BIBLIOTECA DE DERECHO LABORAL N°2

AMERICO PLA RODRIGUEZ

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

MONTEVIDEO
1975

INDICE

INTRODUCCIÓN

1. Afirmación común 1
2. Diversidad de enfoques 1
3. Importancia del tema 3

NOCIONES GENERALES

4. Delimitación del tema 5
5. Principios generales de derecho aplicables al derecho del bajo 5
6. Principios de la ciencia de la legislación laboral 7

TEORÍA GENERAL

7. Plan 8
8. Noción 8
9. Descripción 9
10. Funciones 11
11. ¿Cumplen una función normativa? 12
12. Significación 13
13. Clasificación 15
14. Forma 17
15. Enumeración 18
16. Aplicación al derecho colectivo 19

I

EL PRINCIPIO PROTECTOR

17. Significado 23
18. Denominación 23
19. Fundamento 25

20. Opiniones discrepantes 29
21. Una discrepancia menor 32
22. Alcance 34
23. Peligrosidad de su aplicación 34
24. Pertinencia en todas las etapas del derecho laboral 35
25. Consagración en el derecho positivo 36
26. Forma de recepción en el derecho positivo 37
27. Su incorporación en el derecho uruguayo 38
28. Formas de aplicación 39

a) *Regla "in dubio, pro operario"*

29. Significado 40
30. Justificación 41
31. Cuestionamiento 41
32. Condiciones de su aplicación 42
33. Limitaciones 45
34. Formas de aplicación 50
35. Recepción por el derecho positivo 52

b) *Regla de la norma más favorable*

36. Importancia 52
37. Alcance 53
38. Límite 55
39. Aplicación de esta regia 56
40. Unidad de medida para la comparación : teoría del conjunto o de la acumulación 57

c) *Regla de la condición más beneficiosa*

41. Significado 60
42. Recepción por el derecho positivo 62
43. Su aplicación en casos de denuncia o modificación de convenios colectivos 63
44. Consecuencias de la aplicación de esta regla 64
45. Cuáles son las condiciones más beneficiosas que deben ser respetadas 65

II

EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD

46. Plan 67

Noción

47. Significado 67
48. Peculiaridad del derecho del trabajo 68

Fundamento

49. Diversas formas de exponerlo 70
50. Principio de indisponibilidad 70
51. Imperatividad de las normas laborales 73
52. Carácter de orden público 77
53. Limitación a la autonomía de la voluntad 80
54. Presunto vicio del consentimiento 84
55. Alcance preciso de la irrenunciabilidad 87

Problemas

56. Problemas que plantea 91
57. Primer problema. ¿Cuáles son las normas realmente irrenunciables ? 91
58. ¿Requiere la declaración en el derecho positivo? 94
59. Segundo problema. Los inconvenientes de la irrenunciabilidad 95
60. Tercer problema. Variedades de renuncia 96
61. Renuncias unilaterales y bilaterales (transacciones)..... 96
62. Renuncias sobre aspectos jurídicos *y* de hecho..... 99
63. Renuncia expresa y tácita 100
64. Renuncia anterior y posterior al nacimiento del derecho 101
65. Renuncia durante el contrato o con posterioridad a él 103
66. Recibo por saldo o finiquito 106
67. Renuncias efectuadas por medio de convenios colectivos 109
68. Cuarto problema. Efectos de la violación de este principio..... 110
69. Quinto problema. ¿Se prohíbe la renuncia del empleador?..... 113
70. Sexto problema. ¿Cuáles son los derechos irrenunciables?..... 114

Situaciones similares a la renuncia

71. Situaciones similares a la renuncia 116
72. Renuncia al empleo..... 116
73. Conciliación..... 118
74. Desistimiento 120
75. Novación 121
76. Prescripción y caducidad 123
77. Su admisión en el derecho del trabajo 126
78. Fundamentos de su aplicación en el derecho del trabajo..... 130
79. Características de estos institutos en el derecho del trabajo..... 131

80. Evolución de la prescripción en el derecho laboral uruguayo..... 134
81. Caducidad 136
82. Alcance de la ley 14.490 137
83. Acciones alcanzadas 137
84. Efectos de esta ley 139
85. El plazo establecido 141
86. Significado derogatorio 144
87. Ámbito temporal de vigencia 145
88. Inconstitucionalidad 147

III

EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Noción y alcance

89. Origen y fundamento 151
90. Denominación 153
91. Significado 153
92. En favor del trabajador 154
93. Sustantividad de este principio 155
94. Peligro de imprecisión 156
95. Alcance 156

1) Preferencia por !os contratos de duración indefinida

96. Razones de la preferencia 157
97. Su diferenciación con los contratos de por vida 159
98. Consecuencias prácticas 160
99. Conversión en contrato de duración indeterminada en caso de prolongación 161
100. Contrato de duración indeterminada al cabo del período de prueba 161
101. Sucesión de contratos de duración determinada 162
102. Imposibilidad de convertir un contrato de duración indeterminada en otro de duración determinada 163
103. Otras consecuencias posibles 164

2) *Amplitud para la admisión de las trasformaciones del contrato*

104. Dinamismo del contrato de trabajo 166
105. Diferencia con el *jus variandi* 168
106. Prosecución del contrato pese a las variaciones 169

3) *Facilidad para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y las nulidades*

107. Permanencia pese a la existencia de cláusulas nulas 169
108. Permanencia pese a la existencia de violaciones 171

4) *Resistencia a admitir la rescisión del contrato por la sola voluntad patronal*

109. El despido como anomalía jurídica 172
110. Limitaciones laborales impropias 173
111. Estabilidad 174
112. Clasificación de la estabilidad 175
113. Estabilidad absoluta 175
114. Estabilidad propia 177
115. Acción de reinstalación 178
116. Identificación con un contrato con plazo 179
117. El logro de la readmisión 181
118. Estabilidad impropia 183
119. Régimen vigente en el Uruguay 184

5) *Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones*

120. Significado 191
121. Enumeración de las causas de suspensión 193
122. Obligaciones que quedan en suspenso 200
123. Duración de la suspensión 201

6) *Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador*

124. Posibilidad de novaciones subjetivas 202
125. Carácter *intuitu personae* respecto del trabajador 204
126. Casos excepcionales en que el contrato de trabajo es *intuitu personae* respecto del empleador 206
127. Tendencia hacia la personalización de la empresa 207
128. Cesión de establecimiento 209
129. El problema en nuestro país 210
130. La tesis de De Ferrari 213
131. Refutación de esa tesis. ¡Argumento de texto 213
132. Otras normas contemporáneas 215
133. La fundamentación de la indemnización por despido 216
134. El respeto al trabajador 219
135. Rechazo del despido técnico 220
136. Cuándo la trasferencia pope fin al contrato 220
137. Casos especiales. Empresa concesionaria sustituida por otra 222
138. Empresa privada adquirida por el Estado 224
139. Empresa privada expropiada por el Estado 226
140. Empresa privada expropiada por un municipio 227
141. Organismo paraestatal absorbido por el Estado 228

142. Personal de empresas particulares absorbido por otras empresas 228
143. Trasferencia de una empresa a una cooperativa formada por su personal 232
144. Problemas que plantea la sustitución de patronos 233
145. Responsabilidad de la nueva empresa respecto de las deudas laborales de la empresa anterior 233
146. Problemas prácticos por la integración del personal procedente de varias empresas 238
147. Duplicación del personal de dirección 238
148. Armonización de las jerarquías funcionales 239
149. Perspectivas de las carreras funcionales 240
150. Desigualdad en el nivel de remuneraciones 241

IV

EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

151. Noción 243

1) Denominación

152. Contrato-realidad 243
153. Primacía de la realidad 250

2) *Significado*

154. Diversas causas del desajuste entre la realidad y los documentos 256
155. Aceptación general de esta idea 257
156. Las estipulaciones contractuales ¿carecen de valor? 261

3) *Fundamentación*

157. Exigencia de la buena fe 263
158. Dignidad de la actividad humana 263
159. Desigualdad de las partes 264
160. Interpretación racional de la voluntad de las partes 265
161. Objeciones 268

4) *Alcance práctico*

162. Diversidad de aplicaciones 269
163. Caso jurisprudencial: interesan las funciones, y no la denominación 269
164. La condición de empleado depende de los hechos 270

165. Prevalecen los hechos sobre las calificaciones 270
166. Naturaleza, y no denominación de la relación en el caso del viajante 271
167. Empresa desde el punto de vista laboral 271
168. Relación de trabajo 273
169. Para la existencia del contrato interesa la prestación del servicio aunque falte alguna formalidad 273
170. Intrascendencia del aspecto documentario 274
171. Prevalecen los hechos sobre las denominaciones 274
172. Interesa el trabajo más que el acuerdo formal 275
173. Verdad de la vido 275
174. Aplicación al caso de los viajantes 275
175. Relación única pese a multiplicidad de contratos sucesivos..... 276
176. Conjunto económico 276
177. Irrelevancia de la designación en forma cuando se prestaron los servicios. 278
178. Pluralidad de contratos 279
179. Continuación de los servicios después del despido 279
180. Falta de valor de una renuncia contenida en un recibo 280
181. Criterio de apreciación de la prueba 280
182. Viajantes 281
183. Primacía de la relación de trabajo 281
184. Conclusión 281

EL PRINCIPIO DE LA RAZONABILIDAD

185. Carácter novedoso 283
186. Denominación 283
187. Noción 284
188. Aplicación en el derecho constitucional 285
189. Aplicación en el derecho penal 288
190. Aplicación en el derecho civil 289
191. Características. Elasticidad 289
192. Cierta dosis de subjetividad 290
193. Aplicación en el derecho laboral. Señal de verosimilitud 291
194. Cauce de ciertas facultades 292
195. Ejemplos prácticos de aplicación. Contratación mediata 293
196. Contratación autónoma 297
197. Ejercicio del *jus variandi* 297
198. Poder disciplinario 298
199. Apreciación de la notoria mala conducta 298

ÍNDICE

VI

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

200. Plan 301

1) *El principio del rendimiento*

201. Noción 301
202. Consecuencias 303
203. Impugnación 304

2) El principio de la buena fe

204. Importancia 305
205. Aplicación en el derecho del trabajo 307
206. Objeciones 308
207. Concepto de la buena fe 310
208. Alcanza a ambas partes 311
209. Alcanza a todas las obligaciones contractuales 312
210. Compatibilidad con formas de trabajo irregular 315
211. Párrafo final 318

ADVERTENCIA PARA LA 2da EDICIÓN

Esta segunda edición —publicada fuera del país donde se escribió la obra— asegura su difusión internacional y acrecienta la responsabilidad del autor ante un libro que está abierto al diálogo y al enriquecimiento permanente, como se dice en sus últimas líneas.

Ella reproduce sustancialmente la versión anterior, introduciéndole aquellas modificaciones impuestas por las reformas operadas en la legislación uruguaya*— de la que se extrajeron los ejemplos con que se ilustran los razonamientos— y aquellas adiciones derivadas de nuevas lecturas sobre los temas abordados.*

Dado el dinamismo del derecho del trabajo, así como la variedad de los aspectos tratados, no puede extrañar que esta segunda edición, pese a *ser publicada a menos de dos años de la primera, contenga múltiples modificaciones.*

Sea este esfuerzo de actualización la agradecida respuesta del autor a las muchas expresiones de elogio y aliento recibidas con motivo de la aparición de la primera edición.

INTRODUCCIÓN

1. Afirmación común.- Cuando se afirma la autonomía del derecho del trabajo, se sostiene generalmente que éste tiene principios propios diferentes de los que inspiran otras ramas del derecho.

Justamente, Alfredo Rocco exige tres condiciones para que una disciplina jurídica ten a autonomía: que posea un dominio suficientemente vasto, que osea doctrinas homogéneas presididas por conceptos generales comunes distintos de los de otras ramas del derecho y que posea método propio[1].

Todos los laboralistas coincidimos en afirmar que el derecho del trabajo llena esos tres requisitos, lo que encierra el reconocimiento de que nuestra disciplina posee una serie de principios peculiares.

Esta misma constatación la recordamos para criticar la denominación que inicialmente se dio a nuestra materia y que utilizaba la palabra "legislación'. Se entendía que el uso de ese sustantivo, cualquiera que fuese el calificativo que lo acompañara, resultaba inadecuado porque junto con normas de distinta índole hay un cuerpo de doctrina; con principios comunes que le dan mucho más sustantividad y profundidad.

2. Diversidad de enfoques. Pero si bien todos los especialistas están contestes en afirmar la existencia de principios propios del derecho del trabajo, son muy pocos los que se preocupan de exponerlos y de estudiar os problemas que se relacionan con ellos[2].

[1] Alfredo Rocco, *Principios, de derecho mercantil,* traducción española, Madrid, 1931, p. 67.

[2] Quizá una excepción lo pueda constituir la doctrina española que siguiendo a PÉREZ BOTIJA ha dedicado atención al estudio de los principios. BAYÓN 'CHACÓN ha señalado justamente la importancia que en la elaboración doctrinal de aquel autor tuvo su "doctrina principiológica" que fue perfeccionando a través de las sucesivas ediciones del *Curso de derecho del trabajo,* hasta llegar a la sexta en 1960. Con ello,' PÉREZ BOTIJA trata de configurar el derecho del trabajo mediante una serie de principios inspiradores que perfilan su estructura y su aplicación, haciendo notar que "el valor y novedad de su sistematización fue expresamente proclamado no ya en España sino por la doctrina extranjera (ARDAU, MAZZONI, *etc.)" (Estudios en memoria del profesor Eugenio Pérez Botija,* Madrid, 1970, p. 10).

2 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

La mayoría de los tratadistas o no enfocan el tema o lo encaran de muy diferentes maneras, que parecen no referirse a la misma realidad. Algunos utilizan esta expresión como denominación de todo el curso de nuestra disciplina[3] o de parte de ella[4]. Otros lo encaran como simples criterios interpretativos cuando abordan el estudio de la interpretación de las normas laborales[5]. Entre ambos extremos existe toda una vasta y diversificada gama en cuanto a la importancia, la extensión o el alcance del tema. Hay, incluso, quienes utilizan esta denominación para referirse a los beneficios más esenciales y generales que el derecho del trabajo debe asegurar en los respectivos países[6].

Similar diversificación se advierte cuando se entra a examinar la enumeración de los principios. Hace poco decía yo que sobre 14 autores que abordaban alguna enumeración de principios[7], había podido contabilizar 25 principios diferentes, aunque algunos reciben varias denominaciones distintas.

[3] Giuseppe LA LOGGIA, *Principí del diritto del lavoro,* Milano, 1940. Cabe anotar que una actualización posterior de su libro recibió otra denominación más adecuada: *Lineamenti di diritto del lavoro,* Padova, 1954.

[4] José PÉREZ LEÑERO, *Teoría general del derecho español del trabajo,* Madrid, 1948. La obra está dividida en tres partes: I) Nociones preliminares. II) Principios £fundamentales. III) Supuestos doctrinales. En la segunda parte (Principios fundamentales) se estudia el intervencionismo estatal en el derecho español del trabajo; la jurisdicción propia en lo administrativo y en lo judicial; el carácter tutelar de la legislación laboral; la condición más beneficiosa; la irrenunciabilidad de los derechos subjetivos laborales; la responsabilidad en el contrato de trabajo; el honor profesional del trabajo; la continuidad del trabajo; el salario justo; la participación en los beneficios; la participación en la gestión social de la empresa y la unidad de la empresa.

[5] Podrían citarse múltiples ejemplos. Para citar uno solo, bien representativo, mencionaremos la exposición del Prof. Mariano R. TISSEMBAUM contenida en el *Tratado de derecho del trabajo* dirigido por DEVEALL Su colaboración titulada *La constitucionalización y codificación del derecho del trabajo. Sus fuentes e interpretación* incluye un título III sobre la interpretación de las leyes de trabajo en el cual expone diversos principios con el rótulo *Principios propios de interpretación en el derecho del trabajo* (t. I, p. 393).

[6] Recientemente se ha difundido por América Latina la Declaración de los Principios Fundamentales de Derecho del Trabajo y del de la Seguridad Social aprobada en Querétaro el 26 de setiembre de 1974 por el Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, efectuado en México. En realidad, reúne un intento de formulación continental de lo que llamaremos los principios políticos (ver *infra,* n° 13).

[7] Conferencia pronunciada en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho del Trabajo celebradas en Blumenau (Brasil) en abril de 1973. Con posterioridad a esa fecha, hemos seguido hallando otros autores que enumeran principios, lo que nos ha hecho ampliar aún más el número de principios mencionados.

Lo más curioso es que ningún autor acepta más de seis o siete y hay algunos que sólo admiten dos o tres. Esto revela que a veces se engloban varios en uno solo. Otras veces se diversifica uno en varios diferentes. Algunos niegan los que otros enumeraron. Otros se manejan con concepciones absolutamente disimiles.

3. Importancia del tema. — Consideramos importante el tema no sólo por la función fundamental que siempre los principios juegan en toda una disciplina, sino porque dada su permanente evolución y su surgimiento reciente, el derecho laboral necesita apoyarse en principios que suplan la estructura conceptual, asentada en siglos de vigencia y experiencia que tienen otras ramas jurídicas[8].

Por otra parte, su carácter fragmentario y su tendencia a lo concreto, conducen a la proliferación de normas en continuo trance de modificación y perfeccionamiento. Por eso, se dice que el derecho del trabajo es un derecho en constante formación. Se explica, entonces, que lo que Cretella Junior[9] llama al principio-logia, adquiera mayor significación porque constituye como la armazón fundamental de la disciplina, que se mantiene firme y sólida, pese a la variación, fugacidad y profusión de Ias normas.

[8] Alberto Ramón REAL, en su estudio sobre *Los principios generales de derecho* en *nuestra Constitución,* sostiene que en derecho administrativo es más frecuente que en derecho privado la necesidad de recurrir a los principios, resumiendo su razonamiento en el siguiente párrafo que es perfectamente aplicable al derecho del trabajo:

"Disciplina en permanente evolución y de relativamente reciente data, esta última ha debido elaborar en gran parte sus soluciones racionales sin el auxilio de una estructura conceptual sistematizada en códigos decantados a través de milenios de experiencia, como sucede con el derecho privado" *(Estado de derecho y humanismo personalista,* F.C.U., Montevideo, 1974, 10).

[9] El tratadista brasileño CRETELLA JUNIOR, en *Principios* fundamen*tales de derecho administrativo,* incluído en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó,* t. I, Madrid, 1972 (p. 45), refiriéndose al derecho administrativo expresa que "las reglas básicas de esta rama del derecho forman la canónica o principiología, conjunto de cánones o principios que garantizan la autonomía del sistema administrativo dentro del inundo jurídico, impidiendo que sean confundidas instituciones de derecho privado con las similares de derecho público en primer lugar, e impidiendo —ya dentro del derecho público— que se identifiquen, confundiéndose, instituciones peculiares a dos ramas gemelas, pera distintas". Es fácil trasladar esta definición al conjunto de principios propios del derecho laboral,

Como dice José Antonio Vázquez, "no basta que el jurista del trabajo aborde la realidad sin los preconceptos idealistas del viejo derecho, sino que debe armarse para su interpretación de una teoría universal del derecho y deducir en su integración los principios esenciales del derecho laboral que deben presidir todas sus soluciones, limpias de vacilaciones y oscuridad"[10].

Y reputamos útil emprender este estudio, ya que siendo un tema no abordado sistemática ni siquiera específicamente con anterioridad, parece requerir un esfuerzo de ordenamiento y clarificación.

Esperamos que este estudio, junto con llamar la atención sobre el tema, sirva para incitar y promover otras investigaciones más completas y originales que permitan avanzar a nuestra disciplina**.**

[10] José Antonio VÁZQUEZ, *Materialidad del derecho laboral*, Montevideo, 1953, p. 39.

4. Delimitación del tema.-- Con esta preocupación de ordenamiento y clarificación del tema, lo primero que debemos hacer es delimitar, con la mayor precisión posible, cuál es nuestro asunto.

Para ello, entendemos que lo mejor puede ser empezar por determinar lo que no entra dentro de él, aunque a veces pueda recibir denominaciones parecidas. Advirtamos que esta aclaración no importa negarle importancia, interés o actualidad a los puntos que excluímos. La delimitación tiene un alcance puramente metódico y aclaratorio.

Los aspectos que no trataremos son los siguientes:

5. Principios generales de derecho aplicables al derecho del trabajo.— En primer término, los principios generales de derecho aplicables al derecho del trabajo.

Esta aclaración tiene trascendencia por cuanto los principios generales de derecho han sido recogidos en nuestro sistema jurídico para atribuirles una función importante como fuente subsidiaria del derecho.

Es así que el art. 16 del Código Civil —que por integrar su título preliminar tiene un alcance más genérico, extensivo a todas las ramas del derecho— dispone: "Cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia sacudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda se recurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso".

Por su parte, el art. 332 de la Constitución establece: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

Pensamos que disposiciones similares o parecidas a ésta; contenidas en el derecho uruguayo, se encuentran en casi todos los derechos latinos inspirados en el Código Civil napoleónico.

Creemos que los principios generales del derecho no pueden identificarse con los principios propios de una disciplina. El propio calificativo de "generales" nos está indicando la nota de amplitud, de comprensión de todas las ramas, de extensión y aplicación a todo el derecho.

Los principios de derecho del trabajo, por definición, se aplican a una rama —el derecho laboral— y no se aplican a las otras ramas. No son necesariamente exclusivos de una especialidad, pero no pueden servir para todas las ramas, es decir, ser generales, porque dejarían de ser específicos y peculiarizantes.

Por eso, cuando hablamos de principios propios del derecho del trabajo no nos referimos a los principios generales de derecho e inversamente.

La relación entre los principios generales de derecho y los principios de derecho del trabajo ha dado origen a una curiosa polémica entre dos eminentes autores españoles que publicaron una obra en común y que manifestaron su discrepancia en el propio texto, agregando una llamada en que pedían disculpas, "pero no habiendo logrado convencerse mutuamente, estiman su deber consignar y mantener sus opiniones en este punto discrepantes". Los autores eran Eugenio Pérez Botija, para quien debían prevalecer los principios de derecho del trabajo, y Gaspar Rayón Chacón, para quien debían predominar los principios generales de derecho. La obra se titula Manual de derecho del trabajo[11].

La sobriedad de la anotación impidió conocer la argumentación de uno y otro; pero nos inclinamos por la tesis de Pérez Botija. Lo contrario importaría negar la especificidad y peculiaridad de cada rama del derecho y el carácter meramente supletorio o subsidiario de los principios generales de derecho.

Más recientemente, otro autor español, Almansa Pastor, publicó un extenso y erudito estudio sobre los principios generales de derecho aplicables en el derecho del trabajo, en el que expone una concepción muy amplia de los principios generales de derecho, dentro de los cuales cabrían tres tipos de principios: de derecho natural, tradicionales y políticos.

[11] BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *Manual de derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, 1970, p. 1&3.

Entre estos últimos incluye a los principios del derecho del trabajo[12].

Pese a la brillantez, a la ingeniosidad, a la arquitectura armónica de la construcción doctrinal, que la hace muy seductora y atrayente, no la podernos aceptar.

En efecto, le atribuye a los principios propios de cada disciplina una función que ha sido reservada sólo a los principios generales de derecho.

Si éstos son generales, son comunes a todo el derecho. No son el catálogo o la recopilación de los distintos principios propios de cada una de las ramas, aunque en cada una de éstas ejerzan una función fundamental.

6. Principios de la ciencia de la legislación laboral.— En segundo término, los principios que inspiran la ciencia de la legis- lación laboral.

Deveali ha expuesto hace ya varios años una serie de criterios que él también llama principios que deben inspirar al legislador, o a quien haga sus veces, en la técnica de la aprobación de las normas[13].

Serían los principios que deberían regir la intervención del Estado para que pueda resultar más eficaz.

Los cinco principios —de cada uno de los cuales desprende varios corolarios— son los siguientes:

1) de la generalidad e igualdad ;
2) de la progresión racional ;
3) de la economicidad ;
4) de la reactividad del mundo económico laboral y la efectividad de los beneficios ;
5) de la sinceridad de las leyes laborales.

Es claro que se refiere a los principios que deben inspirar una técnica, no una rama del derecho. Deveali dice que así mo al lado del derecho administrativo está la ciencia de la administración y al lado del derecho constitucional la ciencia política, al lado del derecho del trabajo debe existir la ciencia de la legislación laboral.

[12] José Manuel ALMANSA PASTOR, *Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del* trabajo, en "Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo", año II, n° 3, junio 1972 (ps. 1 y ss.).

[13] Mario L. DEVEALI, *Lineamientos del derecho del* trabaje, Buenot Aires, 1948 (ps. 59 y ss.).

No son, pues, principios del derecho del trabajo sino de la ciencia que estudia la forma de elaborar y aplicar el derecho del trabajo. Tienen un carácter instrumental: se refieren a cómo debe actuarse para lograr un determinado resultado.

TEORIA GENERAL

7. Plan.— Descartados los aspectos que no entran dentro del tema, estarnos en condiciones de abordar la teoría general de los principios del derecho del trabajo.

Expondremos esa teoría general estudiando los seis puntos siguientes, en los que dividiremos nuestro desarrollo: 1) noción; 2) funciones; 3) significación; 4) clasificación; 5) forma; 6) enumeración.

8. Noción.— Se han propuesto diversas definiciones. Una de las más felices es la de Alonso García, que los describe así: "Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho"[14].

Traspalando la noción de principios generales de derecho[15], válidos en todo el derecho, a los principios del derecho del trabajo aplicables sólo en el área del derecho laboral, podemos decir con De Castro[16] que son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico-laboral.

[14] Manuel ALONSO GARCÍA, *Derecho del trabajo,* Barcelona, 1960, t. I, p. 247.

[15] Pese a la frecuencia con que se utiliza la palabra "principio" dentro del lenguaje jurídico y a la repetida alusión a los principios generales de derecho, no hay una definición clara ni unánimemente aceptada de la noción de principio general de derecho ni de la noción más amplia de principio.

Justamente Eduardo GARCIA MÄYNEZ dice: "determinar qué debe entenderse por principios generales de derecho es una de las cuestiones más controvertidas de la literatura jurídica" *(Introducción al estudio del derecho,* México, 1941, t. I, p. 212).

De todas las definiciones que hemos consultado, nos permitimos destacar la que Ernesto Eduardo BORGA trae en la *Enciclopedia jurídica Omeba:* "Un principio jurídico fundamental es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad del mismo y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas, en las cuales muchas veces el legislador se ve precisado a aludirlo".

[16] Federico DE CASTRO, *Derecho civil de España,* Madrid, 1949, 24 ed., t. I, ps. 419-420.

Otras definiciones, aunque propuestas para los principios de otras disciplinas, son fácilmente adaptables a la nuestra.

Realizando ese proceso de adaptación, puede aportarse la definición traída por Couture en su *Vocabulario jurídico*[17] en la siguiente forma: "Enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de éstas el carácter de una regla de validez general".

De igual manera resulta de interés recordar la noción expuesta por Real: "En todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones éxpresas del derecho positivo, a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente"[18].

Conjugando y armonizando ese conjunto de definiciones, podemos proponer la siguiente, que recoge, a nuestro juicio, la parte más acertada de cada una d las definiciones propuestas: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos".

9. Descripción.-- Pero más allá de las definiciones, que siempre tienen algo de convencional, y por tanto de trasferibles o sustituíbles, nos interesa la descripción de estos principios.

Utilizando las calificaciones de Engisch y Forsthoff, Rivero Lamas[19] describe estos principios como principios jurídicos, normativos, indeterminados y de relajamiento.

Jurídicos, porque su aplicación puede ser controlada por los tribunales.

Normativos, porque no son descriptivos, al no precisar el supuesto de hecho.

Indeterminados, porque solamente cobran su certeza en relación con una situación técnica concreta. La flexibilidad de estos conceptos permite una

[17] Eduardo J. COUTURE, *Vocabulario jurídico,* Montevideo, 1960, p. 489.

[18] Ob. cit., p. 8.

[19] *Juan* RIVERO LAMAS, *La equidad y los principios del derecho de: trabajo,* ponencia presentada al V Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, 1974 (p. 11.).

amplitud en su apreciación, que da entrada a lo justo variable por quien tiene que aplicarlos.

De relajamiento, porque surgen como excepción frente a regulaciones generales, esto es, la previsión de un tratamiento casuístico particular mediante la configuración de un supuesto de hecho legal que abarca grupos de casos especiales.

Sin perjuicio de reconocer el interés de estas puntualizaciones del profesor español, creemos útil recalcar tres elementos que integran la noción expuesta:

a) Son enunciados. básicos que contemplan, abarcan, comprenden una serie indefinida de situaciones.

Un principio es algo más general que una norma porque sirve para inspiraria, para entenderla, para suplirla. Y cumple esa misión respecto de un número indeterminado de normas[20].

Se ha dicho que constituye un cauce general del ordenamiento, un sentido de la legislación, una orientación recurrente en ella, que se trasluce en una pluralidad de disposiciones[21].

De allí que se hable de principios básicos o fundamentales, porque sirven de cimiento a toda la estructura jurídico-normativa laboral.

b) Por ser propios del derecho del trabajo son distintos de los que existen en otras ramas del derecho. Sirven para justificar su autonomía y su peculiaridad. Por eso, tienen que ser especiales, diferentes de los que rigen en otras zonas del derecho.

Por eso, también se habla de principios propios o peculiares del derecho del trabajo.

Esto no significa necesariamente que todos sean diferentes de todos los que inspiran las otras ramas jurídicas. Puede haber alguno repetido o

[20] Rivero LAMAS expresa: "No se trata de principios que inspiren y presidan relaciones concretas llegando a encarnarse en la misma razón de existir de determinados institutos, sino de auténticas reglas jurídicas autónomas que tienen su aplicación en el momento de identificar el régimen de las relaciones laborales" (ob. cit., p. 2).

[21] Adolfo GELSI BIDART, *Principios de derecho agrario,* en "Rivista di Diritto Agrario", *Scritti per il cinquantennio delta rivista, dedicati alla memoria di G. Bolla* (p. 327). En este trabajo y en un artículo posterior titulado *Segunda reflexión sobre principios de derecho agrario,* aparecido en "L.J.U." (t. 72, p. 31), ha destacado la importancia de los principios en el derecho agrario, precediéndola de algunas consideraciones generales válidas para los principios de las distintas materias. Sin embargo, tanto por los ejemplos que cita como por el carácter optativo que les atribuye (decisión entre orientaciones contrapuestas), se advierte que GELSI se refiere a lo que PÉREZ BOTIJA llama principios políticos (ver *infra,* n° 13).

similar que se aplica en ia misma forma, o con muy ligeras variantes, en más de una rama dei derecho. O sea, que no tienen por qué ser absolutamente exclusivos. Pero como conjunto, deben configurar un elenco que no se reproduce, en la misma forma, en las demás disciplinas jurídicas. e) Todos los principios deben tener alguna conexión, ilación o armonía entre sí, ya que en su totalidad perfilan la fisonomía característica de una rama autónoma del derecho que debe tener *su* unidad y su cohesión internas.

Cada principio constituye una manera de armonizar las normas sirviendo para relacionarlas entre, sí y evitando que el sistema se trasforme en una serie de fragmentos inconexos. Pero la vinculación entre los distintos principios contribuye más eficazmente todavía a la sistematización del conjunto y a diseñar la peculiar individualidad de cada rama del derecho.

Esta vinculación entre los distintos principios explica que más de una vez se presenten como principios diferentes algunos que ciertos autores engloban como un principio común, y viceversa, que a veces se desdoblen y especifiquen principios que pueden estar comprendidos en una formulación más general.

10. Funciones. -- Según De Castro[22], los principios de derecho cumplen una triple misión:

a) Informadora: inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico[23].

b) Normativa: actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de la ley. Son medios de integrar el derecho.

c) Interpretadora: operan como criterio orientador dei juez o del intérprete.

Esta pluralidad de funciones explica que haya algunos de esos principios que sirvan más para el legislador o el creador de normas laborales, es decir, que cumplen una misión de inspiración o información de la norma; y otros que sean más útiles para el intérprete. No siempre pueden cumplir en la misma medida y con la misma intensidad, ese triple papel.

[22] Ob. cit., ps. 473 y as.

[23] En una frase sumamente expresiva, GELSI afirma que subyacen en toda la disciplina, que la inspiran (penetran desde adentro), fundamentan (dan base) y explican (indican la *ratio legis)* a las distintas normas concretas que constituyen la estructura reglada del derecho positivo en cada país ("L.J.U.", t. 72, p. 35).

Esto mismo contribuye a justificar, por lo menos, en cierto grado, su heterogeneidad, así como las vacilaciones y discrepancias de los autores cuando ejemplifican cuáles son efectivamente esos principios. Se ha llegado a decir que no es posible alcanzar una noción unitaria sobre los principios del derecho del trabajo[24].

Pero, sobre todo, esta variedad de funciones demuestra que la utilidad y eficacia de los principios del derecho del trabajo traspasan el mero aspecto interpretativo, como algunos autores lo presentan. No es un tema que pueda caber dentro del rubro interpretación del derecho laboral lo desborda y lo supera.

11. ¿Cumplen una función normativa?— El punto que ha sido más discutido es el de saber si los principios del derecho del trabajo cumplen una función normativa, es decir, si sirven como elemento de integración de las normas legales o no. Equivale a preguntar si pueden considerarse fuentes del derecho o no.

La respuesta depende naturalmente del derecho positivo de cada país, según la enumeración que contenga de las fuentes supletorias. Pero depende también de la concepción que se acepte de la relación de estos principios del derecho laboral con los principios generales del derecho, ya que casi no hay país que no mencione los principios generales del derecho entre las fuentes subsidiarias[25]. La solución expuesta por nosotros en el sentido de que los principios propios del derecho laboral no integran los principios generales del derecho agrega una dificultad más a este problema.

No cabe, entonces, una respuesta en abstracto. Hay que referirla a cada país.

En el Uruguay, creemos que puede atribuírsele a los principios del derecho laboral una función normativa, ya que, como hemos expuesto,

[24] RIVERO LAMAS, ob. cit., p. 6.

[25] Héctor BARBÉ PÉREZ sostiene "que pese a muchas afirmaciones de la doctrina y a lo que pudiera interpretarse en una simple lectura del art. 16 del Código Civil y del art. 332 de la Constitución, los principios generales de derecho son fuente directa y principal de nuestro derecho; porque sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen- si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas" *(Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo,* en *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga,* Montevideo, 1958, p. 51).

el art. 16 del Código Civil —*de* aplicación a todo el derecho— manda acudir, en caso de falta de normas, a los fundamentos de las leyes análogas, y "si todavía subsistiere la duda se ocurrirá a los pricipios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso". Términos muy parecidos utiliza el art. 332 de la Constitución, que se refiere a las doctrinas generalmente admitidas[26].

Ahora bien, nos parece que dentro de Ia remisión genérica a las doctrinas más recibidas, babe incluir a estos principios propios de nuestra disciplina jurídica[27].

Gelsi Bidart, refiriéndose a nuestro país, afirma coincidentemente que en los casos de vacíos legales, los principios se encuentran en la base de la integración judicial[28].

12. Significación.— Los principios del derecho del trabajo constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, por lo que no puede haber contradicción entre ellos y los preceptos legales.

Están por encima del derecho positivo, en cuanto le sirven de inspiración; pero no pueden independizarse de él.

Hay una mutua influencia entre las normas vigentes y los principios informadores, ya que la repercusión es recíproca.

En efecto, si bien los principios inspiran, informan, gestan el contenido del derecho positivo, están, en cierto modo, condicionados por éste.

[26] Ver *supra*, *n°* 5.

[27] Con las reservas del caso, nos atrevemos a expresar que creemos que también en el Brasil los principios del derecho del trabajo cumplen una función normativa, actuando como norma supletoria. En efecto, el art. 8 de la 'Consolidación laboral incluye entre las fuentes subsidiarias a "otros principios *y* normas generales de derecho, principalmente de derecho del trabajo".

Todavía el párrafo final agrega: "El *derecho* común será fuente subsidiaria del derecho del trabajo, en aquello que no fuera incompatible con los principios fundamentales de éste".

Una afirmación análoga podemos efectuar con relación *a* la Argentina, cuya ley 20.744, del 20 de septiembre de 1974, llamada de contrato de trabajo, establece *en* su art, 11: "cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas 'que i rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe".

Este artículo no fue modificado por la ley 21.297, del 13 de mayo de 1976, que introdujo diversas reformas en la ley 20.744.

[28] Ob. cit., "L.J.U.", t. 72, pJ 33.

En realidad, responden a una concepción del derecho laboral. Principios y preceptos positivos deben pertenecer a la misma concepción.

Coviello dice al respecto : "Los principios generales del derecho son los fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano o científico, sino porque han informado efectivamente el sistema, positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente"[29].

Carnelutti ratifica la misma idea en forma aún más expresiva "Los principios generales de derecho no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la ley"[30].

Gelsi Bidart afirma, a su vez: "Los principios de una rama del derecho positivo surgen de la consideración de *sus* normas. Se consideran como los criterios que las han inspirado con un alcance general, no referido a una disposición concreta —*ratio legis*, razón, motivación legal—, sino a un conjunto, a todas ellas o al menos a un sector de ellas"[31].

Si el legislador opta por otra concepción, quedan automáticamente inaplicables o inapropiadas.

Por ejemplo si se pasa de un derecho laboral protector de la clase trabajadora a un derecho laboral organizador de la vida económica. Fue lo que ocurrió en el Uruguay con la ley 13.720, del 16 de diciembre de 1968, que creó la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos (COPRIN) Hasta entonces, las normas laborales fijaban niveles mínimos de protección que podían ser elevados por las partes. En dicha ley se confió a la referida

[29] Nicolás COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil,* traducción española, México, 1938, p. 96.

