutos a los que aludo en la presente tesis– distintas medidas legislativas que, a mi juicio, pueden tender a solucionar de alguna manera pérdidas de efectividad –como la de la norma aludida– por la modificación de la situación socioeconómica tenida en cuenta por el legislador al dictarla y reparar la injusticia que su aplicación por los jueces de trabajo irroga a la masa asalariada porque “... *tal conducta no puede poner límites al accionar de la parte que se presume protegida en la relación sinalagmática, de modo tal de colocarla en situación de tener que decidir aceptar el mal que considere menor (ya sea rescindir el contrato o someterse al cambio) ...*”.⁴ No hay que olvidar que es de la esencia de la función jurisdiccional del Estado que, para preservar la paz social y mantener el orden jurídico, se imponga a la voluntad de las partes e intervenga por intermedio de un organismo imparcial e independiente, resolviendo las diferencias y asegurando de esta manera coactivamente la satisfacción de los derechos e intereses que la norma contenga. Esta función jurisdiccional no procura satisfacer solamente los intereses privados reconocidos por el derecho, puesto que –aún en el derecho civil– se ejerce la actividad jurisdiccional en vista de un interés público. “*Es así que con la jurisdicción se realiza no sólo el interés particular insatisfecho, sino también el público de mantener la paz social evitando la lucha física de los interesados en el conflicto y, sobre todo, el de asegurar el orden jurídico que el Estado ha organizado*”.⁵ La autoridad judicial, revestida de la jurisdicción, es la que da vida y pone en acción las prescripciones legales; la que hace prevalecer los derechos del más débil sobre el más fuerte; la que asegura el imperio de

4 Ver voto del Dr. Roncorini en Fallo del 29/09/2004, “*Quiroga, José. c/Consigna S.R.L.*”, Lexis Nexis Laboral y S.S. Buenos Aires, 2004, fascículo 23, páginas 1748 y ss. *ya cit.*

5 **Lascano, David**: “*Jurisdicción y Competencia*”, Buenos Aires, 1941, página 22, citado por **Allocati, Amadeo** en “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, dirigido por Mario L. Deveali, Fedye, segunda edición actualizada y ampliada, Tomo V, página 15.

la ley y de la paz entre los ciudadanos; la que forma la moral pública, separando de la sociedad a los que la quebrantan con sus acciones criminales y, en una palabra, esta autoridad tutelar, órgano y sacerdote legítimo de la ley, es la que asegura al hombre con su vida protectora su libertad, su fortuna, su existencia misma, al paso que conserva el orden, la paz y la prosperidad pública.⁶ Obviamente, quienes están llamados a tan magna tarea no pueden escapar a los imperativos de la hora ni a su misión histórica, conservando y defendiendo la letra fría de la ley y desconociendo el contexto socioeconómico y hasta histórico en el que tal norma debe aplicarse; todo lo que nos convence de que deben ser –como tantas otras veces ya lo han sido– los magistrados quienes, ante la mora del legislador en dictar normas adaptadas a los nuevos tiempos, adopten de manera pretoriana nuevas soluciones, atento el fuerte valor dkelógico –para usar términos de Werner Goldschmidt– que contendrían. Ello, porque en lo más profundo de nuestra conciencia tenemos los hombres una ley que no nos dictamos, a la que debemos obedecer, que nos advierte que debemos practicar el bien y evitar el mal. En la obediencia de esta ley consiste la dignidad humana y por ella, habremos de ser juzgados por Dios. Esta ley, dada a conocer por nuestra conciencia, cuyo cumplimiento consiste en el amor a Dios y al prójimo, necesitará en el plano social, dentro de una comunidad, de su traspolación a una ley positiva que sea lo más cercana a ella, a efectos de lograr el valor justicia como virtud. Esta justicia nos obliga a dar a cada uno lo suyo y en este sentido, la Doctrina Social de la Iglesia, desde *Rerum Novarum*, comenzó a señalarnos un nuevo concepto, el de la justicia social. Sobre este último concepto habremos de volver más adelante.

6 *Caravantes*, "Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento", T. I, Madrid, 1856, citado por Amadeo Allocati en obra ya cit. página 16.

CAPÍTULO 1

Introducción

1. EL DERECHO DEL TRABAJO

Pose¹, señala que el derecho laboral es una disciplina eminentemente protectoria que nació, se desarrolló, evolucionó y se expandió tomando como referencia la necesidad de compensar la desigualdad económica en que se encuentra el trabajador frente a su empleador. La idea central que inspira el derecho del trabajo no es la idea de igualdad entre las personas, sino la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; por ello, la igualdad deja de ser el punto de partida del derecho laboral para convertirse en una meta o aspiración del ordenamiento jurídico. Esta desigualdad esencial de los contratantes explica la existencia de los distintos principios del derecho del trabajo, entre ellos, el protectorio, el de irrenunciabilidad, el *in dubio pro operario* y la proyección asignada a la equidad como fuente de derecho (artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 de la Ley de Contrato de Trabajo). Justifica, asimismo, la presencia de un régimen particular en materia de presunciones legales (artículos 23, 55, 57, 115 y concs. del cuerpo legal citado) que juegan en beneficio del dependiente frente al dador de trabajo y aún la existencia del derecho procesal del trabajo como rama del derecho procesal,² atento la especificidad de la materia que trata. En el plano estrictamente jurídico, la desigualdad entre las partes de la relación de trabajo justifica que el contrato

1 **Pose, Carlos**; “Manual práctico del *Ius Variando*”, David Grimberg editor, Libros Jurídicos, Buenos Aires, 1995, página 14.

2 **Allocati, Amadeo**; *ob. cit.* página 22.

de trabajo sea un típico contrato de adhesión, en el cual la libertad operativa del trabajador se ve muy menguada, al punto tal que se circunscribe a la posibilidad de celebrar el contrato y adherirse a las cláusulas impuestas o no contratar, buscando un nuevo conchabo en condiciones que les sean más beneficiosas. En el plano económico, esta desigualdad esencial pone en evidencia que el trabajador se encuentra obligado a celebrar un contrato de trabajo llevado por su situación de indigencia y pobreza material, pues la única manera que tiene de incorporarse al mercado económico es “lucrar” con su capacidad física o intelectual, enajenando su capacidad de trabajo y su tiempo libre a cambio de una retribución determinada –o determinable– en dinero. El conocido brocárdico “*el trabajo no es una mercancía*” pone de manifiesto un imperativo moral que en realidad puede enunciarse como sigue: “*el trabajo no debe (no debería) ser considerado una mercancía*”. Pero, fatalmente, determinadas leyes económicas habrán de incidir para determinar el valor de la prestación laboral. Por ello, el Estado no puede abdicar de su tarea –esencial para la paz social– de dirigir y poner en madre a estos fenómenos y para ello debe dictar normas que enmarquen y pongan dentro de ciertos cauces a la relación de trabajo. Ello, siguiendo los sabios consejos dados por S.S. León XIII, en la encíclica *Rerum Novarum* ya citada precedentemente, respecto a que:

“... en la protección de los derechos de los particulares debese tener en cuenta principalmente de la clase ínfima y pobre. Porque la clase de los ricos, como se puede amurallar con sus recursos propios, necesita menos del amparo de la pública autoridad; el pobre pueblo, como carece de medios propios con qué defenderse, tiene que apoyarse grandemente en el patrocinio del Estado. Por esto a los jornaleros, que forman parte de la multitud indigente, debe con singular cuidado y providencia cobijar el Estado.”