[30] Francesco CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile.* 1. *Funzione e composizione del processo,* Padova, 1936, p. 120.

[31] Ob. cit., "Rivista di Diritto Agrario", p. 326.

Comisión la facultad de fijar salarios máximos y de ajustar los convenios colectivos al ordenamiento laboral general, lo que impide los convenios de las partes para mejorar libremente y de común acuerdo las normas generales. Desde ese momento, nuestro derecho laboral se convirtió, por lo menos en ciertos aspectos, en un derecho regulador de la economía.

En otras palabras: un contenido nuevo en el derecho positivo —como el que acabamos de describir por vía de ejemplo— refleja que esos principios del derecho del trabajo no fueron los inspiradores del derecho positivo, sino que fueron otros. En consecuencia, la enunciación de los principios debe modificarse.

Claro que los problemas no se plantean en la realidad práctica con toda nitidez ni en términos absolutos. Una concepción determinada del derecho laboral puede seguir inspirando casi todo el derecho positivo; pero algunos de sus aspectos están orientados por otra concepción extraña.

Es éste un punto que obliga a actuar con cierta relatividad y modestia.

13. Clasificación.— Pérez Botija[32] ha distinguido principios políticos y principios jurídicos.

Los primeros son los proclamados de una manera político-jurídica. O sea, que son principios más políticos que jurídicos; más programáticos que normativos; más de propaganda y consigna que de eficaz aplicación.

Los segundos son principios más clara y definidamente jurídicos. Cumplen en el ámbito del derecho del trabajo una función similar a la que realizan los principios generales del derecho en todo el panorama jurídico.

Quizá la mejor ilustración de su clasificación la brinde el ejemplo que trae de principios políticos. Cita para su país el Fuero del Trabajo y el Fuero de los españoles. Pensamos que muchos países pueden citar documentos similares. Para casi todos los países latinoamericanos la parte dogmática de la Constitución contiene una enunciación de principios de características y significación análogas. Incluso, creemos que para los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo, el Preámbulo de la Constitución de ésta y la

[32] Eugenio PÉREZ BOTIJA, *El derecho del trabajo. Concepto, sustantividad* y *relaciones con las restantes disciplinas jurídicas,* Madrid, 1947, p. 143.

Declaración de Filadelfia cumplen una función similar.

Basta conocer estos ejemplos para advertir que los llamados principios políticos son mucho más contingentes, en cuanto dependen más directamente de las circunstancias históricas y geográficas. En otras palabras, de la realidad política, que, por definición, es cambiante. En cambio, los principios jurídicos pueden ser mucho más estables y más universales, ya que derivan de la naturaleza propia del derecho laboral, que se mantiene idéntico a través del tiempo y del espacio.

Resumiendo, podemos decir que los *principios políticos* son postulados con un contenido material que representa la meta que debe alcanzar el derecho positivo en un país y en un momento determinado. Se refieren a determinados beneficios indicando los niveles que deben alcanzarse, que se presenten como polos conceptuales hacia donde debe dirigirse el esfuerzo normativo. Se les aplica la definición de Villegas Basavilbaso: "Juicios axiológicos de justicia, no en abstracto, sino en relación con la conciencia nacional, entendida ésta como una realidad concreta en un momento determinado de su evolución, vale decir, en relación con la cultura nacional"[33]. Cada uno de ellos se refiere a un beneficio determinado, indicando los límites que deben alcanzarse o los supuestos que subyacen por debajo de varias normas sobre el mismo tema.

Los *principios jurídicos,* en cambio, son criterios formales aplicables, en general, en cualquier circunstancia de lugar y tiempo. No aluden a ningún beneficio en concreto, por lo que tienen una significación muy general y amplia, extensiva a toda la disciplina.

Rivero Lamas utiliza otras denominaciones: distingue entre principios institucionales (que inspiran y presiden ámbitos concretos de la regulación jurídico-laboral) y principias normativos (verdaderas reglas jurídicas autónomas que extienden su eficacia tanto al momento de formación del régimen regulador de las relaciones laborales como a la fase de exigibilidad de los derechos) [34]. Son términos distintos pero conceptos similares a los utilizados por Pérez Botija, que nosotros hemos recogido.

[33] Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo,* t. I, Buenos Aires, 1949, p. 370.

[34] RIVERO LAMAS, ob. cit., p. 6. Cabe observar la tendencia del profesor español de incluir en la noción de principio la palabra "norma" o "regla", que nosotros hemos descartado, por entender que el principio tiene un carácter más general.

En realidad, los primeros sirven, sobre todo, para cumplir la función informadora, y los segundos son útiles especialmente para llevar a cabo la función interpretativa. Pero unos y otros pueden servir para ambas funciones, así como para cumplir la tarea de fuente subsidiaria.

No podemos pretender la exposición de los principios políticos porque supondría presentar una síntesis del derecho del trabajo vigente en cada país o, en el mejor de los casos, equivaldría a componer un resumen del derecho comparado del trabajo.

La exposición de los principios jurídicos, en cambio, puede hacerse Con carácter general y en términos relativamente accesibles. Y paradójicamente, pese a ser más breve, y a ofrecer un interés que traspasa la frontera del país, no se ha emprendido.

14. Forma. Una de las características de los principios del derecho del trabajo es su amorfismo, en cuanto carecen de procedimientos técnicos de exteriorización.

No hay, pues, una forma única y exclusiva de manifestarse. Podríamos decir que ni siquiera hay una forma preferente de manifestación.

En cambio, cabe señalar t na marcada tendencia a la incorporación a otras fuentes, es decir, a corporizarse abandonando formulaciones abstractas e imprecisas.

Por otra parte, casi nun4 al enunciárselo se lo califica de tal. Sólo muy pocas veces la enunciación es directa. A menudo, suele ser parcial o solamente inducirse del texto. Aun ocurre que lo que se enuncia es solamente el presupuesto del principio, lo que implica afirmar que el principio puede no estar formalmente formulado[35].

Como tienen vocación hacia la forma escrita pueden concretarse en la ley o pueden expresarse mediante la jurisprudencia o la doctrina.

Curiosamente la experiencia histórica universal enseña que la concreción en la ley les quite fecundidad. Se ha señalado que en los países en que no se ha dado una advocación jurídico-positiva a los principios del derecho del trabajo, éstos se han abierto camino con mayor pujanza y decisión que en los restantes.

[35] Ver: BARBÉ PÉREZ, ob. cit., ps. 44 y ss.

La consagración en virtud de la ley cristaliza y, por eso mismo, congela la función que estos principios pueden tener.

Y esta limitación que paradójicamente resulta de la consagración legal se percibe tanto en la significación y funciones que cumplen los principios como en su propia enumeración. Incluso hay quienes dan como nota característica de los principios, que explica su influencia sobre el derecho positivo, justamente el hecho de que estén fuera de él y no se los pueda formular jurídicamente[36].

Además, hace notar Gelsi Bidart que esa consagración legal ni siquiera sirve para aclarar definitivamente su alcance y su sentido. La determinación de los principios, como las definiciones legislativas, no concluyen la deliberación de la ciencia, sino que le dan nuevos elementos para su continuación[37].

15. Enumeración. Como ya hemos expuesto, la enumeración de los principios es uno de los puntos donde se advierte mayor variedad de opiniones.

Precisamente, como el tema no está suficientemente asentado ni consolidado, expondremos nuestra propia lista, para lo cual refundiremos, incorporaremos y eliminaremos algunos de los principios propuestos por distintos autores.

Por ahora, nos limitaremos a una simple enumeración, postergando el desarrollo minucioso para la segunda parte de este trabajo.

Los principios que proponemos son los siguientes:

1) Principio protector, el cual se puede concretar en estas tres ideas:

[36] Vincenzo MICELI expresa: "el principio de equidad no es una norma sino un principio directivo que opera sobre el derecho, justamente porque está fuera de él y no puede formularse juridicamente" *(Principi di filosofia del diritto*, Milano, 1928, p. 291). Aúnque referido a la equidad, el razonamiento es aplicable a los principios generales de derecho con los cuales identifica a aquélla. Respecto de la equidad y los principios de derecho, nosotros nos afiliamos a la opinión de DE LA CUEVA en el sentido de, que la equidad no es un principio ni una fórmula general, sino un procedimiento y un resultado: la armonía entre lo general y lo particular *(Derecho mexicano de trabajo*, t. I, p. 337). Ver al respecto la conferencia que pronunciemos sobre este tema el 23 de mayo de 1975 en la Universidad Nacional de Córdoba, a publicarse en los Cuadernos del Instituto de Derecho del Trabajo "Dr. Juan Bialet Massé" de la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

[37] Ob. cit., "L.J.U.", p. 23.

a) in dubio, pro operario;
b) regla de la aplicación de la norma más favorable; e) regla de la condición más beneficiosa.

2) Principio de la irrenunciabilidad de los derechos.
3) Principio de la continuidad de la relación laboral.
4) Principio de la primacía de la realidad.
5) Principio de la razonabilidad.
6) Principio de la buena fe,

16, Aplicación al derecho colectivo. Surge, de inmediato, una pregunta: estos principios ¿rigen para todo el derecho del trabajo o sólo sirven para el derecho individual del trabajo? Dicho' de otro modo: estos principios ¿son también válidos para el derecho colectivo del trabajo?

Nuestra respuesta es prácticamente afirmativa.

El derecho colectivo del trabajo es una parte del derecho del trabajo sustancialmente ligada con la anterior.

La unión de los trabajadores está en el comienzo del fenómeno laboral y fue la respuesta natural a la injusticia y a la explotación realizada por los empresarios. Al principio, la unión de los trabajadores engendró la atención pública sobre el fenómeno laboral. De esa atención por el fenómeno laboral derivó la, legislación del trabajo. La legislación del trabajo fue reconociendo la realidad social y sindical, lo que significó suprimir trabas para la unión y, en un segundo momento, crear estímulos para la unión de los trabajadores. En la medida en que se formaron asociaciones profesionales surgió una nueva forma de creación del derecho del trabajo la de origen profesional y extraetático que tuvo en los convenios colectivos su máxima expresión.

Se fueron desarrollando paralelamente ambas formas de generación del derecho. Por un lado, el derecho etático, consagrado en la ley y en los reglamentos. Por otro lado, el derecho profesional o extraetático, concretado en los convenios colectivos y las normas emanadas de los órganos tripartitos o paritarios.

Pero con el andar del tiempo, el derecho colectivo del trabajo de generación exLraetåtica fue desplazando al de origen estatal, en el sentido de hacerlo innecesario, inadecuado o impropio. De hecho, la protección obtenida por los propios trabajadores asociados, mediante los convenios colectivos, hizo inútil la protección otorgada por el legislador.

Este proceso tiene que ver con la propia razón de ser del derecho del trabajo.

El derecho del trabajo surge como una consecuencia, de una desigualdad: la derivada de la inferioridad económica del trabajador. Ése es el origen de la cuestión social y del derecho del trabajo.

Las desigualdades sólo se corrigen con desigualdades de signo opuesto. Durante un tiempo, la desigualdad compensatoria se logró porque el Estado puso en favor del trabajador el peso de la ley. Surgió así la legislación del trabajo.

Pero, luego, la desigualdad compensatoria se obtuvo por otra vía más propia —en el sentido de más suya y más apropiada—, creando la fuerza que deriva de la unión.

Por eso, en todo el derecho del trabajo hay un punto de partida: la unión de los trabajadores; y un punto de llegada: el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores. Derecho individual y derecho colectivo del trabajo son simplemente distintas sendas para recorrer el mismo itinerario.

El carácter individual o colectivo son meras modalidades que no afectan la esencia del fenómeno.

Por eso, creemos que los principios expuestos tanto se aplican en un ámbito come en otro.

Simplemente podemos decir que en el ámbito del derecho colectivo del trabajo hay ciertas peculiaridades que justifican, sin perjuicio de la vigencia genérica de los seis principios expuestos, algunas precisiones especiales y complementarias.

En primer término, el alcance del principio protector. Él rige en ambas ramas del derecho laboral, pero tiene distintas formas de aplicación. En el derecho individual se crean normas. Por eso, el principio se refiere a la selección, a la aplicación, a la interpretación de las normas. En el derecho colectivo, en cambio, se crean instrumentos cuya eficacia deriva del número, de la disciplina, de la organización técnica y administrativa, del poder material de cada una de las partes.

Debe garantirse la posibilidad de la creación de ese instrumento, así como respetar su autenticidad y su libertad de acción y de funcionamiento. Una vez restablecida la igualdad por medio de la fuerza gremial que deriva de la unión, desaparece la razón de ser del trato desigual por parte del Estado. La desigualdad compensatoria debe buscarse por una vía o por la otra, ya que establecerla simultáneamente por ambas vías puede significar una

superposición de protecciones que engendre otro desequilibrio de sentido opuesto, que tendría un efecto perturbador.

En' segundo término, el principio de la autonomía colectiva. Tiene por objeto la regulación normativa de las condiciones de trabajo por los propios interesados, así como *su* colaboración en la administración de trabajo y en la justicia laboral. De allí que predominen los procedimientos concertados por las propias partes para resolver los diferendos que surjan entre ellas.

En tercer término, el princ$_i$p$_i$o de la participación en la empresa. Cada vez es más firme la tendencia a encarar a la empresa como una comunidad de producción que incluye al empleador y a los trabajadores. Ello ha llevado a la colaboración primero y a la codecisión después en asuntos sociales, laborales y económicos. Cada uno de esos planos significa un paso más avanzado en el proceso *y* representa un grado mayor y más trascendente de participación.

Basta conocer estas particularidades propias del derecho colectivo del trabajo para advertir que ellas pierden su carácter abstracto para convertirse en postulados concretos que hacen referencia a beneficios determinados, como son el de la libertad sindical, la participación de los trabajadores en la creación, aplicación y control del derecho del trabajo y su participación en la empresa.

O sea, que no son principios jurídicos sino políticos. Ello explica que tengan mayor o menor aceptación o mayor o menor gravitación, según la escala de valores vigente en determinada circunstancia histórica.

Es cierto que algunas de estas ideas tienen validez universal, como el principio de la libertad sindical, que ha sido recogido en casi todos los países en normas de la máxima jerarquía y ha sido objeto de declaraciones y compromisos de la mayor significación y universalidad[38]. Pero no ocurre lo mismo con las otras particularidades

[38] Pueden citarse múltiples ejemplos. Basta mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuyos arts. 20 (numerales 1 y 2) y 22 (numeral 4) afirman esta libertad y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado el 16 de diciembre de 1966, cuyo art. 8 recoge esta misma idea. E el orden regional, la Carta Internacional Americana de Garantías sociales, aprobada en abril de 1948 en Bogotá, dedica el art. 26 a este tema. A través de la Organización Internacional del Trabajo, este principio ha sido afirmado en el Preámbulo y en el art. 41 de la Constitución, en la Declaración de Filadelfia y en los convenios internacionales de trabajo 87 y 98, ambos ratificados

expuestas. Por lo demás, el hecho de que sea necesario recogerlo en declaraciones y compromisos internacionales revela que su aceptación no está definitivamente consolidada. Hay que lograr su aceptación definitiva y asegurar su aplicación efectiva.

Su carácter de principios políticos, según la clasificación de Pérez Botija que hemos aceptado, deriva justamente de que en muchos países aparecen como conquistas todavía a alcanzar, o cuyo reconocimiento no se ha logrado. No pueden, pues, presentarse como principios ya aplicables.

Los principios jurídicos que hemos expuesto, en cambio, tienen plena vigencia y aplicación en todo país donde rigen normas pertenecientes al derecho laboral.

La prescindencia, entonces, del estudio de estos aspectos peculiares que surgen en el derecho colectivo, se justifica desde un doble punto de vista.

Por un lado, mantiene nuestros desarrollos en un plano meramente técnico, donde pueden caber discrepancias doctrinales, pero que constituye un terreno libre de toda contaminación política, aun entendida esta palabra en su más alto y noble sentido.

Por otro lado, porque aunque los principios que nos proponemos exponer y las consideraciones que formulamos sean válidas y aplicables, tanto para el derecho individual como para el derecho colectivo, ellas servirán para poner de manifiesto, por su aplicación en todo el ámbito de la disciplina, que las peculiaridades del derecho del trabajo —que justifican su autonomía— no derivan sólo del derecho colectivo, sino que resultan también de los principios que inspiran, presiden y rigen la aplicación del derecho individual del trabajo[39].

por el Uruguay y por una gran cantidad de países (30 en junio de 1974). En el orden constitucional, casi todos los países que contienen declaraciones de derechos sociales en su Carta Fundamental incluyen este derecho. El Uruguay lo hizo en su art. 57, en los términos más amplios, que están vigentes desde 1934.

[39] DE FERRARI afirma que "el derecho del trabajo es más bien un derecho colectivo" *(Lecciones del derecho del trabajo,* Montevideo, 1961, p. 25), extremando una afirmación de RADBRUCH de que "de todas estas medidas, haremos resaltar aquí como las más representativas de la especial naturaleza del derecho obrero, el contrato colectivo de trabajo y la constitución de la empresa" *(Introducción* a *la ciencia del derecho,* Madrid, 1930, p. 116).

I
EL PRINCIPIO PROTECTOR

17. Significado. — El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes : el trabajador.

Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes.

18. Denominación. — Empecemos por examinar el problema de la denominación.

Se han utilizado diversas denominaciones más o menos próximas, pero distintas. A las naturales preferencias de los autores que se inclinan, por razones diferentes, hacia diversas formas de llamarlo, se agrega en el presente caso una dificultad más conceptual: no todos los tratadistas han distinguido con claridad entre el principio general y las varias formas de aplicación. Ello hace que muchas veces se utilice como denominación genérica la forma usada para aludir a una de ias formas de aplicación. El ejemplo típico de ello lo suministran quienes utilizan denominaciones tales con·ro principio *"pro operario",* o principio más favorable al trabajador[40].

[40] Miguel HERNÁINZ MÁRQUEZ, por ejemplo, en su obra *Tratado elemental de derecho del trabajo,* Madrid, 1969, p. 89, utiliza la expresión "principio pro operario o de aplicación de la norma más favorable al trabajador". Jaime MONTALVO CORREA, en su reciente obra *Fundamentos del derecho del trabajo* (Madrid, 1975), se refiere al principio *pro operario* (p. 239). Manuel ALONSO GARCÍA, en *Derecho del trabajo,* Barcelona, 1960, p. 249, estudia por separado el "principio pro *operario",* el "principio de la norma más favorable", "el principio de la condición más beneficiosa", si bien advierte que esta clasificación depende de la mayor o menor amplitud que en cuanto a su comprensión se otorgue al primero de dichos principios.

Dentro de lo que podríamos llamar las denominaciones genéricas, podemos mencionar a Menéndez Pida], que habla del *principio tutelar*, aunque admite que la evolución del derecho va sustituyendo paulatinamente la noción de la tutela, que evoca la idea de la minoridad, por la más amplia de protección, por lo que podría mencionárselo ahora como *principio tutelar-protector*[41]*;* a Russomano, que alude al *principio de protección tutelar*[42]*;* a Kaskel Dersch, que utilizan la expresión *principio protectorio*[43]*;* a Barassi, que emplea la expresión: del "favor *hacia el trabajador*"[44].

Aunque todas estas denominaciones traslucen la misma idea, preferimos la expresión *principio protector* porque, aparte de su brevedad y peculiaridad, traduce fiel y elocuentemente la idea principal que este principio encierra[45].

[41] Juan MENÉNDEZ PIDAL, *Derecho social español,* Madrid, 1952, t. 1, p. 105.

[42] Mozart Víctor RUSSOMANO, *Curso de direito do trabalho,* Río de Janeiro, 1972, p. 46.

[43] Walter KASKEL y Herman DERSCH, *Derecho del trabajo,* traducida y anotada por Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1961, p. 32. Enrique FERNÁNDEZ GIANOTTI, en *Fuentes e interpretación en el derecho del trabajo,* aparecido en la revista "Derecho del Trabajo" (Buenos Aires) de octubre de 1973, utiliza la misma denominación (t. XXXIII, p. 684).

[44] *Tratado de derecho del trabajo,* versión castellana, Buenos Aires, 1953, p. 247.

[45] Utilizamos esta denominación en la ya citada conferencia que sobre *Los principios generales del derecho del* trabajo pronunciamos en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho del Trabajo en abril de 1973 en la ciudad de Blumenau (Brasil). HUECK y NIPPERDEY, al expresar las ideas fundamentales del derecho del trabajo, expresan: "El derecho del trabajo es así, ante todo, un *derecho protector de los trabajadores,* entendiendo la expresión en el sentido más amplio" *(Compendio de derecho del trabajo,* traducción española de M. Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa, Madrid, 1963, p. 45). Dentro de la exposición de estos dos destacados autores alemanes "las ideas fundamentales" coinciden con los principios generales del derecho del trabajo.

Acaso el único inconveniente de esta denominación deriva de su posible confusión con lo que KROTOSCHIN llama el derecho protectorio del trabajo, y que según este autor constituye la parte del derecho del trabajo compuesta por aquellas normas destinadas a proteger al trabajador contra todos los riesgos y peligros que afectan su vida y su salud.

Para comprender el alcance que le da a esta expresión nada mejor que el siguiente párrafo: "Los riesgos, que el Estado debe prevenir especialmente, pueden dividirse en tres grupos:

"a) Las instalaciones técnicas y otros factores inherentes a la producción ponen en peligro la vida y la salud del trabajador. Por lo tanto,

Tiene, además, la ventaja de proyectarse como una denominación general que cubre a las diversas formas de aplicación sin confundirse con ninguna de ellas.

19. Fundamento. - El fundamento de este principio está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo.

Históricamente el derecho del trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas.

El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador.

El derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades Como decía Couture, "el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades"[46].

Esta idea la han expresado todos los tratadistas, tanto los que pertenecen a nuestra disciplina, como los ajenos a ella que se asomen desde cualquier perspectiva[47]. Radbruch anota: "La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad entre las persona sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen. La igualdad deja de ser así punto de partida del derecho, para

las disposiciones preventivas de accidentes y otras relativas a la higiene y seguridad en el trabajo forman una parte esencial del derecho protectorio.

"b) *La fatiga* excesiva, causada por jornadas largas y falta de descanso, conduce al desgaste prematuro. Las disposiciones sobre jornada limitada y descansos obligatorios tienden a la protección del trabajador contra *ese* peligro, asegurándole simultáneamente un tiempo libre para su vida familiar y la satisfacción de sus intereses ideales.

"c) El trabajador también necesita protección contra condiciones de trabajo no equitativas de orden patrimonial. A este fin propenden las normas sobre salario vital mínimo, protección del salario, etc." *(Manual de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1975, p. 250).

Pese a la amplitud del concepto, se refiere sólo a una parte del derecho del trabajo, por lo que responde a un concepto distinto del que expondremos.

[46] *Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo,* en el tomo *Tribunales de trabajo,* publicado por el Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad Naci°nal del Litoral, Santa Fe, 1944, p. 115.

[47] Santiago J. RUBINSTEIN recientemente ha logrado una síntesis acertada de la fundamentación de este principio en *Fundamentos* para *la vigencia del principio "in dubio pro Operario",* en la revista argentina "Derecho Laboral", 1972, ps. 600 y ss.

convertirse en meta o aspiración del orden jurídico"[48]. Y Barassi afirma : "Tanto la Constitución como el Código Civil han abandonado el viejo y muy superado principio de la igualdad de derecho en que estaban informados los códigos anteriores para acercarse a la igualdad de hecho con la protección del contratante económicamente más débil[49].

La consecuencia de esta idea es que debe favorecerse a quien se intenta proteger. Cesarino Junior lo ha condensado en una frase sumamente feliz: "Siendo el derecho social, en último análisis, un sistema legal de protección a los económicamente débiles (hipo suficientes), es claro que, en casos de duda, debe favorecer la interpretación al económicamente débil, que es el trabajador que litiga con el patrono"[50].

En cierto modo, esto se limita a establecer una interpretación coherente con la *ratio legis.* Si el legislador se ha propuesto establecer por medio de la ley un sistema de protección del trabajador, el intérprete de ese derecho debe colocarse en la misma orientación del legislador, buscando cumplir el mismo propósito del legislador. Desde este punto de vista, este principio no aparece como extraño a los criterios que se aplican en cualquier rama del derecho, en las cuales siempre el intérprete debe actuar en consonancia con la mente del legislados [51]. Y en un plano más sustantivo, hace notar Krotoschin que el derecho del trabajo, "aunque quizá no haya producido métodos típicos de interpretación, ha sido y sigue siendo el que dirige cierto movimiento interpretativa tendiente a introducir o profundizar en el derecho positivo la idea de la solidaridad social. Trátase de aquella tendencia general que propende a igualar siempre más las condiciones de la lucha por el derecho en las que se encuentra el económicamente débil con las del hombre acaudalado y a atenuar

[48] *Introducción a la filosofía del derecho,* México, 1951, p. 162.
[49] Ob. cit., p. 247. 5
[50] *Direito social brasileiro,* 5ª ed., Río de Janeiro, 1963, t. 1, p. 116.
[51] BARASSI anota, al respecto: "Se ha argumentado, sin embargo, que esta interpretación favorable al trabajador no puede ser una norma particular de interpretación, propia únicamente de las leyes del trabajo. Y es exactísimo porque, en realidad, ella es una consecuencia de la adecuación a los fines de la ley (mens *legis,* intención del legislador). Esta última autoriza al juez a entender que el legislador se ha propuesto expresar una norma coherente con aquel fin protector que es la razón de la ley" (ob. cit., t. 1, p. 245).

los rigores excesivos del derecho individual, en consideración al interés social. Esa tendencia es, hoy en día, común a la interpretación de todo derecho, y sólo se pueden establecer dif e-rencias en cuanto a la importancia que debe atribuirse a sus aspiraciones, o a la fuerza con que ella se hace sentir"[52].

Por eso, dice Caldera que este principio "se explica no sólo desde el punto de vista social sino desde el específicamente jurídico: porque la intención del legislador en esta materia ha sido la de favorecer a los trabajadores y, por tanto, es correcto aceptar como criterio de orientación tal intención genérica"[53].

Jean L'Homme expresa una idea similar al afirmar que el derecho del trabajo aparece como un derecho unilateral porque en su punto de partida existe un propósito deliberado, una preocupación bien definida de favorecer a título exclusivo, o prin-cipal, por le menos, ciertas categorías de personas. Se abandona, decididamente el principio de la igualdad jurídica. Para compensar la desigualdad económica que se ha ido acentuando se crean en provecho de los trabajadores una serie de ventajas que son unilaterales. Los nuevos privilegios —dice textualmente—permitirán al obrero recuperar, en el terreno dei derecho, lo que ha perdido en el terreno de la economía, pues se percibe fácilmente que el equilibrio no es suficiente cuando se ha establecido únicamente en el terreno jurídico[53 bis].

Barassi funda el principio de la interpretación favorable para el trabajador en dos clases de razones. Por un lado, la grandiosidad de las leyes, protectoras y aseguradoras, dirigidas a tutelar y asistir al contratante más débil que es el trabajador, aunque abstractamente el encuadramiento sindical no tolere que se le considere corno un individuo en actitud de combate frente a cada empresario. Por otro, la unidad fundamental del derecho del trabajo que reúne todas las normas en un sistema propio[54].

[52] Ernesto KROTOSCHIN, *Instituciones de derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1947, t. 1, p. 41.

[53] Rafael CALDERA, Derecho *del trabajo,* Buenos Aires, 19'60, p. 196.

[33 BIS] Jean L'HOMME, *El derecho del trabajo y su carácter unilateral,* en "La Ley", 14 de febrero de, 1948 (t. 49, p. 1003). Esta expresión fue utilizada primeramente por DURAND, pero refiriéndola al régimen de sanciones: considera que el derecho del trabajo tiene un carácter unilateral porque se impone desigualmente a los empleadores y a los trabajadores, ya que el valor de una norma jurídica depende de la eficacia de la sanción (D[U]RAND y JAUSSAUD, *Traité de droit drti travei!,* París, 1947, t. I, p, 249).

[54] Ob. cit., t. 1, p. 248.

Hueck y Nipperdey afirman que una ojeada sobre el desarrollo histórico del derecho del trabajo muestra que éste se origina por una especial necesidad de protección, primero de los obreros fabriles y después de los trabajadores en general. Esto ha impregnado a toda esta rama jurídica de una especial peculiaridad. Por eso, el derecho del trabajo es, ante todo, un derecho protector de los trabajadores, entendiendo la expresión en el sentido más amplio. La especial necesidad de protección del trabajador tiene un doble fundamento: 1) El signo distintivo del trabajador es su dependencia, su sometimiento a las órdenes del empleador. Esa dependencia afecta a la persona del trabajador. 2) La dependencia económica que si bien no es conceptualmente necesaria, se presenta en la gran mayoría de los casos, pues en general sólo pone su fue de trabajo al servicio de otro, quien se ve obligado a ello para la obtención de *sus* medios de vida. La primera y más importante tarea del derecho del trabajo fue procurar limitar los inconvenientes resultantes de esta dependencia personal y económica[55].

Cessari, siguiendo a Santoro-Passarelli, afirma que la razón profunda del espíritu protector del derecho del trabajo es doble: la inseparabilidad de la prestación de trabajo de la persona del trabajador y la normal exclusividad de la dedicación del trabajador a la empresa, de cual extrae el único o principal recurso para su subsistencia[56].

Como se ve, puede explicarse, justificarse y entenderse este principio sin recurrir a la tan controvertida concepción del derecho de clase que ha expuesto de la Cueva[57]. O sea, que este principio rige y se acepta en todo el derecho del trabajo sin estar ligado ni condicionado con determinada

[55] Ob. cit., p. 45.

[56] Aldo CESSARI, Il *"favor" verso il prestztore di lavoro subordinato,* Milano, 1966 (p. 2).

[57] Mario DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo,* México, D.F., 1943, p. 213. Con relación a este punto específico, el ilustre maestro mexicano escribe: "El derecho del trabajo, como diría SAVIGNY, continúa viviendo en la conciencia popular y así tiene que ser, porque ninguna rama jurídica, en ningún tiempo, ha estado tan estrechamente vinculada a la vida del pueblo como el derecho del trabajo. *La misión del intérprete ha de consistir, pues, en conservarle ese carácter y por ello la primera y a la vez la regla básica de, interpretación del derecho del trabajo consiste en juzgarlo en acuerdo con su naturaleza, esto es, como estatuto que traduce la aspiración de una clase social para obtener inmediatamente, un 'mejoramiento en sus condiciones de vida"* (subrayado en el original) (p. 334).

concepción ideológica ni política.

Montalvo Correa[58] ha planteado recientemente desde una perspectiva marxista la interpretación de que el derecho del trabajo es un medio defensivo de la crase burguesa que ha preferido limitar las injusticias y proteger dal trabajador, con tal de conservar las ventajas del sistema. "Pero luego distingue las normas tuitivas dirigidas a contemplar. las reivindicaciones concretas y las de sentido emancipador, que son las tendientes a promover la autonomía colectiva. Sin perjuicio de señalar que la admisión de la existencia de esta última clase de normas resta coherencia a su tesis y sin entrar naturalmente *en* el examen de la concepción ideológica que lo inspira, debe puntualizarse que, de todos modos, se reconoce en el derecho del trabajo un sentido protector. Cualquiera sea la motivación última que haya originado ese sentido protector, lo importante es reconocer que él existe, con lo que se confirma la amplitud del reconocimiento.

20. Opiniones discrepantes.— Sin embargo, esta aceptación abrumadoramente mayoritaria no es unánime.

Dos autores brasileños han expuesto ideas discordantes con este principio, y aun cuando en sus exposiciones se han referido a la interpretación más favorable al trabajador (en concreto, a la máxima "in *dubio, pro operario"),* lo que cuestionan, en realidad, es la vigencia de todo este principio protector.

El primero es J. Pinto Antunes[59], quien sostiene que salvo en los países comunistas, prevalece en todos los demás Estados el sistema capitalista de producción. Según este sistema no se debe admitir la interpretación que ponga en riesgo el fundamento del régimen capitalista de producción, que él resume en una frase de la Constitución brasileña: "En la iniciativa individual, en el poder de creación, de organización y de invención del individuo, ejercido en los límites del bien público, fúndase la riqueza y la prosperidad nacional". En el proceso capitalista de producción y en el sistema empresarial de concurrencia, el trabajo está subordinado a la iniciativa, la dirección y la organización del capital.

[58] *Los fundamentos del derecho del trabajo,* ps. 149 a 160.

[59] *A interpretação das leis do trabalho,* en "Rev. *de* Direito Social", vol. IV, n° 21, nov. y dic. 1943, pe. 206 y ss.

Por tanto, sería inconstitucional el principio "in *dubio pelo empregado"*, porque contrariaría las bases fundamentales del régimen económico y político.

Decidir en caso de duda por el trabajador es actuar contra la letra y el espíritu del régimen, es juzgar contra la voluntad del Estado que tiene en la empresa y, por consiguiente, en la totalidad del organismo productivo, el interés público por excelencia. No son las partes sino el conjunto lo que constituye el objeto de la preocupación pública.

El intérprete debe tener en vista, por encima de todo, la conservación de la vida empresarial y no sacrificarla a los intereses inmediatos y exclusivos de uno de sus elementos colaboradores, sea capital o trabajo.

Y agrega textualmente: "En caso de duda, decídase por la empresa y tenga el intérprete de las leyes laborales en la conservación de ella, el fundamento político de su papel constitucional.

"No nos referimos a esas decisiones de interés mediocre, en el sentido conservador del régimen en las que decidiendo por el trabajador, concediéndole algunos centavos más no se altera la economía empresarial, sino que se contrarían tan sólo los caprichos patronales. En tales casos, hasta por el interés político del derecho de conservar la disciplina social y la confianza en el Estado, se aconsejaría la preferencia por los intereses del operario.

"Pero en los conflictos de intereses mayores en que las decisiones laborales deciden también de la economía empresarial determinando la disolución o quiebra, no se justifica el sentimentalismo jurídico de una parcialidad proletaria. Es una actitud de corta visión si no fuera también criminal porque va contra la seguridad del propio Estado de quien es, en último análisis, el juez laboral el instrumento juramentado para su protección y conservación.

"En las luchas que se procesan en ese ámbito social que es la empresa, la intervención del Estado sólo se justifica para la protección de ese bien superior a los intereses inmediatos de las partes en conflicto: el bien de la empresa, cuya conservación y prosperidad es un bien público. En la práctica ese bien que se protege imperativamente algunas veces se confunde con el interés inmediato del obrero, pero puede identificarse muchas otras veces con el interés patronal o del capital".

El segundo autor es Alipio Silveira, quien llega a la misma conclusión de que la máxima "en la duda por el trabajador" es falsa, como principio general de derecho, basándose en las siguientes consideraciones:

1) La finalidad del derecho del trabajo. Modernamente —sostiene este autor— esta finalidad es el equilibrio de intereses entre empleadores y empleados, no limitándose a la protección absoluta y exclusiva del trabajador.

2) Los intereses de la empresa, que son de importancia fundamental. No es posible sacrificar los intereses de la empresa para salvaguardar un único empleado, aun cuando todos los otros empleados sufrieran.

3) El bien común. Según el art. 8 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo no se debe sacrificar el interés público a cualquier interés de clase o particular. Coincide con el art. 5 de la ley de Introducción al Código Civil, por el cual el juez debe atender, en la aplicación de la ley, los fines sociales y las exigencias del bien común.

4) La equidad. Si la duda no puede resolverse por los procesos comunes de hermenéutica, solamente será permitido decidir en favor del trabajador si de ello no resulta perjuicio grave para el interés de la empresa (considerada en conjunto) o para el bien común[60].

Hemos expuesto detenida y casi textualmente las posiciones de estos dos autores para evitar cualquier desfiguración en la reproducción de sus razonamientos y argumentaciones.

Creemos que de esa misma exposición resulta claramente la debilidad de la fundamentación.

En lo que respecta al argumento derivado del mantenimiento del régimen capitalista, este principio no cuestiona la capacidad de decisión en la empresa del propietario del capital. Justamente el derecho del trabajo se aplica al personal subordinado, lo que está ratificando el reconocimiento de que el poder de dirección de la empresa está en manos del empleador.

Pero ello nada tiene que ver con el principio en examen. De lo que se trata es de saber si las normas aprobadas con un propósito protector deben interpretarse y aplicarse de acuerdo con ese propósito inspirador o no.

[60] *O fator político-social na interpretação das leis*, São Paulo, 1946, ps. 128 y ss.

En lo que se refiere al argumento derivado de la finalidad del derecho del trabajo, no es exacto que su objeto sea establecer el equilibrio de las partes de la relación laboral. Ese equilibrio resulta de la fortificación y del apoyo, vale decir, de la protección del elemento trabajador, gracias a la cual puede situarse en el mismo nivel que la contraparte. O sea, que la paridad resulta de la protección. Y esa protección que tiene el sentido de una desigualdad compensatoria de otras desigualdades trasciende a la actitud del legislador para proyectarse en la labor del intérprete.

En cuanto al argumento derivado de la importancia de la estabilidad y prosperidad de la empresa, debe tenerse presente que ese factor tuvo que ser contemplado por el legislador para no gravarla con cargas insoportables. Esas determinaciones del legislador deberán ser respetadas porque, como veremos luego, este principio no autoriza a contrariar el contenido de la ley sino justamente lo contrario: interpretar su letra, a la luz del espíritu de la ley, o sea, de la razón de ser de ella misma[61].

Por eso, la inmensa mayoría de los autores recogen con mayor o menor amplitud este principio.

21. Una discrepancia menor. — Otra discrepancia se sitúa no en el plano de la admisión de la idea de la protección, sino en el referente a si el propósito de protección que inspira el derecho del trabajo se traduce en un principio único, expresado en diversas reglas, o si, al contrario, se concreta en distintos principios que encierran contenidos diversos y cumplen funciones diferentes.