Tan sabias palabras, tan vigentes hoy como en el momento en que fueron dictadas, enseñan que esta tutela no puede ser indiferente, ni puede desprenderse del fenómeno institucional producido por el elemento “*empresa*” como centro productor de bienes y servicios y como organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos y benéficos, según reza el artículo 5° de la Ley de Contrato de Trabajo. Esto último explica la existencia de determinadas figuras que tienden a realzar las potestades empresarias frente a los derechos del dependiente, como es el caso de lo previsto en el artículo 66 del cuerpo legal citado, conforme su reforma por Ley N° 21297 (t.o. según Decreto N° 390/76), que perdió efectividad como posible instrumento para que el trabajador pudiera limitar, poner coto o protegerse de los efectos de una decisión de su empleador de modificar de manera arbitraria, irrazonable e inconsulta los términos del contrato de trabajo. Así, mediante tales potestades conferidas en el artículo 66 del Régimen de Contrato de Trabajo (R.C.T.), se extendían las jornadas de trabajo sin reparar en las necesidades físicas y psíquicas del trabajador y sin siquiera ofrecer contraprestación alguna, ya fuera salarial o de otra naturaleza. Al respecto, ya había manifestado S.S. en la encíclica ya citada (ob. cit. página 82 y ss.):

“Por lo que toca a la defensa de los bienes corporales y externos, lo primero que hay que hacer es librar a los pobres obreros de la crueldad de hombres codiciosos que, a fin de aumentar sus propias ganancias, abusan sin moderación alguna de las personas, como si no fueran personas sino cosas. Exigir tan grande tarea, que con el excesivo trabajo se embote el alma y sucumba al mismo tiempo el cuerpo a la fatiga, ni la justicia ni la humanidad lo consienten. En el hombre toda su naturaleza, y consiguientemente la fuerza que tiene para trabajar, está circunscripta con límites fijos, de los cuales no puede pasar ... Debese pues, procurar que el trabajo de cada día no se extienda a más

horas de las que permitan las fuerzas. Cuánto tiempo haya de durar este descanso se deberá determinar, teniendo en cuenta las distintas especies de trabajo, las circunstancias de tiempo y de lugar y la salud de los obreros mismos ... ”

Todo esto pone de relieve las aristas peculiares del derecho del trabajo, que son en realidad su esencia y razón de ser, atento que tanto su nacimiento como su existencia y desarrollo pivotan sobre la idea de la “hiposuficiencia” (para utilizar una expresión acuñada por Cesarino Jr. ya en la primera mitad del siglo pasado) de la parte más débil del contrato de trabajo. Atingente a esto señaló S.S. Pío XI, en su conocida encíclica “*Quadragesimo anno*” que:

“Cuando el siglo XIX llegaba a su término, el nuevo sistema económico y los nuevos incrementos de la industria en la mayor parte de las naciones hicieron que la sociedad humana apareciera cada vez más claramente dividida en dos clases: la una, con ser la menos numerosa, gozando de casi todas las ventajas que los inventos modernos proporcionan tan abundantemente; la otra, en cambio, compuesta de ingente muchedumbre de obreros, reducida a la angustiosa miseria, luchando en vano por salir de la estrechez en que vivía.” “Era un estado de cosas al cual con facilidad se avenían quienes, abundando en riquezas, lo creían producido por leyes económicas necesarias, de ahí que todo el cuidado para aliviar esas miserias lo encomendara tan sólo a la caridad, como si la caridad debiera encubrir la violación de justicia, que los legisladores humanos no sólo toleraban, sino aún a veces sancionaban. Al contrario, los obreros, afligidos por su angustiosa situación, la sufrían con grandísima dificultad y se resistían a sobrellevar por más tiempo tan duro yugo. Algunos de ellos, impul-

sados por la fuerza de los malos consejos, deseaban la revolución total, mientras otros, que en su formación cristiana encontraban obstáculos a tan perversos intentos, eran de parecer que en esta materia muchas cosas necesitaban reforma profunda y rápida.” “Así también pensaban muchos católicos, sacerdotes y seglares, que impulsados ya hacía tiempo por su admirable caridad a buscar remedio a la inmerecida indigencia de los proletarios, no podían persuadirse en manera alguna que tan grande y tan inicua diferencia en la distribución de los bienes temporales pudiera en realidad ajustarse a los consejos del Creador Sapientísimo.”

Estas peculiaridades son las que llevaron a decir a **Barbagelata**³ que:

“La convicción de que los Códigos Civiles no contenían una respuesta a las cuestiones que planteaban el trabajo humano y las relaciones que generaba, se fue gestando desde fines del siglo pasado, y al amparo de innovaciones legislativas poco o nada ortodoxas, alentó los esfuerzos dirigidos a la construcción de una doctrina jurídica sustitutiva de la tradicional.”

El derecho del trabajo se fundamenta en principios que, en muchos aspectos, se apartan ostensiblemente de aquellos que forman el derecho civil y el derecho comercial. Las leyes civiles que siguieron la corriente individualista y liberal del Código de Napoleón aparecen fundadas, en materia de contratos, en el clásico principio de la autonomía de la voluntad y ello ocurre aún en el de locación de servicios⁴. Nuestro Código Civil, por ejemplo, dedicó el Capítulo VIII del Título VI de la Sección III del Libro II (artículos 1623 a 1647 bis) a este contrato, aunque compren-

³ **Barbagelata, Héctor Hugo**; “El particularismo del Derecho del Trabajo”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1995, página 9.

⁴ Ver la opinión de Deveali, concepto de Derecho de Trabajo, en su “Tratado ...”, ya citado, T. 1.

de la reglamentación de dos (2) contratos diferentes: el de locación de servicios, al que dedica seis (6) artículos (1623 a 1628) y el de locación de obra, que incluye al resto. No abandonó aquel principio general al prescribir que: “*las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*” (artículo 1197 del Código Civil). No es de extrañar entonces que los códigos de procedimientos civiles hubieran concebido un tipo de proceso exclusivamente individualista y costoso, con una frondosidad de trámites lentos y pesados, plazos no perentorios, exceso de recursos y donde el impulso procesal correspondía por lo general a las partes, desempeñando el juez un papel exageradamente pasivo. Esto permitió a **Cordini**⁵ decir que:

“Las partes gozan de libertad sobre la materia del litigio y se justifica que el Estado cumpla sus fines con un mínimo de intervención jurisdiccional al solo efecto de eliminar la justicia privada y mantener la igualdad formal de las partes en el debate, porque éstas son dueñas del procedimiento al igual que de sus derechos subjetivos.”

Por eso, señaló **Barbagelata**⁶:

“... desde los albores del presente siglo, se persiguió la concreción de una hermenéutica apta para operar esa transformación, e incluso se empleó la denominación de Nuevo Derecho, con la intención de subrayar la profundidad del cambio que se buscaba materializar ... La histórica incorporación del artículo 123 a la Constitución de Querétaro, seguida por la proclamación universal de los fundamentos de una nueva regulación de las condiciones de trabajo, contenidas en el

5 **Cordini, Miguel Ángel**; “Actividad del juez del trabajo”, en RDP, XI, 1953, 1º parte, página 117, cit. por Amadeo Allocati, Ob. cit. página 23.

6 **Barbagelata, Héctor Hugo**; op. cit. nota 6.

Preámbulo de la Parte XIII del Tratado de Versalles y los ulteriores progresos del constitucionalismo social, no sólo daban apoyo a la reivindicación de un espacio propio y distinto para los estudios jurídicos sobre cuestiones laborales, sino que ponían en tela de juicio la pertenencia de éstos al Derecho Privado. En este sentido, se llama la atención sobre el hecho de que “El derecho Civil no conoció el contrato de trabajo” ... Los juristas que desde principios del siglo llamaron la atención sobre la ineptitud del derecho tradicional para resolver los problemas laborales, pusieron en evidencia además que el Derecho Civil no había considerado que el trabajo representase un valor en sí mismo que mereciese ser objeto de protección jurídica.

Advirtieron asimismo, como lo expuso agudamente Gustavo Radbruch –y lo tuvo presente la doctrina iberoamericana desde sus inicios– que el Derecho Civil no sólo ignoraba al trabajador individualmente considerado y su verdadera posición frente al empresario, sino que tampoco sabía nada de la solidaridad entre aquellos, ni de sus organizaciones y las acciones que llevaban a cabo, ni tenía en cuenta el carácter colectivo de las relaciones de trabajo, ni se percataba del trasfondo económico de los “supuestos contratos libres” ...”

Héctor Hugo Barbagelata, al final del prólogo de su obra⁷, citando a **Paul Durand** en “*Le particularisme du Droit du Travail*”, rev. Droit Social, París, 1945, termina aconsejando que:

“... lo que resulta oportuno, al término del siglo que lo vio nacer y desarrollarse, es más bien aplicarse a

7 Op. cit. nota 6 página 14.

reexaminar los rasgos que hacen a este derecho distinto y configuran lo que, siguiendo a Paul Durand, se califica como el particularismo del Derecho del Trabajo ...”

Es desde ese particularismo y desde lo indicado por el mentado autor uruguayo respecto a que la doctrina laboral continúa dependiendo, en variada forma, de la del Derecho Privado —y que son muchos los que siguen creyendo que esa dependencia es tan necesaria como inevitable—, que nos proponemos ensayar, en las líneas que siguen, un breve resumen de algunas cuestiones existentes en el derecho laboral vigente en nuestro país, que se encuentra, como todos sabemos, jaqueado por una situación económico-social todavía adversa, y por una tasa de desempleo como no hemos conocido otra en nuestra historia, que hizo que los sindicatos perdieran capacidad negocial y que las normas protectorias del derecho del trabajo, como es el caso de la establecida en el artículo 66 del Régimen de Contrato de Trabajo (R.C.T.) según su redacción hasta la última reforma, vieran enervados sus efectos atento las soluciones que preveían en caso de incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones, toda vez que la opción que le dejaba al dependiente de considerarse en situación de despido indirecto (artículo 246 del Régimen de Contrato de Trabajo) se evidenciaba disvaliosa para éste, lo que permitía que en el plano laboral el trabajador admitiera la comisión innumerable cantidad de abusos de la parte más poderosa de la relación, al sólo efecto de conservar su conchabo, pues la opción de quedarse sin trabajo, se presentaba para él como *“ese infierno tan temido”*. Atento ello, difícilmente ejerciera potestades como la que le era conferida en el citado artículo 66, cuando veía que sus derechos laborales habían sido vulnerados por su empleador.

2. EL DESEMPLEO EN EL MUNDO Y ESPECIALMENTE EN NUESTRO PAÍS

Señalaba **Grisolia**⁸ que, de los mismos fundamentos del proyecto de ley enviado el 18 de enero de 2000 por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, que con algunas modificaciones se convirtiera luego en la Ley N° 25250 (B.O. del 02/06/2000), que fue derogada no hace mucho por Ley N° 25.877, surgía que de cada cien (100) personas que estaban en el mercado laboral, trece (13) estaban totalmente desocupadas; otras doce (12) trabajaban en forma intermitente; veinte (20) tenían un empleo regular informal —es decir, ilegal— y doce (12) eran trabajadores autónomos carentes de seguridad social. Sólo el cuarenta por ciento (40%) de la población económicamente activa tenía un empleo estable en blanco, uno (1) de cada tres (3) trabajaba jornadas superiores a la legal, sin percibir compensación alguna en cerca de la mitad de los casos. Esto permite comprender por qué aún hoy gran parte de la población se siente económicamente insegura. El alto desempleo resultó persistente: durante años el número de desocupados no bajó de un millón quinientos mil (1.500.000), superando a veces los dos millones (2.000.000). Pero lo preocupante no fue sólo su magnitud, sino su creciente dureza social. Desde 1991, la proporción de hogares con jefes desocupados se triplicó. En el área metropolitana había cerca de trescientos mil (300.000) jefes de hogares sin empleo. Para el total urbano, en números, es inferior a seiscientos mil (600.000). Esto explica, en una medida muy significativa, el aumento de la pobreza. La extensión del desempleo a los sectores medios ha generado una capa de nuevos pobres. La inseguridad económica tiene mucho que ver con la incertidumbre laboral: el que pierde el empleo está desprotegido. El trabajo “*en negro*” no disminuye. Desde el inicio de la reforma económica, la proporción de trabajadores no registrados aumentó diez (10) puntos porcentuales, hasta el treinta y seis por ciento (36%) del total. A comienzo de la

8 **Grisolia, Julio**; “*El Derecho del Trabajo: presente y futuro*”, en la obra colectiva “*Derecho Laboral en la integración regional*”, publicado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, página 3 y ss.

década del 1980 eran menos del dieciocho por ciento (18%). Además, ocho (8) de cada diez (10) asalariados “*en negro*” pertenecen a micro y pequeñas empresas de menos de veinte (20) personas. Un dato más demostrativo de la gravedad de la situación es que en los países en desarrollo hay ochocientos millones (800.000.000) de desempleados o subempleados, cantidad superior a toda la fuerza laboral actual de las naciones industrializadas. En el mundo, ciento cincuenta millones (150.000.000) de personas no tienen empleo y setecientos cincuenta millones (750.000.000) están subempleados. En nuestro país, como ya señalé, la situación se vino deteriorando ya desde la década pasada. Si bien la situación más crítica se vivió en los primeros meses de 2002, tal situación todavía de alguna manera persiste. En otra obra más reciente, Grisolia⁹ indica que uno de los graves problemas es la desocupación, ya que desde 1991 se triplicó la proporción de hogares con jefes desocupados, generando en la clase media una capa de nuevos pobres. De cada cien (100) personas que están en el mercado laboral, quince (15) estaban totalmente desocupadas y otras dieciséis (16) trabajan en forma intermitente (sub-ocupadas), mientras que por lo menos doce (12) eran trabajadores autónomos carentes de seguridad social. A partir de 1993, cuando la desocupación superó el millón de personas, el desempleo inició una carrera ascendente que alcanzó un primer pico con el Tequila, en el que alcanzó a dos millones de personas, luego tuvo un pequeño descenso y volvió a subir durante el período 2000/2001, hasta llegar a la más alta en mayo de 2002 y descender levemente en los años siguientes. Para graficar lo expuesto –continúa el autor– cabe recordar los datos oficiales brindados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (I.N.D.E.C.) –Encuesta Permanente de Hogares (E.P.H.)– sobre la desocupación y la subocupación en la Argentina en los últimos años: a) en octubre de 2001, el índice de la desocupación era del dieciocho con treinta centésimos por ciento (18,30%) –dos millones quinientos treinta y dos mil (2.532.000) personas– mientras que la subocupación –que comprende a personas que trabajan menos de treinta y cinco horas (35 hs.) semanales y están dispuestas a trabajar más– ascendió al uno con treinta centésimos por ciento

⁹ *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, X Edición, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, t. II, página 2095 y ss.*

(1,30%) –dos millones doscientas cincuenta mil (2.250.000) personas. Vale decir que más de cuatro millones ochocientos mil (4.800.000) personas tenían problemas de empleo, o sea, más de la tercera parte de la fuerza laboral urbana, treinta y cuatro con sesenta centésimos por ciento (34,60%), sin incluir a la población rural. En mayo de 1995 había alcanzado el dieciocho con cuarenta centésimos por ciento (18,40%); b) en mayo de 2002, la desocupación había alcanzado el veintiuno con cincuenta centésimos por ciento (21,50%) –tres millones treinta y ocho mil (3.038.000) personas– de la población activa –catorce millones trescientas mil (14.300.000) personas–, la cifra más alta de la historia argentina (en la crisis del 1930 fue del 7%) y la más elevada en Latinoamérica, cuyo promedio en la primera mitad de 2002 era del nueve con cuarenta y cinco centésimos por ciento (9,45%) (Colombia 19%, Venezuela 15,10%, Uruguay 14,80%, Perú 10,60%, Chile 8,80%, Brasil 7%). En el mundo, sólo fue superada por Macedonia con el treinta y cuatro con cincuenta centésimos por ciento (34,50%), Sudáfrica con el veintitrés con treinta centésimos por ciento (23,30%) y Marruecos con el veintidós por ciento (22%). Otro dato no menor es que el desempleo juvenil alcanzó el cuarenta y seis por ciento (46%). La subocupación había sido del dieciocho con sesenta centésimos por ciento (18,60%) –dos millones seiscientas treinta mil (2.630.000) personas; entre los sub–ocupados, el doce con setenta centésimos por ciento (12,70%) –un millón setecientos noventa y cuatro mil (1.794.000) personas– eran demandantes¹⁰ y el cinco con noventa centésimos por ciento (5,90%) era no demandante. Teniendo en cuenta la desocupación y la subocupación, el cuarenta con diez centésimos por ciento (40,10%) de la población tenía problemas de empleo –cinco millones seiscientas sesenta y seis mil (5.666.000) personas– mientras que el treinta y cuatro con veinte centésimos por ciento (34,20%) –cuatro millones ochocientos treinta y dos mil (4.832.000) personas– buscaban trabajo y no lo encontraban; y c) en mayo de 2003, la desocupación fue del quince con sesenta centésimos por ciento (15,60%) –dos millones doscientas dos mil (2.202.000) personas– de la población económicamente activa. Admitió además el Instituto Nacio-