En efecto, Cessari[62] —con un criterio que parece compartir. Rivero Lamas[63]— distingue entre el principio de protección (que justifica una disciplina uniforme de la relación del trabajo en tutela del contratante más débil) y el principio de favor (que equivale al *"Günstigkeitsprinzip"* de los alemanes, o sea, que en caso de discrepancia de varias normas aplicables, se da pref erencia a la más favorable).

[61] BARASSI, después do resumir la posición de PINTO ANTUNES, que presenta como crítica solitaria contra la prudente tendencia de protección del trabajador, agrega: "Pero, en realidad ¿no corresponde al Estado establecer sistemas jurídicos que impidan las desigualdades de hecho y las remedien cuando fuere posible precisamente en nombre de la buena fe y de la equidad que informan y oxigenan las relaciones contractuales?" (ola. cit., t. I, p. 248)

[62] Ob. cit., ps. 34 y as.

[63] Ob. cit., ps. 8 y ss.

El primero tiene carácter general y pretende asegurar el respeto de un nivel mínimo de beneficio y derechos, que se convierten en irrenunciables.

El segundo se aplica frente a casos particulares y sirve para elevar o mantener las ventajas por encima del nivel mínimo de la categoría. No tiende a concretar una tutela mínima sino la máxima al hacer prevalecer la disposición más favorable al trabajador.

Cessari cree que el principio de protección inspira al legislador —o al creador de normad laborales, en general— para establecer normas que implanten niveles mínimos de protección, lo que importa una preferencia genérica para el trabajador, en la etapa de creación de normas.

En cambio, el principio de favor juega en la etapa de la aplicación para preferir, entre varis normas alcanzables a un trabajador concreto, la más favorable y asegurar el respeto de las condiciones más beneficiosas.

De ello se deduce que no hay un principio que establezca una regla interpretativa o de hermenéutica, en favor del trabajador para seleccionar el sentido de la norma que más lo beneficia.

Y en un plano más trascendente, entiende que no hay un concepto único del principio de favor y que no se pueden englobar los dos principios que distingue ni establecer una categoría única de protección.

Entendemos que sin perjuicio de reconocer la agudeza de la distinción y la exactitud de las observaciones en cuanto a los perfiles señalados, no hay mérito para desvincular y descomponer una serie de reglas que tienen, una raíz común y que en conjunto forman un todo armónico.

Pensamos que se trata, simplemente, de distinguir diversas maneras de aplicar un principio único, en planos, formas y circunstancias diversas. La raíz conceptual y el conjunto de fundamentos que se invocan, sirven para justificar y vincular todas las modalidades de aplicación.

Por otra parte, la consecuencia que saca Cessari, en cuanto a la inexistencia de la regla de hermenéutica —a la cual nos vamos a referir cuando estudiemds la regla "in *dubio, pro operario"*–, lleva a desconfiar de la legitimidad dialéctica del planteamiento.

22. Alcance. — Aceptado el principio como tal, corresponde efectuar una serie de precisiones sobre su alcance.

La primera es que no constituye un método especial de interpretación, sino un principio general que inspira todas las normas del derecho del trabajo y que debe ser tenido en cuenta en su aplicación. Cada fuente deberá ser interpretada conforme a su naturaleza y características; pero este principio preside la actuación en cada una de las fuentes. Pergolesi particularmente insiste en aclarar que no es una franquicia que se otorga al juez ni al intérprete para que actúen libremente, como se les ocurra.

Este poder discrecional del juez podría haberse justificado en la etapa inicial en la que el derecho del trabajo estaba lleno de lagunas o en la etapa corporativa en la que al juez le correspondía resolver los conflictos de intereses pero de ningún modo cabe en la etapa actual del derecho del trabajo y mucho menos en el marco de la faz jurisprudencial que se limita a resolver los conflictos jurídicos[64].

23. Peligrosidad de su aplicación. — La segunda, muy vinculada con la anterior, es la relacionada con la peligrosidad de la aplicación del principio. Hace notar Alonso García que este principio se opone —desde el plano de su formulación teórica—al de seguridad jurídica, sobre todo en cuanto aquél se traduzca en la aplicación de normas que supongan violación de lo que éste significa. La estabilidad de la norma y la estabilidad de la relación constituyen una garantía del ordenamiento jurídico[65]. Creemos que se trata de un riesgo, de un peligro, de la posibilidad de una mala aplicación, ya que aplicado correctamente y dentro de los márgenes adecuados, no tiene por qué conspirar contra la seguridad jurídica. Este principio no da derecho a hacer cualquier cosa en nombre de la protección del trabajador ni mucho menos sustituirse al creador de las normas. Tiene un campo de aplicación limitado, y manteniéndose dentro de él, no conspira, contra la seguridad, sino que asegura la eficaz y adecuada aplicación de las normas.

[64] Ferruccio PERGOLESI, Introduzioness *al diritto del lavoro*, en el Trattato *di diritto del lavoro* dirigido por Borsi y Pergolesi, ed., Padova, 1955, t. I, p. 185.

[65] Ob. cit., t. I, p. 250.

24. Pertinencia en todas las etapas del derecho laboral. — La tercera es que corresponde, a nuestro juicio, a todas las etapas de la evolución del derecho del trabajo. Algunos autores creen que es un principio más propio de las etapas iniciales del derecho laboral. Hernáinz Márquez expresa: 'Cuando el derecho del trabajo tuvo, sobre todo en sus comienzos, un claro sentido de derecho de clase, de protección de los económicamente débiles que prestaban un servicio por cuenta ajena, pudo estimarse tal norma interpretativa como un auténtico principio de derecho laboral. Pero hoy día con el triunfo decidido de las tendencias objetivas, sólo puede tener una limitada aplicación"[66]. En alguna forma, Alonso García comparte esta observación al decir: "El principio *pro operario* pudo tener sentido —ejercido por el juez—en los momentos iniciales del derecho del trabajo, en los que, no pocas veces, aquél hubo de suplir, con su aplicación, y obedeciendo al imperativo legal que le impedía rehusar el fallo so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, lo que éstas no contenían. En este sentido, ninguna disciplina como la que se encuentra en período de formación tan propicia para el desarrollo de la iniciativa judicial. Pero, una vez superada esta etapa inicial y traspuestos los límites que señalan para el derecho del trabajo, el terreno de su formación, incidiendo ya en los de su consolidación doctrinal, jurídico-positiva y sistemática, el juez no puede extender su competencia e invadir lo que es privativo del legislador. Todos coinciden en estimar que no es el juez el indicado para hacer del principio *pro operario,* un mecanismo de creación de normas. Incluso, aplicado por vía legal, se afirma que es principio en crisis, cuya época de máximo desarrollo correspondió a los momentos en que el derecho del trabajo era disciplina en formación, pero cuya fuerza y sentido han decrecido notablemente en los tiempos actuales, cuando ya el derecho laboral es rama jurídica con sus conceptos plenamente elaborados y con un conjunto normativo regulador de las distintas situaciones posibles dentro del mundo del derecho"[67].

Entendemos, lo mismo que Fernández Gianotti[68], que esta observación no es exacta. El criterio de interpretación vale tanto cuando las normas son

[66] Ob. cit., p. 89.

[67] Ob. cit., t. I,p. 251.

[68] En el artículo ya mencionado de la revista "Derecho del Trabajo" (nota 37) afirma que "aun sin enunciado constitucional, este principio protectorio es fundamental, *en* lo cual no concuerdan algunos especialistas que entienden erróneamente que ha perimido ya esa

pocas y rudimentarias como cuando son muchas y perfeccionadas, porque su función no es reemplazar ni suplir al legislador sino respetarlo, cumplir sus mandatos hasta *sus* últimas consecuencias, actuando en los casos de duda, de conformidad con su espíritu y con su criterio fundamental. Si el legislador se mueve con un propósito protector, el intérprete también debe estar animado con el mismo criterio, cualquiera que sea la etapa en que se halle el desarrollo de esta rama del derecho.

No compartimos, por lo demás, la idea de que en el plano legislativo el propósito protector esté en crisis. Que el derecho del trabajo no aborde más los temas primarios y elementales sino que mejore las reglamentaciones, abarque otros aspectos más difíciles o se introduzca en temas distintos no significa que haya cambiado su orientación fundamental, que es la protección del trabajo.

Según expresa acertadamente Pérez Leñero, "la tutela, como basada en la justicia y en una forma especial de ella, la equidad, no puede ser transitoria. La tutela siempre tendrá su razón de ser en el desnivel económico, que va consustancial al contrato. En este sentido na puede hablarse de transitoriedad. Solamente en una acepción meramente política, metajurídica, por tanto, pueda quizá hablarse de transitoriedad más en el terreno legislativo y administrativo que en el jurisprudencial, en el que dado su carácter apolítico, no cabe nunca aquel exceso político de circunstancias de captación o de miedo"[69].

25. Consagración en el derecho positivo. — La cuarta puntualización versa sobre si es necesario o no para que rija, la consagración del principio en el derecho positivo.

Entendemos, coincidiendo con Kaskel-Dersch[70] y nuevamente con

etapa habiéndose llegado a una superación *de* la tendencia tuitiva" (p. 684).

[69] José PÉREZ LEÑERO, *Teoría general del derecho español de trabajo,* Madrid, 1948, p. 158. Las palabras finales se relacionan con una afirmación anterior respecto del "carácter político que tiene este principio sobre todo *en sus* comienzos. Se protegía al trabajador no por un sentido de estricta justicia, sino con miras políticas de captación o de miedo a su fuerza sindical o perturbadora en las huelgas" (p. 154).

[70] Según, estos eminentes autores alemanes, el principia protectorio predomina en todo el derecho del trabajo como norma jurídica determinante aun cuando no se lo enuncie expresamente (ob. cit., p. 32).

Fernández Gianotti[71], que no es necesaria esa consagración, por cuanto la propia naturaleza del principio lo sitúa por encima del derecho positivo. Por otra parte, él resulta de la orientación de todo el conjunto de las normas, del propósito que las inspira, de la idea central que opera como razón de ser esencial.

Bayón Chacón y Pérez Botija expresan que estos principios interpretativos "son simples postulados que, sociológicamente primero y jurídicamente despus, por disposiciones legales o por resoluciones judiciales, se han convertido en criterio de orientación del legislador y del juez, en defensa de la parte que se estimó más' débil en la relación laboral, para restablecer, con un privilegio jurídico, una desigualdad social"[72]. Y poco después refuerzan estos dos ilustres autores españoles la misma idea de que son principios que no requieren una previa consagración formal, al agregar: "son mandatos morales que se han impuesto por las vías indicadas al servicio de un pensamiento de justicia social para templar la inferioridad contractual del trabajador y que hoy aparecen incluso reflejados a veces en normas legales y hasta aludidas en preceptos constitucionales".

Desde luego, es necesario que no haya una norma opuesta que excluya o impida su aplicación. Su valor no puede ser tal que se imponga contra una norma de derecho positivo. Podrá aplicarse sin ella pero no contra ella.

Sin perjuicio de lo anterior, muchos sostienen la utilidad y la conveniencia de que se recoja en el derecho positivo, como medio de eliminar discusiones y equívocos[73].

26. Forma de recepción en el derecho positivo.- La quinta precisión se refiere a la forma en que este principio puede ser recogido por el derecho positivo.

La recepción por el derecho positivo puede hacerse de dos maneras distintas, ya sea en una forma sustantiva, ya sea en una forma instrumental.

La forma sustantiva consiste en incorporar a la norma constitucional o a una norma programática de especial significación como puede ser el Fuero del

[71] En el párrafo trascrito en nota 25 se dice: "Aun sin enunciado constitucional, este principio protectorio es fundamental...".

[72] Gaspar BAYÓN CHACÓN y Eugenio PÉREZ BOTIJA, *Manual de derecho del trabajo*, Madrid, 1969, p. 224.

[73] Con todo, ya hemos recogido! Ia posición opuesta con carácter general a la recepción de estos principios *en* el derecho positivo, sosteniendo que ello les quita generalidad y fecundidad (ver *supra,* n9 14).

Trabajo en España, algún principio genérico de protección al trabajo o que ponga al trabajo bajo la protección del Estado.

La forma instrumental se traduce en la incorporación de reglas de interpretación que incluyan, sea el principio general, sea alguna de las formas de su aplicación. Por ejemplo, que en un código del trabajo o en una ley orgánica de la Justicia del Trabajo se establezcan normas referentes a cómo deben ser interpretadas las leyes del trabajo.

27. Su incorporación en el derecho uruguayo. —Finalmente, queremos aludir a la forma en que este principio quedó incorporado al derecho positivo uruguayo.

Esa incorporación se registró en la forma que hemos llamado sustantiva, incluyendo en el texto constitucional desde la Carta de 1934, algunas disposiciones en el capítulo Derechos, Deberes y Garantías que comprometen la protección del trabajo por el Estado.

La norma básica en este sentido la constituye el art. 53, que dice: "El trabajo está bajo la protección especial de la ley". Adviértase el énfasis que deriva del calificativo utilizado: protección especial de la ley. El constituyente no se limitó a decir, como respecto de otros bienes y valores, que deben ser protegidos por el legislador. Agregó esa palabra muy simple pero muy significativa —"especial"— para dar a entender la intensidad, la fuerza, la amplitud, la profundidad de esa protección. Es difícil consagrar con mayor claridad y rotundidad este principio protector. Por otra parte, la fórmula empleada tiene el mérito de su brevedad y sencillez.

Dicha norma confirma y explicita la afirmación genérica contenida en el art. 7 ("Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general"). Repárese en el detalle de que se coloca la expresión trabajo (que representa el valor que personaliza el trabajador) antes de la expresión propiedad (que representa el valor que simboliza y defiende al empresario). En la medida que se da preferencia a la defensa del trabajo, es decir, del trabajador respecto de la defensa de la propiedad, es decir, del empresario, se reafirma la idea sustancial que inspira el principio protector.

Es desarrollada luego por otras normas constitucionales, la principal de las cuales es el art. 54: "La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración, la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado". Puede citarse también el art. 57 ("La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad"), que echa las bases fundamentales de un derecho colectivo del trabajo estructurado para afianzar y consolidar los instrumentos de defensa destinados a regular en forma profesional y extraetática las relaciones laborales. El tono afirmativo y propulsor, emanado de cada una de las frases del artículo, revela el sentido protector de la disposición.

Quiere decir, pues, que en nuestro derecho el principio protector tiene una clara base constitucional[74].

28. Formas de aplicación. Queda por determinar cuáles son las formas de aplicación de este principio.

La casi uniformidad que existe en cuanto a la aceptación y el enunciado de este principio no existe, en cambio, en lo referente a la descripción de sus formas de aplicación.

En efecto, de igual manera que es casi unánime el reconocimiento del principio protector, es amplísima la diversidad de opiniones sobre las maneras en que se expresa y concreta este principio.

Dada esa vasta diversificación de opiniones, nos limitaremos a formular nuestra exposición, advirtiendo que ha sido presentada en la misma forma por

[74] Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA expresa al respecto: "La Constitución, en relación al trabajo, contiene dos grupos de disposiciones: en primer lugar, consagra el derecho a trabajar, el derecho al ejercicio de toda actividad lícita, sea agraria, industrial, comercial, profesional, etc. Pero después comprendiendo que no basta con establecer el principio de la libertad de trabajo, proclamando el derecho de cada uno de dedicarse a la actividad que sea más conforme a sus inclinaciones, se preocupa de garantizar la situación del hombre que trabaja" (La *Constitución. nacional,* Montevideo, 1946, t. II, p. 140).

muy pocos autores, aunque no creemos que ello siempre se deba a discrepancias fundadas o a objeciones formales contra Esta exposición, sino a la circunstancia *de* no habérsele brindado a este punto toda la atención necesaria o a haberlo enfocado con un criterio unilateral o parcial que no ha permitido distinguir, con la suficiente claridad, varias formas emparentadas pero distintas de la aplicación de este principio.

Claro que en ia multiplicidad de fórmulas expuestas influye también el equívoco inicial, que ya hemos señalado, sobré la confusión entre el principio genérico y alguna de sus formas de aplicación que lleva a que lo que nosotros llamaremos una de las formas derivadas, se presente como enunciado general, interfiriendo dicho punto de partida erróneo en todo el desarrollo posterior[75].

Entendemos que este principio se expresa en tres formas diferentes :

a) La regla *"in dubio* pro *operario"*. Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.

b) La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.

c) La regla de la condición más beneficiosa. Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

De esta exposición surge que son tres reglas distintas, resultantes del mismo principio general, sin que pueda considerarse una regla subordinada o derivada de otra.

a) *Regla "in dubio, pro* operario"

29. Significado. — Acabamos de definir esta regla expresando que es el criterio según el cual, en caso de que una norma pueda entenderse de

[75] Esa forma de alusión —que podría constituir la figura literaria llamada sinécdoque, de designar el todo por la parte o viceversa— en este tema no sólo ha complicado el aspecto formal de la denominación, como lo expusimos en el parágrafo 18, sino que ha interferido también en el aspecto más sustantivo de los conceptos.

varias maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador.

Expliquemos ahora el significado de esta regla, las condiciones en que debe aplicarse, los ámbitos donde no corresponde, las formas de su aplicación y la manera en que ha sido recogida por el derecho positivo.

30. Justificación. — Siguiendo a Deveali, podemos decir *que* el reconocimiento del carácter especial del derecho del trabajo importa el rechazo del principio admitido en el derecho privado, según el cual los casos dudosos deben resolverse en favor del deudor *(in dubio pro reo).* Este principio, que en un primer tiempo fue ampliamente aplicado aun en el campo de las relaciones laborales, por considerárselas como excepciones a los principios del derecho privado, no puede ser ya admitido, una vez que se reconoce la autonomía del derecho del trabajo, se admite su carácter especial y se acepta que su propósito consiste en otorgar un amparo a la parte más débil en el contrato de trabajo; parte más débil que, precisamente a consecuencia de su debilidad, se halla en la mayorías de los casos en la situación de parte acreedora.

Si el derecho privado acepta e principio del *favor pro reo* es porque, en la generalidad de las relaciones civiles o comerciales, el deudor es el más débil y necesitado. Pero en las relaciones laborales ocurre exactamente lo contrario, puesto que en la generalidad de los casos el trabajador, cuya situación de debilidad frente al empleador constituye el supuesto básico del derecho laboral, se presenta como acreedor frente a su empleador.

En el derecho del trabajo corresponde, pues, no sólo rechazar el principio del derecho privado, sino que en virtud del mismo proceso lógico que justifica tal principio, debe admitirse el otro principio, que normalmente resultará antagónico, del *in dubio*
pro operario.

Cumple en el derecho laboral una función similar a la que en el derecho penal llena el principio "in *dubio pro reo".*

31. Cuestionamiento. — Ha surgido algún cuestionamiento sobre la justificación de esta regla hermenéutica.

Cessari76, que empezó señalando que no podía reducirse el favor hacia el trabajador al mero aspecto interpretativo, ya que ello reducía su

[76] Ob. cit., ps. 11 y 25.

fecundidad en el verdadero plano trascendente, que era el de creación de normas —lo que es perfectamente acertado e importaba, de todos modos, atribuirle un papel en ese plano, aunque no fuera exclusivo—, acaba por negar la existencia de un criterio especial que lleve a interpretar sistemática- mente en favor del trabajador las normas que le sean aplicables.

Entiende que no es necesario recurrir a criterios interpretativos peculiares, por cuanto la aplicación de los criterios generales conduce, casi siempre, a la misma conclusión. Y hace especial hincapié en el caso de interpretación de las cláusulas de los contratos individuales de trabajo, entendiendo que siendo en la práctica el contrato de trabajo un contrato de adhesión, la interpretación debe hacerse en favor de la parte que no redactó su texto, según la regla que en nuestro Código Civil está recogida en el art. 1304.

A través de los razonamientos y de los ejemplos que aporta, se desprende que el desarrollo de Cessari está influido excesivamente por el problema de los conflictos posibles entre las normas procedentes de distintas fuentes; sin advertir que en tal supuesto cabe la aplicación de una regla diferente.

Lo cierto es que hay un campo específico de aplicación del criterio interpretativo, distinto del que se refiere a Ia opción entre normas diferentes pero igualmente pertinentes. Y dentro de aquel campo específico, la proyección del principio protector-se concreta en esta regla que justamente es la más fácil de tener en cuenta y la que ha tenido un arraigo más antiguo y generalizado. La circunstancia de que pudiera llevar a la misma conclusión práctica la aplicación de los criterios interpretativos generales, no es razón suficiente para abandonar esta regla, que tiene su propia justificación, al margen de la frecuencia de su utilización. Por otra parte, es indudable que hay otras normas en (pie esta regla puede ser de gran trascendencia práctica.

32. Condiciones de su aplicación, Las condiciones de su aplicación son expuestas también muy acertadamente por Deveali en la siguiente forma[77]:

a) sólo cuando exista una duda sobre el alcance de la norma legal;

[77] *La interpretación de las leyes del trabajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1948, p. 164.

b) siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador.

Respecto de la primera condición, el notable autor ítalo-argentino anota que no merece aclaración por estar implícita en la misma enunciación del principio. Sin embargo, no es tan sencilla la cosa.

Desde luego, esto descarta la vacilación planteada por Cabanellas sobre sí el principio es sólo *pro operario* o es in *dubio pro* operario[78]. Pensamos que esta hesitación deriva de la posible confusión engendrada por quienes llaman al principio protector, principio *pro operario.* Pero la regla que estamos examinando, como su similar del derecho penal, supone una auténtica duda.

O sea, que sólo cabe aplicarla cuando realmente una norma pueda ser interpretado de diversas maneras, es decir, cuando hay una verdadera duda.

No se trata de corregir la norma ni siquiera de integrarla: sólo cabe utilizar esta regla cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido dentro de varios posibles. De modo que cuando una norma no existe, no es posible recurrir a este procedimiento para sustituírse al encargado de dictarla, y mucho menos es posible apelar a esta regla para apartarse del significado claro de la norma. O para atribuirle a ésta un sentido que no puede desprenderse de ninguna manera de su texto ni de su contexto.

Barassi insiste en que sólo puede recurrirse a esta regla en caso de duda sobre el alcance de la norma escrita. "No debe pensarse que en homenaje al espíritu de los tiempos, se puedan exceder no sólo los límites de la fórmula literal, sino también los del espíritu de la ley, tal como resulta objetivamente del conjunto de las normas . . . No se debe creer que siempre se pueda integrar la fórmula legislativa en homenaje al fin protector que se propone la ley. Hay silencios y reticencias legislativas no fortuitas sino probablemente meditadas, de modo que en tal caso es preciso aferraras al criterio —por sí tan mecánico y tal vez falaz— opuesto al de la analogía y que es el de ubi *lex voluit dixit* ... En leyes como éstas, en efecto, en que el fin protector impulsa al legislador a extender lo más posible la regulación tutelar con fórmulas habitualmente meditadas y amplias, cabe entender, más bien, que si la interpretación dudosa de una fórmula debe conciliarse con el fin y la economía general

[78] Guillermo CABANELLAS, *Introducción al derecho laboral,* Buenos Aires, 1960, t. 1, p. 560.

de la ley, una laguna o un silencio no han de ser integrados así a la ligera, en aquel sentido unilateral, porque no puede excluirse que la laguna querida represente un homenaje al equilibrio de los dos contratantes"[79].

Y un autor tan obrerista como de la Cueva escribe: "Se ha hablado del principio, *en caso de duda debe resolverse la controversia en favor del trabajador*, puesto que el derecho del trabajo es eminentemente proteccionista; el principio es exacto, pero siempre y cuando exista una verdadera duda acerca del valor de una cláusula de un contrato individual o colectivo o de la ley, pero no debe ser aplicado por las autoridades judiciales para crear nuevas instituciones"[80]. Y pocas líneas antes había dicho: "Interpretar el derecho del trabajo conforme a su naturaleza no quiere decir crearlo, y si esto último es posible en el derecho civil cuando existen lagunas en la ley, no puede hacerse en el de trabajo por la ya marcada diferente función de las fuentes formales del derecho. Y nótese que el desconocimiento de esta regla ha sido la causa de multitud de cambios de jurisprudencia, pues la Corte pretendiendo sustituirse y a veces adelantarse a las Juntas ha mudado de manera de pensar para conceder a los trabajadores ventajas económicas que las Juntas no encontraban consignadas en ninguna norma. El derecho del trabajo es un mínimo de garantías en beneficio de los obreros, no todo a lo que tienen derecho, pero otros procedimientos y no la jurisprudencia son los vehículos de su evolución"[81].

Respecto de la segunda condición, Deveali advierte que más que la interpretación literal debe preferirse aquella que parte de la voluntad del legislador, o sea, la *ratio legis* o el espíritu de la ley. Ello obliga a tener en cuenta muchas veces que la ley ha intentado no sólo contemplar los intereses de los trabajadores sino armonizar los intereses obrero-patronales con los de la colectividad ; que prescinde a veces de la consideración de la situación personal para tener en cuenta la finalidad social ; que muchas veces se prefieren deliberadamente soluciones *forfaitaires* o tarifarias en las que se amplían los casos contemplados a condición de que se rebaje la reparación, o inversamente que una medida de amparo especialmente

[79] Ob. cit., t. I, p. 245.
[80] Ob. cit., p. 334.
[81] Ob. cit., p. 335.

intensa esté acompañada de una disposición que reduce notablemen'e su campo de aplicación; o sea, a mayor intensidad corresponde menor extensión; y que a veces por razones prácticas o económicas se prefieren soluciones parciales o menos perfectas.

En todos estos casos —agrega-- el intérprete, al investigar la *ratio legis* debe tener en cuenta que el legislador,, al mismo tiempo *que* se ha propuesto otorgar un beneficio, se ha preocupado de evitar que la nueva norma ocasione ciertos inconvenientes. Solamente en esta forma —conluye— se interpreta fielmente la voluntad del legislador y se evita el peligro de que una norma deje de producir los efectos que se propone, u ocasioné perjuicios que el legislador quiso prevenir.

Entendemos que si bien son exactas cada una de las observaciones referentes a los criterios con que se elabora Ia legislación social, así como es acert4da la afirmación básica de que debe respetarse la voluntad del legislador, reputamos peligrosa cierta subestimación que pareci desprenderse respecto de la letra de la ley. En casi todos nuestros países sigue rigiendo el criterio interpretativo procedente del Código napoleónico, según el cual cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consujtar su espíritu. Entendemos que además de ser obligatorio por estar vigente, es éste un factor de estabilidad.

Por otra parte, debilitar la importancia de la interpretación literal en cierto modo conspira contra la otra condición expuesta, por cuanto puede .contribuir a crear artificialmente una duda invocando la prioridad de la voluntad del legislador sobre el sentido de la disposición aplicable.

Creemos, por tanto, que con esa salvedad, la segunda condición prepuesta por Deveali es correcta para evitar que este criterio que pretende constituís una forma de fidelidad a la voluntad del legislador se desvirtúe convirtiéndose en una forma de contradecirla.

33. Limitaciones. Corresponde examinar ahora qué limitaciones tiene la aplicación de esta regla interpretativa.

Se han propuesto tres limitaciones.

La primera referente a su posible aplicación en materia de prueba de los hechos.

Benito Pérez sostiene que la regla se aplica para interpretar la norma jurídica porque es una forma de actuar de conformidad con la *ratio legis,* pero, en cambio, no se justifica su aplicación en la apreciación de la prueba porque los hechos deben llegar al juez como ocurrieron. "Una cosa es la interpretación de la norma para valorar su alcance y otra muy distinta es la apreciación de una medida de prueba para decidir la *litis",* agregando que este principio, según fallos jurisprudenciales argentinos, no permite suplir deficiencias probatorias en el proceso ni autoriza a sentenciar *ultra petita,* ya que las reglas formales del proceso continúan vigentes[82].

Esta posición no es compartida por Santiago Rubinstein, quien sostiene que "la duda del juzgador puede resultar de la interpretación de un texto legal o de la aplicación de una norma a un caso concreto y también de la valoración de las pruebas aportadas por las partes en el proceso, siendo aplicable dicho principio a todos esos supuestos y en especial cuando se pretende determinar si a un hecho concreto le corresponde tal o cual norma, o sea, «la subsunción del hecho en la norma o bajo la norma». Los hechos en el proceso laboral adquieren importancia fundamental y obligan a los jueces al análisis y valoración de los mismos para la obtención de la verdad y la eliminación de la duda"[83].

A nuestro juicio, cabe aplicar la regla dentro de este ámbito en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba. No para suplir omisiones; pero si para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso.

Entendemos que las mismas razones de desigualdad compensatoria que dieron origen a la aplicación de este principio, justifican que se extienda al análisis de los hechos, ya que el trabajador, por lo general, tiene mucho mayor dificultad que el empleador para probar ciertos hechos o aportar ciertos datos u obtener ciertos informes o documentos[84].

[82] *El principio "in dubio pro operario" es inaplicable en materia de prueba,* en la revista "Trabajo y Seguridad Social" de Buenos Aires correspondiente a noviembre 1973 (t. I, ps. 56 y ss.).

[83] *Fundamentos para la vigencia del principio "in dubio pro operario",* en la revista argentina "Derecho Laboral" (t. 14, p. 602), 1972.

[84] El destacado laboralista cordobés José Isidro SOMARÉ afirma que la regla del *"in dubio pro operario"* se aplica también al derecho de forma. "La duda es admisible, en la conciencia del juez, en cuanto a la forma, al modo, a las características como *han ocurrido los hechos.* Esto es, si la prueba no fue suficiente para llevar al ánimo del

Una particular perspectiva para encarar este problema es la del *onus probandi* en materia laboral: a quién corresponde la carga de la prueba?

La posición tradicional sostiene que la carga de la prueba corresponde a quien efectúa afirmaciones, y que solamente cabe apartarse de este criterio básico en los casos en que el legislador estableció presunciones, las cuales suponen una inversión de la carga de la prueba[85].

Pero con un mayor conocimiento práctico de las realidades que se ventilan en las contiendas laborales, ha empezado a desarrollarse hasta resultar predominante, la posición que proyecta incluso a este aspecto la regla in *dubio pro operario.* Si bien la vigencia del sistema inquisitivo resta importancia al problema de la carga de la prueba, se entiende que en la medida en que se entre a este problema, el trabajador merece una consideración especial. No sólo por la desigualdad básica de las partes, no sólo por el estado de subordinación en que se halla muchas veces el trabajador, sino también por la natural disponibilidad de medios de prueba que tiene el empleador y que contrasta con la dificultad del trabajador en este aspectos[86].

juez la certeza de cómo ocurrió una incidencia, de manera tal que duda, puede, entonces, optar por la solución de favor y acoger la petición del trabajador. No se trata de cualquier hipótesis de duda, ni tampoco la simple duda, sin más ni más. Sobre el hecho, procesado, no se ha traído prueba directa, asertiva, concluyente. Existen indicios y presunciones. La valoración armónica de tales datos sirve para inclinar al juez en favor de una de las soluciones posibles, en cuanto a la existencia del hecho" *(La carga de la prueba en el proceso laboral,* en "IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e Previdencia Social", São Paulo, 1972, t. II, p. 479).

[85] Es, por ejemplo, la posición sostenida por Guillermo CAMACHO HENRÍQUEZ *(De la carga de la prueba en el proceso laboral,* en "IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e Previdencia Social", São Paulo, 1972, t. II, p. 447), y de Adolfo GELSI BIDART *(Proceso laboral y cargo* de la *prueba,* en la revista "Derecho Laboral", t. XIX, p. 24).

[86] Wagner GIGLIO ha resumido con todo acierto este razonamiento en los siguientes párrafos: "Además de las causas ya apuntadas de diversidad de situación económica y de desigualdad resultante de la subordinación del empleado al empleador, recordarnos otros supuestos de hecho que llevan a rechazar la adopción de esa doctrina en el proceso laboral: mientras los contratantes en la esfera civilista tienen posibilidades iguales de producir prueba, en el ámbito laboral es notorio la inferioridad del trabajador, según veremos.

"Además de las dificultades de asesoramiento jurídico y de realización de pericias, ya apuntadas, la prueba testimonial *debe* provenir de otros empleados que

La segunda fue expuesta por el autor mexicano Cavazos Flores, quien propone que cuando la duda recaiga sobre la forma de administrar o dirigir una empresa, la solución deberá ser la de inclinarse en favor del patrón.

Recogiendo sus palabras textuales, su posición es ésta: "En suma, las reglas de interpretación del derecho laboral encuentran su apoyo en todos los principios que hemos enunciado, particularmente el de que en caso de duda se debe resolver en favor del trabajador. Por nuestra parte estamos de acuerdo con ello, añadiendo, únicamente, que los nuevos sistemas de administración científica del trabajo y su aplicación consiente en las empresas consideradas como unidades económico-sociales, traen como consecuencia que el principio enunciado sufra la excepción, que lo viene a confirmar, de que cuando la duda

por definición, se encuentran subordinados al empleador, cohibiéndoles la libertad de las declaraciones: no ignoran que si sus testimonios perjudican al patrón, corren el riesgo de perder el empleo. Por si eso no fuera suficiente, recordemos *que* la prueba documental, más *segura,* raramente puede ser presentada por el trabajador: subordinado a las determinaciones de sus superiores, no tiene medios de exigir comprobantes mientras que la empresa cuenta con un departamento de personal, toda una organización contable que dispone de abundante argumentación. La práctica evidencia que el trabajador desconoce los datos más elementales referentes a las condiciones en que presta los servicios: cálculo del salario, monto de los descuentos, números de horas extras, etc." *(Fundamentos para una redistribução do onus da prova,* en "IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho y Previdencia Social", Sáo Paulo, 1972, p. 591).

Coincidiendo con esta línea de pensamiento netamente mayoritaria entre los laboralistas, el IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo celebrado en San Pablo en 1972 votó, entre otras, las siguientes conclusiones sobre este tema que constituía uno de los puntos del orden del día:

"1) El impulso procesal de oficio, propio del sistema inquisitivo, que predomina en el proceso laboral, no impide la construcción de una teoría general 'respecto de la carga de la prueba en dicho proceso.

"2) El carácter tuitivo del derecho del trabajo ha de reflejarse en el proceso laboral en la medida en que, apreciando la desigual posición del trabajador frente al empleador, se aspire a lograr una igualación de las partes en el proceso.

"3) El principio in *dubio pro operario* incide en los procesos laborales cuando en el espíritu del juzgador no exista una convicción absoluta derivada del análisis de las pruebas sustanciadas".

(Puede consultarse el texto íntegro de las conclusiones del Congreso en la revista "Derecho Laboral", t. XVI, p. 175).

Un enfoque práctico, muy ilustrativo de las dificultades 'reales con que tropieza el trabajador de más modestos recursos económicos y culturales, especialmente en la pequeña empresa y en el servicio doméstico, puede verse en el artículo de Williams P. MOTTA, *El despido y su carga probatoria* (revista "Derecho Laboral", t. XIX, p. 686).

recaiga sobre cuestiones de carácter administrativo o de dirección, se debe de resolver en favor del patrón. En esta forma no se le regatean al trabajador ninguno de sus derechos y al empresario so le ratifica su facultad de decidir, de dirigir y de administrar su negociación, de acuerdo con sus particulares intereses, siempre y cuando con ello no se llegue a vulnerar el interés primario de la colectividad"[87].

No tenemos el honor de compartir esta posición. Creemos que las razones en que se funda este principio son válidas para justificar su aplicación en todo# el derecho laboral sin zonas excluidas ni marginadas. No hay motivos que amparen estas excepciones. Esto no quiere decir que se desconozca el poder de dirección del empleador, el cual dentro de su ámbito debe ejercerlo como consecuencia de la responsabilidad de la conducción económica de la empresa.

La tercera limitación la recuerda Tissembaum[88] siguiendo a Deveali[89], respecto de las leyes de previsión social en las cuales no se aplicaría este principio.

En cierto modo resulta obvia esta precisión, porque nos estamos refiriendo únicamente a derecho laboral, y el derecho de la previsión social constituye una disciplina distinta, que si bien está profundamente ligada con anterior, es diferente.

Es efectivamente cierto que en materia de previsión social se discuten cuáles son los criterios interpretativos aplicables. Si bien Videla Morón[90] sostiene que sigue aplicándose la regla *"in dubio pro operario"*, Deveali afirma que en cada caso debe medirse la distinta intensidad de los intereses, y Goñi Moreno[91] busca una conciliación entre ambas posiciones sosteniendo que no debe preferirse sistemáticamente la interpretación más favorable a una o a otra parte, sino que debe estarse a la finalidad de la ley.

[87] Baltasar CAVAZOS FLORES, *la esencia, fines, naturaleza, caracteres, fuentes e interpretación del dere[c]ho del trabajo,* en el cuaderno n° 10 del Instituto de Derecho del Trabajo; Juan B. Alberdi, de la Facultad de Derecho *de* la Universidad Nacional de Tucumán, 1966 (p. 141).

[88] Mariano R. TISSEMBAUM, *constitucionalización y codificación del derecho del trabajo. Sus fuentes e interpretación,* en *el Tratado de derecho del trabajo* dirigido por Deveali Buenos Aires, 1964, t. I, p. 397.

[89] Mario DEVEALI, *La interpretación de las leyes del trabajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1948, p. 169.

[90] Mario E. VIDELA MORÓN, *Interpretación de las leyes de previsión social,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1948, ps. 273 y 330.

[91] José Mª GOÑI MORENO, *¿Cómo interpretar las leyes de previsión social?,* en la revista "La Ley", t. 52,1p. 974.

No fundaremos nuestra posición, pues si bien nos inclinamos por la tesis de Videla Morón[92], entendemos que se trata de un problema ajeno a nuestro desarrollo y mucho más complejo que el que venimos examinando. De allí que corresponda simplemente registrar la precisión de Tissembaum.