10 Buscan otro trabajo de mayor tiempo para mejorar sus ingresos y no encuentran.

nal de Estadísticas y Censos que, en caso de no contabilizarse los subsidios otorgados por los planes jefes y jefas de hogar (de los dos millones de planes, 798.000 personas cumplen alguna tarea), tal cual lo considera la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), el desempleo hubiese ascendido a veintiuno con cuarenta centésimos por ciento (21,40%) –tres millones sesenta y tres mil (3.063.000) personas. Los índices más altos de desocupación los tenían Mar del Plata y Jujuy con el veintiuno con noventa centésimos por ciento (21,90%) y veinte con cincuenta centésimos por ciento (20,50%), y el más bajo, Río Gallegos con el dos con setenta centésimos por ciento (2,70%). En la Ciudad de Buenos Aires, el desempleo era del once con cuarenta centésimos por ciento (11,40%) y en el conurbano bonaerense del dieciocho con cuarenta por ciento (18,40%). La subocupación había ascendido al dieciocho con ochenta centésimos por ciento (18,80%) –dos millones seiscientos cincuenta y dos mil (2.652.000) personas, o sea que el treinta y cuatro con cuarenta centésimos por ciento (34,40%) de la población económicamente activa tenía problemas de empleo –cuatro millones ochocientos cincuenta y cinco mil (4.855.000) personas. En definitiva, solamente estaba ocupado el sesenta y cinco con sesenta centésimos por ciento (65,60%) –nueve millones quinientas mil (9.500.000) personas– de la población económicamente activa –catorce millones trescientas cincuenta mil (14.350.000) personas; d) en el tercer trimestre de 2003 (julio, agosto y setiembre) –según datos oficiales emanados de una encuesta que efectuó el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos– la desocupación fue del dieciséis con treinta centésimos por ciento (16,30%) –dos millones seiscientos mil (2.600.000) personas. En esto, no resulta ocioso destacar que estaban incluidos como ocupados los beneficiarios de los planes Jefes de Hogar puesto que, de lo contrario, la desocupación hubiera alcanzado el veintiuno con cuarenta centésimos por ciento (21,40%) –tres millones cuatrocientas mil (3.400.000) personas. El nuevo sistema de medición del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a diferencia del anterior, que tomaba datos de veintiocho (28) ciudades, se basa en cifras de ocho (8) aglomeraciones que tienen más de quinientos mil (500.000) habitantes; las cifras de las restantes veinte (20) zonas están consolida-

das por regiones. La subocupación fue del dieciséis con sesenta centésimos por ciento (16,60%). Por lo tanto, entre desocupados y sub-ocupados se llega al treinta y dos con noventa centésimos por ciento (32,90%), o sea, –cinco millones doscientas mil (5.200.000) personas: uno de cada tres (3) argentinos activos tenía problema de empleo; e) en el cuarto trimestre de 2003, la desocupación fue del catorce con cuarenta centésimos por ciento (14,40%) y la subocupación del quince con setenta centésimos por ciento (15,70%). La desocupación en la Ciudad de Buenos Aires fue del trece por ciento (13%). La ciudad con mayor desocupación fue Rosario con el diecinueve con cuarenta centésimos por ciento (19,40%) y la región del conurbano bonaerense con el diecinueve con treinta centésimos por ciento (19,30%). El menor índice de desempleo se verificó en la región patagónica con el ocho con sesenta centésimos por ciento (8,60%); f) en el primer trimestre de 2004, de acuerdo a las nuevas mediciones del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, había catorce con cuarenta y cinco centésimos por ciento (14,45%) de personas desocupadas –dos millones ciento sesenta mil (2.160.000) personas– y quince con setenta centésimos por ciento (15,70%) de subempleados –dos millones doscientas cincuenta mil (2.250.000) personas. Si se contaba la población rural, la desocupación era de dos millones cuatrocientas mil (2.400.000) personas (181.000 personas en Capital Federal y 681.000 personas en Gran Buenos Aires) y si no se tomaban en consideración los planes sociales (que las estadísticas oficiales los toman como ocupados), el desempleo era del diecinueve por ciento (19%) –dos millones novecientas mil (2.900.000) personas. La Plata, con el dieciocho con veinte centésimos por ciento (18,20%) y Rosario, con el diecisiete con veinte centésimos por ciento (17,20%) eran dos (2) de las ciudades con mayor índice de desocupación. Mendoza, con el once con sesenta centésimos por ciento (11,60%) y Capital Federal, con el doce con diez centésimos por ciento (12,10%), fueron dos (2) de las de menor índice; y g) en el segundo trimestre de 2004, según mediciones dadas a conocer a fines de setiembre de 2004, había catorce con ochenta centésimos por ciento (14,80%) de personas desocupadas –dos millones doscientas mil (2.200.000) personas– y quince con veinte centésimos

por ciento (15,20%) de subempleadas –dos millones doscientas mil (2.200.000) personas–. Si no se tomara en consideración los planes sociales, el desempleo sería del diecinueve con diez centésimos por ciento (19,10%) –dos millones novecientas mil (2.900.000) personas. Los partidos del conurbano bonaerense –Gran Buenos Aires– diecisiete con treinta centésimos por ciento (17,30%) –setecientas ochenta mil (780.000) personas– y las ciudades de Córdoba, dieciséis por ciento (16%) y Rosario, diecisiete con cincuenta centésimos por ciento (17,50%) tenían el mayor índice de desocupación. La región patagónica siete con sesenta centésimos por ciento (7,60%), las ciudades de Mendoza, diez con noventa centésimos por ciento (10,90%) y Capital Federal uno con noventa centésimos por ciento (1,90%), presentan el índice más bajo. En síntesis, en la Argentina de mediados de 2004, cerca de cinco millones (5.000.000) de personas tenían problemas de trabajo, pues estaban desocupadas o sub-ocupadas. Según **Grisolia**¹¹, esto resulta evidente para cualquier observador de la realidad y surge claramente de las estadísticas, en las que se advierte una pauperización de la población –pobreza– y un alto grado de desocupación –desempleo. Un dato de la realidad es la pobreza creciente; es decir, el importante número de pobres: en mayo de 2001 eran pobres el treinta y cinco con noventa centésimos por ciento (35,90%) de la población –doce millones novecientas mil (12.900.000) personas. En junio de 2002 la pobreza había ascendido a cincuenta y tres por ciento (53%) de la población –dieciocho millones quinientas mil (18.500.000) personas– de los cuales el veinticuatro con ochenta centésimos por ciento (24,80%) eran indigentes –ocho millones setecientas mil (8.700.000) personas. Este incremento del índice de pobreza se debió al aumento de la desocupación, la destrucción de puestos de trabajo, el crecimiento del empleo precario, la caída de los salarios nominales y al aumento de los precios de los productos básicos. En octubre de 2002, los pobres ascendieron a cincuenta y siete con ochenta centésimos por ciento (57,80%) de la población –veinte millones ochocientas quince mil (20.815.000) personas a quie-

¹¹ **Grisolia, Julio**; “El Derecho del Trabajo: presente y futuro”, en la obra colectiva “Derecho Laboral en la integración regional”, publicado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, página 3 y ss.

nes no alcanza su ingreso para comprar una canasta básica de alimentos y servicios de setecientos quince pesos (\$ 715)– de los cuales nueve millones novecientas cincuenta y cinco mil (9.955.000) eran indigentes, lo que marcó un nuevo y lamentable récord. Para el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, era pobre una familia tipo que al mes de octubre de 2002 tuvo un ingreso menor a setecientos dieciséis pesos (\$ 716), e indigente las que ganaban menos de trescientos veinticuatro pesos (\$ 324). Concordia era la ciudad con mayor índice de pobreza, con el setenta y siete con setenta centésimos por ciento (77,70%), mientras que en Corrientes alcanzaba el setenta y cuatro con cuarenta centésimos por ciento (74,40%). En mayo de 2003 había un cincuenta y cuatro con setenta centésimos por ciento (54,70%) de pobres –dieciocho millones ochocientos doce mil (18.812.000) personas– y un veintiséis con treinta centésimos por ciento (26,30%) de indigentes –nueve millones cuarenta y cinco mil (9.045.000) personas. En el segundo semestre de 2003, el cuarenta y siete con ochenta centésimos por ciento (47,80%) de la población –diecisiete millones setecientos mil (17.700.000) personas– estaba por debajo del índice de pobreza y el veinte con cincuenta centésimos por ciento (20,50%) vivía en la indigencia. La canasta básica de una familia tipo era de setecientos veintitrés pesos (\$ 723) [Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (I.N.D.E.C.)] y la canasta básica alimentaria (que incluye sólo alimentos indispensables) era de trescientos treinta pesos (\$ 330). En el segundo semestre de 2004, según datos de la misma fuente conocidos a fines de setiembre de 2004, el cuarenta y cuatro con treinta centésimos por ciento (44,30%) de la población –dieciséis millones cuatrocientas mil (16.400.000) personas– estaba por debajo del índice de pobreza y el diecisiete por ciento (17%) –seis millones trescientas mil (6.300.000) personas– vivía en la indigencia. Dentro de esto, encontramos que las ciudades con el índice más alto de pobreza fueron Concordia con el setenta y uno con sesenta centésimos por ciento (71,60%) –treinta y nueve por ciento (39%) de indigencia– y Jujuy con el sesenta y cuatro con ochenta centésimos por ciento (64,80%), y la región más pobre, el noroeste con el sesenta con treinta centésimos por ciento (60,30%). El cincuenta por ciento (50%) de los trabajadores privados

percibía menos de quinientos pesos (\$ 500) por mes y el sesenta y cinco por ciento (65%) menos que la canasta básica familiar de alimentos y servicios. La brecha entre el diez por ciento (10%) más pobre y el diez por ciento (10%) más rico se duplicó en los últimos veintiocho (28) años. En 1974 había sólo cinco por ciento (5%) de pobres y una desocupación del seis por ciento (6%). La distribución de la riqueza era similar a la de los países europeos de avanzada, los trabajadores participaban del cuarenta y cinco por ciento (45%) de la renta nacional y los más ricos del veintiocho con veinte centésimos por ciento (28,20%) (en 1998 era del 35,5%). La distancia que separaba los ingresos de los más ricos de los más pobres es mayor de doce (12) veces. En el año 2004, la Argentina ocupaba el puesto once (11) entre los países de América Latina en los que se observa mayor inequidad social, cuando en la primera mitad de la década del '70 estaba entre los mejores. Se produjo en los últimos años un significativo incremento en la brecha de ingresos entre los más pobres y los más ricos. Sólo aumentó sus ingresos el estrato más alto de la sociedad en veintiuno con veinte centésimos por ciento (21,20%). El más bajo perdió el treinta y dos con ochenta centésimos por ciento (32,80%) de sus ingresos, el medio-bajo un veintidós con treinta centésimos por ciento (22,30%) y el medio-pleno doce con cincuenta centésimos por ciento (12,50%) (pero en volumen de dinero, es la mayor pérdida). Los estratos medios, que en 1975 (época de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo) representaban sesenta y cinco por ciento (65%) de la población, constituían el cuarenta y cinco por ciento (45%); el restante veinte por ciento (20%) se transformó en pobre (los nuevos pobres son 30 de cada 100 argentinos). La quinta parte de la población vivía directamente en la indigencia, esto es, un escalón más abajo que los considerados pobres y no podían satisfacer sus necesidades alimentarias básicas. En 1975, la Argentina tenía veintidós millones (22.000.000) de habitantes y menos de dos millones (2.000.000) de pobres. Los asalariados participaban del cuarenta y tres por ciento (43%) de los ingresos (en 1949 recibían casi el 50%). A mediados de 2004, con menos de treinta y siete millones (37.000.000) de habitantes, existían dieciocho millones (18.000.000) de pobres, cifra que representa casi el cincuenta por ciento

(50%) de la población argentina, mientras que la distribución del ingreso es una de las más regresivas. En términos relativos, es el país de América Latina que más se empobreció. Quien más perdió en los últimos años fue el asalariado, señala **Grisolia**¹²: diez millones (10.000.000) de trabajadores y cuatro millones (4.000.000) de jubilados, además de tres millones (3.000.000) de cuentapropistas que perciben aún menos. El poder adquisitivo de los salarios se encontraba en uno de los puntos más bajos de la historia. Esto se debió a un modelo de desigualdad implementado a partir de marzo de 1976, que se basó en el predominio de un comportamiento basado en la valoración financiera y una política de interrupción de la industrialización que llevó al desempleo y a una fuerte caída de ingresos. Para resumir este aspecto del pensamiento del autor, termina indicando **Grisolia** que la Argentina a mediados de 2004 seguía pasando una grave situación social: sobre una población algo menor a los treinta y siete millones (37.000.000) de habitantes, había casi dieciocho millones (18.000.000) de pobres, alrededor de cinco millones (5.000.000) de trabajadores tenían problemas de empleo (desocupados y sub-ocupados), cuatro millones seiscientos mil (4.600.000) trabajadores eran no registrados; la mayoría sufrían deterioro en las condiciones y medio ambiente del trabajo, reducción de las remuneraciones y desfinanciación del sistema de seguridad.

3. EL TRABAJO NO REGISTRADO

Otro fenómeno que no disminuye es el trabajo no registrado. Indica **Grisolia** que a comienzos de la década del '80 era menos del dieciocho por ciento (18%), en tanto que a mediados de 2004 se acercó al cincuenta por ciento (50%). El ochenta y cuatro por ciento (84%) del nuevo empleo que se creó en la década del '90 fue contratado con la modalidad habitualmente denominada "*en negro*", con salarios promedio de cuatrocientos pesos (\$ 400). La situación del trabajador no registrado es de total desprotección. No está cubierto por la legislación laboral ni por la seguridad social y carece de cobertura médico-asistencial para él y su

¹² *Ídem nota anterior.*

familia. No tiene derecho al cobro de salario familiar, seguro de desempleo ni accidentes de trabajo. Como consecuencia de la situación de recesión aguda de la economía durante varios años, sufrimos una destrucción masiva de empleos. Por cada puesto de trabajo formal que se perdió se produjeron por lo menos tres (3) despidos entre los trabajadores no registrados. En 2004, sólo cuatro (4) de cada diez (10) nuevos puestos de trabajo son registrados. Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, el trabajo no registrado alcanzaba el cuarenta y ocho con noventa centésimos por ciento (48,90%) de los trabajadores, es decir, cuatro millones seiscientos mil (4.600.000) personas. Tenían un ingreso promedio de cuatrocientos ocho pesos (\$ 408), pero la mitad percibía ciento cuarenta y cinco pesos (\$ 145) (40% de la canasta básica de alimentos, que es de \$ 330). El cincuenta y tres por ciento (53%) de los trabajadores no registrados estaba por debajo de la línea de pobreza, en tanto que sólo el veintiséis por ciento (26%) de los trabajadores registrados lo estaba.