34. Formas de aplicación. — En cuanto a las formas de aplicación, corresponde efectuar algunas puntualizaciones.

La primera es que se puede aplicar tanto para extender un beneficio como para restringir un perjuicio. Martina Catharino recuerda esta máxima latina que expresa la misma idea: *"odiosa restringenda, favorabilia amplianda"*[93].

La segunda es que cabe la aplicación de esta regla por grados. También Martins Catharino es quien sostiene que esta regla se aplica en progresión decreciente en función de la mayor remuneración percibida por el trabajador. O sea, que la intensidad y el rigor de su aplicación sería inversamente proporcional al monto de la retribución. Y agrega, a vía de ejemplo, para aclarar su pensamiento: "Sería absurdo, la aplicación de esta regla, con igual peso e intensidad, a casos, incluso iguales, que involucran a empleados que apenas ganan el salario mínimo general y a altos empleados, casi empleadores. Sin una cierta dosificación objetiva, la regla seria inaplicable y hasta odiosa"[94].

La tercera precisión es que puede tener variedades de aplicación, según la norma laboral que debe interpretarse.

No cabe duda de que corresponde aplicarla cuando se trata de interpretar la ley.

Tampoco creemos que quepa duda en el caso de los contratos individuales de trabajo y de los reglamentos de taller, en cuyos casos puede invocarse también, a mayor abundamiento, la norma interpretativa contenida en el art. 1504 del Código Civil, según la cual cualquier duda debe ser interpretada contra quien ha redactado el texto oscuro o ambiguo. Normalmente, tanto una como otra clase de normas mencionadas ha sido

[92] Américo PLÁ RODRÍGUEZ, *El derecho laboral y la seguridad social,* en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture,* Montevideo, 1957, p. 970.

[93] José MARTINS CATHARINO, Compendio universitario *de direito do trabalho,* São Paulo, 1972, t. 1, p. 113.

[94] Ob. cit., t. I, ps. 113 y 114.

redactada por el empleador.

La verdadera dificultad se plantea, en rigor, con los convenios colectivos, ya que algunos autores, como Barassi[95] y Tissembaum[96] por ejemplo, sostienen que el origen de esta norma revela que ha desaparecido la situación de inferioridad del trabajador, el cual, fortalecido por la unión, se mueve en un plano de igualdad con el empleador. Pese a la autoridad de los tratadistas que sostienen la tesis de la no aplicabilidad, pensamos que no corresponde el distingo efectuado. Se sabe que toda norma laboral tiene un propósito protector. Que ese propósito lo haya concretado el legislador en un texto legal o el sindicato, actuando en representación de los propios trabajadores, en un convenio colectivo, no altera sustancialmente las cosas. Lo cierto es que la norma está inspirada por una finalidad protectora del trabajador y, en consonancia con esa finalidad, la aplicación debe efectuarse con un ánimo de protección o, mejor dicho, resolviendo los casos de duda en favor de quien debía ser protegido. No es que se suponga que la norma esté mal redactada o adolezca de ambigüedades u otras deficiencias como consecuencia de la debilidad del trabajador. Esa debilidad afecta a cada trabajador individual a quien se le va a aplicar la norma. La desigualdad que debe compensarse surge en el momento de la aplicación, y no en el de la elaboración de la norma, por lo que no interesa la forma en que ella se haya formado.

La cuarta precisión es que la aplicación de esta norma debe hacerse con moderación. Deveali recoge la opinión de Greco, según la cual, esta regla sólo se justifica dentro de ciertos límites y debe ser aplicada con cautela[97].

La quinta precisión es formulada por Alonso García en el sentido de que en caso de duda sobre cuál es la interpretación más favorable al trabajador, la

[95] Ob. cit., t. t, p. 234.

[96] Ob. cit., t. I, p. 396.

[97] "La legislación social y el sistema de las normas colectivas están ciertamente inspirados por el principio del amparo de los trabajadores, pero el amparo no significa que, a toda costa, se tenga que favorecer los intereses de estos últimos en detrimento de los empleadores. Por consiguiente, donde la misma ley de amparo se calla o deja lugar a dudas, la cuestión debe solucionarse, no según una ciega tendencia unilateral, en un único sentido, sino de acuerdo con una equitativa valoración y contemplando justamente los opuestos intereses de las partes" (Il contratto di lavoro, Torino, 1939, p. 79).

equidad aconseja ajustarse a la opción que realiza el propio trabajador[98].

35. Recepción por el derecho positivo. — Finalmente señalamos que en diversos países esta norma ha sido recogida en el derecho positivo[99]; pero ello no constituye requisito indispensable para su aplicación.

En el Uruguay, no hay ninguna norma expresa que consagre esta regla, si bien ha sido recibida amplia y reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina nacionales.

b) *Regla de la norma más favorable*

36. Importancia. Empecemos por destacar la significación de esta regla.

[98] Anota el destacado profesor español que puede plantearse el problema de hecho sobre cuál es, entre los varios sentidos posibles de una norma, el que resulte más favorable al trabajador. Y expresa: "El buen criterio —en aquellos supuestos en los que el problema verdaderamente se plantee— aconsejaría que por razones de equidad, se dejase la determinación de dicho sentido a la voluntad del mismo trabajador, pues nadie como él puede, en la mayoría de las ocasiones, dilucidar, ante los supuestos de duda, qué es lo que más puede favorecerle" (ob. cit., t. I, p. 253).

[99] CAVAZOS FLORES trae los siguientes ejemplos de derecho comparado:

El Código de Trabajo ecuatoriano en su art. 7 prescribe: "En caso de duda, en cuanto al alcance de las disposiciones de este Código, los jueces las aplicarán en el sentido más favorable para los trabajadores".

El 'Código de Guatemala del 1 de mayo de 1961, en su art. 17 establece: "Para los efectos de interpretar el presente Código, sus reglamentos y demás leyes de trabajo se debe tomar en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores en armonía con la conveniencia social".

El art. 13 del Código de El Salvador dispone: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas legales de trabajo, prevalecerá la más favorable al trabajador; entendiéndose, por tal, aquella que en su totalidad le otorgue mayores beneficios".

El art. 21 del Código de Trabajo colombiano también establece el principio de que "en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes del trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad".

Recientemente el art. 9 de la ley argentina 20.744, de contrato de trabajo, del 20 de setiembre de 1974, establece en su párrafo 2°: "Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador". La ley modificativa 21.297,. del 23 de abril de 1976, suprime la frase "o en la apreciación de la prueba en casos concretos", lo que excluye la aplicación de esta regla en el ámbito probatorio.

Dice Russomano que ella opera como el principio solar del derecho del trabajo contemporáneo, capaz de poner en movimiento toda la inmensa estructura social[100]. En cierto modo, vamos a ver que en cuanto invierte a jerarquía de las normas manejadas hasta ahora, tiene una enorme trascendencia práctica que hace recordar la que en el orden de la concepción del firmamento tuvo en su época la revolución copernicana.

37. Alcance. —Pero veamos concretamente cuál es su alcance.

Alonso García[101] distingue e dos sentidos: uno impropio y otro propio. El sentido impropio nace no de la existencia de varias normas aplicables a una relación única, sino de la existencia de una sola norma aplicable, pero susceptible de varios significados. Se trata de ver cuál de esos significados es el que debe ser aplicado. En realidad, en este1 sentido se confunde con la regla anterior: *in dublo, pro operario.* El sentido propio, en cambio, surge cuando existen varias normas aplicables a una misma situación jurídica. Esta regla sólo surge verdaderamente frente a esta última situación.

En rigor, como hace notar el mismo autor, el problema no debería plantearse, ya que el hermetismo del orden jurídico debería tener el problema por resuelto. En efecto, entre normas de distinto rango jerárquico habría que estimar aplicable la de carácter superior, y entre las de mango jerárquico igual, habría que hacer prevalecer la más recientemente promulgada.

Sin embargo, es precisamente la aplicación del propio principio de la norma más favorable la que convierte en cuestionable el supuesto y la que otorga carácter peculiar, en este punto, al derecho del trabajo.

No se aplicará la norma que corresponda conforme a un orden jerárquico predeterminado, sino que en cada caso se aplicará la norma más favorable al trabajador[102]. Como dice Cessari, la aplicación de este principio provoca una

[100] Mozart Víctor RUSSOMANO, f *Curso de direito do trabalho,* Río de Janeiro, 1972, p. 59.

[101] Ob. cit., t. I, p. 252.

[102] Sin embargo, hace notar ALONSO GARCÍA que en aquellos Estados cuyos derechos positivos reconocen expresamente la regla de la aplicación de la norma más favorable, queda respetado el principio de la jerarquía normativa, por cuanto aquélla se aplia en virtud de una disposición expresa de la norma superior (ob. cit., I, p. 255). Pero esa observación no explica el mismo fenómeno al nivel de la norma constitucional ni en todos aquellos países donde no se recoge expresamente esta *regla.*

especie de fractura lógica en el problema de la jerarquía de las fuentes que altera el orden resultante del modelo, en el cual las fuentes se armonizan en razón de la importancia del órgano del que provienen[103]. El joven y ya destacado autor brasileño Amauri Mascad) Nascimento[104] anota al respecto: "Al contrario del derecho común, en el derecho del trabajo, entre varias normas sobre la misma materia, la pirámide que entre ellas se constituye tendrá en el vértice no la Constitución o la ley federal o las convenciones colectivas o el reglamento de taller de modo invariable y fijo. El vértice de la pirámide de la jerarquía de las normas laborales será ocupado por la norma más favorable al trabajador de entre todas las diferentes normas en vigor".

Lo característico del derecho laboral es que cada una de sus normas marca niveles mínimos de protección. O sea, que nada impide que por encima de' esos niveles —que determinan el piso pero no el techo de las condiciones de trabajo, como dice el mismo autor— puedan irse aprobando otras normas que mejoren aquellos niveles de protección.

Como explica de la Cueva, con su característica claridad, "la ley es el punto de partida, es el mínimo que no podrá disminuirse, mas no representa el derecho que necesariamente ha de regir las relaciones obrero-patronales. Las restantes fuentes formales tienen una importancia mayor de la que les corresponde en el derecho civil; no es el caso de completar lagunas, sino el de crear el derecho que ha de practicarse.

"Dentro de este criterio podría decirse que las fuentes formales del derecho del trabajo, costumbre, contrato colectivo, etc., derogan a la ley no dentro del concepto usual de derogación, sino en el sentido de que la hacen inoperante.

"Y quien quiera contemplar hoy día la situación real de los trabajadores mexicanos no habrá de acudir a la ley, sino a las otras fuentes formales y en especial a los contratos colectivos.

"En presencia de varias normas, provenientes de distintas fuentes formales, debe aplicarse siempre la que más favorezca a los trabajadores"[105]. Enfocando el mismo problema con otra terminología, Deveali expresa que

[103] Ob. cit., p. 38.

[104] Amauri MASCARÓ NASCIMENTO, *Compendio de direito do trabalho,* São Paulo, 1972, p. 232.

[105] Ob. cit., t. 1, p. 303.

la situación se presenta, en la generalidad de los casos, debido al carácter inderogable de las normas legales y —en algunos países, como el nuestro— de las cláusulas de determinadas convenciones colectivas ; inderogabilidad que casi siempre tiene carácter relativo, es decir, admite la posibilidad de derogaciones por disposiciones de menor jerarquía, cuando éstas resulten más beneficiosas para los sujetos protegidos, es decir, para los trabajadores.

Se admite, pues, el predominio de las cláusulas más favorables de una convención colectiva respecto de las normas de una ley laboral que regula la misma materia, así como el predominio de las cláusulas más favorables de un contrato individual frente a las de una convención colectiva y a las normas de una ley.

La inderogabilidad relativa que se traduce en una derogabilidad relativa constituye una nota característica del derecho laboral, siendo contados los casos de normas de orden público que no admiten su derogación en forma absoluta[106].

Hemos querido recoger esta forma de planteamiento formulada por Deveali por su originalidad, pero no porque la creamos acertada.

La norma legal menos favorable de un convenio colectivo —pongamos por ejemplo— no queda derogada, por cuanto sigue surtiendo sus efectos en favor de todos aquellos trabajadores no comprendidos por la otra norma de inferior jerarquía pero más favorable. Como anota de la Cueva, no se produce la derogación en el sentido tradicional de la expresión, sino la conversión de la norma en inoperante. Pero generalmente esa inoperancia no es general sino parcial.

38. Límite.- En cambio, creemos acertada la puntualización final en cuanto a que no todas las normas del derecho laboral se limitan a señalar el nivel mínimo de protección, sino que a veces marcan un nivel invariable o, como se ha dicho entre nosotros, un nivel máximo y mínimo al mismo tiempo[107]. Son las normas que Deveali llama de orden público.

[106] Mario L. DEVEALI, *La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable para el* trabajador, en la revista "Derecho del Trabajo", 1962, p. 6'6.

[107] Es la fórmula empleada por la resolución 16 de la COPRIN, del 24 de marzo de 1969, que dice: "Los salarios resultantes de la aplicación de las normas que anteceden tienen carácter de mínimos y a la vez de máximos".

Cessari también afirma el mismo concepto al explicar que el principio de inderogabilidad de las normas laborales sufre excepción cuando conduce a un tratamiento más favorable al trabajador. Pero no exige ser demostrado —dada la absoluta conformidad de opiniones sobre el tema— que la misma regla vale en general para todas las normas laborales, salvo que la inderogabilidad' absoluta haya sido dispuesta cuando prevalecen las exigencias del orden público[108].

Mascaró Nascimento expresa coincidentemente que la prevalencia de las disposiciones más favorables para el trabajador se aplica salvo ley prohibitiva del Estado. La prevalencia de la ley prohibitiva del Estado resulta del hecho de que tal actitud se hace necesaria cuando el bien común exige sacrificios momentáneos de ventajas aparentes en beneficio de determinadas categorías económicas o mismo de los trabajadores en general. Por ejemplo, una convención colectiva que fije salarios por encima de los niveles oficiales, como en el derecho brasileño actual, es ineficaz porque vulnera una ley prohibitiva. Ésta norma es de garantía de la colectividad, y no del trabajador. Busca mejorar Ja organización social, y no la protección del trabajador[109].

Pero como estas leyes prohibitivas constituyen normas excepcionales que se diferencian de las comunes del derecho del trabajo, deben establecer de alguna manera, en forma expresa, su carácter de orden público[110].

39. Aplicación de esta regla. — Pasemos ahora a examinar el problema de la aplicación de esta regla, que es mucho más difícil que el de determinar su significado y su alcance.

Siguiendo a Deveali, podemos decir que este problema de la aplicación puede desdoblarse en dos: el del criterio y el de la unidad de medida que debe utilizarse para decidir, en cada caso concreto, cuál es la norma o el grupo de normas o de cláusulas más favorables para el trabajador, a las cuales corresponde reconocer prevalencia.

[108] Ob. cit., p. 38.

[109] Ob. cit., p. 231.

[110] Cfme.: DURAND, quien señala que estas disposiciones, impuestas por la autoridad superior, son raras y requieren texto expreso (t. I, p. 179).

Con relación al criterio, creemos que quien ha expuesto con mayor precisión y claridad la solución ha sido Durand[111], el cual propone los siguientes principios orientadores:

1) La comparación debe efectuarse teniendo en cuenta el tenor de las dos normas. No puede, en cambio, comprender las consecuencias económicas lejanas que la regla puede engendrar. Puede ocurrir que una convención colectiva, imponiendo a las empresas una carga muy pesada, sea generadora de desocupación y provoque una perturbación [e]conómica a los trabajadores. No por ello deja de ser .considerada más favorable si el estatuto que establece es, en sí mismo, preferible al de la ley.

2) La comparación de las dos normas debe tomar en consideración la situación de la colectividad obrera interesada, y no la de un obrero tomado aislada ente. La disposición de una convención colectiva que perjudicara a un conjunto de trabajadores sería nula, aun cuando por circunstancias especiales pudiera ser ventajosa para un trabajador aislado.

3) La cuestión de saber si una norma es o no favorable a los trabajadores no depende de la apreciación subjetiva de los interesados. Ella debe ser resuelta objetivamente en función de los motivos que han inspirado las normas.

4) La confrontación de dos normas debe ser hecha de una manera concreta, buscando si i4. regla inferior es, en el caso, más o menos favorable a los trabajadores. Una cláusula de escala móvil, admitiendo la revisión de !os salarios, en caso de variación del costo de la vida en un 1.0 % en alza o en baja, mientras que el coeficiente legal de revisión es del 5 % será juzgado perjudicial en caso de alza del costo d9 la vida, puesto que impide la revisión de los salarios, mientras que hubiera sido favorable en caso de baja, retardando la disminución de los salarios.

5) Como la posibilidad de mejorar la condición de los trabajadores constituye una excepción al principio de intangibilidad de la regla imperativa' jerárquicamente superior, no puede admitirse la eficacia de una disposición inferior mientras pueda dudarse de que sea efectivamente más favorable a los trabajadores.

40. Unidad de medida para la comparación: teoría del conjunto o de la acumulación. El problema de la unidad de medida para establecer la comparación deriva del hecho de que muchas veces una

[111] Ob. cit., t. I, p. 179.

nueva norma contiene algunas disposiciones favorables y otras perjudiciales.

¿Cómo se establece la comparaciön? y Deben compararse las *dos* normas en su conjunto o puede tomarse de cada norma aquella parte que sea màs favorable al trabajador?

Se han expuesto las dos posiciones.

Aquella -que sostiene que las normas deben ser comparadas en su conjunto es la doctrina que se ha llamado de la inescindibilidad o, utilizando una palabra italiana, del *"conglobamento".* Es decir, de la consideración global o de conj unto. Deveali lo llama el criterio orgånico porque tiene en cuenta el carácter unitario de cada régimen, hace la comparación entre los dos regimenen en su conjunto y excluye la posibilidad de aplicar simultåneamente una disposición de un régimen y otra del otro, prescindiendo del respectivo carácter unitario.

Aquella que sostiene que pueden extraerse de cada norma las disposiciones que sean màs favorables es la que se ha llamado teoria de la acumulación. Se suman las ventajas extraídas de diferentes normas aunque sean de distinto origen. Es lo que Deveali llama teoria "atomista", porque no torna el todo como un conjunto, sino a cada una de sus partes como cosas separables.

Algunos autores se pronunciaron por la teoria de la acumulación. Es ésa la posición de Pergolesi, que la considera como la mas concordante con el espíritu de la legislación social, aun cuando advierte que no podrá aplicarse cuando resulte clara la voluntad de las partes en el sentido de pactar una solución indivisible y de conjunto[112]. Caldera parete inclinarse por esa misma solución[113]. Y Mazzoni cita la jurisprudencia italiana, incluso la de Casación, como volcada decididamente bacia la teoria de la acumulación, especialmente en cuanto se refiere a las relaciones entre la ley de empleo privado y los usos[114].

Pero mayor número de ellos se inclinó por la teoria de inescindibilidad o del conjunto. Barassi sostiene que la regulación convencional constituye un todo inseparable que no puede tornar-se parcialmente, como podria hacer la

[112] Ferruccio PERGOLESI, *Nozione, sistema e fonti del diritto del lavoro,* en *Trattato dì diritto del lavoro* dirigido por Borsi y Pergolesi, ed., Padova, 1939, p. 828.

[113] Ob. cit., p. 196.

[114] Giuliano MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel* sistema *del diritto italiano del lavoro,* Firenze, 1952, p. 178.

abeja eligiendo una flor entre las flores[115]. Greco es más terminante al calificar la posición contraria como "un criterio de sabor eminentemente demagógico que especialmente en el caso de la convención colectiva rompe la unidad de la disciplina sindical de la relación de trabajo y viola la armonía, el equilibrio y la vinculación orgánica entre las distintas condiciones establecidas en la convención"[116]. Pérez Botija y Bayón Chacón afirman que en España se acepta "la teoría italiana del *conglobamento,* a la que tanto por la exégesis jurisprudencial como por la doctrina científica, se conoce como principio de la norma más beneficiosa en su conjunto"[117].

Deveali se inclina por esta misma tesis, pero en una forma moderada. Tomando base en el art. 6 de la ley argentina 14.250, entiende que debe tenerse en cuenta el conjunto de las cláusulas que se refieren a cada institución del derecho del trabajo. Es posible, pues, tomar disposiciones de distintas normas, pero siempre que se refieran a temas diferentes, entendiendo por ternas cada uno de los institutos del derecho del trabajo[118].

Cessari[119] plantea la posibilidad de ampliar las opciones, presentando en lugar de la alternativa tradicional, cuatro posiciones:

a) teoría del conjunto;
b) teoría de la inescindibilidad de los institutos ;
e) teoría de la inescindibilidad de las cláusulas;
d) teoría de la acumulación.

Descartadas las dos posiciones extremas por su radicalismo y sus dificultades de aplicación, se reduce, en general, la opción a las otras dos posiciones intermedias, más moderadas y razonables. Dada la diversidad de conceptos que puede encerrar la expresión "cláusula", así como la muy diferente forma de distribuir una negociación en cláusulas y Ia muy variada función que cada una de ellas puede cumplir, parece más racional y lógico establecer la comparación entre los institutos, que suponen necesariamente una unidad conceptual y orgánica.

Una posición análoga es la expuesta por Kaskel-Dersch, quienes sostienen que la comparación no puede hacerse tomando en cuenta cada uno de los renglones de las distintas normas. Pero tampoco sería lícito proceder a

[115] Ob. cit., t. 1, p. 521.
[116] Paolo GRECO, *II contratto di lavoro,* Torino, 1939, p. 84.
[117] Ob. cit.. p. 249.
[118] Rev. "Derecho del Trabajo", 1962, p. '72.
[119] Ob. cit. ps. 64 y ss.

una comparación de todas las condiciones de trabajo de las dos normas tomadas en consideración. Por 10 menos, no sería ése el camino adecuado en todos los casos. Lo correcto sería un camino intermedio entre ambos extremos: comparar en conjunto únicamente Ias condiciones de trabajo que están relacionadas entre sí íntimamente, aun cuando sé hallen separadas exteriormente. En un caso concreto puede ser dudoso si existe una relación íntima. En principio, habrá que preservarse de una amplitud exagerada al considerar como correlacionadas entre sí disposiciones de diversa índole. Se conservará mejor la idea fundamental de este principio si sólo se confrontan los *gru*pos de condiciones homogéneas de ambas normas. Por ej., únicamente las condiciones relativas a la remuneración, las vacaciones, etc.[120].

Y, en cierto modo, Durand, que parece afiliarse a la teoría de la acumulación, se inclina también por una solución práctica muy próxima a la anterior. "La aplicación de una norma puede ser fragmentada a condición de respetar la voluntad de sus autores. Se concibe la aplicación parcial de una regla de derecho cuyas diversas disposiciones son independientes unas de otras. Pero cuando el acto de voluntad forma un todo que no se puede disociar, cuando diversas disposiciones se equilibran y se justifican unas por otras, la imposibilidad de conservar parte del acto solamente trae como consecuencia la desaparición de la disposición íntegra[121].

Parece ser ésta la posición más razonable: el conjunto que se toma en cuenta para establecer la comparación es el integrado
por las normas referentes al mismo tema, que no puede disociarse sin mengua de su armonía interior. Pero no puede llevarse la preocupación por la armonía más allá de ese ámbito.

e) *Regla de la condición más beneficiosa*

41, Significado. — La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse.

[120] Ob. cit., p. 133.
[121] Ob. cit., t. I, p. 181.

Como se ve, si bien esta regla está muy entrelazada con las dos anteriores, se distingue de ambas. De la primera —*in dubio pro operario*— por ser más general, aparecer en realidad como una manifestación de ella y tener formulación jurídico-positiva expresa. De la segunda, por implicar una aplicación de norma de favor, pero no referida a caracterización general, sino a situación concreta y determinada.

Pérez Leñero[122] sostiene que la diversidad y multiplicidad de conceptos y formulaciones de eta regla pueden provenir de los dos conceptos que la integran en su titulación: condición y beneficio.

Según este autor, la condición puede entenderse como: a) norma aplicable a una situación concreta entre varias de posible aplicación; *b)* situación general, de hecho o de derecho, para todos los trabajadores o para los de una misma profesión; *c)* situación particular de hecho, voluntariamente otorgada por la empresa o de derecho concedida por la ley anterior. La primera de las acepciones es la hipótesis en la que actúa la regla anterior: de entre esas normas, se le aplica a trabajador la más beneficiosa, por el carácter tutelar que inspira al legislador y por tanto a su intérprete. La segunda es una consecuencia de la eficacia de los usos y costumbres que como fuentes del derecho vienen, en definitiva, a integrarse al mismo problema anterior. Solamente queda, por tanto, como específica la tercera situación.

En cuanto al concepto de más beneficiosa, como concepto relativo y comparativo, es susceptible también de varias acepciones, según sea el término de la con paración tiempo, contenido, otras industrias, profesiones, individuos, etc. El derecho no puede atender sino a los contenidos, ya que los otros criterios individuales y personales pueden solamente influir si, a su vez, repercuten también en el contenido. Ahora bien, dentro de este contenido cabe distinguir si el punto de referencia es el contenido global o el parcial, lo que nos enfrasca de nuevo en un problema similar al planteado respecto de la regla anterior por las teorías de la acumulación y de la inescindibilidad.

Todo esto nos muestra lo difícil que puede resultar en la práctica distinguir esta regla de la que acabamos de examinar con anterioridad. Para ello, recurriremos a un ejemplo que es 'bien ilustrativo por la significación y la jerarquía de la norma en el que se contiene.

[122] Ob. cit., p. 160.

El apartado 8 del art. 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo establece: "En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuran en el convenio o en la recomendación". Esta norma ¿es la consagración de la regla de la norma más favorable o de la regla de la condición más beneficiosa? Aparentemente de ambas, por cuanto si bien cuando se refiere a ley, costumbre o acuerdo (en el supuesto que sea colectivo) parece referirse a la primera, cuando se alude a sentencia o a acuerdo (en el sentido de contrato individual de trabajo) se está refiriendo a la segunda, o sea, a la que estamos estudiando ahora. Vemos, entonces, lo estrechamente que están vinculadas ambas reglas y lo difícil que es distinguirlas muchas veces en la práctica.

42. Recepción por el derecho positivo. —Este ejemplo, extraído del derecho positivo, nos obliga a precisar que no es necesario que esta regla sea recogida en una norma expresa del derecho positivo.

Reconocemos que es frecuente que se incluya una aclaración de este contenido en los laudos o en los convenios colectivos. Para no citar sino un ejemplo entre los centenares que podríamos mencionar, recordemos la disposición general 14 del laudo del Grupo 50 (Instituciones de la Salud y Asistencia), del 27 de diciembre de 1965, que dice: "Los beneficios de cualquier orden (horas de trabajo, remuneraciones, licencias, etc.) superiores a los establecidos por este laudo y que gocen actualmente los trabajadores deben ser mantenidos, salvo que se deroguen expresamente por el presente"[123]. Con las mismas o parecidas palabras encontraremos una aclaración similar en casi todos los laudos o convenios colectivos.

Creemos que aun cuando no existiera tal norma aclaratoria, esta regla se aplicaría igualmente. En efecto, entra a regir el mismo concepto básico expresado a propósito de la regla anterior en el sentido de que cada norma establece un nivel mínimo de protección. En consecuencia, cada norma sirve para mejorar pero no para empeorar la situación del

[123] "Diario Oficial", n° 17.307, del 15 de marzo de 1966, p. 549A.

trabajador, ya que si el trabajador en algún aspecto disfruta de un nivel de protección superior al que quiere brindarle la norma, ésta resulta inoperante. No roza la situación del trabajador.

De esto se deduce también que puede haber excepciones; pero ellas deben ser a texto expreso. Del mismo modo que respecto de la regla anterior, debemos decir que siempre que se quiera establecer una solución distinta de la general será necesario una aclaración expresa e inequívoca. Por otra parte, esa aclaración debe provenir de una norma de superior jerarquía que sea apta para suprimir un beneficio otorgado por alguna norma. Pensamos que sólo podría establecerse por vía legal. Claro que esa norma aclaratoria puede ser concreta, referida a una disposición o a un beneficio determinado o puede ser general, abarcando todas las situaciones descritas o atribuyéndole al nivel de beneficio establecido por la norma el carácter de máximo.

43. Su aplicación en casos de denuncia o modificación de convenios colectivos.- Un particular caso de aplicación, especialmente estudiado por Cessari1[24] a la luz del derecho italiano, es el relacionado con la situación que se produce por la denuncia de un convenio colectivo o la sustitución de un convenio por otro que suprime alguno de los beneficios contenidos por el primero.

Entendemos que en tal caso las condiciones más favorables que haya pedido alcanzar el trabajador, deben ser respetadas. El referido autor italiano aclara que dicha regla debe ser aplicada tanto que la condición más beneficiosa haya sido concedida *"intuitu personae"* o resulte de una norma general proveniente de una ley, un reglamento o un convenio colectivo.

En realidad, por el efecto automático del convenio colectivo, sus normas se incorporaron al contrato individual de trabajo de cada trabajador, por lo que las mayores ventajas otorgadas por el convenio anterior pueden ser invocadas individualmente por cada trabajador.

El nuevo convenio colectivo, o en el caso de la simple denuncia el régimen general resultante de las otras normas, regirán para los nuevos trabajadores que se incorporen al establecimiento, pero no podrán justificar el deterioro o desmejoramiento de las condiciones

[124] Ob. cit., ps. 166 y ss.

de trabajo de quienes venían beneficiándose de un régimen más favorable.

44. Consecuencias de la aplicación de esta reglas — Según Alonso García[125], la aplicación práctica de esta regla de la condición más beneficiosa supone estas dos consecuencias

1) Cuando se dicte una reglamentación o disposición de carácter general, aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, éstas quedarán modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador más beneficiosas que las nuevamente establecidas.

2) La nueva reglamentación habrá de respetar —salvo que contuviera afirmación expresa en contra— como situaciones concretas reconocidas en favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resulten más beneficiosas para éstos que las establecidas para la materia o materias de que se trate —o en su conjunto— por la nueva reglamentación.

El mismo autor señala que si se analizan los distintos textos relativos a esta regla pueden distinguirse dos problemas diferentes. Uno de ellos es el de *fijación de condiciones de trabajo más beneficiosas* que las anteriormente disfrutadas, lo cual puede hacerse por ley, por acuerdo de las partes, por uso o costumbre, por convenio colectivo e, incluso, por simple decisión unilateral. El otro es el de *respeto a estas condiciones* más beneficiosas, lo cual sólo puede llevarse a cabo por norma legal, uso o costumbre y convenio colectivo sin que ni la voluntad unilateral ni la concorde de ambas partes puedan, directamente, establecer la vigencia del principio para determinadas situaciones. Nosotros diríamos sin que las dos partes —y mucho menos, una sola— puedan impedir que se establezcan excepciones a la aplicación de esta regla.

Asimismo, señala este destacado profesor español que el sentido de preferencia que en definitiva esta regla implica, opera en dos direcciones: restrictiva, la una; extensiva, en cambio, la otra.

Opera restrictivamente, ya que por aplicación de dicho principio las partes se ven forzadas (el empresario, sobre todo) a mantener aquellas condiciones que dan lugar a situaciones más ventajosas para el trabajador que Ia que éste disfrutaría al aplicarle la nueva regulación.

[125] Ob. cit., t. I, p. 256.

Opera extensivamente en la medida en que por aplicación del mismo principio, si bien indirectamente, les es posible a las partes establecer condiciones superiores, más beneficiosas que las mínimas legalmente fijadas.

45. Cuáles son las condiciones más beneficiosas que deben ser respetadas. — Finalmente queremos referirnos al problema planteado por otro autor español —de la Lama Rivera[126]— respecto 'de cuáles son las condiciones más beneficiosas que deben ser respetadas.

Según él, son condiciones más beneficiosas sólo aquellas que hayan sido establecidas en tal carácter, en forma definitiva. Por tanto, aquellas que hayan sido otorgadas tácita o expresamente con carácter provisorio, es decir, con vida limitada en el tiempo, no pueden ser invocadas.

Arguye que además de respetar mejor la intencionalidad de las partes, la aplicación de un criterio riguroso en esta materia puede ocasionar dos tipos de inconvenientes : a) económicos, que pueden representar una carga muy pesada para la empresa que puede no estar en condiciones de soportar definitivamente el peso de esa carga, determinando su fracaso y su ruina, con todas las consecuencias que son de imaginar ; *b)* psicológicos, en cuanto puede constituir un factor de retracción para el otorgamiento de otras ventajas o beneficios el saber que cualquier ventaja que otorgue, aunque sea transitoria, debe convertirse en inmodificable.

Por eso, cree que existen dos clases de condiciones favorables : 1) aquellas que surten efectos legales, siendo jurídicamente exigible su cumplimiento, por ser fuente de derechos subjetivos; 2) las de cumplimiento inexigible por estar simplemente basadas en la liberalidad del empresario, sin crear derecho subjetivo alguno, por no ser tal la voluntad del mismo. También suelen hallarse ligados a hechos o acaecimientos determinados. Son anulables en cualquier momento".

Este planteamiento tiene la virtud de llamar la atención sobre el hecho de que muchas veces las condiciones más favorables son meramente provisorias y fugaces, como consecuencia del ejercicio de una breve suplencia o del

[126] Luis Joaquín DE LA LAMA RIVERA, *Valor de las condiciones más beneficiosas otorgadas por el empleador en relación con el principio tuitivo "pro asalariado"*, en "Boletín de Divulgación Social", 1954, p. 483.

desempeño interino de un cargo o de algún acontecimiento extraordinario que origina un circunstancial recargo de trabajo.

Pero no creemos que ello pueda llevar a la consecuencia a que llega este autor de admitir la posibilidad de la existencia de condiciones más favorables que no tengan que ser respetadas porque no fue ésa la voluntad del empleador.

Entendemos que no se trata de un problema de voluntad unilateral, sino de ajuste a los hechos, que deberá resolverse con ayuda del criterio de razonabilidad imprescindible en la aplicación de todo el derecho del trabajo.

Si en la práctica los hechos demuestran que se trataba de un beneficio meramente transitorio, una vez que termine la situación que lo originó, puede ser dejado sin efecto.

Pero si es un beneficio que se ha prolongado más allá de la circunstancia que le dio origen o que no se halla ligado con ninguna situación transitoria especial, debemos concluir que constituye una condición más beneficiosa que debe ser respetada.

No se trata, pues, de nombres, denominaciones ni intenciones; sino de interpretación racional de las realidades.

II

EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD

46. Plan. — Es éste un principio en el cual hay un acuerdo unánime de los autores en cuanto a su vigencia e importancia, si bien puede haber diferencias en cuanto a su alcance, su fundamentación y su significado.

Trataremos de exponer preferentemente la línea central de coincidencia de las opiniones, señalando también aquellos aspectos polémicos o las diferentes opiniones que se abren frente a ciertos puntos intensamente debatidos.

Empezaremos por dar el concepto para estudiar luego *su* justificación, determinar su alcance y examinar los principales problemas que plantea su aplicación, terminando con la comparación con una serie de figuras similares o análogas a la renuncia.

NOCIÓN

47. Significado.— Con relación al concepto, Hernáinz Márquez sostiene que la irrenunciabilidad debe entenderse en su verdadero sentido, como "la no posibilidad de privarse voluntariamente, con carácter amplio y por anticipado, de los derechos concedidos por la legislación laboral"[127].

Nosotros creemos que la noción debe ser más comprensiva, o sea, abarcar tanto la privación amplia como la restringida, tanto la que se realice por anticipado corno la que se efectúe con posterioridad. Esas diversas variedades pueden representar modalidades diferentes, pero todas ellas quedan comprendidas dentro de un instituto global y único.

Por eso, creemos que la noción de irrenunciabilidad puede expresarse en términos mucho más generales en la siguiente forma: la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio.

Renuncia equivale a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor.

[127] Miguel HERNÁINZ MÁRQUEZ; Tratado elemen*tal de derecho bajo,* 10ª. ed., Madrid, 1969, p, 89,

De la Villa ha definido la renuncia como un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico[128]. Pensamos que salvo la frase final *que* alude más que al concepto mismo de renuncia a la limitación de su licitud, la definición es muy acertada porque sirve para poner el acento en una serie de notas características del instituto : es un acto jurídico del tipo de los negocios jurídicos; importa el ejercicio de un derecho potestativo de carácter secundario; es unilateral ; implica el abandone, es decir, la pérdida o extinción de un derecho ; tiene carácter irrevocable ; y resulta eficaz dentro de ciertos límites. Justamente el autor mencionado glosa minuciosamente cada uno de los términos utilizados en su definición, lo que le permite efectuar muy útiles precisiones al respecto.

Ojeda Avilés[129], después de recordar los distintos fenómenos jurídicos que el legislador designa con esta palabra, la describe en función de estas tres características conceptuales:

a) Es un negocio jurídico en sentido estricto, esto es, una manifestación de voluntad conscientemente dirigida a la producción de un resultado práctico previsto y amparado por el ordenamiento jurídico.

b) Es una actividad voluntaria unilateral que no precisa el concurso de otra voluntad para producir el resultado buscado.

c) Es dispositivo, en cuanto que el efecto buscado es justamente la salida de nuestro patrimonio de un determinado bien que ya no nos interesa conservar.

La prohibición de renunciar importa excluír la posibilidad de que pueda realizarse válida y eficazmente el desprendimiento voluntario de los derechos, en el ámbito alcanzado por aquella prohibición.

El derecho del trabajo, en términos generales, entra dentro de este ámbito.

48. Peculiaridad del derecho del trabajo. — Hay, al respecto, una diferencia muy marcada entre lo que ocurre en el derecho del trabajo y en el resto del derecho en general.

[128] Luis Enrique DE LA VILLA, El *principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales,* en la revista "Política Social", Madrid, 1970, n° 85, ps. 9 y ss.