4. REDUCCIÓN DE SALARIOS

Grisolia indica que el otro grave problema fue la reducción y el deterioro de los salarios, que es un fenómeno profundo, con pequeñas oscilaciones. Si bien luego de la devaluación de principios de 2002 este fenómeno en su mayor parte ha decrecido, no por ello debe ignorarse su efecto disuasivo respecto del colectivo de los trabajadores, toda vez que ahora éste se produce a través de la inflación y la no actualización de salarios. Desde mediados de 1994, en promedio, los ingresos de los trabajadores disminuyeron considerablemente en términos reales, más aún entre los cuentapropistas y los trabajadores no registrados. Ello obedeció a diferentes causas; entre ellas, la reducción de las horas normales por falta de producción o por suspensiones, la eliminación de horas extras, el crecimiento de la proporción de los puestos de menor calificación y nivel salarial en detrimento de los empleos industriales o profesionales. El salario mínimo vital y móvil se mantuvo sin variantes en doscientos pesos (\$ 200) mensuales (\$ 1 la hora y \$ 8 la jornada), desde agosto de

1993 hasta junio de 2003. Hasta fines de 2001, el descenso de salarios se produjo porque muchas empresas negociaron rebajas nominales de salarios a cambio de no producir despidos y otras reemplazaron trabajadores de mejores remuneraciones por otros con salarios más bajos. A mediados de 2004, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, el ingreso promedio de los que trabajaban en relación de dependencia o por su cuenta (incluye los jubilados) era de quinientos noventa y dos pesos (\$ 592). La remuneración promedio de los trabajadores en relación de dependencia era de ochocientos ochenta y tres (\$ 883). El ingreso de los empleados públicos de setecientos cincuenta y uno (\$ 751) y el ingreso de los cuentapropistas de cuatrocientos setenta y cuatro pesos (\$ 474). Más de la mitad de los jubilados y pensionados cobraban el haber mínimo, que desde el 01/09/2004 era de trescientos ocho pesos (\$ 308). Desde la devaluación, el deterioro de los salarios se fundó en el aumento de los precios y la inflación, aspecto que parcialmente fue zanjado, por un lado, con la operatividad de los Decretos Nros. 388/2003 (B.O. del 15/07/2003); 1349/2003 (B.O. del 06/01/2004) y la Resolución N° 2/2004 (B.O. del 07/09/2004) del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, que incrementaron el salario mínimo, vital y móvil a cuatrocientos cincuenta pesos (\$ 450) desde el 01/09/2004 (\$ 2,25 la hora); también por medio del Decreto N° 392/2003 (B.O. 15/07/2003), que incrementó los básicos de convenio en doscientos veinticuatro pesos (\$ 224) (\$ 28 durante 8 meses a partir del 01/07/2003) y del Decreto N° 1347/2004 (B.O. del 06/01/2004) que incorporó una suma no remunerativa de cincuenta pesos (\$ 50) a partir del 01/01/2004. Según datos emanados del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, desde la salida de la convertibilidad de principios de 2002 hasta mediados de 2004, las remuneraciones habían aumentado en promedio el veintisiete con setenta centésimos por ciento (27,70%), en tanto que la inflación superó el cincuenta por ciento (50%), disminuyendo el poder de compra por lo menos en un quince por ciento (15%). Los más perjudicados fueron los trabajadores no registrados, que aumentaron sólo un diez con tres centésimos por ciento (10,03%), y los empleados del Estado. Estos últimos,

para tener el mismo poder de compra que a principios de 2002, deberían en promedio haber recibido un aumento del cuarenta por ciento (40%). De allí que, por ejemplo, el Decreto N° 682/2004 (B.O. del 01/06/2004) otorgara un aumento no remunerativo ni bonificable a partir del 01/06/2004 al personal de determinados organismos del Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.). Consistía en ciento cincuenta pesos (\$ 150) a los que percibían hasta mil pesos (\$ 1.000), aunque en realidad lo obtuvieron los que percibían hasta ochocientos cincuenta pesos (\$ 850), ya que los que percibían entre ochocientos cincuenta pesos (\$ 850) y mil pesos (\$ 1.000) recibieron la diferencia hasta alcanzar los mil pesos (\$ 1.000). De una encuesta realizada por la Sociedad de Estudios Laborales, que midió lo que ocurrió en el sector privado desde los inicios de la recesión en agosto de 1998 hasta agosto de 2001, observamos lo siguiente: el veinte por ciento (20%) de las empresas recortó en un quince por ciento (15%) promedio los salarios. La rebaja salarial se practicó en la mayoría de los casos en el universo de los cuatrocientos cincuenta mil (450.000) trabajadores que ganan más de mil pesos (\$ 1.000) mensuales. Entre los sectores donde hubo mayor reducción salarial, se encuentran la construcción y la industria manufacturera, los dos más castigados en esta depresión económica. En las Pequeñas y Medianas Empresas la rebaja salarial fue practicada por el treinta por ciento (30%). También hubo un notorio achicamiento de las dotaciones de personal, dado que se perdió el seis por ciento (6%) de los mejores puestos de trabajo, ya que se trata de empleo registrado. Un veintiocho por ciento (28%) de las empresas redujo las horas extraordinarias, pero la jornada promedio llegó a diez (10) horas . Esto se explica porque si bien un treinta y uno por ciento (31%) directamente eliminó las horas extras, el cincuenta y cinco por ciento (55%) las trabajaba sin cobrarlas. El dieciocho por ciento (18%) de las empresas que otorgaban premios al personal los disminuyeron y otro dieciocho por ciento (18%) los suprimió. Un veinte por ciento (20%) de las compañías redujo las bonificaciones que otorgaban a sus empleados jerárquicos y el veinticuatro por ciento (24%) los eliminó. La realidad demostró que los trabajadores aceptaron una disminución de la remuneración dispuesta por el empleador, evidentemente violatoria del

Ius Variandi, que conculcaba los principios de irrenunciabilidad de los derechos y de la ajenidad del riesgo, en el entendimiento de que en un eventual nuevo empleo la remuneración sería todavía menor. La realidad demuestra que fueron pocos los trabajadores que recurrieron a la justicia por dicha situación. En la mitad de las empresas, tal decisión de reducir los salarios ni siquiera se negoció con el trabajador afectado. Por el contrario, en general la empleadora tomó la decisión e invitó a sus dependientes a aceptar la rebaja salarial o a considerarse despedidos en caso contrario. La minoría de las empresas acordó con el sindicato o con la comisión interna la reducción salarial. Sirven de referencia para graficar la situación estadísticas anteriores: las remuneraciones del mes de setiembre de 2002 se encontraban, en promedio, en el punto más bajo de los últimos treinta (30) años; aún por debajo de la hiperinflación de 1989 (informe del Centro de Estudios Bonaerense, elaborado en base a datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos). Así, tenemos que en Capital Federal y Gran Buenos Aires, con relación a fines de 1988 –cuyo ingreso medio era de novecientos cuarenta y siete pesos (\$ 947), a valores reales– el deterioro era del treinta y dos con cuarenta centésimos por ciento (32,40%). Si se comparan con los primeros años del Plan Austral (1985/1987), la caída de ingresos rondaba el cuarenta por ciento (40%). El ingreso real durante la convertibilidad tuvo una mejora respecto de los años de inflación alta o hiperinflación de 1988/90. Si se compara con 1980, la pérdida de ingresos acumulaba el cuarenta y cinco por ciento (45%) y superaba el cincuenta por ciento (50%), si la referencia era 1974. Además, el ingreso promedio del treinta por ciento (30%) de las personas que menos ganaban era de ciento cincuenta y cinco pesos (\$ 155), en tanto que en octubre de 1989, a valores de setiembre de 2002, era de ciento setenta y dos pesos (\$ 172), lo que equivale a una caída del diez por ciento (10%) con relación a los peores meses de la hiperinflación de 1989. En octubre de 2002, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos difundió un desagregado de la Encuesta Permanente de Hogares (E.P.H.), de la que surgía que el cincuenta por ciento (50%) de los trabajadores en relación de dependencia percibían un salario mensual menor a cuatrocientos pesos (\$ 400), monto que alcanzaba para cu-

brir el cincuenta y cinco por ciento (55%) del costo de la canasta básica para una familia tipo. Sobre ocho millones novecientos mil (8.900.000) de ocupados había cuatro millones cuatrocientos cincuenta mil (4.450.000) de trabajadores que percibían menos de cuatrocientos pesos (\$ 400) mensuales. Si bien el nivel de ingreso se mantuvo estable respecto de la medición de octubre de 2001, por efecto de la devaluación y la inflación del cuarenta y uno por ciento (41%) en 2002, esos cuatrocientos pesos (\$ 400) se licuaron, ya que en octubre de 2001, la canasta básica (que incluye el consumo de bienes y servicios básicos) rondaba los quinientos pesos (\$ 500), mientras que a comienzo de 2003 una familia tipo necesitaba setecientos veintiséis pesos (\$ 726) para adquirirla. En el año 2002 –según datos oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos– el poder de compra del salario de los trabajadores disminuyó en promedio el veintitrés con ochenta centésimos por ciento (23,80%); para los que menos ganaban fue del veintisiete con diez centésimos por ciento (27,10%); para los trabajadores no registrados del treinta y tres con veinte centésimos por ciento (33,20%) y para los empleados del sector público del veintiocho con setenta centésimos por ciento (28,70%). Medido en dólares, el salario promedio de la Argentina alcanzaba de doscientos treinta dólares (u\$s 230); era el más bajo de Latinoamérica, cuyo promedio es de cuatrocientos cincuenta dólares (u\$s 450). Tal inestabilidad no sólo repercutió sobre el sector asalariado sino que, en definitiva, terminó perjudicando a las empresas en su competitividad, toda vez que una estrategia empresarial basada en la innovación, la capacitación continua y la participación de los trabajadores (todo lo que requiere una cierta estabilidad), es desde todo punto de vista preferible a una situación de alta rotación de la mano de obra en la cual la inversión en capacitación sea mínima o prácticamente inexistente y los trabajadores no se sientan comprometidos con el éxito de las nuevas empresas. En un contexto como el descripto, señala **Grisolia**, el problema más grande lo tiene el trabajador y no el empleador, ya que éste cuenta con la posibilidad de despedir sin invocación de causa y pagar una indemnización preestablecida y tarifada, proporcional a la antigüedad en el trabajo y relativamente baja; es decir, puede evitar los eventuales pro-

blemas o perjuicios que pudiera producirle la rigidez del sistema, generando el distracto y abonando una indemnización tarifada. En un régimen de protección contra el despido arbitrario con estabilidad impropia –cuya consecuencia práctica es la libertad de despido a cambio de una reparación cuyo importe resulta conocido de antemano, que incluye los daños y perjuicios– y la inexistencia de una acción de reinstalación que obligue al empleador a mantener las condiciones de trabajo –como ocurría hasta la última reforma del artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo por la Ley N° 26088– el empleador podía evaluar su conveniencia respecto a si despedía o no al dependiente o le mantenía las condiciones de trabajo, analizando el costo laboral y económico con total libertad. En el marco descripto, el trabajador evidentemente carecía de capacidad negocial y libertad suficiente por temor a la extinción del contrato o aún al cierre mismo del establecimiento o empresa en la que se desempeñaba. Ante la eventual o directamente posible pérdida de su fuente de ingresos y frente a un panorama tan sombrío como el aquí descripto, que para el asalariado implica el fantasma de la desocupación, la subocupación y el trabajo no registrado, no resulta extraño que renunciaran a la posibilidad de considerarse despedidos conforme lo normado en el artículo 66 del Régimen de Contrato de Trabajo (R.C.T.) en su redacción anterior y admitieran –tácita o aún expresamente– medidas evidentemente peyorativas de sus derechos laborales. El empleo es la demanda social más importante, por lo que difícilmente alguien, aún en las condiciones laborales más difíciles y precarias, se sintiera inclinado a perderlo, más allá de las sumas que eventualmente –porque éste es otro albur que debía correr el dependiente– pudiera percibir en concepto de indemnización por despido. La experiencia propia y la realidad que lo circunda demuestran que el dinero se agota y las consecuencias del desempleo persisten y se agudizan con el paso del tiempo. Atento ello, en una decisión que creo que la mayoría de nosotros compartiríamos puestos en una situación semejante, es lógico que prefiriera conservar su conchabo –aún al precio de admitir la abdicación y renuncia de sus derechos– y no correr el riesgo de colocarse por propia mano en esa categoría tan temida de “desempleado”. Este, como todos los temas que afectan a la paz

social, debe ser contemplado no sólo por el Estado sino por la clase dirigente en general (empresarios, políticos, intelectuales, profesionales, etcétera) pues, en definitiva, terminan perjudicando a la sociedad toda. **Caubet**¹³ afirma que en una época como la presente, caracterizada por el desempleo proveniente de distintos factores (entre ellos, la nueva revolución tecnológica, la concentración del capital y la concepción global de la economía), se torna evidente la necesidad de recordar, y aún de reformular, algunas precisiones acerca de los límites del orden público laboral, fundado en el principio protectorio, con relación a las facultades crecientes que las leyes laborales de nuestro país confieren al empleador en cuanto a organización y dirección de su emprendimiento. El desempleo, que comenzó constituyendo un justificativo para el dictado de leyes que no pueden sino calificarse de regresivas, hoy se ha convertido en un factor real de peligro para la convivencia en sociedad, porque potencia la hiposuficiencia del trabajador y desplaza hacia la carencia y la marginalidad a importantes sectores de la población. De ahí que debe hablarse del desempleo y de su influencia no sólo sobre los mismos desempleados sino sobre el resto de la población, que aún consigue mantener su conchabo y de la sociedad toda, con seriedad. No podemos olvidar que, como señalan **Gentile** y **Rossini**¹⁴ *“la crisis económica, las nuevas formas en que se conduce el mercado, el estilo actual en las relaciones laborales, ha dado lugar ... a un mayor desempleo. Fenómeno que se ha incrementado significativamente en nuestro país, en los últimos tiempos y cuyos números o porcentajes no alcanzan para comprender el efecto psíquico que genera en la persona el riesgo de perder el trabajo o en aquél que ya fue excluido del mundo laboral”*. *“El desequilibrio en la relación entre la oferta y la demanda ocupacional –emergente del desem-*

13 **Caubet, Amanda B.**; *“Las facultades del empresario y el orden público laboral”*, *Errepar*, agosto de 1998, año XIV, N° 156, Tomo XII, Pág. 762 y ss.

14 **Lic. Gentile, Susana** y **Psicóloga Rossini, Adriana**; *“Desempleo: efectos psíquicos. Búsqueda de nuevas alternativas y estrategias”*, en el libro de ponencias de las XXVIIas. jornadas de Derecho Laboral y el IV Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas, auspiciadas por la Asociación Argentina de Abogados Laboralistas, y celebrada los días 25, 26 y 27 de octubre de 2001, en la sede del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina.

pleo— conlleva la pérdida de derechos y la sujeción a pautas donde prevalecen los valores relativos a la ‘productividad’, las ‘utilidades’ en detrimento de las condiciones que permitan un desenvolvimiento saludable de las actividades humanas, sin advertir, incluso, que la eficacia y el rendimiento podrían optimizarse en un marco de mejores condiciones laborales y un mayor equilibrio entre dichas variables”.

5. EL ROL DEL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho del trabajo nació luego de un período caracterizado por la lucha de los trabajadores, enfrentados al sistema de organización económica y social que siguió a la revolución liberal y a la revolución industrial, con la finalidad de promover la paz social a través de la implementación de un mecanismo que obligara a los empresarios y al Estado a proteger a los trabajadores.¹⁵ **Grisolia**¹⁶ explica que el derecho del trabajo es tuitivo, porque, al no existir un pie de igualdad entre las partes, debe, por su misma naturaleza, proteger a la parte más débil: el trabajador. Ello, porque mientras los empleadores tienen recursos suficientes para imponer determinadas condiciones, los trabajadores sólo cuentan con su fuerza (capacidad) de trabajo. El procedimiento lógico de corregir desigualdades, es crear otras, de esta forma se compensa la desigualdad original. Para lograr equiparar la relación laboral, la ley impone a las partes, con carácter de orden público, un mínimo de condiciones inderogables. No se suprime la autonomía de la voluntad, sino que se la limita hasta donde resulte necesario para cumplir sus fines. Esto significa que el empleador puede contratar a un trabajador libremente. Impone los requisitos que estime necesarios para cubrir el puesto de trabajo y contrata a la persona que, al parecer, los cumple. Pero atento el orden público laboral, en la relación laboral el empleador deberá respetar las condiciones mínimas establecidas en la Ley de Contrato de Trabajo o

15 **Caubet, Amanda B.**; “Las facultades del empresario y el orden público laboral”, *Errepar*, agosto de 1998, año XIV, N° 156, Tomo XII, página 762 y ss., ya citado.