[129] Antonio OJEDA AVILÉS, La *renuncia de derechos del trabajador,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, ps. 133 y ss.

En efecto, al contrario de lo que ocurre en el derecho común, donde rige el principio de la renunciabilidad, en el derecho del trabajo rige el principio opuesto, que es el de la irrenunciabilidad. O sea, que en las restantes ramas del derecho uno puede voluntariamente privarse de una facultad o de una posibilidad o de un beneficio que posee. Mientras que en este campo ello no es posible: nadie puede privarse de las posibilidades o ventajas establecidas en su propio provecho.

Hay quienes creen que esta peculiaridad del derecho del trabajo no importa una quiebra de aquel principio general por cuanto en su enunciado o formulación siempre se contienen algunas limitaciones. Dentro de ellas pueden surgir las que abarcan el derecho laboral y que excluyen, por tanto, la aplicación del principio de irrenunciabilidad en el área del derecho del trabajo.

Uno de los que exponen más claramente este punto de vista es el autor español Hinojosa, quien partiendo del art. 4 del Código Civil de su país, que establece: "los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero", agrega: "Y en la renuncia por el obrero de los beneficios que la ley le concede se dan las dos circunstancias que hacen imposible la renuncia. Pertenecen al orden público que el trabajo humano sea debidamente protegido y remunerado; que la codicia no explote a la necesidad; que impere la verdadera libertad, no disminuida por trabas económicas. Y sería casi siempre en daño de tercero —de los familiares del trabajador, de los compañeros de trabajo, que por su claudicación se verían constreñidos a aceptar condiciones inferiores de trabajo— la renuncia de sus derechos que equivaldría, por lo demás, a las de las condiciones indispensables para la efectividad del derecho a la vida"[130].

Cabe trasladar el razonamiento al derecho uruguayo, cuyo art. 8 del Código Civil —que por integrar el título preliminar de leyes tiene alcance general— establece: "La renuncia general de las leyes no surtirá efecto. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario".

Salvando la impropiedad verbal, esta disposición importa consagrar la posibilidad, en principio, de renunciar a los derechos emergentes de las

[130] HINOJOSA, El contrato de trabajo. Comentarios a la ley de 1931,

diversas leyes que no sean prohibitivas, las cuales son la inmensa mayoría. Pero, en cambio, las leyes laborales pueden considerarse prohibitivas en cuanto prohíben pactar condiciones de trabajo inferiores a las en ella establecidas, que marcan niveles mínimos de protección.

De todos modos, sea la forma particular de aplicar la regla general en una situación especial, sea la expresión de una regla distinta de la generalmente aplicable, lo cierto es que la irrenunciabilidad se ha convertido en un principio propio del derecho del trabajo.

FUNDAMENTO

49. Diversas formas de exponerlo. — Hay diversas formas de exponer el fundamento de este principio.

Algunos lo basan en otro principio más profundo y trascendente, como seria el principio de la indisponibilidad.

Otros lo enlazan con el carácter imperativo de las normas laborales.

Otros lo vinculan con la noción de orden público.

Otros lo presentan como una forma de limitación de la autonomía de la voluntad.

Creemos que por caminos distintos o, acaso, con simple ter- minología diferente, se llega a la expresión de la misma idea, ilustrándola en diferentes aspectos. Por eso, vamos a seguir esos cuatro recorridos coincidentes para esclarecer mejor los conceptos.

Reconocemos que esta distinción tiene cierto grado de esquematismo y artificiosidad, por cuanto nosotros hemos clasificado los autores en estos cuatro grupos, en función de la idea que más invoca cada uno de ellos, sin que las posiciones revelen ninguna exclusividad al respecto. Casi todos ellos utilizan también las expresiones caracterizastes de los otros grupos, ya que no son antagónicas sino afines y coincidentes.

50. Principio de indisponibilidad. — Con relación a la idea, de la *indisponibilidad,* quien mejor expuso esta posición fue Santoro-Passarelli[131]. Según el ilustre profesor italiano, la disposición de los derechos del

[131] Francesco SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di* diritto del lavoro, 6ª ed., Napoli, 1952, p. 211. Hay una reciente traducción portuguesa publicada en Sri Pablo, 1973, en la Colección Direito do Trabalho orientada por Mozart Víctor RUSSOMANO y editada por Revista dos Tribunais Ltda.

trabajador está limitada en sus diversas formas porque no sería coherente que el ordenamiento jurídico realizase imperativamente, con la disciplina legislativa y colectiva, la tutela del trabajador, contratante necesitado y económicamente débil y que después dejase sus derechos en su propio poder o al alcance de sus acreedores. Señala que en el camino de la indisponibilidad emprendido hace poco, la ley tiene muchos pasos por dar.

Señala que la plena indisponibilidad, subjetiva y objetiva, está establecida solamente para las asignaciones familiares, los salarios y los fondos especiales instituidos por el empleador para previsión y asistencia del trabajador, aun sin la contribución de éste[132].

[132] En el derecho uruguayo también pueden citarse ejemplos similares. El art. 29 de la ley 11.618, del 20 de octubre de 1950, establece: "La asignación familiar no puede cederse, retenerse en garantía o depósito ni embargarse. Se exceptúa de este último caso el embargo destinado a cubrir pensiones alimenticias decretadas a favor de los beneficiarios". La ley 3299, del 25 de junio de 1908, estipula en su art. 1 que "no podrán cederse a ningún título, ni ser embargados los siguientes bienes: 2) los sueldos de los empleados de empresas industriales, comerciales o de particulares; 3) los jornales y salarios de los obreros y criados. Las prohibiciones expresadas en los incisos anteriores se refieren exclusivamente a sueldos, dietas, pensiones, jubilaciones, jornales y salarios no vencidos. Los sueldos, dietas, pensiones, jubilaciones, jornales y salarios vencidos serán absolutamente inembargables, y sólo podrán enajenarse hasta la tercera parte de su monto". Por su parte, el art. 179 de la ley 13.720, del 16 de diciembre de 1968, establece con referencia a los Fondos Sociales de Vivienda creados por el aporte conjunto de patronos y obreros, lo siguiente: "Los fondos serán indivisibles e inalienables y bajo ningún concepto podrá prorratearse o pagarse con ellos suma alguna por devoluciones, indemnizaciones o compensaciones".

Corresponde señalar que además de esas normas existen otras similares, aunque varias de ellas pertenecientes a la previsión social. Es así que en materia de accidentes de trabajo rige el art. 19 de la ley 10.004, del *28* de febrero de 1941 ("Las rentas de indemnización por accidentes del trabajo se pagarán mensualmente. Todas las indemnizaciones que fija esta ley serán incedibles, inembargables e irrenunciables"). En materia de desocupación, interesan el art. 15 de la ley 12.570, del 23 de octubre de 1958, referente al régimen general ("Las prestaciones de este seguro serán inembargables e incedibles y no serán acumulables a las que reciba el asegurado por cualquier otro sistema de previsión. No rige la inembargabilidad en los casos de prestación alimenticia decretada judicialmente"), el art. 20 de la ley 10.562, del 12 de diciembre de 1944, relativo al régimen especial para la industria frigorífica ("Las compensaciones a percibir de acuerdo con esta ley no podrán ser objeto de embargos ni de afectación o cesión a ningún título") y el art. 11 de la ley 10.681, del 10 de diciembre de 1945, relacionada con las barracas de lana, cueros y afines ("Las compensaciones sólo podrán ser objeto de embargo, afectación o cesión

Más amplia es la tutela imperativa del trabajador respecto de los actos de disposición en favor del empresario, de los derechos derivados de las normas inderogables. Aquí la indisponibilidad asume las formas de la irrenunciabilidad y de la intransigibilidad.

La ley establece la invalidez de las renuncias y transacciones que tienen por objeto los derechos indicados, tanto si esos negocios son concluídos en el acto de constitución de la relación de trabajo o durante ella, como si son celebrados después de su terminación. Esto último se justifica por la necesidad de reforzar la posición del trabajador frente al empresario, asegurando la igualdad de las dos posiciones.

Debe considerarse la invalidez como una anulabilidad dependiente de una incapacidad jurídica especial del empleado.

A fin de que la indisponibilidad no sea limitada a la irrenunciabilidad, sino extendida a la intransigibilidad, entiéndase que la ley prohíbe al empleado no solamente el sacrificio sin correspondencia que es la renuncia, sino también los sacrificios eventuales que existen en la transacción, pudiendo la retención patronal ser mayor de lo que le pertenece.

La intransigibilidad no impide el compromiso de arbitraje, el recibo por saldo y la conciliación entre las partes, ante las autoridades correspondientes.

Más recientemente, Almansa Pastor expresa: "El principio de irrenunciabilidad de los derechos implica la nulidad de la renuncia por el trabajador de los beneficios establecidos por normas de derecho necesario.

en los casos y condiciones que la legislación vigente fije para los salarios"):

En materia de seguro de enfermedad rige el art. 24 de la ley 14.407, del 22 de julio de 1975, que creó la Administración de los Seguros Sociales por Enfermedad (ASSE) : "Los subsidios que perciban los beneficiarios de ASSE serán inembargables, aplicándose como excepciones las mismas normas referentes a la inembargabilidad de los sueldos".

En, materia de prohibiciones, el art. 42 de la ley 6962, del 6 de octubre de 1919, establece: "Las jubilaciones y pensiones son inembargables e inalienables. Será nula toda venta, cesión o constitución de derechos que recaiga sobre ellos y que impida su libre disposición por el titular de la misma". La ley 9878, del 20 de setiembre de 1939, generalizó este texto, haciéndolo aplicable a todas las jubilaciones y pensiones servidas por el Instituto de Jubilaciones y Pensiones y agregándole este párrafo: "Regirán en cuanto a su inembargabilidad, las disposiciones de la ley de 25 de junio de 1908 y sus modificativas o complementarias".

Sin embargo, así enunciado, el principio carece de la suficiente generalidad para ser considerado como tal y queda como simple mandato imperativo del art. 36 de la Ley de Contrato de Trabajo y del art. 69 de la Ley de Seguridad Social. La generalidad del principio exige que éste no se limite a la simple renuncia, sino que ascienda a la indisponibilidad de los derechos"[133]. Y anota que la jurisprudencia, por lo general, no admite la irrenunciabilidad como principio general del derecho en su sentido técnico, porque le basta con aplicar directamente la norma que impide la renuncia[134].

51. Imperatividad de las normas laborales. — Pero son mucho más numerosos los autores que vinculan este principio con la idea de las normas *imperativas.*

Aclaremos, de entrada, que esto nada tiene que ver con la imperatividad de las normas jurídicas, ya cine todas ellas son imperativas en cuanto contienen jun mandato. No son simples invitaciones, consejos o recomendaciones. Son órdenes. Si no, no serían normas.

Esta idea tiene relación, én cambio, con la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas, que corresponde a la división procedente del derecho romano entre *jus cogens y jus disvositivum.* El *jus cogens* está integrado por las normas que deben cumplirse, cualquiera que sea la voluntad de las partes. El *jus dispositivum* está compuesto por aquellas normas que han de cumplirse sólo cuando las partes no hayan establecido otra cosa.

[133] José Manuel ALMANSA PASTOR, *Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del trabajo,* en "Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo", n° 3, junio 1972, p. 28.

[134] Se confirma la observación ya formulada en el sentido de que la recepción de un principio por el derecho positivo, *en lugar* de favorecer su aplicación la restringe y limita.

PÉREZ BOTIJA *dice* al respecto: "Es tan vital este principio (de la irrenunciabilidad de los derechos) para la aplicación práctica de la legislación laboral, que además de su formulación por la dogmática científica y de su sanción por la jurisprudencia, se ha ˹econocido explícitamente por la ley... Podrá estimarse que ello es un acierto; sin embargo, a veces se correrá el riesgo *de* degradar el rango de aquél principio. Deberá el jurista valorarlo más por su categoría de principio general o peculiar del derecho del trabajo que por mantenerlo como un precepto ordinario de una ley cualquiera" *(Curso de derecho del trabajo,* Madrid, 1948, p. 869).

Quien ha expuesto una de las posiciones más radicales en este sentido ha sido de la Cueva[135], quien incluye todo el derecho del trabajo dentro del *jus cogens:*

"Fácilmente se comprende —dice el ilustre maestro mexicano— la inclusión del derecho del trabajo en el derecho imperativo. La existencia de las relaciones entre el capital y el trabajo no depende de la voluntad de trabajadores y patrones, sino que tiene un carácter de necesidad. El liberalismo estimó que su regulación debía dejarse a la voluntad de cada trabajador y patrono, y por eso consignó en el Código Napoleón el principio de la autonomía de la voluntad. La injusticia y desigualdad social que produjo esta pretendida autonomía de la voluntad hicieron que el Estado interviniera para garantizar a los trabajadores un mínimo de vida.

"Así se inició la trasformación del derecho del trabajo, *jus dispositivum* en el Código Napoleón, al derecho del trabajo como *jus cogens, y* con el trascurrir del tiempo, al elevarse a mínimo de garantías sociales, se completó su trasformación, pues las garantías tanto las individuales que las sociales tienen como función esencial asegurar la intervención del Estado para que en toda relación jurídica se respeten sus imperativos. De donde se deduce que el Estado debe intervenir en cada relación de trabajo, como interviene respecto de la garantía de libertad personal, para imponer a los patronos, coactivamente si fuere necesario, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las garantías sociales.

"El derecho del trabajo, como derecho imperativo y garantía constitucional; al regular las relaciones entre el capital y el trabajo, se dirige, por una parte, a cada patrón y a cada trabajador, en ocasión de las relaciones que establezcan y, por otra, al Estado en cuanto le obliga a vigilar que las relaciones se formen y gobiernen por los principios contenidos en la ley y en las normas que le son supletorias.

"Sin este carácter imperativo que se manifiesta en esa doble dirección de la norma, no sería el derecho del trabajo un mínimo de garantías ni llenaría su función; pues si la idea -de garantía, sea individual o social, hace referencia a aquellas normas cuya observancia se considera esencial para la realización de

[135] Mario DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo,* México, D.F., 1943, p. 222.

la justicia; dejarlas encomendadas a la voluntad de trabajadores y patronos equivale a destruír su concepto, como principio de cuya observancia está encargado el Estado".

De Ferrari[136] sostiene una posición muy similar al afirmar que "el Estado da a ciertas normas carácter imperativo y las impone empleando eventualmente la coacción. Ningún sistema jurídico subsistiría si no se basara en este poder. De otra manera, las normas de derecho pasarían a la categoria de preceptos mora-les o de convencionalismos sociales.

"Las reglas del derecho del trabajo tienen, en general, carácter imperativo e irrenunciable. El Estado da a ciertas normas carácter imperativo y concede Un poder de vigencia inderogable por las partes, en virtud de distintas razones. En el caso de las leyes del trabajo, la imperatividad se basa en el interés y la necesidad de organizar la economía, de preservar la especie, y, en otros casos, en la necesidad de proteger á los económicamente débiles.

"Puede decirse que, en general, todas o casi todas las normas que forman parte del derecho del trabajo son normas de orden público y que las relaciones del trabajo, sujetas originariamente a un *jus dispositivum* se encuentran sometidas, en nuestros dias, a un *jus cogens".*

Borrajo[137] arranca del carácter tutelar de las normas laborales para afirmar que ellas tienen el carácter de obligatorias en cuanto imponen condiciones mínimas al nivel que el Estado considera como ajustado a las exigencias de la personalidad del trabajador, a las posibilidades de la rama o de la empresa, etc. La consecuencia es obvia: los beneficios establecidos en tales normas son irrenunciables en cuanto la renuncia se entiende come dejación de un derecho sin compensación.

La obligatoriedad de las normas jurídico-laborales lleva a la, irrenunciabilidad de beneficios y, con ella, a la excepción sistemática de la teoría de los actos propios.

Una de las muestras de la especialidad del derecho laboral frente al derecho común es que en ei derecho laboral la excepción se ha hecho regla y la renuncia aparece come lesiva del interés que la norma quiere regular.

[136] Francisco DE FERRARI, *Derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1968, t. I, p. 267.

[137] Efren BORRAJO DACRUZ, *Introducción al derecho español del trabajo,* Madrid, 1969, p. 191.

Gottschalk[138], en un profundo estudio dedicado al tema, parte del mismo supuesto: la división entre el *jus cogens* y el *jus dispositivum*, que define en la siguiente forma: es derecho imperativo cuando el orden jurídico no confiere al sujeto de derecho la facultad de reglamentar libremente sus relaciones jurídicas, sino que determina su conducta de modo absoluto, soberano, incondicional. Es derecho dispositivo, cuando el propio orden jurídico delega a los sujetos de derecho el poder de formular su propia norma de conducta, condicionando la obligatoriedad de la norma legal al no uso de esa facultad.

Pero considera que no se justifica la generalización con que de la Cueva atribuye sumariamente en su totalidad el derecho del trabajo al *jus cogens.*

No se puede caracterizar el derecho del trabajo como derecho imperativo sin afirmar concomitantemente la más completa eliminación de la voluntad privada como fuerza jurídicamente relevante en la elaboración normativa de las relaciones jurídicas disciplinadas por él.

No hay quien sostenga tal absurdo. Si el derecho del trabajo busca proteger la personalidad humana, obvia es la imposibilidad de suprimir la libre manifestación de una de las cualidades supremas de esta personalidad: su voluntad.

La verdad parece paradójica: invócase el carácter imperativo del derecho del trabajo precisamente para garantir la libertad de esta voluntad. No esa "libertad formal" como la proclamó un individualismo mal entendido, y sí la "libertad real" que consiste en la "igualdad económica entre los factores capital y trabajo", concluyendo de allí que "el derecho del trabajo no es, en síntesis, un límite a la libertad de contratación sino a la libertad de explotar el factor trabajo y constituye, a la inversa, la posibilidad de que exista una real libertad de contratación".

Surge, sin embargo, una distinción esencial y de suma importancia en el campo del derecho del trabajo: existen en él normas imperativas que no excluyen la voluntad privada pero la rodean de garantías para asegurar su libre formación y manifestación, valorizándola como expresión de la propia personalidad humana.

[138] Egon Felix GOTTSCHALK, *Norma pública e privada no direito do trabalho,* São Paulo, 1944, p. 192.

Señala que el derecho del Trabajo no es, en el fondo, un derecho obligacional Es, antes que nada, derecho entre personas, distinguiéndose, sin embargo, del derecho de familia por el grado de intensidad de las relaciones personales, así como por la temporariedad y precariedad de los lazos personales.

Un derecho que esencialmente disciplina la conducta humana en su función creadora de valores, que es la expresión de la responsabilidad social y de la Colaboración para un fin común no puede excluir de su campo la manifestación de la voluntad privada, sino, por el contrario, trazarle los límites que le permitan el cumplimiento de su misión.

52. Carácter de orden público.- Varios autores desprenden este principio del *carácter de orden público* que tendrían las normas laborales.

A este respecto, conviene precisar que esta afirmación de que las normas laborales son de orden público no significa afirmar que integran el derecho público. Una cosa es la distinción entre derecho público y derecho privado y la adecuada ubicación del derecho laboral dentro de esa clasificación tradicional, y otra, muy diferente, es afirmar que las normas laborales son de orden público. Esta afirmación sólo significa que el Estado ha considerado que debe excluirse la posibilidad de que las partes acuerden por decisión propia, regular su conducta de manera distinta de como estableció el legislador. Pero la norma de orden público, tanto puede pertenecer al derecho público como aI derecho privado. Pongamos un ejemplo bien ilustrativo: el derecho de familia forma parte del derecho civil y, por tanto, integra el derecho privado ; sin embargo, todas o casi todas sus disposiciones son de orden público, en cuanto los interesados no pueden regular sus relaciones jurídicas de manera distinta de como las estableció el legislador.

La noción de orden púbico ha sido muy bien definida por los autores brasileños. Según Clovis Bevilaqua, "leyes de orden público son aquellas que en un Estado establecen los principios cuya conservación se considera indispensable a la organización de la vida social, según los preceptos del derecho"[139]. Evaristo de Moraes Filho afirma:

[139] Clovis BEVILAQUA, *Direito internacional privado,* 3ª ed, 1938, p. 108.

"Orden público significa lo que no puede ser derogado, renunciado, por simple manifestación de voluntad de los particulares. Es aquello que el Estado juzga imprescindible y esencial para la supervivencia de la propia sociedad, el bien común, la utilidad general. Siempre, en todos los tiempos, una cierta porción de actos humanos han sido tenidos como necesarios y obligatorios para ese desiderátum"[140] En el *Diccionario jurídico Omeba* figura esta acertada definición propuesta. por Juan Carlos Smith : "conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras".

Debemos precisar también que en general los autores que parten del concepto de orden público no efectúan ningún distingo con relación a las normas imperativas, salvo Ferro, que propone esta distinción —aun advirtiendo que es poco admitida por la doctrina— para demostrar que existen normas imperativas que producen efectos distintos que las otras[141].

En general, se utilizan como sinónimos, sin perjuicio de las precisiones que puedan efectuarse luego, respecto del distinto grado de intensidad de su carácter obligatorio e irrenunciable, al que nos referiremos posteriormente.

Podemos citar como ejemplo de ello, dentro de nuestra disciplina, a Rafael Caldera, quien al enumerar las características del derecho del trabajo, menciona: 2) "El carácter imperativo de sus disposiciones, que las vincula directamente al orden público y las hace privar netamente sobre las estipulaciones contractuales". Y luego, al referirse concretamente al principio que estamos estudiando, expresa: "Al decir que las leyes del trabajo son de orden público, o tienen carácter imperativo, está dicho que ellas tienen carácter de irrenunciabilidad"[142].

Puede también mencionarse en este grupo, además del ilustre venezolano, a Cabanellas, quien afirma enfáticamente: "El principio de la irrenunciabilidad de los derechos deriva del carácter de orden público

[140] Evaristo DE MORAES FILHO, A natureza *juridica do direito* do *trabalho,* 1954, p. 100.

[141] Horacio FERRO, La *renuncia y la* prescripción en *el derecho del* trabajo, en la revista "Derecho del Trabajo", 1950, p. 451.

[142] Rafael CALDERA, *Derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1960, p. 190.

que tienen las disposiciones de derecho laboral"[143].

Es ésta, por otra parte, una idea muy difundida en el derecho francés, como lo demuestran estos dos expresivos ejemplos.

Durand y Jaussaud expresan: "Las reglas del derecho del trabajo son objeto de sanciones rigurosas. Este derecho está marcado por el signo del orden público. La mayor parte de las reglas que contiene no pueden ser descartadas por contratos individuales ni siquiera por convenios colectivos. La legislación social tiene por fin asegurar la protección de los débiles y de mantener la paz social no se concebiría que la voluntad privada pudiera destruír las previsiones legales"[144]. Veinticinco años después, Camerlynck y Lyon-Caen exponen sustancialmente la misma idea: "El derecho del trabajo se presenta como una serie de prescripciones de carácter imperativo, marcadas con el signo del orden público social, constituyendo en provecho de los trabajadores un mínimo intangible al cual la negociación puede agregar pero no retacear ni achicar"[145].

En una de las más recientes monografías sobre el tema, el autor español Ojeda Avilés trae una explicación de los fundamentos de la irrenunciabilidad, que constituye una forma peculiar de presentar esta misma posición, aunque preferentemente referida al derecho positivo español y más concretamente al art. 36 de la ley de contrato de trabajo de 1944, que reproduce una idéntica de la ley de 1931.

"La causa directa e inmediata de la proscripción de renuncias se encuentra en la necesidad de proteger el ordenamiento del trabajo de los fraudes a la ley: el art. 36 constituye ni más ni me' nos que un mecanismo defensivo de la normativa laboral trente al fraude: lo que fundamentalmente se .contempla en él no es el interés del trabajador, sino el conjunto de normas que se dirigen a salvaguardar ese interés". "La actuación del ordenamiento laboral que protege al trabajador, quedaría gravemente comprometida si se permitiera a éstos renunciar a los derechos establecidos en su favor". "Las soluciones para evitar estos atentados contra el orden público son dos: o bien establecer en cada caso

[143] Guillermo CABANELLAS, Introducción *al derecho laboral,* Buenos Aires, 1960, t. I, p. 565.

[144] Paul DURAND y R. JAUSSAUD, *Traité de droit* du travail, Paris, 1947, t. I, p. 248.

[145] G. H. CAMERLYNCK y Gérard LYON-CAEN, *Droit du travail,* Paris, 1972, p. 33.

qué supuestos renunciativos quedan anulados por defraudar el interés legal, o bien, por el contrario, implantar una cláusula general anulatoria por la que toda renuncia viene declarada inválida *a priori,* sin entrar en la intencionalidad de las partes o en el efecto más o menos dañoso que ella pueda provocar. Esta última solución es la recomendable cuando se observa una alta peligrosidad en la renuncia, y es ésta Ia situación en lo referente a las que efectúa el trabajador".

Este principio es "un puntal que defiende el derecho del trabajo de las resquebrajaduras de la renuncia, una envoltura protectora que evita el que la solidez de aquél, degenere, se licue y se disuelva. El principio de irrenunciabilidad constituye en el derecho social, nos dice Menéndez Pidal, una «limitación del *ius dispositivum*» ; bien para evitar su abuso, o bien para que no se pueda evadir el cumplimiento de esta legislación, tanto en beneficio del sujeto del derecho social digno de protección, como para evitar que de forma indirecta puedan anularse los fines de la política social perseguida, lo que, en definitiva, trasciende de lo individual al campo del bien común". "En definitiva lo que implanta la norma del art. 36 es un mecanismo defensor del orden público laboral contra los fraudes a la ley".

"El intento de llevar una mayor justicia al *status* del trabajador queda incumplido y burlado por el procedimiento de la renuncia sistemática de éste; era necesario poner un coto a esta clase de actividad negocial, y la solución fue tajante: la nulidad de toda dejación de los beneficios «legales» del trabajador. Y esta defensa del orden público laboral frente a los embates del fraude será actuada en multitud de ocasiones contra la voluntad del empleado, del asalariado, porque lo que sustancialmente se mira no es a esta voluntad más o menos viciada, a veces absolutamente convencida de que lo que más le conviene es justamente renunciar, sino a la incolumidad del ordenamiento sobre el trabajo, erosionada de una manera indirecta por la renuncia"[146].

53. Limitación a la autonomía de la voluntad. — Otros autores ponen especial acento en destacar lo que significa este principio como

[146] Antonio OJEDA AVILÉS, *La renuncia de derechos del trabajador,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, ps. 119 *y ss.*

limitación a la autonomía de la voluntad: lo presentan justamente como expresión y consecuencia de esa limitación a la 'autonomía de la voluntad propia de nuestra disciplina.

Es así que Krotoschin[147], partiendo del carácter forzoso de las normas del derecho del trabajo —en cuanto derecho de subordinación (derecho público) , las normas del derecho del trabajo son forzosas en principio, en el mismo grado que con generalidad el derecho público tiene carácter forzoso ; y en cuanto derecho de coordinación (derecho privado) , las normas del derecho del trabajo son con preferencia del orden público, por trascender estas normas el interés puramente individual y ser inseparable del interés 'social—, afirma qué ese carácter forzoso importa establecer la primacía de la voluntad colectiva sobre la voluntad

Se plantea aquí la cuestión de saber en qué consiste la libertad de los individuos frente a las normas forzosas de las que el derecho del trabajo se compone en su mayor parte. Esta libertad se reduce a entrar o no en relación con aquellas normas (celebrar o no el contrato de trabajo, por ejemplo). Si las partes se deciden en el sentido de relacionarse, su libertad termina muchas veces en este mismo momento y todo el resto es una consecuencia ineludible. Para conocer los derechos y los deberes de las partes en este caso, es suficiente, en general, mirar la ley, y no hace falta escudriñar también la voluntad de los individuos con respecto a aquéllos.

La restricción de la autonomía de la voluntad que se infiere de ello aleja al derecho del trabajo del derecho clásico común, pero difícilmente redunda en un menosprecio de la personalidad ni acaba definitivamente con aquella autonomía.

La autonomía de la voluntad, como tal, no está en juego sino que se trata de evitar *su* abuso. A tal efecto, en algunos sectores de la vida social, el legislador ha trasplantado la autonomía de la voluntad del terreno individual al terreno colectivo. Hoy en día, las organizaciones del trabajo son las "personas" que en primer término gozan de esta autonomía plenamente, mientras que los individuos sólo disfrutan de ella en la medida en que el goce parece compatible con el interés social.

[147] Ernesto KROTOSCHIN, *Instituciones de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 15.

Por su parte, Ferro[148] expresa: "Sabido es que en el derecho del trabajo es donde el principio de la autonomía de la voluntad, que en una época reinó con esplendor en el campo de los contratos, sufrió mayores restricciones".

Uno de los medios que se utilizó para lograr ese resultado ha consistido en disponer la irrenunciabilidad de los derechos consagrados con miras de proteger al trabajador.

Esta limitación al poder de disponer de sus derechos, que rige con respecto al trabajador, es de toda lógica para ser coherente con el propósito tutelar que lo inspira.

Alonso García expresa: "Las limitaciones a la autonomía privada tienen, pues, en el plano jurídico-laboral un significado evidente : representan el restablecimiento necesario de los supuestos iniciales sobre los cuales hay que levantar la posibilidad dogmática del contrato, esto es, el principio de la igualdad de las partes. Porque es entonces, y únicamente entonces, cuando puede exigirse el respeto mutuo de una parte a las condiciones aceptadas por ella misma".

"La autonomía privada encuentra el fundamento a sus limitaciones en la misma composición del orden social, en la naturaleza de la sociedad y de los valores, donde impera una necesaria sumisión de la voluntad autónoma a los dictámenes de los intereses superiores, constitutivos -de la comunidad y de su existencia, indispensables para poder ordenar debidamente la realidad social a través de medios jurídicos. Las relaciones laborales son relaciones que trascienden la esfera individual de aquellos que actúan como sujetos de ellas para interesar a la sociedad en general y determinar, en no pequeño grado, una clara repercusión. Podríamos decir que, en ese sentido, las relaciones jurídico-laborales —contractuales o no— importan al bien común, fijan los límites de su vigencia en función y dependencia de un interés de la sociedad"[149].

Alcione Niederauer Correa expresa: "Si es verdad que la libertad jurídica pertenece ontológicamente al hombre, no es menos cierto que el uso de esa libertad ha de ser limitado por los intereses de otros hombres y de la propia organización social.

[148] Horacio D. J. FERRO, La renuncia y *lo* prescripción en *derecho del trabajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1950, p. 449.

[149] Manuel ALONSO GARCÍA, *La autonomía de la voluntad en el contrato* de *trabajo,* Barcelona, 1958, p. 93.

Y, por otra parte, es en la limitación de la autonomía de la voluntad que se construyen los pilares más poderosos de la garantía de la libertad para todos los que viven en mutuas relaciones de dependencia en la vida social. Es en la limitación de la autonomía de la voluntad que el Estado encuentra el remedio mayor para proteger el trabajo y, por consecuencia, la libertad y la dignidad de su prestador"[150].

En el Uruguay, Sarthou[151] explica que la relación autonomía-heteronomía se invierte en el derecho del trabajo en relación al derecho común. En el derecho común, la autonomía es la regla y la heteronomía es la excepción. En el derecho del trabajo la regla es la reglamentación heterónoma y la excepción el acuerdo autónomo.

Esta nota de excepcionalidad de la autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo puede ser en un derecho positivo más clara que en otros. Pero, sin duda, en el orden tendencial hacia el futuro, el principio de protección será cada vez más intenso, y, en consecuencia, más limitada la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad tiene limitaciones específicas, propias del derecho del trabajo. Como es lógico, las limitaciones generales del derecho civil son aplicadas al derecho del trabajo, en tanto que la voluntad de las partes no puede por el contrato de trabajo, el convenio colectivo o por el pacto del seguro privado, vulnerar las buenas costumbres, las bases de orden público del Estado o las normas prohibitivas expresas que tienden a proteger situaciones de derechos especiales. Pero el derecho del trabajo —aportando otro fundamento más para el reconocimiento de su especialidad o autonomía— impone restricciones y limitaciones para la defensa de valores y bienes jurídicos que le son propios.

Y el primer ejemplo que menciona es justamente la irrenunciabilidad de los derechos. La ampliación del campo de la irrenunciabilidad más allá de la protección del orden público y las normas prohibitivas, para la defensa del trabajo higiénico, del salario suficiente, de la libertad sindical y otros derechos esenciales del trabajador, es la primera restricción específica del derecho del trabajo a

[150] Alcione NIEDERÅUER CORREA, A *desistencia no proceso* do trabalho, en Ementario de Jurisprudencia n° 7 del Tribunal Regional do Trabalho da Regiåo, Porto Alegre, 1974, p. 15. 1

[151] Helios SARTHOU, *Aspectos de la autonomía de la voluntad en el derecho del* trabajo, en la revista "Derecho Laboral", t. XV, p. 367.

la autonomía de voluntad de los eventuales contratantes.

54. Presunto vicio del consentimiento.- Las cuatro posiciones que hemos reseñado hasta ahora, tienen, como ya lo hemos expuesto, gran afinidad entre sí, hasta el extremo de que no siempre es fácil distinguirlas, porque los puntos que hemos tomado para caracterizarlas no son excluyentes, ni mucho menos antagónicos, sino, en cierto modo, complementarios. Tanto es así que muchos autores invocan simultáneamente varias de las motivaciones que hemos considerado como caracterizantes.

Por otra parte, todos ellos parten de la naturaleza propia del derecho del trabajo, así como de la significación que tiene éste para el Estado, recalcando o enfocando aspectos distintos de una misma realidad.

En cambio, hay otro tipo de fundamentación que difiere sustancialmente de las anteriores porque no parte de la índole de las normas ni de su importancia social, sino de la situación de las partes en el plano psicológico. Es la que funda la irrenunciabilidad en los *vicios de consentimiento presuntos* o reales que invalidarían la renuncia del trabajador.

A esa fundamentación se refiere Alonso García, cuando afirma que no pocos autores creen que el principio de irrenunciabilidad deriva de la aplicación al ordenamiento jurídico laboral de la doctrina sobre los vicios del consentimiento, entendiéndose en su virtud que el trabajador que renuncia lo hace por ignorancia o error que vicia aquél[152].

De la Villa participa de esta fundamentación al decir que se intenta encontrar el fundamento de la irrenunciabilidad de los derechos, que las leyes laborales conceden, en la propia esencia del derecho del trabajo como derecho protector: ". . . la prohibición de la renuncia ha de conectarse así al propio hecho de la subordinación, estimando que en tales circunstancias la renuncia puede no ser un acto libre. Se parte de la presunción de que el trabajador que renuncia a los beneficios legales actúa por falta de libertad, forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social"[153]. No obstante ello, debe puntualizarse que este autor considera erróneo un

[152] Manuel ALONSO GARCÍA, *Derecho del trabajo*, Barcelona, 1960, p. 258.

[153] Ob. cit., p. 25.

tratamiento unitario de la renuncia de los derechos laborales, entendiendo que por lo menos, deben distinguirse tres ámbitos : a) en el marco del contrato de trabajo ; *b)* en das relaciones colectivas ; *c)* en el ordenamiento de la seguridad social.

También alude a esta fundamentación Peretti Griva cuando reseña la evolución operada en el !derecho italiano en materia de transacciones y renuncias[154].

El art. 17 de la ley italiana; sobre empleo privado del 13 de noviembre de 1924 establece: "Las disposiciones del presente decreto serán observadas a pesar; de cualquier pacto en contra rio, salvo el caso de convenciones especiales o de usos más favorables para el empleado y salvo el caso de qué el presente decreto autorice expresamente su derogación consensual".

La Corte de Casación había atribuído a esta disposición un alcance limitado. Entendía que esa disposición había sido determinada únicamente por la consideración de que el empleado, por su posición subordinada y la presión de su inferior condición patrimonial no estaba en condiciones de manifestar un consentimiento válido cuando se tratare de adherirse a un tratamiento menos ventajoso del que la ley había querido asegurarle. En consecuencia, había declarados la nulidad de las renuncias y transacciones producidas durante el contrato de trabajo, pero había reconocido la validez de las renuncias y transacciones posteriores a la cesación de la relación, puesto que no existiendo más ni el vínculo de la subordinación ni el temor de las perjudiciales consecuencias patrimoniales derivantes de la resolución de la relación, la voluntad del empleado podía manifestarse con todas las garantías de la libertad.

Recuerda Peretti Griva su oposición constante a esa interpretación porque la ley no había hecho distinción alguna entre la vigencia de la relación y su cese: había impuesto la observancia del tratamiento más favorable, atribuyendo a esta prescripción el carácter de orden público por considerar ineficaz para eludirla, la misma adhesión del protegido. Y, sobre todo, porque se olvidaba el presupuesto ideológico del art. 17, que era no sólo contemplar el interés patrimonial privado del empleado, sino

[154] Domenico Riccardo PERETTI, *Transacciones y renuncias en las relaciones de trabajo subordinado según el nuevo Código Civil italiano,* en revista "Derecho del Trabajo", 194'4 p. 49.

asegurar una disciplina social. Aceptando la validez de las renuncias y transacciones posteriores a la relación de trabajo, se da a las partes el medio para eludir aquellas normas de orden público. La consideración de que el empleado no expresase su auténtica voluntad puede haber operado como un motivo concurrente y no principal.

Con posterioridad, se aprobó el nuevo Código Civil italiano, cuyo art. 2113 establece: "Las renuncias y transacciones que tienen por objeto derechos del prestador de obra derivantes de disposiciones inderogables de la ley o de normas corporativas, no son válidas. La impugnación debe ser propuesta, bajo pena de caducidad, dentro de los tres meses de la cesación de la relación y de la fecha de la renuncia o de la transacción, si éstas han sido realizadas después de la cesación misma".