16 **Grisolia, Julio**; “El Derecho del Trabajo: presente y futuro”, en la obra colectiva “Derecho Laboral en la integración regional”, publicado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, página 3 y ss.

—en su caso— en el convenio colectivo de trabajo que resulte aplicable. Así, el empresario podrá pactar condiciones más favorables para el trabajador, pero no más perjudiciales. No se limita la libertad de contratación, sino que, una vez concretada la relación, sus condiciones deben subordinarse a las normas que constituyen el orden público laboral. Estas normas son inmodificables por las partes en sentido negativo, pues se produjo una limitación a la autonomía de la voluntad y se establece un mínimo de garantía social con carácter necesario e imperativo. En síntesis, esta disciplina se funda en el principio protectorio que intenta compensar la hiposuficiencia de los trabajadores al contratar, imponiéndole a los empleadores normas obligatorias de condiciones dignas y equitativas de labor, mediante el establecimiento, como dije, de *“un mínimo de garantía social con carácter necesario e imperativo”*. Ello, porque en estas cuestiones se encuentra comprometida la paz social y aún la viabilidad del actual sistema; el derecho del trabajo actúa como una virtual *“válvula de escape”* respecto de éste, toda vez que permite que se descompriman las tensiones sociales que el sistema por su propia naturaleza genera. Este objetivo se logra en el supuesto de que —merced a la aplicación de la legislación laboral— ninguno de los integrantes de nuestra sociedad se sienta excluido; desprotegido o marginado por ella, sea en lo económico o en lo social. Por el contrario, si una gran porción de nuestra población no se siente partícipe de la tarea común; si se mella el filo de los distintos instrumentos que el derecho laboral provee para la protección de los derechos de los trabajadores; si se desvirtúa esta importante herramienta integradora que son las normas laborales; si el individuo percibe que dentro del actual sistema no tiene cabida ni amparo; si le es imposible llevar adelante su proyecto de vida; si no se siente protegido e integrado en un pie de igualdad con el resto de quienes conforman nuestra sociedad, la carga de desesperación y frustración que ello conlleva generará en amplios sectores de ella tensiones que en caso de no encontrar vías idóneas para encauzarse, habrán de provocar, más temprano que tarde, explosiones de violencia individual o colectiva que tendrán consecuencias imprevisibles —pero, evidentemente, muy nocivas— para la realización de nuestra sociedad como una comunidad orga-

nizada, justa, libre y respetuosa de los derechos y las libertades de todos sus integrantes. Por ello, y a los efectos de lograr que podamos desarrollar nuestra vida conforme un verdadero Estado de Derecho, convino revisar las potestades que le fueron concedidas al empresario para la organización y funcionamiento de la empresa, y las defensas que el trabajador tenía para protegerse de su uso abusivo, porque algunas de las previstas por el legislador del '76, atento las modificaciones que hasta aquí he reseñado (sobre todo el aumento de la tasa de desocupación a guarismos inimaginables en aquél momento), hacían que muchas disposiciones que eran plenamente operativas y brindaban al dependiente de alguna manera una defensa frente al principal –funcionaban como un freno frente a la voluntad omnímoda de éste–, se vieran desvirtuadas y carentes de eficacia por el temor que producía la perspectiva cierta de quedarse sin empleo en caso de efectuar algún reclamo. Así, mucho menos operativa todavía era una defensa en la cual la única posibilidad que tenía el trabajador para poner límite al ejercicio abusivo del *Ius Variandi* por parte de su empleador era, precisamente, proceder a su autodespido (artículo 66 del Régimen de Contrato de Trabajo anterior a su reforma por la Ley N° 26.086). El temor a la desocupación es tan grande y tanto teme el dependiente a la toma por el empresario de una decisión de tal tenor, que mucho menos iba a querer colocarse cualquier asalariado por mano propia en tal situación. Por eso, debió volverse a los principios rectores de nuestra disciplina; en especial, a la garantía constitucional de protección del trabajo en sus diversas formas (artículo 14 bis de la Constitución Nacional) y a la aplicación concreta y no sólo formal del principio protectorio. El empresario tiene hoy una responsabilidad social mayor que la que podía tener en tiempos pretéritos, atento la evidente abdicación durante toda la década anterior por parte del Estado de un rol que le era propio. El retroceso del Estado debería haber sido compensado por la acción activa y solidaria de los profesionales, políticos y aún de los propios empresarios con sus trabajadores (puesto que no se pueden abandonar las políticas de protección y promoción de la dignidad del hombre), pero ello, lamentablemente, no ocurrió con la celeridad y profundidad que debería esperarse en una cuestión tan trascendente. Este

fenómeno abarcó todos los aspectos de la materia laboral, pero, atento los objetivos del presente trabajo, solamente nos detendremos en el análisis del artículo 66 (antes 71) de la Ley de Contrato de Trabajo, luego de ser reformada por la Ley N° 21.297 (t.o. 1976, según Decreto N° 390/76) y de la escasa operatividad que –dada todas las circunstancias apuntadas– tenía la solución prevista por el legislador como herramienta para que el trabajador pudiera protegerse del ejercicio abusivo de las potestades que en los artículos 64 a 66 y concordantes se confieren al principal y también conforme su redacción actual, que fue reformada por la Ley N° 26.088. En busca de un remedio para ello y atento los nuevos vientos que soplan en el derecho procesal, habremos de efectuar una propuesta de solución que busque dar respuesta a anomalías jurídicas como la que se había configurado con esta figura hasta su modificación actual, dado que, conforme se encontraba redactada la norma aludida, resultaba totalmente ineficaz a los efectos para los que fue legislada. Por ello, como sucede también en el caso de cualquier otra anomalía que se presente en el derecho social, debemos atender su evolución e intentar buscar rápidamente la forma de corregirla, puesto que en caso de que se prolongue un estado de cosas que conduzca a soluciones disvaliosas para la paz social, cuyo mantenimiento es el objetivo principal tanto del derecho como de la acción jurisdiccional, sólo pueden producirse tensiones sociales que ineluctablemente comprometan no sólo la situación de los actores del derecho laboral, sino de toda la sociedad. Al respecto no puedo menos que transcribir las palabras del Papa Juan Pablo II, en oportunidad de pronunciar el discurso a los obispos argentinos en 1995, en el que afirmó que:

“... la situación social no mejora tan sólo aplicando medidas técnicas sino, también y sobre todo, promoviendo reformas sobre una base humana y moral que tenga presente una consideración ética de la persona, de la familia y de la sociedad. Por ello, sólo una nueva propuesta de los valores morales fundamentales, como son la honestidad, la austeridad, la responsabili-

dad por el bien común, el espíritu de sacrificio y la cultura del trabajo, puede asegurar un mejor desarrollo integral para todos los miembros de la comunidad nacional.”

También señaló Juan Pablo II en palabras dirigidas a la Academia Pontificia de Ciencias Sociales (25/11/94) que:

“se observa a nivel internacional que numerosas propuestas de reforma macroeconómica no toman en cuenta la dimensión humana, de manera que son siempre los más débiles quienes sufren los efectos nefastos de la fuerte disminución del gasto público. Conviene recordar: ningún modelo de crecimiento económico que descuide la justicia social podrá sostenerse a largo plazo ni tan siquiera desde el punto de vista estrictamente económico”.