El artículo resuelve acertadamente el problema, pero el informe del ministro de Justicia vuelve a incurrir en un fundamento erróneo, ligado con los vicios del consentimiento: "Ante todo el artículo no hace distinción entre renuncias y transacciones por considerar que, en ambos casos, el trabajador presta su conformidad en condiciones de aminorada libertad de voluntad por el temor (es inútil decir si fundado o no) de un despido por la necesidad económica en que se encuentra. Esta doble razón de la tutela legislativa lleva a no distinguir entre renuncias y transacciones hechas con anterioridad o después de Ia cesación de la relación. En este segundo tiempo, si no obra más el temor del despido, influye para determinar el consentimiento, la normal imposibilidad de esperar el resultado de una controversia judicial, que constriñe al trabajador a transacciones desastrosas para conseguir la ventaja de un cobro seguro e inmediato".

Observa Peretti Griva que a pesar de haberse extendido expresamente la posibilidad de impugnación a las transacciones y renuncias posteriores a la terminación de la relación, en lugar de ponerse en evidencia el único título ortodoxo que imponía tal extensión —es decir, la inderogabilidad de las normas no susceptibles de renuncia o transacción—, se ha recurrido a invocar una razón práctica de presumible vicio del consentimiento aun para las contrataciones posteriores a la resolución de la relación.

Concluye el ilustre autor italiano señalando que no se trata de una mera disquisición abstracta, sino de un planteo jurídico del que *surgen* consecuencias importantes. Una de ellas es que cuando las

renuncias o transacciones se refieren a derechos inderogables, no es necesaria la demostración de la existencia de un vicio del consentimiento, sino que basta la naturaleza inderogable del derecho transigido o renunciado. Para compensar esta facilitación probatoria del trabajador se ha fijado para la impugnación, un plazo breve de caducidad. A los efectos de que esto no derive en un perjuicio para el trabajador, debe entenderse que cuando hay un auténtico vicio del consentimiento, él puede invocarse y probarse en cualquier momento sin necesidad de atenerse a este plazo.

55. Alcance preciso de la irrenunciabilidad. — Ligada con lo anterior surge la cuestión del alcance preciso de la irrenunciabilidad.

Ya hemos visto que sólo de la Cueva, y en forma menos rotunda, De Ferrari, sostienen que la totalidad de las normas laborales son irrenunciables.

Los demás laboralistas suelen utilizar expresiones más imprecisas, como "la mayoría de las normas" o "la generalidad de las normas" o "buena parte de las normas" o "casi todas Ias normas" o "en principio" o términos equivalentes.

Y algunos autores llegan a efectuar una clasificación de las normas, distinguiendo no sólo entre las irrenunciables y las que no lo son, sino marcando distintos grados de irrenunciabilidad, que se traducen en diferentes efectos en caso de violación de la prohibición y en distintas formas de poder superar esta prohibición.

Esto nos lleva a efectuar una clasificación de todas las normas laborales según su distinto grado de intensidad, lo cual repercute naturalmente sobre este aspecto, evidenciando lo que algún autor ha llamado la relatividad del orden público en materia laboral.

Barassi[155], por ejemplo, empieza por distinguir entre leyes categóricas y leyes dispositivas. Las primeras son las inderog[a]bles, consideradas de orden público porque no pueden ser suplidas por la voluntad de los interesados. Las segundas son aquellas que por ser derogables pueden ser sustituidas por la voluntad establecida por los interesados. La inderogabilidad presupone, entonces, que el fin de la

[155] Ludovico BARASSI, *Tratado de derecho del trabajo* (versión castellana), Buenos Aires, 1953, t. I, p. 104.

norma sea la protección de un interés no exclusivo de uno de los contrayentes ; es decir, de un interés colectivo o de tal importancia que sustraiga al contratante protegido —el trabajador— del riesgo de verse sometido, en la estipulación del contrato, a una fuerte presión del empresario en sentido derogatorio.

Pero lo más interesante es que clasifica las normas legales categóricas en:

a) Rígidamente categóricas. Con ellas el legislador ha querido imponer su voluntad, excluyendo, por la importancia de las normas dictadas, que la voluntad de los sometidos a su observancia puedan derogarlas, ni siquiera por disposiciones intersindicales. Ni el contrato individual ni el convenio, colectivo pueden derogarlas.

b) Limitadamente categóricas. Cuando sólo la voluntad intersindical, y no la voluntad individual, es capaz de derogarlas, aun en perjuicio del trabajador.

Gottschalk[156], coherentemente con su posición, según la cual existen normas imperativas que no excluyen la voluntad privada, sino que *se* proponen garantizar su libre formación y manifestación, valorizándola como expresión de la propia personalidad humana, expresa que el derecho del trabajo procura limitar doblemente la voluntad privada: una vez para tutelar la persona humana contra los riesgos que corre su integridad física o moral en el ejercicio de su fuerza de trabajo (tutela del trabajo, derechos asistenciales) ; otras veces contra la explotación de su inferioridad económica (protección del salario, restricción al derecho de rescindir el contrato individual de trabajo, condena del abuso de derecho en sus múltiples formas).

Ambas limitaciones importan derecho imperativo. Entretanto, según su fin, los efectos jurídicos de su inobservancia son bien diferentes.

Una norma cuyo objetivo es la prevención de accidentes de trabajo o que prohíbe al menor el trabajo nocivo para su salud no puede ser modificada o derogada por la voluntad de las partes del contrato individual de trabajo. La trasgresión de la norma no torna' nulo el contrato, pero el infractor responde por la indemnización, además de las sanciones de orden administrativo o penal.

[156] Ob. cit., p. 199.

Las normas que buscan primordialmente eliminar la prepotencia económica o jerárquica de a voluntad del empleador —desigualdad *de facto* presumida durante la vigencia de la relación de trabajo, oriunda del contrato individual de trabajo— no impiden una manifestación contraria de la voluntad de las partes contratantes, si esta voluntad se forma y declara en circunstancias y por actos inequívocos de libert[a]d y equivalencia de las dos voluntades concurrentes.

Pero aun en esta hipótesis, puede depender la validez jurídica del acto de lá naturaleza del bien protegido, el cual no es siempre sólo la voluntad real (equivalencia jurídico-social y no solamente jurídico-formal) de la voluntad de la parte económicamente más débil o jerárquicamente subordinada, sino un bien jurídico, retirado de la disponibilidad de su propio titular en interés de terceros o de la colectividad[157].

Durand y Jaussaud[158], refiriéndose al conflicto de las leyes en el tiempo y más particularmente a la aplicación inmediata de las normas laborales, exponen que el orden público puede tener diversos grados de exigencia.. Si es particularmente exigente, debe aplicarse de inmediato, incluso a los contratos de trabajo en curso. Pero, otras veces, el orden público no es tan imperioso, admitiendo que los contratos de trabajo en curso se sigan rigiendo por el derecho anterior, reservando la nueva ley para aplicarla a los contratos de trabajo posteriores. Sería inexacto sostener que todas las normas laborales son de aplicación inmediata porque todas interesan de igual modo al orden público.

Ferro[159] opina que la mayor parte de las normas que integran el derecho del trabajo no son renunciables porque afecten el orden público o porque éste sea derecho imperativo, sino que mediante su calificación de "orden público" o su sanción con carácter imperativo, se sustrae del campo de la autonomía de la voluntad la regulación de algunos de los negocios jurídicos que a él se refieren, con el fin de protege la persona humana, la libertad real, el interés de terceros o el de la colectividad.

[157] César LANFRANCHI hace suya esta distinción que recoge íntegramente en una nota de jurisprudencia publicada con el título La *noción de orden público en derecho del* trabajo, en la revista "Derecho del Trabajo", 1960, p. 161.

[158] Ob. cit., p. 198.

[159] Ob. cit., p. 453.

Cree que es importante tener en cuenta el fin perseguido porque no obstante ser siempre imperativas las leyes en sentido genérico, en unos casos lo son más que en otros.

Y especifica ejemplos de normas que persiguen los distintos fines, tomándolos naturalmente del derecho argentino vigente en el momento de publicar su estudio.

Los expondremos en el mismo orden que los cita, que coincide casi exactamente con el de la enumeración inicial (el único desajuste coincide en que el primer ejemplo corresponde a la segunda referencia y viceversa), limitándonos nosotros a subrayar la frase en que se indica el fin perseguido.

El carácter imperativo de una ley no tiene, a menudo, otra utilidad que *asegurar la protección de voluntades presumidas demasiado débiles*. El legislador prohíbe ciertas derogaciones por creer que no son libremente consentidas. Las normas que se sancionan con esa finalidad son las que persiguen proteger la libertad real y que se traducen en medid[a]s tutelares en lo patrimonial (v. gr., la ley 11.728 en cuanto no tolera el llamado *"truck sistem").*

La *persona* humana se tiene en mira con las normas que Barassi denomina "protectoras"; tales son las que se encuentran en las leyes sobre higiene y seguridad (descanso, leyes que se refieren al trabajo de mujeres y menores, prevención de accidentes, etc.).

Entre las que tiene en cuenta el *interés de terceros,* puede citarse el art. 19, Inc. 4, del Código Penal y disposiciones similares de las leyes jubilatorias, en cuanto la falta cometida por el titular del derecho no alcanza a los familiares.

Las normas que persiguen mantener la plena ocupación o crear fuentes de trabajo, como las que imponen a los empleadores la obligación de ocupar determinado número de trabajadores nacionales, mutilados por accidentes o de la guerra, pueden señalarse como ejemplos de normas que contemplan el *interés de la colectividad.*

No todas las leyes a que se ha hecho referencia quedan fuera de la disposición de los particulares; las que tienden a lograr la libertad real pueden ser modificadas cuando la voluntad se expresa en circunstancias y actos inequívocos de libertad y equivalencia de ambas voluntades concurrentes, según la frase de Gottschalk. Éstas son las leyes imperativas que producen efectos especiales. Por ello es que cuando la libertad real existe, entra a jugar nuevamente el principio de la

autonomía de la voluntad, *y* como corolario de esta conclusión es que se admite que la convención colectiva puede modificar la ley.

Deveali[160], a su vez, desarrollando un criterio expuesto por Alfredo Orgaz en el sentido de la "suma elasticidad e imprecisión" del concepto de orden público, afirma que la inderogabilidad de las normas tuitivas del derecho del trabajo es una consecuencia de la *ratio legis,* ya que "las mismas razones que justifican la norma, imponen el carácter inderogable de la misma". La inderogabilidad atañe al contenido de la norma y por consiguiente "debe ser admitida aun en el caso de no haber sido expresamente declarada por el texto legal; análogamente, en el caso de existir una disposición expresa en tal sentido -que proclame la inderogabilidad o el carácter de orden público de un texto legal-, tal declaración debe ser interpretada y aplicada de acuerdo con la naturaleza de la ley y dentro de los límites propios de cada ordenamiento jurídico".

PROBLEMAS

56. Problemas que plantea. — Pasaremos ahora a examinar los problemas que plantea la irrenunciabilidad, algunos de los cuales ya han ido surgiendo a lo largo de la exposición que venimos efectuando.

Los iremos exponiendo sucesivamente sin que el orden seguido obedezca a ningún criterio de importancia recíproca ni necesariamente de vinculación lógica entre sí.

57. Primer problema.— ¿Cuáles son las normas realmente irrenunciables? -- El primer problema derivado del carácter no absoluto ni general de la irrenunciabilidad que acabamos de exponer, consiste en determinar cuáles son las normas realmente irrenunciables.

Deveali sostiene que algunas veces surge de su contenido, ya sea en forma explícita o implícita. Otras veces surge de la *ratio legis,* es decir, de la finalidad perseguida por la normal".

[160] Mario DEVEALI, *Lineamientos del derecho del trabajo,* 3ª ed., Buenos Aires, ps. 382-383.

[161] Mario L. DEVEALI, *Orden público e inderogabilidad de las normas laborales,* en la revista argentina "Derecho del Trabajo", 1957, p. 355.

La forma explícita es la más sencilla: se produce cuando se estipula expresamente el carácter inderogable o de orden público de la norma. No se requieren, al respecto, términos sacramentales, ya que igual significado tiene una prohibición expresa de renunciar o la declaración de nulidad de todo acuerdo que tienda a establecer una solución distinta de la estipulada por el legislador.

Parecería ser ésta la fórmula más recomendable por su claridad; pero, sin embargo, es muy poco aplicada. Incluso, algunas veces, ese mismo carácter excepcional de su utilización provoca problemas como consecuencia de la posibilidad de invocar el argumento *a contrario sensu* respecto de todas las otras normas que no quedan alcanzadas por esa declaración.

En el derecho uruguayo podemos citar tan sólo el art. 10 de la ley 10.004, del 28 de febrero de 1941, sobre accidentes de trabajo ("Todo contrato, acuerdo o renuncia que tenga por objeto descargar al patrono de las obligaciones y responsabilidades que le impone esta ley, o que sea derogatorio de las disposiciones de la misma, es absolutamente nulo"); el. art. 15 de la ley 12.590, del 23 de diciembre de 1958, sobre vacaciones anuales ("El derecho a gozar de la licencia establecido por esta ley, no podrá ser objeto de renuncia, y será nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho, o su compensación en dinero, fuera de los casos previstos por la mora") ; y el art. 8 de la ley 13.720, del 16 de diciembre de 1968, que crea la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos ("Esta ley es de orden público. . .") . Y como ejemplo del efecto contrario que puede tener una disposición legal restrictiva en esta materia, puede citarse el art. 15 de la ley 12.156, del 22 de octubre de 1954, sobre viajantes y vendedores de plaza, que dice : "Las disposiciones de los arts. 1 y 7 de la presente ley son de orden público". De allí se dedujo fundadamente que los restantes artículos no eran de orden público por lo que se podrían derogar o modificar por acuerdo de partes. Ello motivó que la ley 14:000, del 22 de julio de 1971, que introdujo varias enmiendas y complementos en esa primitiva ley, haya establecido en su art. 8: "Declárense de orden público todas las disposiciones de la ley 12.156, de 22 de octubre de 1954, y de esta ley, siendo nula toda renuncia a sus beneficios hecha por el viajante o vendedor de plaza".

La forma implícita es la que deriva inequívocamente del propio contenido de la norma. En ese sentido, una ley que establezca una jornada

máxima o un salario mínimo tiene un contenido inderogable derivado de la propia función que cumple. A propósito de ello, Deveali expresa con gran precisión y claridad: "Sería inútil dictar una norma que fija la jornada máxima o el salario mínimo, si fuera permitido a las partes exceder tal jornada o pactar un salario menor. Cuando se dice jornada *máxima o* salario *mínimo* se quiere indicar que se trata de límites infranqueables, aun cuando el texto legal no contenga una disposición expresa que así lo declare. Lo mismo ocurre cuando la ley impone la obligación de abonar una indemnización de despido no inferior a una determinada cantidad, de otorgar vacaciones por un plazo no inferior a cierto período, o dispone que la suspensión no aceptada por el empleado no podrá exceder un período determinado. El carácter inderogable de tales normas está implícito en su contenido"[162].

Pero, agrega el mismo Deveali que otras veces la irrenunciabilidad resulta de la *ratio legis*, aun sin necesidad de una indicación explícita o implícita contenida en el texto. A veces, "la prohibición de derogarlas en perjuicio de los trabajadores se identifica con la *ratio legis*, puesto fide las mismas razones que justifican la norma imponen el carácter inderogable de la misma. Sin necesidad de recurrir al concepto de orden público y de aclarar si la inderogabilidad en perjuicio del obrero, es un efecto del orden público, o si, en cambio, la existencia de éste debe deducirse del carácter inderogable de la norma, entendemos que, en nuestra materia y dentro de los límites que señalaremos a continuación, la inderogabilidad atañe al contenido de la norma ; debe pues ser admitida aun en el caso de río haber sido expresamente declarada por el texto legal"[163].

Barassi[164] expone este mismo tema con el título *Índices de la categoricidad*, indicando los siguientes:

a) La prevista nulidad o anulabilidad de una derogación contractual. Es el índice más importante porque la consecuencia obvia de la norma categórica es la ineficacia del pacto derogatorio.

[162] Mario L. DEVEALI, *Renuncia, transacción y conciliación en el derecho del trabajo*, en la revista "Derecho del Trabajo", 1951, p. 385.

[163] cit., p. 386.

[164] Ob. cit., t. I, p. 106.

b) El marcado tono imperativo de la norma, de modo que resulte evidente la exclusión de la derogación contractual.

e) Algunas veces el carácter categórico de la norma resulta aclarado por contraste con la norma precedente.

d) La aplicación de una sanción penal indica que el interés protegido es público. Esto sucede en las leyes protectoras y de previsión social.

Caldera[165] condensa muy sobriamente todo el desarrollo anterior en una frase de contenido muy rico: "La irrenunciabilidad, consecuencia de la imperatividad, depende de la índole de cada disposición y del modo como está formulada".

Sin atribuir ningún error a estas dos formulaciones sintéticas que acabamos de reseñar, pensamos que la utilidad de un desarrollo más minucioso como el que expuso Deveali es el poner de manifiesto que no se requiere un reconocimiento expreso en el derecho positivo para que la norma pueda ser considerada irrenunciable.

58. ¿Requiere la declaración en el derecho positivo? — Con ello resolvemos otro subproblema muy vinculado con el anterior: son irrenunciables ¿sólo las normas a las que el derecho positivo les da ese carácter? O dicho de otro modo: para que una norma laboral sea irrenunciable, ¿es necesaria una referencia expresa del derecho positivo?

Creemos que justamente la prolija distinción de Deveali pone en evidencia que no es necesario un reconocimiento expreso ni siquiera implícito en el derecho positivo, sino que muchas veces ese carácter irrenunciable deriva del propio contenido de la norma o de su finalidad.

Coincidiendo con este enfoque, Pérez Botija entiende que al margen de las normas de derecho positivo, hay un fundamento doctrinal que lo lleva a afirmar con Jordana de Pozas que las leyes reguladoras del trabajo tienen, en general, como característica esencial el ser irrenunciables, en atención a los fines que persiguen[166].

Agrega, luego, la fundamentación de Balella, quien invoca dos órdenes de consideraciones ajenas al reconocimiento en el derecho positivo, para

[165] Ob. cit., p. 195.

[166] Eugenio PÉREZ BOTIJA, *El derecho del trabajo. Concepto, sustantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas*, Madrid, 1947, p. 147.

justificar la naturaleza obligatoria y el no permitir al trabajador privarse de la protección que la ley le otorga. En primer lugar, porque el obrero, constreñido por la necesidad, podía verse en el caso de desistir, con tal de hallar ocupación, de los derechos que una ley o un contrato colectivo le reconocen; vendría con esto a frustrarse el fin esencial de la legislación social, que no es otro que sustraer al trabajador a su condición de inferioridad económica. En segundo lugar, muchas disposiciones, aun teniendo por mira y llegando a realizar el interés económico mediato del obrero y su integridad física y moral, pueden tener por resultado inmediato el perjudicarlo económicamente, y entonces el trabajador se creerá en el caso de procurar eludir las obligaciones provenientes de las disposiciones de que se trata[167].

59. Segundo problema. Los inconvenientes de la irrenunciabilidad. — Un segundo problema puede denominarse con el paradójico título de los inconvenientes de la irrenunciabilidad.

Admitido teóricamente el principio, corresponde señalar que su aplicación no carece de dificultades.

Deveali[168] recuerda una serie de consideraciones para tener en cuenta los inconvenientes que derivan de la imposibilidad de transacciones y renuncias

a) que las relaciones de trabajo son muy numerosas y abarcan casi à la totalidad de la población;

b) que la legislación del trabajo, en todos los países, debido a su amplísimo campo de aplicación y a su objeto —que consiste en la multiforme y de continuo variante realidad económica—, a su carácter eminentemente reglamentario y a su proceso de formación, necesariamente sujeto a factores circunstanciales, da lugar a numerosas dudas en su aplicación diaria. Este inconveniente no sería excesivamente grave si se refiriera a las indemnizaciones por despido, pero resulta gravísimo cuando atañe a modalidades de la prestación diaria de trabajo, como en el *caso* dé la jornada de trabajo de los serenos o de los menores, de los descansos compensatorios, de las ausencias por enfermedad, etc.

c) en la relación de trabajo es menester reducir lo más posible los

[167] Juan BALELLA, *Lecciones de legislación del trabajo,* versión española, Madrid, 1933, p. 3.

[168] *Renuncia, transacción...,* en revista "Derecho del Trabajo", 1951, p. 387.

roces entre patrón y empleado, ya que ellos afectan la serenidad y el espíritu de colaboración necesarios para aumentar la productividad en el interés de ambos y de la colectividad.

¿Cómo armonizar estas dos opuestas exigencias: la de prohibir la derogación de las normas laborales, mediante renuncias y transacciones, y la de evitar una litigiosidad continuada durante la relación de trabajo? La primera exigencia impondría la instalación en cada fábrica de uno o más tribunales, que decidan diariamente las innumerables dudas que ocasiona la aplicación de las leyes laborales a los trabajadores ocupados en ella; dudas planteadas por estos últimos y, a menudo, por los propios empleadores, quienes también están interesados en que las normas oscuras sean aclaradas a *priori* para evitar reclamaciones posteriores. Pero en esta forma, las mejores energías serían dedicadas a la litigiosidad en lugar de serio a la producción. El pleito que en una sociedad ordenada constituye un hecho patológico, de carácter excepcional, se convertiría en un hecho normal con efectos extremadamente perniciosos, no sólo en lo que a la producción se refiere, sino también bajo el aspecto ético y psicológico.

Para armonizar esas exigencias opuestas han sido elaboradas distintas soluciones que intentan introducir otro margen de relatividad que haga menos absoluto y compacto el cuadro. Pero ahora no en las normas como ya hemos visto, sino en el acto mismo de la renuncia, distinguiendo formas y matices, dentro de una gran variedad de posibilidades que se dan en la práctica.

60. Tercer problema. Variedades *de* renuncia. — El tercer problema que examinaremos, entonces, es el referente a las *variedades de renuncias,* o a las distintas modalidades que presenta prácticamente el acto de renunciar.

61. Renuncias unilaterales y bilaterales (transacciones). — Una primera distinción surge entre las renuncias que resultan de un acto unilateral y las que derivan de un acuerdo bilateral. Es cierto que toda renuncia, en último término, es un acto unilateral pero él puede presentarse aislado y solo, o encuadrado en una negociación dentro de la cual también la otra parte realiza alguna renuncia de sus derechos.

Esta distinción se presenta generalmente como la comparación entre renuncia y transacción. La renuncia —enseña Sussekind— es un acto jurídico unilateral por el cual el titular de un derecho se despoja de él.

La transacción, en cambio, es un acto jurídico por el cual las parts, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litgiosas o dudosas[169].

La renuncia —agrega Dorvai Lacerda[170]— es un acto unilateral mientras que el contrato y la transacción son imprescindiblemente bilaterales. Más no és sólo esto. La renuncia, como enseña Paolo Greco[171], Greco[171] la certeza, por lo menos subjetiva, del derecho de que es objeto, mientras que la transacción, al contrario, presupone una inseguridad, siempre desde el punto de vista subjetivo, sobre el derecho o la situación jurídica respectiva,- en lo que concierne a la existencia, límites o modalidades : es una *"res subia"* según a doctrina tradicional, entendiéndose la duda en un sentido subjetivo, pero que pueda ser reconocida como posible y razonable según las contingencias comunes de la vida, en consideración a làs circunstancias del caso.

Anota de la Villa que por su naturaleza unilateral, la renuncia se diferencia de la transacción, negocio jurídico contractual, bilateral y sinalagmático, dirigido a zanjar diferencias existentes entre las partes y evitar un pleito o, en su caso, dirigido a poner fin al iniciado. No acepta la explicación de la transacción como el concierto de mutuas renuncias, ya que en la transacción hay cesiones por cada parte y el contenido de tales cesiones puede implicar o no una renuncia de derechos ; si la cesión no implica renuncia —en la medida en que mo puede renunciarse a un beneficio que no se tiene, aunque se crea tener y así se actúe— no hay base para aquella cesión, y si, [P]or el contrario, la transacción encubre renuncia o renuncias, ésta o éstas se desvirtúan con el pacto y no pueden presentarse jurídicamente como tales[172].

Insistiendo sobre la distinción, Sussekind agrega que para que haya transacción, es imprescindible que : a) dos personas, por lo menos, estén vinculadas entre sí, en virtud de la relación jurídica de la cual derivan derechos y obligaciones ; *b)* haya inseguridad en lo pertinente a determinado o determinados derechos patrimoniales, esto es, derechos incorporados al

[169] Arnaldo SUSSEKIND, *De la irrenunciabilidad en el derecho de trabajo*, en la revista "Derecho del Trabajo", 1959, pe. 104 y ss.

El desarrollo de este autor —al que seguiremos en la descripción de esta primera distinción— puede leerse también en la obra publicada junto con Delio MARANHÃO *y* SEGADAS VIANA, *Instituções de direito de trabalho*, 6ª ed., Río de Janeiro, 1974, t. I, ps. 150 y ss.

[170] Dorval LACERDA, *A renuncia direito do trabalho*, 1943, p. 180.

[171] Paolo GRECO, *Il contratto di lavoro*, 1937, p. 960.

[172] Ob. cit., p. 15.

patrimonio de una de las partes del contrato ; *e)* la controversia sea extinguida mediante concesiones recíprocas.

La renuncia se refiere a un derecho cierto y existente, o por lo menos, futuro pero cierto, y que no sea un derecho impugnado, porque nadie puede renunciar a una cosa cuya propiedad no le sea reconocida ampliamente.

La transacción, inversamente, se refiere siempre a dos prestaciones opuestas (una del empleador, otra del empleado) que se reducen por mutuo acuerdo a una sola, por cesión mutua, de donde se deduce la existencia, en cuanto a tales prestaciones, respectivamente, de derechos inciertos o derechos que se chocan, o que presuponen litigio. La *"res dubia"* - elemento esencial de la transacción- debe ser entendida en un sentido *subjetivo*, esto es, duda razonable sobre la situación jurídica objeto del precitado acuerdo[173]. Y la incertidumbre subjetiva debe concernir a las dos partes que realizan la transacción. Por eso, enseña Carnelutti, "el presupuesto de la transacción lo constituye no tanto la *res litigiosa*, sino la *res dubia"*[174]. Y por eso mismo, anota Prosperetti, "tiene la doctrina demostrado una decisiva repugnancia a admitir la transacción en el caso de mala fe de una de las partes"[175]. Es que si uno de los contratantes está cierto de la obligación que debe cumplir, obra obviamente de mala fe al transigir con la otra parte, beneficiándose de las recíprocas concesiones que se convienen.

Pero pese a la exactitud conceptual de la observación, hace notar Ojeda Avilés la dificultad práctica para demostrar la certidumbre subjetiva del litigante temerario. Por eso no es dable diferenciar la transacción de la renuncia en virtud de la certidumbre de quien discute el derecho que luego se

[173] La incertidumbre que se exige es la meramente subjetiva existente. en la representación mental que las partes de la relación se hacen sobre la defendibilidad de las propias pretensiones, ya que en un plano objetivo el derecho se tiene o no se tiene, existe o no (OJEDA AVILÉS, ob. cit., p. 186).

[174] Francesco CARNELUTTI, *Sistema di* diritto processuale *civile*, vol. I, p. 171. GULLÓN utiliza esta expresiva imagen: "La controversia que surge sobre un pretendido derecho es el proyector que trae a escena la incertidumbre, la *res* dubia, cuya fijación declarativa se intenta con la transacción" (GULLÓN BALLESTEROS, La transacción, Madrid, 1964, p. 29).

[175] Ubaldo PROSPERETTI, Invalidità *delle* rinunzie e *delle* transazioni *del prestatore di* lavoro, 1950, p. 13.

transige o se renuncia. La transacción sólo puede ser individualizada porque la litis se resuelve mediante recíprocas concesiones.

En general, se suele admitir la transacción y rechazar la renuncia[176]. Hay dos razones fundamentales. La primera, de carácter teórico, porque la transacción supone trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto, mientras que la renuncia supone simplemente privarse de un derecho cierto. La segunda, de carácter práctico, porque como la transacción es bilateral no significa sacrificar gratuitamente ningún derecho, puesto que, a cambio de una concesión, se obtiene siempre alguna ventaja o beneficio.

Pero ello obliga a examinar cuidadosamente el contenido de cada acuerdo para descubrir si él no se limita a disimular una o más renuncias, tentación a la que se ven enfrentados muchas veces los trabajadores deseosos de hacer efectivo, de inmediato, un crédito que el empleador se niega a pagar íntegramente, con o sin razones.

62. Renuncias sobre aspectos jurídicos y de hecho.- Muy vinculado con el anterior surge el distingo entre renuncias referentes a aspectos jurídicos y renuncias relativas a aspectos de hecho.

Señala justamente Peretti Griva que en la mayoría de las transacciones la convención se refiere a los elementos de hecho en la relación. Y pone el siguiente ejemplo propio del derecho italiano, que es muy fácil trasladar a

[176] En la revista "Derecho del Trabajo" se publica una sentencia de la 'Cámara de Apelaciones de Rosario del 5 de abril de 1946, en la que se sostiene que el empleado puede hacer renuncia siempre que ella no sea "estipulada con el patrono" en virtud que a diferencia de la ley 9683 (accidentes de trabajo), que prohibe la renuncia a la indemnización, la ley 11.729 (despido) únicamente sanciona con nulidad "toda convención de partes". O sea, que la renuncia debe ser espontánea, y no el fruto de una convención, porque ello sí está prohibido. DEVEALI critica dicho fallo sosteniendo que de admitirse la distinción entre renuncia y transacción, "correspondería llegar a una solución opuesta a la adoptada por el fallo anotado, tal como lo hizo la Casación de Italia. Ésta, en efecto, aun reconociendo la imposibilidad de atribuir validez a la renuncia de los trabajadores a derechos que les aseguran las leyes laborales, debido al carácter de orden público de estas últimas, admitió la validez de las transacciones por el hecho de que en ocasión de éstas, la renuncia no es una verdadera renuncia, puesto que se realiza para conseguir un beneficio que se considera equivalente" *(Transacciones y renuncias,* en "Derecho dei Trabajo", 1945, p. 569).

situaciones similares encuadradas dentro de otros órdenes jurídicos. El empleado afirma haber trabajado 1.000 horas de trabajo extraordinario, que por disposición de orden público debe ser retribuído con un aumento sobre la retribución del trabajo normal. El empleador no niega, en principio, el aumento; pero afirma que las horas son solamente 100. Debido a la negativa, y a la dificultad de la prueba, el empleado transige sobre la base de 500 horas. En esta transacción no hay nada que vaya en contra del orden público. El principio de orden público sancionado por la ley y Ias normas colectivas, del tratamiento más favorable del contrato individual, está perfectamente a salvo. No se renuncia a exigir el pago del trabajo extraordinario como tal. Se transige exclusivamente sobre el *quantum* del trabajo prestado en concreto. Una transacción de esta naturaleza es perfectamente válida y eficaz ; tanto si fue concluida durante la relación como después de su terminación. Se podrá, a lo sumo, oponer solamente un vicio real del consentimiento, según las normas comunes sobre contratos[177].

Compartiendo, en general, el razonamiento del distinguido autor italiano, cabe señalar el peligro de que por este camino se desnaturalice la prohibición de las renuncias (o de las transacciones que importen renuncias), ya que en todo problema laboral hay contenida una cuestión de hecho, la cual, en casi todos los casos, puede ser objeto de diferencias y, por tanto, de transacción.

63. Renuncia expresa y tácita. — Según la forma en que se manifiesta, la renuncia puede ser expresa o tácita.

La renuncia expresa es aquella que exterioriza en forma clara la voluntad de desprenderse de un derecho.

La renuncia tácita es la que puede desprenderse de ciertos comportamientos del trabajador que evidencian el propósito de privarse de ciertos derechos. En este caso entran en juego las lógicas garantías destinadas a otorgar a los actos del renunciante la eficacia de una declaración de renuncia. La jurisprudencia y la doctrina exigen en tales casos que la renuncia se haga en forma clara y precisa, sin que sea licito deducirla de expresiones de dudosa significación, ni menos aún de párrafos fragmentarios. Se exige que la renuncia sea tan clara cae no deje lugar a dudas.

[177] Rey. "Derecho del Trabajo", 1947, p. 53.

En ese sentido, cabe destacar que la renuncia no se presume. Es lo anormal, lo excepcional, lo atípico. Por eso, debe probarse en forma muy contundente e indubitable. Sin embargo, en algunos países las normas presumen la renuncia en algunos supuestos. En ese caso se há hablado de renuncia presunta.

Hace notar de la Villa que no puede calificarse de acto de renuncia tácita el no ejercicio definitivo del derecho —al que algunos autores españoles han Illamado renuncia pasiva— en cuanto concurren una serie de notas diferenciales: 1) en el no ejercicio falta el efecto típico de la inmediata pérdida o extinción del derecho como consecuencia de la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad de renuncia; unido a que no interviene la voluntad en la pérdida o extinción del derecho por el no ejercicio; y 2) el derecho no puede impedir el no ejercicio, forzando a una actuación concreta y, en cambio, sí limita activamente los actos de renuncia : incluso es posible que el sujeto realice un acto, expreso o tácito, de renuncia, y que posteriormente por el juego del principio *de* la irrenunciabilidad, llegue a ejercer válidamente el derecho inválidamente renunciado[178].

Surge de lo anterior que taran oco puede calificarse de renuncia *el* mero retraso en el ejercicio del derecho. Sin embargo, en la práctica puede llegar a equipararse la renuncia con el no ejercicio del derecho una vez trascurrido el tiempo de la prescripción.

64. Renuncia anterior y posterior al nacimiento del derecho.— Otra distinción fundamental es la que tiene como base el momento en que se efectúa la renuncia, en relación con el nacimiento del derecho. Se distingue entre la renuncia anticipada y la renuncia posterior a los hechos que dan origen al derecho, o sea, entre la renuncia de beneficios y !prestaciones futuras por un lado y la renuncia de derechos ya devengados que se han convertido en verdaderos derechos de crédito.

La renuncia anticipada es nula de pleno derecho, salvo que la propia ley la admita, lo que sólo se verifica en casos excep- cionalísimos[179]. Rigurosamente no se puede hablar de renuncia anticipada de derecho,

[178] Ob. cit., p. 13.

[179] SUSSEKIND cita el siguiente ejemplo producido en el derecho brasileño: estatuía el decreto-ley 4362, del 6 de junio de 1942, revocado el 10 de noviembre de 1943, al entrar en vigor la Consolidación de las Leyes del Trabajo, que "al trabajador mayor dé cuarenta y cinco años, que fuera contratado estando en vigencia este decreto-ley, es licito, en el acto de la

puesto que antes que el trabajador se convierta en titular de éste, tiene apenas una expectativa de adquirir un derecho. Si previamente renuncia al derecho instituído en su favor por precepto de orden público que le sea aplicable, configúrase una presunción *jure* et *de jure* de que fue constreñido a esa actitud para ingresar o permanecer en la respectiva empresa. Tal renuncia debe ser considerada inexistente.

La doctrina es prácticamente uniforme en lo que atañe a la invalidez de la renuncia anticipada, cualquiera que sea la fuente que haya creado el derecho que se intente renunciar. Conforme se expresa Sinzheimer, la renuncia es nula cuando es previamente acordada, pues deriva del recelo del trabajador de ser perjudicado por el empleador; *prima facie* es de suponer, en estos casos, que la renuncia se propone fines contrarios a la norma jurídica pertinente. En el mismo sentido se manifiesta Egon Gottschalk: "No se discute el principio básico de no ser lícito al titular de un derecho, garantido por norma imperativa, prescindir del mismo por una declaración de voluntad, previamente manifestada y con el designio de impedir la propia adquisición de este derecho. No hay, por lo tanto, una renuncia para lo futuro"[180].

Hace notar Ojeda Avilés, siguiendo a Diez-Picazo, que la llamada renuncia anticipada no es una auténtica renuncia, sino un pacto o disposición en virtud del cual se pretende excluír una situación de beneficio prevista por la norma como contenido de la relación. Le sirve esta precisión para distinguir el negocio

admisión, desistir expresamente del beneficio de la estabilidad en el empleo, siempre que no haya trabajado en los dos años anteriores y en carácter efectivo, para el mismo empleador" (art. 1). En esa hipótesis, como se ve, era válida la renuncia anticipada de un derecho que todavía no había nacido, ya que al celebrar el contrato de empleo y renunciar explícitamente al beneficio de la estabilidad, el trabajador no tenía más que una expectativa atinente al referido derecha. En el Uruguay no conocemos ningún ejemplo similar. Lo más parecido podría ser la posibilidad reconocida por el art. 1 de la ley 12.590, del 23 de diciembre de 1958, de que por medio de un convenio colectivo que reúna las condiciones fijadas por el Poder Ejecutivo, se admita la división de la licencia anual en dos períodos y la computación de feriados. Como se ve, es bien diferente, porque la posibilidad no se le concede a cada trabajador en particular, sino al sindicato o a la colectividad de trabajadores que celebren el convenio colectivo, y no se trata propiamente de una renuncia sino del cambio de la modalidad de otorgamiento de un beneficio.

[180] Ob. cit., p. 211.

derogatorio, en el cual se intenta impedir la aplicación de determinada norma, del negocio dispositivo, en que se busca desprenderse de derechos ya obtenidos en virtud de la norma aplicable. Y por lógica consecuencia, para comparar la inderogabilidad de la indisponibilidad señalando que ambas se alinean, no se superponen. Los conceptos de inderogabilidad y de indisponibilidad son autónomos: el primero corresponde a la constitución y al contenido de ciertas relaciones; el segundo, al devenir de la relación, una vez constituida con ciertas modalidades. Naturalmente que aclara que "toda declaración previa al hecho que provoca la atribución de una prerrogativa legal, al enfrentarse eventualmente con la *voluntas legis* no alcanzará entidad jurídica, porque no se reconocerá en el mundo del derecho"[181].

Hay más posibilidad de admitir la renuncia posterior por entender que los derechos ya devengados se convierten en verdaderos derechos de crédito, cabiendo la facultad del empleado de disponer libremente de estos últimos, mediante renuncias o transacciones, así como dispone del resto de su patrimonio, del cual ellos forman parte.

A nuestro juicio, es sólo con relación a estos derechos ya nacidos que se plantea el problema de la irrenunciabilidad, en los términos que hemos expuesto en general.

65. enuncia durante el contrato o con posterioridad a él. - Otra distinción, emparentada con la anterior, es la que se efectúa según la renuncia se haya efectuado durante la relación del trabajo o al término de ella.

Generalmente se niega rotundamente la posibilidad de las renuncias durante la vigencia de la relación laboral y se admite la posibilidad de renuncia posterior a su vigencia.

La Corte de Casación italiana, como ya tuvimos ocasión de exponerlo[182] había interpretado el art. 17 de la ley de empleo privado del 13 de noviembre de 1924 en forma tal de considerar válida la renuncia posterior a la terminación del contrato, y nula la efectuada durante la vida del contrato, por considerar que en esa circunstancia el trabajador no tenía libertad suficiente para dar un consentimiento válido.

[181] Ob. cit., ps. 74 y ss.
[182] *Supra,* n° 54.

La jurisprudencia chilena interpretó el art. 580 del Código tic Trabajo disponiendo que "los derechos otorgados por las leyes del trabajo son irrenunciables", en el sentido de que esa irrenunciabilidad se refiere a mientras dure el contrato, y no a otro momento de las relaciones obrero-patronales[183].

En el mismo sentido parece inclinarse la jurisprudencia colombiana[184], así como la brasileña. A ese respecto, Sussekind afirma que las renuncias verificadas en el momento o después de la rescisión del contrato de trabajo han sido apreciadas por la jurisprudencia brasileña con menos restricciones que las ocurridas en las demás fases de la relación de empleo. Recuerda las expresiones de Oliveira Viana de que las nulidades en ocasión de celebrar el contrato de trabajo y durante su ejecución no siempre ocurren cuando "la renuncia es hecha en ocasión o después de la disolución del cont[r]ato. En este caso, satisfechas que sean ciertas condiciones de libertad de la voluntad, es lícito al empleado renunciar desde que se trata de derechos ya adquiridos, esto es, incorporado al patrimonio del empleado, en consecuencia o por fuerza de la ley". Sin embargo, el recordado autor agregaba: "si bien hecha después de extinguida definitivamente la relación contractual entre el empleado y el empleador, la renuncia debe igualmente provenir de la libre y espontánea voluntad del empleado. Inválida será no sólo si fuera obtenida por los medios comunes del dolo, de la coacción o de la violencia, mas asimismo cuando quede probado que el patrón usó de esa modalidad sutil de coacción que es la llamada *presión económica,*. Por eso afirma que si es incuestionable que la facultad de renunciar, una vez rescindido el contrato de trabajo, se amplía considerablemente, es indispensable asegurarse que la manifestación de voluntad del renunciante sea realmente libre. Debe examinarse si el estado de dependencia económica, capaz de constituir una coacción económica, cesa en el momento en que el trabajador deja de ser empleado de la empresa. Con el término del contrato de trabajo, a pesar de césar la *"soggezione impregatizia"* puede persistir el estado de inferioridad y dependencia económica del trabajador, capaz de llevarlo a renunciar a ciertos derechos, a fin de obtener el pago inmediato de salarios- atrasados o su reincorporación"[185].

[183] Héctor ESCRÍBAR MANDIOLA, *Tratado de derecho del* trabajo, Santiago de Chile, 1944, t. I, p. 254.
[184] HERRNSTADT, *Tratado de derecho social colombiano,* p. 18.
[185] Ob. cit., revista "Derecho del Trabajo", 1959, p. 102.

Más recientemente, Alcione Niederauer Corren expresa "Toda la justificación de la indisponibilidad del derecho parte de una presunción legal en el sentido de que en cuanto perdura la relación de empleo, por el hecho de hallarse subordinado al empleador y éste, en la mayoría de los casos, depender económicamente, el empleado se encuentra bajo coacción. La situación del empleado que dejó el empleo, cuyo contrato, por cualquier motivo, se extinguió, ha de ser considerado de manera diversa. Puede, incluso, afirmarse que los posibles créditos que tenga contra su ex empleador pasaron a integrar su patrimonio y, como tal, son disponibles por él. Roto el lazo que lo unía al patrón, ya fuera de los límites de la autoridad de quien o dirigía y subordinaba, no se le puede tener todavía, como un eterno coacto"[186].

A nuestro juicio, la trascendencia de esta distinción deriva del fundamento que se le reconozca al principio de la irrenunciabilidad. Si la irrenunciabilidad e basa en la presunta existencia de vicios de consentimiento, esta distinción puede tener importancia. Pero si se basa en la propia índole de la norma, el punto no tiene trascendencia.

Incluso, en el caso de que se base en la presunción de vicios del consentimiento, cabe la duda de si no corresponde extender esa presunción más allá de la duración del contrato, dado que prosigue la libertad disminuida, como consecuencia de las dificultades económicas.

La doctrina italiana había formulado diversas críticas a la orientación jurisprudencial que Omitía la validez de las renuncias posteriores a la terminación del contrato: 1) La falta de libertad en el consentimiento pe sisee en el trabajador después de la cesación de la relación laboral, e incluso más acuciantemente aún, dada su situación de desempleo y de urgencia económica. 2) Gran parte de los derechos del trabajador se refieren a la disolución del contrato de trabajo, momento delicado cuya regulación legal es minuciosa. La (protección legal que en estos momentos se otorga al trabajador queda burlada con esta simple distinción temporal. 3) Es ilógico que el legislador haya querido proteger unos derechos y otros dejarlos desamparados, o proteger unos derechos sólo hasta determinado momento, en un ordenamiento como el del trabajo, una de cuyas finalidades es la tutela del trabajador.

[186] *A desistencia no processo do trabalho,* en la revista "Legislação do Trabalho", setiembre 1974, p. 829.

En función de estas críticas, en el Código Civil de 1942 se modificó este punto estableciendo la anulabilidad de renuncias y transacciones del trabajador en cualquier tiempo que se efectuaran, lo que es explicado en el informe del Ministerio de Justicia con estas palabras muy claras y sencillas: "....no distinguir entre renuncias y transacciones hechas con anterioridad o después de la cesación de la relación. En este segundo tiempo, si no obra más el temor del despido, influye para determinar el consentimiento la normal imposibilidad de esperar el resultado de una controversia judicial, que constriñe al trabajador a transacciones desastrosas, para conseguir la ventaja de un cobro seguro e inmediato"[187].

De todos modos, es' indudable que hay una tendencia a admitir con mucho mayor benevolencia y amplitud las renuncias presentadas con posterioridad a la terminación del contrato.

66. Recibo por saldo o finiquito. — Finalmente cabe analizar una modalidad especial de renuncia posterior que es la que se concreta mediante un recibo por saldo o finiquito.

Es sabido que al término del contrato de trabajo --cualquiera que sea la vía por la cual se haya llegado a ese término— el trabajador tiene derecho a cobrar ciertas cantidades de dinero que incluyen salarios, licencia, prima vacacional, y eventualmente, la indemnización por despido y el sueldo anual complementario. Se habla generalmente de la liquidación, en la cual pueden figurar, incluso, algunos otros rubros. Pero el empleador suele exigir que el trabajador en el recibo en que deje constancia de haber recibido las cantidades respectivas, manifieste que "no tiene nada más que reclamar por estos ni por ningún otro concepto". Por eso, se le ha llamado recibo final o por saldo.

Ojeda Avilés[188] descompone el contenido esencial del finiquito en estos dos puntos: 1) la declaración de qué el contrato ha quedado extinguido por mutuo acuerdo entre el trabajador y el empleador; 2) el saldo de cuentas que es, al propio tiempo, recibo de cantidad y declaración adicional de que las partes nada se deben entre sí, como consecuencia del contrato, una vez extendido el documento.

[187] Revista "Derecho del Trabajo", 1947, p. 51.
[183] Ob. cit., ps. 200 y ss,

La primera declaración, de resolución del contrato por mutuo acuerdo, es de naturaleza dispositiva, e cuanto por ella se intenta extinguir la relación jurídica existente entre las partes, y liberatoria por cuanto esta extinción "por mutuo acuerdo" exonera al empleador de las obligaciones jurídico-laborales, que se le derivarían de ciertas extinciones unilaterales. Agregamos nosotros que no es esencial porque puede haber finiquitos también en caso de despido.

Más interés ofrece la segunda declaración, por la cual se manifiesta haber recibido determinada suma —con la expresión o no de los conceptos por los cuales se recibe— y se afirma haber quedado satisfecho el trabajador de todas sus pretensiones frente al empleador. Vengan o no relacionados el recibo de cantidad y la declaración liberatoria, la conexión entre una y otra es íntima, siendo emitida la última en consideración de la cantidad percibida, y viceversa, el empleador entrega esta cantidad, no sólo para saldar las partidas que se relacionan en el finiquito, sino también para evitar la reclamación de cualquier otra deuda no expresada, o de una deuda expresada, pero no satisfactoriamente cubierta.

Ahora bien, ese finiquita puede ajustarse a uno cualquiera de estos tres supuestos de hecho:

a) el pago total de lo debido ;

b) una transacción en que las partes se hacen reciprocas concesiones ;

c) una renuncia, en el caso de que el trabajador manifieste haber quedado satisfecho en todas sus pretensiones cuando aún quedan por serie pagados una serie de derechos.

No cabe duda de la validez del documento en las doe primeras hipótesis. Pero caben renuncias en estos recibos?

La respuesta es negativa, tanto que se funde la irrenunciabilidad en razones derivadas de la naturaleza de la norma como en la posible existencia de vicios del consentimiento. Lo primero no requiere explicación. Lo segundo es comprensible porque es un caso donde continúan operando los mismos factores que invalidan la expresión de voluntad. Peretti Griva enuncia varias razones para afirmar que las condiciones en que el trabajador presta su consentimiento no son las adecuadas : "En aquel momento puede perdurar todavía cierto grado de sujeción, determinado por el precedente estado continuado de «temor reverencial» y, sobre todo, que el subordinado, comúnmente, está menos enterado de la exacta medida de sus derechos. Además, debe tenerse

presente que sucede muy a menudo en la vida cotidiana que el trabajador, después de resuelta la relación de trabajo y precisamente porque se encuentra sin ocupación y, por ende, sin la seguridad de la retribución continuada de su prestación, tiene que preocuparse de sus necesidades inmediatas y, por lo tanto, está propenso a aceptar sin discusión el pequeño capital que se le ofrece, como medio para solucionar inmediatamente el problema que le apremia"[189].

Incluso aquellos fallos jurisprudenciales que admiten la validez del finiquito la aceptan en cuanto importa un reconocimiento de pago, como si esos recibos finales nunca contuvieran renuncias. La verdad es que el recibo de finiquito, como dice de la Villa, recoge o puede recoger muy distintos negocios jurídicos, como los de extinción de derechos satisfechos, reconocimiento de pago, transacción, rendición de cuentas y renuncia[190].

En rigor, tales recibos valen únicamente en cuanto reconocen el pago de la cantidad de dinero que en ellos se registre. Pero la inclusión de esa cláusula final liberatoria no tiene ninguna eficacia jurídica. La renuncia no es válida. Por tanto, tal recibo no excluye ni impide la posibilidad de reclamaciones futuras en el case de que se pruebe que el trabajador tenía derecho a cobrar una cantidad distinta de la que efectivamente percibió.

Por eso, para disimular posibles renuncias, así como para dificultar reclamaciones posteriores, muchas veces los empleadores prefieren hacer firmar un recibo por una cantidad global que incluya, sin discriminarlos, los distintos rubros. En esa forma resulta después muy engorroso distinguir y reconstruir los conceptos por los cuales se pagó en cada uno de los renglones respectivos.

Como medio de combatir esa práctica viciosa, en algunas legislaciones se ha establecido la obligación de que en todos los recibos -y particularmente en este final- se discriminen los distintos rubros, e incluso hasta se ha prohibido la inserción de cláusulas declarando no tener reclamos que formular, que son las que pueden encerrar la expresión de la renuncia. Con la misma finalidad, otras legislaciones han establecido la obligación de que tales recibos, para ser válidos, deben ser firmados con la asistencia del respectivo

[189] Domenico Riccardo PERETTI GRIVA, *Los recibos por saldo en las relaciones de trabajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1941, p. 56.

[190] Ob. cit., p. 42.

sindicato o ante una autoridad administrativa vinculada con la Inspección de Trabajo[191].

67. Renuncias efectuadas por medio de convenios colectivos, — Un problema de algún modo ligado con el anterior, porque mirado desde cierto punto de vista puede ser encarado como una modalidad de la renuncia, es el de saber si algunas de estas renuncias que están prohibidas si se intentan individualmente, pueden ser válidas si se realizan gremialmente por medio de un sindicato y en virtud de un convenio colectivo.

Para aquellos que fundan la prohibición en los supuestos vicios del consentimiento, con la mejora de posición que logran los trabajadores mediante la unión, desaparece la presunción de falta de libertad y, por tanto, se recupera la posibilidad de negociaciones válidas. Es así como Camerlynck opina que una renuncia formalmente prohibida al trabajador será permitida al sindicato porque la igualación a nivel colectivo de los antagonistas sociales hace decaer, al menos n parte, el cuidado del legislador por la posición de inferioridad del trabajador individual frente a su empleador1[92].

Pero para aquellos que fundan el principio en otra clase de razones más profundas, ligadas con la naturaleza de las normas, la conclusión no puede ser la misma. Las normas irrenunciables siguen siendo irrenunciables, sea el renunciante un sujeto individual o colectivo.

De la Villa sostiene que el problema es más complejo y que no puede resolverse en el plano doctrinal con prescindencia del derecho positivo en que se plantea.

De todos modos, distingue dos supuestos: a) que las partes negociadoras modifiquen derechos laborales de los trabajadores, procedentes de anteriores convenios colectivos, y *b)* que se estipule en un convenio colectivo la posibilidad de que los trabajadores renuncien a derechos emergentes de los convenios colectivos.

En el primer supuesto, debe partirse de la base del predominio del interés colectivo sobre interés individual, sin perjuicio del respeto de los derechos adquiridos por el individuo. Nipper dey es el que ocupa una posición más decidida al afirmar que por el convenio pueden cambiarse o

[191] Véase: Arnaldo SUSSEKIND, Delio MARANHÂO y SEGADAS VIANA, *Instituções do direito do trabalho,* Río de Janeiro, 1974, 6ª ed., t. I, p. 164.

[192] G. H. CAMERLYNCK, *La rénontiation du salarié,* en "Droit Social', 1960, n° 12, p. 628.

suprimirse derechos adquiridos en virtud de un convenio colectivo anterior, puesto que las partes pueden dar eficacia retroactiva a las normas de contenido del convenio colectivo, razonando en el sentido de que "una reducción retroactiva del salario, por ejemplo, no supone influjo en derechos legítimamente adquiridos del trabajador, pues, en realidad, toda posición jurídica del contrato de trabajo trae consigo de antemano, desde la existencia de la eficacia normativa del convenio colectivo, la fragilidad de poder ser suprimida o reducida por una nueva regulación convenida para el futuro, pero también por la eficacia retroactiva para el pasado"[193].

El segundo supuesto plantea el problema de si las partes negociadoras del convenio pueden autorizar renuncias por parte de los trabajadores actuando individualmente. En principio, los derechos procedentes de los convenios colectivos, son tan irrenunciables como los emanados de una ley, ya que son irrenunciables todas las normas laborales. Sólo cabría la posibilidad de la renuncia en la hipótesis, nada probable en la práctica, de que las propias normas del convenio colectivo hubieran autorizado esta renuncia. Como dice de la Villa, "es más fácilmente admisible la autorización de la categoría a sus miembros para que procedan a realizar renuncias individuales que la penetración de la categoría en la esfera individual de aquéllos, disponiendo de sus derechos en contra de su voluntad"[194].

68. Cuarto problema. Efectos de la violación de este principio. El cuarto gran problema que examinaremos es el relativo a los efectos de la violación de este principio.

Empecemos por señalar que dada la índole de las normas declaradas irrenunciables, las renuncias que se efectúen en contravención de ellas, carecen de todo efecto: son absolutamente ineficaces, o sea, insubsanablemente nulas. Se sanciona, pues, la infracción a estas normas de la manera más severa: con la nulidad.

[193] A. HUECK y H. C. NIPPERDEY, *Compendio de derecho del trabajo*, traducción española, Madrid, 1963, p. 305. OJEDA AVILÉS, en cambio, entiende que la modificación establecida por un convenio colectivo sólo puede regir retroactivamente si es para mejorar la condición del trabajador. En cambio, no habría dificultad para aplicarla hacia el futuro aunque sea menos favorable. El empeorar las futuras condiciones colectivas de trabajo no importaría una renuncia porque es preciso que un derecho haya nacido para que pueda renunciarse (ob. cit., p. 272).

[194] Ob. cit., p. 45.

No la mera anulabilidad, la nulidad de pleno derecho que se debe declarar aunque el interesado no lo solicite.

En segundo término, corresponde aclarar que lo que se considera nulo es la cláusula, y no el contrato, el cual permanece vigente. Es ésta una peculiaridad del derecho laboral, porque en el derecho común, la nulidad, por regla general, tiene como consecuencia la inexistencia del acto como tal. La explicación ha sido dada por Kaskel en el sentido de que la nulidad del contrato individual de trabajo sería incompatible con la finalidad de las normas imperativas del derecho laboral que quieren establecer condiciones mínimas en favor del trabajador[195]. De la Cueva expone una razón adicional: siendo tendencia de la ley evitar, hasta donde sea posible, la terminación de la relación de trabajo, y no dependiendo el contenido de ella de la voluntad de las partes en lo que al contrato mínimo se refiere, habría resultado ilógico, sin razón alguna que lo apoyara, el decretar la nulidad de la relación[196].

No obstante, podría darse el caso de que la norma violada afectase nada menos que a la posibilidad del contrato como si se tratara de un menor que no alcanza el límite mínimo de edad. En ese caso, la nulidad de la renuncia arrastraría la nulidad del contrato. Sin embargo, es muy poco probable que esta hipótesis se presente bajo Ia forma de una renuncia de un derecho. Lo más probable es que aparezca corno una simple violación de la ley.

En tercer término, y como resultante de las dos conclusiones anteriores, la cláusula anulada será automáticamente sustituida por la norma renunciada ilícitamente. El vacío que normalmente deja la nulidad se llena en el derecho del trabajo, automáticamente, con las normas establecidas por éste y que no debieron ser desconocidas o renunciadas. Respecto de estas normas que tienen tal efecto automático Zitelmann habló de "normas coactivas complementarias". Según explica Krotoschin[197], durante la primera guerra mundial, el más _alto tribunal de Alemania consideró también las normas legales sobre precios máximos como "normas coactivas complementarias", de manera que el precio convenido se reducía "automáticamente" al precio legal, sin que por eso pudiese invocarse la nulidad total del contrato de compraventa.

[195] Walter KASKEL y Herman DERSCH, *Derecho del trabajo,* traducción castellana, Buenos Aires, 1961, p. 7.

[196] Ob. cit., t. 1, p. 193.

[197] *Instituciones, t.* I, p. 14.

¿Y si uno de los contratantes no quisiera celebrar el contrato en las condiciones exigidas por el legislador? Sería igualmente compelido a cumplirlo, pues la voluntad de celebrar el contrato ha quedado clara y su contenido no deriva de la voluntad de las partes sino dentro del margen permitido por el legislador[198].

Cabe recordar, en cuarto término, que, de todos modos, los servicios realizados en virtud de un contrato nulo no carecen de valor. Aun aquellos trabajos que se hayan realizado en contravención a normas irrenunciables han quedado hechos y, por tanto, deben ser retribuídos. La nulidad del contrato tiene efectos *ex nunc*, o sea, para el futuro, y no *ex nunc*, o sea, desde que comenzó. Surge para justificar la consideración de ese trabajo efectuado en virtud de un contrato nulo, la teoría de la relación de trabajo de tan amplia y generalizada aceptación en la doctrina contemporánea.

Por último, corresponde señalar que en casos extremos, en los que se ha recurrido a procedimientos dolosos, puede llegar a generar responsabilidad penal. Es así que en la legislación española se castiga como delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo, el atentado al principio de irrenunciabilidad mediando "maquinaciones o procedimientos maliciosos".

Pero Durand presenta, con carácter general, las sanciones penales con las que se castiga la violación de las leyes laborales, como la última consecuencia de su carácter de orden público. Se impone su cumplimiento, sancionando penalmente la infracción aun cuando hubiere mediado renuncia del interesado o acuerdo de las partes. Justamente, destaca en ese orden de cosas, la especial severidad que adquieren las sanciones de esta naturaleza. Aunque los ejemplos son extraídos del derecho francés, pueden ser mostrados como exponentes de una tendencia universal. La infracción no supone habitualmente la existencia de un elemento intencional. Las circunstancias atenuantes son, en principio, suprimidas para ciertas infracciones. Son posibles las acumulaciones de las multas, sin limitaciones en su máximo. Se da competencia a los tribunales policiales a fin de asegurar una represión más rápida. Penas complementarias pueden agregarse a la pena

[198] KASKEL, en cambio, sostiene que debe considerarse nulo todo el contrato cuando, según la voluntad de los contratantes, la suerte del con trato en su totalidad debía depender de la parte nula (ob. cit., p. 7).

agravada. Los jefes de empresa son, a menudo, penalmente responsables de las violaciones del derecho, cometidas por los jefes de su personal. Y agrega este expresivo comentario: "Los delincuentes comunes serían tratados menos severamente. Eso sucede parque las reglas de protección del trabajo parecen interesar hoy a la organización política y social del país: el rigor que revelan recuerda aquel con el que los Estados modernos han reprimido los delitos políticos"[199].

Rivero y Savatier[200] destacan que la ineficacia de las sanciones en el orden civil ha llevado a establecer sanciones penales, pero curiosamente su propia severidad ha sido factor de ineficacia. Muchas veces se duda de aplicar las sanciones establecidas por su excesiva gravedad.

69. Quinto problema. ¿Se prohíbe la renuncia del empleador? — El quinto problema versa sobre cuál es el tipo de renuncia que está prohibida. O, más concretamente, si está prohibida sólo la renuncia del trabajador o también la del empleador.

Como dice Caldera, la expresión "renuncia del empleador" no es adecuada porque, en realidad, el derecho del trabajo no suele establecer facultades en favor del patrono, a las que éste pueda renunciar[201].

Los verdaderos términos en que se plantea el problema es saber si sólo están prohibidas aquellas decisiones que importan una disminución de la protección del trabajador o también están prohibidas aquellas decisiones individuales que mejoran la protección del trabajador.

Deveali distingue, al respecto, entre inderogabilidad absoluta e inderogabilidad relativa. La primera significa que la norma no puede ser modificada en ningún sentido. La segunda significa que la norma no puede ser modificada para disminuir la protección del trabajador, pero nada impide aumentar la protección[202].

Habitualmente las normas laborales establecen niveles mínimos de protección, por lo que no hay inconveniente en que las partes mejoren la protección, estableciendo mayores beneficios.

[199] Paul DURAND y R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. I, p. 248.
[200] Jean RIVERO y Jean SAYATIER, Droit *du travail*, París, 1956, p. 10.
[201] Ob. cit., p. 194.
[202] Mario L. DEVEALI, *Lineamien*t*os de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1948, p. 52.

Pero excepcionalmente, algunas normas no pueden *ser* modificadas en ningún sentido. No por establecer beneficios mínimos para el patrono, sino porque al Estado le interesa se cumplan tal corno han salido de sus órganos. En consecuencia, esas normas son absolutamente inderogables.

Salvo este pequeño grupo de normas, que por su carácter excepcional requieren un texto expreso que las individualice y distinga, las demás pueden ser mejoradas por el empleador. Ello no debe *ser* mirado como una renuncia porque, como hemos dicho, no establecen para el empleador beneficios de los que se resigne, sino simplemente un grupo de obligaciones mínimas que por su carácter de tales, pueden ser mejoradas o ampliadas si lo estima conveniente cada empleador.

Camerlynck[203] llega a decir que el espíritu del derecho del trabajo, protector del trabajador, debe llevar al magistrado laboral a alentar e impulsar las renuncias del empleador. Ojeda Avilés[204] considera excesivo afirmar que el alentar renuncias del empleador alcance a configurar un deber del magistrado; ni siquiera entendido corno deber moral ; pues la prohibición de las renuncias se establece con la finalidad inmediata de que las normas laborales se apliquen efectivamente y no queden burladas en la contratación individual.

El hecho de que se permita la renuncia por el empleador de sus derechos, no quiere decir que sea posible la abdicación de cualquiera de sus facultades, sino únicamente de aquellas que en aplicación de los principios civiles sea posible renunciar. Concretamente, los poderes jurídicos que se le conceden funcionalmente para la organización de la empresa —poder de dirección, esencialmente— no pueden ser abandonados, pues ello más que privarse de una prerrogativa importaría pretender eludir una responsabilidad. Por eso, ello sólo sería posible renunciando a la titularidad de la empresa.

70. Sexto problema. ¿Cuáles son los derechos irrenunciables? -PÉREZ LEÑERO[205] responde a esta pregunta —cuáles son los derechos irrenunciables—

[203] CAMERLYNCK, *La rénontiation du salarié, en* "Droit Social", 1960, p. 628.

[204] Ob. cit., p. 269.

[205] JOSÉ PÉREZ LEÑERO, *Teoría general del derecho español del trabajo,* Madrid, 1948, p. 166.

enfocando el tema de otra manera. En efecto, enumera una serie de condiciones que deben tener los derechos para que queden alcalizados por esta nota de irrenunciabilidad:

1) Han de ser derechos legales, o sea, otorgados en leyes, reglamentos o resoluciones administrativas. El trabajador, en cambio, puede renunciar a las concesiones' que voluntariamente le ha otorgado el empresario (privilegio, y no derecho), a no ser que hayan pasado, por virtud de la propia ley, a alcanzar el carácter y vigencia legales. El trabajador que, por libre concesión de la empresa, tiene, por ejemplo, una hora menos de trabajo puede renunciar a este privilegio, lo mismo que el que habita una vivienda cedida voluntariamente por el empresario,

2) Han de ser derechos ciertos. Por eso, se admite la transacción, ya que en ella ambas partes ceden, por falta de seguridad en sus derechos.

3) Han de ser derechos subjetivos, es decir, otorgados por la ley al renunciante. Por tanto, si un trabajador reclamó algo en exceso puede renunciar a lo que pidió de más porque el elemento "cantidad" de un salario no califica el derecho en virtud del cual es debido. Por eso, es lícito y válido el ajuste de cuentas o 'finiquito.

4) Han de ser derechos beneficiosos. La ley supone lo son todos los que ella otorga al trabajador; pero no lo hace con carácter absoluto, sino que exceptúa a algunos de ellos que se convierten en renunciables. El expositor cita ejemplos españoles: el derecho a la excedencia que se concede al personal femenino es renunciable para el personal que estaba en la empresa al publicarse la ley; compensación en metálico de las vacaciones otorgadas a veces excepcionalmente; y del derecho del aprendiz, al finalizar su período de aprendizaje con prueba satisfactoria, a rescindir su contrato o a seguir en la empresa, cobrando la diferencia entre el sueldo de aprendiz y el del 'oficial tercero. Podría ponerse como ejemplo uruguayo, el derecho que se reconoce al gremio que puede ser ejercido por medio de un convenio colectivo suscrito por la entidad sindical más representativa para renunciar a la continuidad del período' de licencia y a la no computabilidad del feriado.

SITUACIONES SIMILARES A LA RENUNCIA

71. Situaciones similares a la renuncia. A continuación, examinaremos algunas situaciones similares o análogas a la renuncia para ver en qué grado quedan alcanzadas o pueden verse afectadas por el principio de la irrenunciabilidad.

En realidad, ya hemos estudiado una figura que también podría ser examinada en este momento. Nos referimos a la transacción. La analizamos cuando encarábamos las distintas modalidades de la renuncia porque, en el fondo, aunque encuadrándola en determinado contexto, la transacción encierra siempre en forma- más clara o más disimulada, una renuncia. Y su consideración en aquella oportunidad sirvió para poner de relieve una primera variedad dentro de las distintas modalidades: su carácter unilateral o bilateral.

72. Renuncia al empleo. - La primera que vamos a examinar ahora es la renuncia al empleo.

En cierto modo, la renuncia al empleo tiene mayor importancia que la renuncia a tal o cual derecho, porque importa no sólo la resignación de derechos —el derecho a la indemnización por despido— sino la pérdida voluntaria de una posición, de la cual se derivan una serie de derechos actuales y potenciales.

Sin embargo, no es posible prohibirla, ni siquiera limitarla, porque nadie puede ser obligado a continuar un contrato de trabajo si desea terminar con él. Aparece aquí una consecuencia del carácter personalísimo del contrato de trabajo, que lleva a requerir indispensablemente la conformidad del trabajador y, por tanto, a determinar el cese de la relación de trabajo si falta la voluntad del trabajador.

La renuncia al empleo no está prohibida, porqué, como dice Ridella[206], de prohibirse se llegaría al absurdo de condenar prácticamente al prestador de obra a trabajos forzados, trasformando una providencia legal originada en la exclusiva preocupación de tutelar a los trabajadores en una disposición conculcadora de su libertad.

[206] La *decadenza ai sensi dell'art, 2113, C.C., in* rapporto alla *natura del contratto di lavoro ed alla illegittimità del licenziamento;* en "Ri-vista Giuridica del Lavoro", 1948, p. 75.

Ojeda Avilés [207] entiende qúe Ia dimisión del trabajador es, en puridad, resolución unilateral, y no renuncia del contrato. Sostiene que en general se renuncia a la titularidad activa de una posición jurídica, o sea, que la renuncia consiste en desprendernos de aquellos poderes jurídicos que nos son atribuídos, pero no de las obligaciones o deberes que nos sujetan a otras personas y sobre las que no tenemos ninguna disponibilidad. Por eso, no cabe "renunciar" al contrato globalmente. Encarada como una resolución unilateral, s evita plantear espinosas cuestiones sobre la libertad contractual y la autonomía de la voluntad para justificar la legitimidad de una renuncia al contrato, en materias en las que ésta se prohíbe. Si consideramos que la dimisión del trabajador constituye una resolución unilateral del contrato, la enrarecida atmósfer que pesa sobre esta cuestión queda en gran parte purificada, a n a costa de soslayar un posible abandono de la indemnización por despido injusto que pueda esconderse tras la dimisión "voluntaria" del empleado.

Lo que el derecho busca en ésta materia *es* asegurarse de la autenticidad de la voluntad del trabajador de querer terminar con el contrato de trabajo existente.

Dada la excepcionalidad de eta medida, ella no puede presumirse y, ¯al contrario, debe ser examinada con especial cuidado. Debe expresarse en forma plenamente clara, libre y válida.

Con ese objeto, algunas legisl[a]ciones establecen, ya sea con carácter general, ya sea para ciertos estatutos especiales, como requisito indispensable, que la renuncia se presente por escrito y rodeada de ciertas formalidades. Incluso, en algunos casos, se requiere que sea extendida o ratificada ante la autoridad administrativa correspondiente.

Por eso, como dice Deveali[208], mientras la renuncia a los derechos está siempre viciada de nulidad, respecto de la renuncia al empleo rigen los principios generales sobre invalidez de los negocios jurídicos. Es cierto que por medio de la renuncia al empleo, se puede llegar a la renuncia a los derechos inherentes al despido. Esta imposibilidad impone un examen especialmente riguroso de los requisitos necesarios para la validez de los negocios jurídicos, pero no parece suficiente para autorizar una presunción de fraude y mucho menos la extensión automática de la

[207] Ob. cit., ps. 139 y 140.

[208] Revista "Derecho del Trabajo"; 1949, p. 256.

nulidad establecida en cuanto a la renuncia a los derechos.

Una situación completamente distinta es la del trabajador que en virtud de las violaciones contractuales o de las infracciones legales del empleador, da por terminado el contrato, declarándose despedido.

En tal caso, no se habla de renuncia sino de despido indirecto, ya que la iniciativa y la responsabilidad de la ruptura del contrato proviene del empleador, y no del trabajador.

Es cierto que hay, en ambos casos, una decisión del trabajador comunicada al empleador, pero en un caso importa una denuncia y en el otro una renuncia. La diferencia de una letra marca distancia que separa una ruptura provocada por la conducta del empleador y el cese determinado por la voluntad exclusiva del trabajador. 'Naturalmente que en la práctica las diferencias pueden no presentarse tan tajantemente. En efecto, a veces, el trabajador se ve forzado a presentar la renuncia, a consecuencia de la conducta del empleador, que deliberadamente convierte en insoportable la permanencia del trabajador en la empresa. Hay, al respecto, infinidad de formas, grados y matices.

73. Conciliación.- La conciliación constituye un intento de solucionar por vía amistosa un diferendo que se ha sometido o se va a someter a la justicia. En él interviene necesariamente un funcionario estatal que busca una solución de común acuerdo, en contacto directo con las partes.

La conciliación no importa necesariamente una renuncia, pero puede llevar a ella. Diríamos que la conciliación es el marco o el procedimiento de solución, uno de cuyos resultados posibles es la, renuncia. Pero del mismo modo como .puede haber renuncia sin conciliación, puede haber conciliación sin renuncia. Incluso, ambos conceptos pertenecen a planos diferentes: uno al plano de los procedimientos; otro al plano de las decisiones sustantivas.

En todo procedimiento laboral se busca siempre la conciliación como uno de los modos más plausibles de concluir los conflictos.

En la ley 14.188 del 5 de abril de 1974, que instauró el nuevo procedimiento laboral en el Uruguay, se establecen tres intentos conciliatorios:

a) uno obligatorio previo ante el Centro de Asistencia y Asesoramiento Jurídico en materia laboral, del Ministerio. de Trabajo y Seguridad Social (que reemplaza el requisito cons titucional de la conciliación previa ante el juez de paz) (art. 10) ;

b) otro también preceptivo durante el juicio, que deberá ser presidido personalmente por el juez (art. 6, numeral 2°)

c) otro eventual, en cualquier estado de los procedimientos judiciales en primera o segunda instancia y hasta la citación para sentencia, si el juez lo entendiera conveniente (art. 10, inc. 3).

En todas las legislaciones se le ha dado una importancia similar a los intentos de conciliación, que se han querido estimular de diversa manera. Quizá hasta se haya sobrevalorado la significación de la conciliación. En efecto, si bien en los conflictos colectivos la conciliación debe mirarse indudablemente como un bien ambicionable, porque junto con el valor justicia está el valor paz, que en este ámbito tiene gran relevancia, en el orden de los conflictos individuales la conciliación puede mirarse en muchos casos como un sustitutivo práctico de la justicia.

Alguna vez la hemos llamado un mal menor, porque suele significar el sacrificio de una aspiración de justicia en aras de una solución rápida y segura.

Si hubiera la seguridad de lograr enseguida una sentencia completamente justa, que diera a cada cual lo suyo, todos preferiríamos la sentencia plenamente justa e instantânea. Precisamente porque no es posible alcanzar ese ideal es que ha surgido la conciliación. O sea, que ante la dificultad de conseguir siempre una justicia cierta, por la inadecuación de los medios de prueba y de aproximación a la verdad, y ante la imposibilidad de lograr una justicia oportuna por la lentitud de los procedimientos judiciales, se alza la conciliación como una esperanza de solución pronta y concreta, aunque ella importe renunciar a la posibilidad de lograr todo lo que se creía tener derecho.

Pero quitándole esa aureola de idealización, debemos reconocer que la conciliación constituye en la práctica real y actual, algo positivo que debe ser buscado y promovido.

Dos razones justifican ese carácter positivo. Por un lado, la circunstancia de que en muchos conflictos la razón está repartida, teniendo ambas partes una porción de verdad, por lo que resultan

particularmente apropiadas las soluciones logradas de común acuerdo. Por otro lado, cualquier solución de un diferendo logrado por vía conciliatoria resulta mucho más aglutinante que una decisión por vía de sentencia, la cual significa generalmente la victoria de una de las partes, pero la desconformidad, el alejamiento y la hostilidad de la otra.

Por otra parte, cualquiera que sea nuestra opinión, lo cierto es que existe y debe ser examinada desde la perspectiva de nuestras reflexiones.

Aun cuando el art. 261 del C.P.C. admite la conciliación sólo en las materias en, que no está prohibida la transacción, con lo que parecen equipararse ambos institutos, la conciliación no supone siempre la transacción. Como dice Couture, hay tres formas de terminar amigablemente el proceso civil: el desistimiento, la transacción y el allanamiento. El primero es un acto con el cual el actor reconoce que no tiene razón o no quiere, por motivos extralegales, hacer uso de ella. La tercera forma consiste en el sometimiento del demandado a la exigencia del actor, por entenderla justa. En el desistimiento y el allanamiento no hay renuncia ni abandono de derechos; son además actos que pueden producirse en la instancia conciliatoria y evitar de esa manera el proceso. Esta contingencia explica por qué razón debe llenarse siempre el requisito de la conciliación.

Por otra parte, ya hemos visto en qué medida cabe la transacción cuando hay materias realmente dudosas y existen concesiones recíprocas. Es evidente que si se admite, dentro de esos términos, la transacción, con mayor razón debe admitirse la conciliación que supone la intervención de un funcionario especializado que controla, dirige y orienta las negociaciones, e incluso suministra el debido asesoramiento a las partes, especialmente a la más necesitada de protección que es el trabajador.

Con todo, coincidimos con Sarthou en que si a pesar de lo anterior, puede demostrarse la existencia clara de una renuncia, ella podría impugnarse en virtud del principio de irrenunciabilidad[209].

74. Desistimiento. — Se ha definido el desistimiento como el pedido del actor, dirigido al juez de la causa, por el cual manifiesta la voluntad

[209] Revista "Derecho Laboral", t. XV, p. 374.

de hacer cesar la instancia, deshaciendo la relación procesal surgida entre él, el demandado y el Estado[210].

Debe distinguirse si el desistimiento sólo importa una clausura de la acción iniciada si llega a ser una renuncia del derecho.

Si ocurre lo primero, el ¡trabajador conserva intacta la posibilidad de reiniciar la acción cuando lo crea oportuno. Siempre, naturalmente, que no sé haya operado prescripción o caducidad.

Si ocurre lo segundo, el trabajador se desprende del derecho sustantivo y, por tanto, constituye una de las diversas formas de concretar la renunciai de un derecho.

En el primer caso se requiere el consentimiento de la otra parte, ya que puede oponerse ilegítimamente a él, si prefiere que quede dilucidado el problema sometido a la decisión judicial.

En el segundo caso no se requiere tal consentimiento por que la renuncia es un acto unilateral, del cual no puede desprenderse ningún perjuicio [p]ara quien se beneficia con ella. Pero en materia laboral queda claramente alcanzado por la prohibición de renunciar.

75. Novación. Suele presentarse con frecuencia en la, práctica laboral la sustitución de las condiciones en que se venía prestando el trabajo. Técnicamente, esa modificación de las condiciones del trabajo puede definirse como una novación. Novación objetiva porque cambia el objeto de las condiciones principales del trabajo en oposición a la subjetiva, que se produce cuando cambian los sujetos del contrato. Novación modificativa porque se sustituyen los elementos objetivos del contrato, a diferencia de la novación extintiva, en la cual se sustituye el contrato, que desaparece como tal.

Si bien algunas veces se ha sostenido que la novación —el cambio de las condiciones del contrato— es equivalente a una renuncia, Ojeda Avilés [211] destaca que hay una diferencia muy importante:

[210] Alcione NIEDERAUER CORREA, *A desistencia no processo do trabalho,* en revista "Legislação do Trabalho", setiembre 1974 (p. 825). COUTURE, en su *Vocabulario jurídico,* Montevideo, 1960, lo define como "modo anormal de conclusión del juicio, por virtud del cual uno de los litigantes se aparta de él en forma expresa, renunciandó a su demanda o a su oposición" (p. 234).

[211] Ob. cit., ps. 238 y ss.

en la renuncia existe la voluntad de separarse de un derecho cuya titularidad poseemos, mientras que en la novación la intención es la de reemplazar unos derechos por otros.

La atención se centra en las nuevas condiciones que se pactan, más que en el desprendimiento de las condiciones anteriores que se abandonan.

Como dice el referido autor español, en el negocio novatorio los beneficios que desaparecen como consecuencia del cambio en objeto o en las condiciones principales de la relación laboral primitiva, no se suprimen por la única intención de extinguirlos sin más, sino para dejar paso a otros derechos o prerrogativas, en una doble acción esencialmente enlazada, extinción-creación, que puede resumirse en el término "sustitución".

La sustitución que se opera en el negocio novatorio puede ser para el trabajador mejor, peor o igual que 10 que se abandona. No toda novación es desventajosa para el trabajador porque signifique la extinción de unos derechos o unos beneficios, siendo así que éstos se abandonan para conseguir otros que en multitud de ocasiones son más favorables que los anteriores.

Las limitaciones de la novación en el marco laboral vendrán originadas por otros motivos distintos al de implicar estructuralmente una renuncia.

Debe evitarse que tras la novación se esconda una renuncia, como la cine podría configurarse, por ejemplo, en caso de un contrato de duración indeterminada que se sustituyera por un contrato de duración determinada, con lo que se estaría renunciando al beneficio de la estabilidad.

Debe evitarse que se pretenda eludir normas inderogables o que se afecten beneficios que son totalmente indisponibles.

Esto explica que no puedan prohibirse todas las novaciones sino, al contrario, que se requiera examinarlas concretamente para poder determinar cuándo encierran una renuncia o una violación legal.

Y concluye el autor mencionado afirmando que no es cualquier pérdida consiente de derecho lo que el orden laboral prohíbe, porque entonces habría cercenado el poder de disposición del trabajador en lo referente al fruto de su trabajo, sino únicamente una clase de ella, la pérdida con causas meramente abdicativas y sin contraprestación; en otras palabras, la renuncia total o parcial de

un derecho. Siguiendo a Giugni[212], anota que una debilitación desmedida de los límites de la autonomía dispositiva dei prestador le seria de pobre utilidad. En la empresa moderna surgen constantemente nuevos tipos de relaciones que es poco oportuno comprimir en la malla de límites omnicomprensivos.

76. Prescripción y caducidad. — Examinaremos el problema de la pérdida de la efectividad de un derecho como consecuencia de su no uso durante cierto tiempo.

Aunque cada sujeto de derecho es libre para decidir cuándo va a ejercer sus derechos, esa libertad no es ilimitada. O, mejor dicho, la oportunidad en que se ejerce cada derecho no siempre es indiferente, desde el punto de vista de la eficacia del derecho mismo.

En ese sentido, cabe recordar, con Gottschalk[213], tres institutos que pueden resentir la virtualidad de un derecho, como consecuencia de su no ejercicio en el tiempo: la prescripción, la caducidad y la preclusión.

La primera consiste en la pérdida de la acción emergente de un derecho, corno consecuencia del trascurso de cierto plazo, durante el cual aquel derecho no se ejerció.

Surge de lo anterior que la prescripción que interesa en materia laboral es la prescripción extintiva o liberatoria [214].

En realidad, no se pierde el derecho sino la acción. La obligación correlativa al derecho respectivo se convierte en una obligación natural. Ferro explica sus efectos de esta manera:

[212] *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, en* "Ri-*vista* Diritto del Lavoro", 1958, I, ps. 3 y ss.

[213] Ob. cit., p. 237.

[214] Juan A. ENSINCK expresa categóricamente: "Desde luego que cuando se habla de prescripción en materia laboral se hace referencia a la liberatoria. Ello así por cuanto la adquisitiva constituye una institución al margen de nuestra disciplina, de modo que no es en ella posible la adquisición de derechos fundada en el devenir del tiempo" *(Prescripción laboral: la ley 17.709,* en "Gaceta del Trabajo", 1968, p. 201). Pueden citarse expresiones similares de RUPRECHT *(Contrato de trabajo,* Buenos Aires, 1969, p. 511), de CABANELLAS *(Contrato de trabajo,* Buenos Aires, 1964, t. III, p. 677), de 'CENTENO *(La prescripción en el derecho del trabajo,* en la revista "Legislación del Trabajo", mayo 1974, año XXII, p. 385), de Osvaldo C. PALUDI *(Prescripción de las acciones laborales en la ley 20.744,* en la revista argentina "Derecho Laboral", t. XVI, p. 649, noviembre 1974).

"La inercia por parte del titular del derecho trae como consecuencia que, por razones de seguridad jurídica, la acción como derecho no produzca el correlativo deber del Estado de proteger las situaciones mediante una sentencia favorable, o, mejor dicho, que éste se libere de esa, carga. Por eso es que los efectos de este instituto se proyectan con respecto a la acción y no se refieren al derecho; la obligación se trasforma en natural y si el deudor la cumple no puede repetir el pago" [215].

Supone la invocación expresa por el propio interesado, sin que pueda suplirlo el juez de oficio.

Por lo demás, el plazo tiene que haber trascurrido sin que se haya operado ninguna circunstancia que haya imposibilitado al titular del derecho accionar para su efectivización (suspensión), y no debe haber realizado ninguna gestión tendiente a la obtención de su derecho a la cual la ley le otorga la virtualidad de "interrumpir" el plazo prescriptivo[216]. Es decir, que es susceptible de suspensión (cuando cierto lapso no se cuenta a los efectos del cómputo de la prescripción) y de interrupción (cuando ocurre algún hecho que deja sin efecto todo el período anterior dando origen al comienzo de un nuevo cómputo). Argañarás distingue ambos conceptos de la siguiente manera: "La interrupción de la prescripción produce sus efectos con respecto al pasado: borra el tiempo ya corrido de la prescripción, pero permite que ésta comience de nuevo su curso, como si no hubiese existido la prescripción anterior. La suspensión, por el contrario, sólo produce sus efectos para el porvenir: el tiempo anterior de la prescripción es conservado, puesto en reserva, para unirlo al que seguirá al cesar la suspensión que impedía el curso de la prescripción" [217].

La caducidad, en cambio, se opera de pleno derecho, por el simple trascurso del tiempo, produciendo sus, efectos aunque el beneficiario de ella no la invoque. No se limita a la pérdida de la acción, sino que determina la pérdida del propio derecho.

[215] Horacio J. FERRO, La *renuncia y* la prescripción en *el derecho del trabajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1950, p. 456.

[216] Osvaldo C. PALUDI, *Prescripción de las acciones laborales en la ley 20.744,* en la revista argentina "Derecho Laboral", t. XVI, p. 650, noviembre 1974.

[217] Manuel J. ARGAÑARÁS, *La prescripción* extintiva, Buenos Aires, 1966, p, 70,

Por eso, es correcta la definición de Cámara Leal, al decir que es "la extinción del derecho por la inercia de su titular cuando su eficacia fue, desde el origen, subordinada a la condición de su ejercicio dentro de un plazo prefijado y éste se agotó sin que ese ejercicio se hubiese verificado" [218].

Por su propia índole, no es susceptible de suspensión ni de interrupción[219].

Finalmente, la preclusión es un instituto menos generalizado y admitido, pero que ha tenido amplia acogida en el derecho alemán y que se produce cuando el retardo en el ejercicio del derecho es incompatible con el principio de la buena fe. Esta noción se vincula con la idea del abuso del derecho [220] y con la llamada doctrina de los actos propios [221].

Como se comprenderá, a diferencia de los otros dos, que suponen cierta objetividad y cierto automatismo en su funcionamiento, aquí se introduce un elemento intencional o subjetivo que obliga a analizar individualmente cada caso, para comprobar si existe la nota de abusivo.

[218] CÁMARA LEAL, *Da prescrição e da decadencia,* 1939, ps. 123 y ss.

[219] GELSI BIDART sostiene que no es de esencia *de* la caducidad la imposibilidad de interrumpirla (véase exposición efectuada en la 2ª Jornada de Derecho del Trabajo publicada en *Las modificaciones a la ley 14.188,* Montevideo, 1976, p. 60).

[220] Puede encontrarse una minuciosa reseña del origen y alcance de esta noción, llamada en alemán *Weruirkung,* en la obra de Egon GOTTSCHALK, *Norma pública e privada no direito do trabalho,* ps. 214 y ss.

[221] OJEDA AVILÉS describe de esta manera los supuestos de hecho que originan esta doctrina: la actuación del trabajador, que tras haber renunciado a sus derechos —explícita o tácitamente— los reclama al empleador en una actuación contradictoria que *prima facie* cae dentro de la inmoralidad que supone el venir contra *factum proprium:* luego de haber manifestado su conducta en determinada dirección, haciendo abrigar en la contraparte una lógica seguridad sobre la remisión de la deuda, se adopta de improviso la postura contraria, tomando desprevenido al empleador y obligándole a abrir un frente jurídico que creía ya sobrepasado (ob. cit., p. 274).

Este autor entiende —y cita en su apoyo la jurisprudencia española— que en materia laboral no cabe la aplicación de esta doctrina, porque, de ser admitida, la legislación la oral quedaría incumplida y se sometería a la voluntad individual. Entiende que si la conducta que ha sido base de expectativa de terceros va contra *la ley,* esta doctrina del hecho propio es inaplicable tanto en el derecho civil como en el derecho del trabajo. Si el trabajador puede reclamar o exigir aquello *que* previamente había abandonado al empleador es porque esta anterior renuncia era ineficaz.

Lo mencionamos como un antecedente doctrinal; pero, en adelante, nos limitaremos a los dos primeros.

Cabe agregar, en este plano de precisiones conceptuales, que pueden distinguirse dos tipos de prescripciones : las prescripciones cortas —basadas en la presunción de pago— y las restantes prescripciones —que no ese fundan en ninguna presunción—.

Las primeras son incompatibles con la interposición de otras excepciones o defensas, porque revelan que el pago no se efectuó. Pierden eficacia en cuanto cae la presunción, sea por el juramento del deudor, sea por cualquier otra circunstancia que demuestre palmariamente la no existencia del pago.

Las segundas, en cambio, son las auténticas prescripciones, que no están basadas en ninguna presunción de pago, por lo que operan realmente como un modo autónomo de extinción de las obligaciones. Son eficaces no porque hagan pensar que ya se pagó, sino simplemente porque ha pasado cierto transcurso de tiempo. Y aunque conste que no se pagó, igual producen sus efectos. Se asemejan a la caducidad, en cuanto tienen eficacia, pese a la constancia de no haberse cumplido la obligación respectiva; pero siguen diferenciándose de ella porque sólo operan cuando su beneficiario, las invoca.

Son estas últimas las verdaderas prescripciones, pues las primeras tienen más bien el carácter de presunciones. Así lo entiende Nicoliello, quien después de afirmar que a su juicio no prescribe el derecho al cobro de los salarios, agrega: "Puede, si, alegarse la prescripción corta de los códigos Civil y Comercial, cuando se alega el pago, como presunción, a falta de otras pruebas. Porque, de otro modo, sería imposible, muchas veces, acreditar un pago efectivo"[222]. Marca implícitamente con ese distingo, el diferente carácter de estas dos clases de prescripciones: mientras unas constituyen un medio de prueba, las otras son un medio de extinción de la acción:

77. Su admisión en el derecho del trabajo. — A primera vista, parece sumamente inapropiado que en el derecho del trabajo pueda tener valor la prescripción. De la Cueva, después de recordar que se ha sostenido que la institución es contraria al espíritu que informa el art. 123 de la Constitución

[222] *Prescripción y caducidad en* derecho *laboral*, en la revista "Derecho Laboral", t. XVI, p. 367.

Mexicana y a la legislación del trabajo, agrega: "Bien está que se admita la prescripción de las acciones de los patronos puesto que nada les impide renunciar a das que tengan en contra de los trabajadores; la prescripción de las acciones de éstos, en cambio, contraria de manera manifiesta los propósitos de la legislación del trabajo" [223]. Ferro anota que "puede aparecer corno incongruente el hecho de que, por una parte, se tutelen los derechos haciéndolos indisponibles y que, por la otra, se adn'iita que su no uso, dentro de un término dado, traiga aparejado su pérdida" [224]. Martha Abella de Artecona destaca que el instituto de la prescripción en el derecho del trabajo puede ser cuestionado desde dos ángulos diferentes: desde el punto de vista del empleador, constituye un medio para que, por el mero trascurso del tiempo, deje de cumplir obligaciones que leyes de orden público le imponen ; y desde la perspectiva del trabajador, aparece como el abandono por el no ejercicio, de derechos que son, por esencia, irrenunciables, inherentes a la personalidad humana [225]. Sarthou afirma : "Siempre hemos entendido que desde el punto de vista del deber ser, la realización del valor justicia --primordial objetivo de toda rama jurídica— debería llevar necesariamente entre otras cosas, en el derecho del trabajo, a la eliminación de la inacción continuada como causal de pérdida de un derecho. Manejar iguales conceptos con respecto al silencio o a la omisión en accionar por parte del trabajador, que por los sujetos de las relaciones de derecho civil, significa, en cierto modo, revivir la vieja ficción liberal de la igualdad de las partes en el contrato de trabajo. Sólo en una visión esterilizada de los aspectos sociales y económicos del contrato de trabajo puede sostenerse que la subordinación inherente a la relación no implica un estado de sujeción que interdicta la voluntad. Si en otros institutos y campos de nuestra disciplina, las líneas del derecho del trabajo y del derecho común se separan para cumplir aquél sus fines específicos de acuerdo a su autonomía, también aquí el elemento tiempo como causal de pérdida de un derecho deberá tener un tratamiento específico.

[223] Ob. cit., t. 1, p. 728.

[224] Oh. cit., p. 455.

[225] Martha ABELLA DE ARTECONA, La *prescripción,* en *le, ley 14.188,* en *Nuevo proceso laboral uruguayo,* Montevideo, 1974, editado por el Colegio de Abogados y la Fundación de Cultura Universitaria *(p.* 217)-

Esa necesaria especificidad de la prescripción en el derecho del trabajo viene impuesta por el principio de la irrenunciabilidad de las normas laborales. Si no es posible renunciar expresamente las normas del derecho del trabajo, no puede ser válida la renuncia tácita que, en esencia, es la prescripción en tanto inacción mantenida par el plazo que establece la ley" [226].

Nicoliello va más allá, sosteniendo resueltamente que los derechos del trabajador no son susceptibles de prescripción. Si los derechas del trabajador "san derechas protegidos por el orden público —y en consecuencia irrenunciables—; más aún si se trata por lo menos en nuestro país, de derechas catalogados por da Constitución de la República como individuales (propios del individuo, de la persona humana; y, por ello, no enajenables, renunciables ni cedibles), la conclusión inevitable es que son imprescriptibles; desde que la prescripción supone el desuso, el abandono, la renuncia tácita a un derecho" [227].

Salvo este último, los demás autores mencionados explican después los motivos por los cuales, pese a la extraña que pueda parecer, ha sido aceptada la prescripción en materia laboral.

Fundamentalmente se invoca la necesidad de la seguridad jurídica, que es un valor que muchas veces requiere el sacrificio o la postergación del valor justicia, como ocurre, por ejemplo, con el instituto de da cosa juzgada, en el cual la necesidad de seguridad predomina sobre la búsqueda de la justicia. Así lo dice Ferro: "La prescripción es una de las instituciones que encuentran su razón de ser en las exigencias de la seguridad jurídica, en la vida de relación. Elemento éste que justamente con el orden social es el que se persigue con el establecimiento del derecho" [228]. Pero, quizá, quien concrete mejor la justificación de la prescripción sea Centeno al afirmar: "Las normas del derecho del trabajo a través del principio de irrenunciabilidad garantizan la intangibilidad de dos derechos, pero de ello no puede derivarse la protección

[226] Helios SARTHOU, *Consideraciones primarias sobre el nuevo régimen prescripcional del salario y el despido en la ley 14.188,* en la revista "Derecho Laboral", t. XVII, p. 305.

[227] *Prescripción* y *caducidad en derecho* laboral, en revista "Derecho Laboral", t. XIV, p. 367. El mismo autor ha reiterado, desarrollado y actualizado estos conceptos en *Prescripción y caducidad en el derecho del trabajo,* en la revista "Derecho Laboral", t. XIX, *p.* 61.

[228] Ob. cit., p. 455.

de su no ejercicio y de la inercia o inacción que afecta al interés social tanto como su pérdida por el trascurso del tiempo. Si constituye una actitud socialmente reprobable no ejercitar un derecho en cuya realización está interesado el orden jurídico integral, la ley no puede propiciar la subsistencia sin término de la situación de duda, prestando una asistencia a quien na ejercitó su derecho, estando en aptitud de hacerlo" [229].

Santoro-Passarelli agrega que la imprescriptibilidad no es consecuencia necesaria de la irrenunciabilidad y de la intransigibilidad porque la prescripción no depende, directamente, de la voluntad del titular del derecho sino de una situación continuada de inercia, encontrando su razón de ser en un interés público, que el ordenamiento jurídico puede considerar prevaleciente, comparativamente al interés público que justifica la irrenunciabilidad del derecho por parte del titular[230]. A propósito de esta diferenciación entre prescripción y renuncia, Centeno anota que no parece que pueda con[f]undirse la prescripción con la renuncia de derechos, y para ello mismo no hay incompatibilidad entre una y otra forma de extinción de los derechos, admisible la una e inadmisible la otra en el derecho del trabajo. La renuncia es un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho. En la prescripción, en cambio, no hay renuncia sino omisión d 1 ejercicio del derecho de iniciativa. Se omite ejercer un derecho, sin renunciarlo por ello, pero si la situación perdura más allá del plazo fijado por la *ley, se* le priva de eficacia al negársele por el ordenamiento jurídico, aptitud para su reconocimiento y exigencia [231].

Alonso Olea expresa que el ordenamiento reacciona con la declaración de nulidad contra el acto del titular del derecho irrenunciable en el cual se exteriorice la voluntad de renunciar, pero no reacciona contra su mera pasividad u omisión de ejercicio; de ahí que los derechos irrenunciables estén sujetos a plazos, de prescripción o de caducidad como lo están los renunciables [232].

[229] Ob. cit..p. 389.

[230] *Noções de direito do trabalho,* São Paulo, 1953, p. 201.

[231] Ob. cit., p. 389.

[232] Manuel ALONSO OLEA, *Derechos irrenunciables y principio de congruencia,* "Anuario de Derecho Civil", XV-2 (1962), p. 293.

Lo que ocurre, como dice Ojeda Avilés[233], es que el principio de la irrenunciabilidad impide una determinada disposición de derechos beneficiosos laborales ; pero no establece su ejercicio forzoso, que a másde ir contra la libertad del individuo de manera inadmisible, sería imposible de hacer cumplir y de controlar. Lo que el ordenamiento jurídico laboral prohíbe es que un trabajador se desprenda de un beneficio, de un medio que se le da para aliviar la precariedad de su situación. Pero si el trabajador no se desprende de él, tiene plena libertad en cuanto a su ejercicio. Y en otra parte de su desarrollo sostiene que el que se pierda o salga del patrimonio un bien patrimonial por causa de la prescripción o de la caducidad que la actitud negativa del sujeto ha provocado no son propiamente limitaciones de la voluntad de los particulares y, por tanto, tampoco aspectos de la indisponibilidad. Pero reconoce que dos autores de tanto prestigio como Giugni y Guidotti opinan lo contrario, o sea, que consideran la imprescriptibilidad como una consecuencia de la indisponibilidad [234].

78. Fundamentos de su aplicación en el derecho del trabajo. Muy próximo a este tema está el de indicar cuáles son los verdaderos fundamentos de la prescripción en esta materia.

Siguiendo a Spota[235], podemos decir que la prescripción no es:

a) una sanción o pena contra el titular de un derecho, porque el concepto de culpa por daño inferido a sí mismo no es de recibo, ya que la conducta sancionable supone el perjuicio sufrido por otro. Corno la ley no impone al trabajador un deber de accionar y su conducta no causa perjuicio a otro (antes bien, lo beneficia), aunque pueda ser socialmente censurable no puede hablarse de responsabilidad ni de pena por el comportamiento negligente en que incurre el titular del derecho.

b) una presunción de que el derecho quedó satisfecho. El solo trascurso del tiempo no crea la presunción del cumplimiento
de la obligación. Debe tenerse presente que la obligación laboral prescrita tiene el carácter de natural, vale decir, de un derecho sin acción, lo que no se

[233] Ob. cit., p. 228.
[234] Ob. cit., p. 60.
[235] Alberto G. SPOTA, *Tratado de derecho civil, t.* I, Parte general, vol. 10.

conciliaría con la presunción de su cumplimiento. Esta fundamentación sólo podría caber en las prescripciones cortas, que constituyen una modalidad atípica de las mismas; pero no para las restantes que son compatibles con la interposición simultánea de otras defensas.

c) una presunción de abandono del derecho. El no ejercicio oportuno de un derecho no puede, en ningún caso, constituír presunción en el sentido de su renuncia, ya que ésta es incompatible con los principios de derecho laboral. No puede, entonces, considerarse equivalente el abandono del derecho o la renuncia con la prescripción ni ésta tener fundamento en la presunción de ello, nacida del trascurso del plazo fijado en la ley. Esto es tanto más claro cuando' se intenta ejercer la acción después de haber vencido el plazo de prescripción y el deudor invoca justamente la prescripción para detener la acción.

En definitiva, podernos concluír con Centeno, que el verdadero fundamento de la prescripción eh el derecho del trabajo es el mismo que en el derecha común: la seguridad jurídica, que alcanza plena vigencia en aquél aun cuando a través de ello se pueda llegar a un resultado (como es la pérdida del derecho de parte del trabajador), que parecería antitético con la finalidad protectora de nuestra disciplina. Ésta debe lograrse con el ejercicio de los derechos, no mediante la eternización de situaciones conflictivas o dudosas que conspiran contra el orden y la paz social, que es, al fin, el resultado a que aspira la protección otorgada al trabajador mediante disposiciones más o menos rígidas en lo que se refiere a la disponibilidad de los derechos que le están acordados [236].

Como dice Ojeda Avilés, en una expresiva frase, la prescripción ha sido establecida *odio negligentiae,* y no *favore praescribientis,* es decir, en interés público contra la desidia del titular [237].

79. Características de estos institutos en el derecho del trabajo. Las características de estos institutos —algunas de ellas válidas para todas las ramas del derecho y otras peculiares de esta materia— pueden resumirse en la siguiente forma:

[236] Ob. cit., p. 389.
[237] Ob. cit., p. 55.

1) Los plazos de prescripción y de caducidad son de orden público y no pueden ser modificados por acuerdos entre las partes —ni individuales ni colectivos— ni para acortarlos ni para alargarlos. Las partes no pueden, sea mediante sus convenciones particulares o las convenciones colectivas de trabajo, abreviar o prolongar el plazo fijada por la ley. Ambos institutos son de origen legal.

2) La diferencia principal entre prescripción y caducidad reside en que la prescripción requiere la invocación del interesado, mientras la caducidad se aplica de pleno derecho. En consecuencia, cuando rige un plazo de prescripción, el juez no puede suplir de oficio la invocación del beneficiado, que es el único que la puede oponer y determinar, con su invocación, su aplicación. No basta la sola iniciativa del juez porque siendo remisible da prescripción operada, su no oposición configura una renuncia válida de esa prescripción ganada. En cambio, en el caso de la caducidad, el juez la debe aplicar aunque la parte no la haya invocado.

3) No puede renunciarse para el futuro el derecho a invocar la prescripción en su favor. Es ésta otra consecuencia del carácter de orden pública de la institución. Nada impide que pueda renunciarse la prescripción ya ganada. Lo que no puede renunciarse es el derecho de prescribir para lo sucesivo.

En cuanto a la caducidad, el problema ni se plantea porque no depende de la invocación —ni, por consiguiente, de la voluntad— de las partes. No cabe, pues, ni hablar de renunciar, ya que se opera automáticamente.

4) Dada la difícil armonización de estos institutos con los principios del derecho del trabajo, tanto la prescripción como la caducidad deben ser interpretadas con criterio restrictivo: admitirse lo menos posible y estrictamente dentro de los límites indispensables. Este criterio restrictivo tiene justamente como consecuencia, en materia de prescripción, que las causas de suspensión o de interrupción sean interpretadas con amplitud.

5) Uno de los puntos fundamentales de la aplicación de estos institutos es la determinación de las fechas a partir de las cuales deben empezarse a contar los plazos respectivos.

Deben establecerse con la máxima claridad y precisión para que todos sepan a qué atenerse, decidan su conducta a partir de ese data y estos institutos creados para la seguridad y la certeza no originen nuevas incertidumbres y discusiones.

6) En la determinación de las fechas de arranque del cómputo, se deben combinar y armonizar los distintos criterios para contemplar su finalidad de preservar la seguridad jurídica con la consideración de la realidad que lleva a que muchas veces el trabajador tenga dificultades para ejercer judicialmente sus derechas mientras subsista el estada de subordinación derivado de la relación de trabajo.

Por tal motivo, la doctrina aconseja que el comienzo del plazo se establezca a partir del momento en que el trabajador haya dejado de trabajar. En la gran mayoría de los casos, el trabajador teme que el planteo judicial del reclamo signifique arriesgar su puesta. Por eso, la inactividad del trabajador no le es imputable ni tiene el mismo significada que en otras condiciones. Debe atribuirse al legítimo deseo de conservar el trabajo.

Como dijo hace muchos años una de las primeros laboralistas españoles, Juan Hinojosa, "no puede decirse que el obrero es plenamente libre para accionar frente al patrono hasta, que no se rampa definitivamente el vínculo contractual que a él le liga" [237 bis].

Coincidiendo con esa posición, Ojeda Avilés[238] expresa que pese a todas las distinciones conceptuales y doctrinales en la práctica, la renuncia y la falta de ejercicio del derecho durante la relación laboral se equiparan, porque, en definitiva, el resultado a que una y otra llegan es análogo: el beneficia concedido se desprecia y la voluntad de la ley queda sin efecto, por lo que el plazo de prescripción debe comenzar a correr desde que la relación queda disuelta.

Quizá el documento más significativo en este sentido sea la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de fecha 10 de junio de 1966, en la cual se afirma que el plazo no comienza a contarse sino desde la terminación del contrato de trabajo, dada "la situación psicológica del trabajador que puede ser inducido a no ejercitar el propio derecha por el misma motivo por el que muchas veces es llevado a renunciarlos, a sea, por temar al despido: de forma que la prescripción decurriendo durante la relación de trabajo produce justamente aquel efecto que el art. 36 de la Constitución ha intentado evitar,

[237 bis] Juan HINOJOSA, *El contrato de t*r*abajo. Comentarios a la ley de 1931*, p. 254.
[238] Ob. cit., p. 231.

prohibiendo cualquier tipo de renuncia, incluso aquella que en particulares situaciones puede estar implícita en la falta de ejercicio del propio derecho y por tanto en el hecha de que se deje correr la prescripción".

7) No siempre los plazos de prescripción o de caducidad de las distintas acciones laborales son idénticos. Los plazos deben ser razonables, por lo que no puede prescindirse de las características de cada acción que pueden aconsejar, frente a ciertas situaciones en las que las pruebas de los hechos sean más perecederas, la determinación de plazos especiales menores. De allí que muchas veces en lugar (le un régimen uniforme haya varios regímenes distintos.

8) En algunos países se establece que deben ser opuestas en la primera oportunidad que. corresponda. Ciertos derechos positivos contienen normas expresas determinando que la excepción de prescripción "debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio Que haga quien intente oponerla". Aun cuando no exista una norma de ese contenido o similar, parece derivar de la propia esencia del instituto que él se oponga apenas surja la oportunidad de hacerlo, ya que la omisión en tal circunstancia surte los mismos efectos que la remisión de la prescripción ganada. Este razonamiento no es aplicable a la caducidad, ya que no depende de la invocación de la parte y el juzgado debe aplicarla de oficio aunque la parte no la haya invocado.

80. Evolución de la prescripción en el derecho laboral uruguayo. - La prescripción de las acciones laborales ha sufrido en el derecho uruguayo una importante evolución.

En materia de accidentes de trabajo, la ley 10.004, del 28 de febrero de 1941, establece en su art. 21 que "la acción por indemnización se prescribe a los dos años de ocurrido el accidente". Y el art. 15 de la ley 12.949, del 23 de noviembre de 1961, dispone que "las acciones por cobro de primas de seguros de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de los capitales necesarios para el servicio de rentas y los gastos en los casos de obreros no asegurados prescribirán a los diez años contados desde el día en que las obligaciones se hicieran exigibles".

En materia de trabajo a domicilio, el inciso final del art. 13 de la ley 10.910, del 5 de enero 'de 1940, había establecido: "Regirá para la prescripción los derechos pertinentes del obrero, el plazo fijado por el

art. 1224 del Código Civil" (este plazo es de un año) .

En materia de viajantes y vendedores de plaza, la ley 14.000, del 22 de julio de 1971, establece en la parte final de su art. 8: "Las acciones emergentes de dicha ley (se refiere a la ley 12.156, del '22 de octubre de 1954)) y de ésta, prescriben a los cuatro años".

En materia salarial, el régimen existente a partir de la ley 10.449, del 12 de noviembre de 1943, era el siguiente. En general, regían las prescripciones cortas (o sea, de seis meses o un año, según el trabajador fuera jornalero o mensual) establecidas por el Código Civil o el Código de Comercio, basadas en la presunción de pago; y cuando no existía o desaparecía esa presunción se aplicaba el plazo de 20 años de las acciones personales. Además, regía la prescripción de un año a partir dei egreso del establecimiento en el caso de que se ejerciera la acción ejecutiva instituída por el art. 4 de la ley 10.449, o sea, la derivada de un título ejecutivo compuesto por dos documentos: el certificado expedido por el Instituto Nacional del Trabajo sobre el salario correspondiente según la ley o el laudo y la planilla de trabajo. La jurisprudencia entendió que esta prescripción se aplicaba a todos los reclamos salariales: tanto los ejercidos. por acción ejecutiva como por vía ordinaria; tanto por el total del salario como por las diferencias[239].

En materia de indemnización por despido, después de ciertas vacilaciones iniciales sobre si correspondía aplicar el plazo de 4 años establecido por el art. 1332 del Código Civil para las acciones tendientes a lograr la reparación de un ilícito civil, la jurisprudencia se unificó en torno de la aplicación del plazo de 20 años establecido para las obligaciones personales, en general.

Toda esta situación se trasforma en virtud de la entrada en vigencia de la ley 14.188, cuyo art. 14 establece: "Las acciones por cobro de salarios y de indemnización por despido prescribirán al año, a contar del momento en que debió hacerse efectivo el salario, o de aquel ^e^n que se produjo el despido".

Esta norma sustituye a todas las anteriores en materia de salario y de despido, por lo que las otras normas que hemos mencionado con anterioridad,

[239] En nuestra obra *El salario en el Uruguay,* Montevideo, 1956 (t. II, p. 524), basándonos en el texto del párrafo final del art. 4 de la ley 10.449, que se refería a "esta acción", sostuvimos que debía ser interpretada restrictivamente; pero la jurisprudencia fue inclinándose en forma mayoritaria hacia la tesis amplia, que era la que predominaba francamente al aprobarse la ley 14.188.

referentes a otros beneficios laborales, continuaban rigiendo.

El plazo es de un año, pero se cuenta desde el momento en que debió hacerse efectivo el salario o en que se produjo el despido, o sea, desde el momento en que los créditos se hicieron exigibles. La modificación era importante no tanta en lo que respecta al plazo, lo que afectaba la reclamación por indemnización por despido en un aspecto no relevante; sino en lo que atañe a la fecha a partir de la cual se debía computar el plazo, que en el caso del reclamo del salario arrancaba desde un período en que estaba vigente el contrato de trabajo.

Pero se entendió pacíficamente que era una prescripción, corta —por lo que cabía oponer la destrucción de la presunción de pago derivada de cualquier circunstancia que fuera incompatible con aquella presunción— y que sólo regía para los créditos laborales nacidos con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley, o sea, el 3 de octubre de 1974[240].

81. Caducidad.- El día 23 de diciembre de 1975 se promulgó la ley 14.490, que se refiere a todos los créditos laborales y que sustituye a todas las anteriores.

Su texto es el siguiente:

"**Art. 1. —** Declárase con carácter de interpretación auténtica (art. 13 del Código Civil) que todas las acciones par cobro de cualquier clase de prestación que adeude o deba cumplir el empleador con motivo o a causa de la relación de trabajo, sin excepción alguna, y desde las fechas de las leyes de la materia que por la presente se interpretan, caducan indefectiblemente al año subsiguiente del día en que debieron cumplirse las mismas.

"**Art. 2. —** Deróganse todas las disposiciones que hacen referencia a términos de prescripción, o establecen distintas de

[240] Se discutía, en cambio, si este régimen prescripcional se aplicaba a todo crédito de naturaleza salarial o únicamente a los créditos por salarios íntegros. Puede profundizarse el estudio de este aspecto de la ley 14.188 en los trabajos de SARTHOU *(Consideraciones primarias sobre el régimen prescripcional del salario y el despido en la ley 14.188,* en la. revista "Derecho Laboral", t. XVII, p. 304) y de Martha ABELLA DE ARTECONA (La *prescripción de la ley 14.188,* en *Nuevo proceso laboral uruguayo,* Montevideo, 1974, p. 217) ; así como en la mesa redonda de la Primera Jornada de Derecho del Trabajo *(La aplicación del nuevo procedimiento laboral,* Montevideo, 1975, ps. 132 y ss.).

prescripción, o de caducidad, para hacer efectivas las prestaciones mencionadas en el artículo anterior.

"Art. 3. - Declárase de oficio los tributos causados en los juicios en trámite, cualquiera sea la instancia en que se encuentren, y en los que los jueces suplan de oficio, o a petición de parte, la excepción de caducidad establecida por esta ley".

Estudiemos, ahora, su alcance, su ámbito temporal de vigencia y su constitucionalidad.

82. Alcance de la ley 14.490. - Empecemos por determinar qué fue lo que estableció esta ley. Con relación al alcance, nos vamos a plantear cuatro problemas: 1) qué acciones alcanza esta ley; 2) cuál es el efecto de esta ley; 3) cuándo se producen sus efectos; 4) cuál es; el alcance derogatorio.

83. Acciones alcanzadas. - Podemos indicar cuatro rasgos caracterizantes para describir las acciones comprendidas por esta ley:

a) acciones en que se ejerce una pretensión de condena;
b) para cobrar cualquier clase de prestación;
c) originada en la relación de trabajo ;
d) de cargo del empleador.

En primer lugar, acciones en que se ejerce una pretensión de condena. La ley dice: "las acciones por cobro de cualquier clase de prestación que adeude o deba cumplir el empleador". Sarthou[241], ratificado por Arlas[242], aclara que no comprende, por ejemplo; acciones meramente declarativas, que aunque muy poco frecuentes en materia laboral, podrían, eventualmente, presentarse„ o incluso una acción típicamente laboral, si bien de muy poca aplicación práctica, como la acción de reinstalación en caso de despido nulo.

No se requiere que el que ejerza estas acciones sea el trabajador. Puede serlo, por ejemplo, un organismo de previsión

[241] Helios SARTHOU, *Análisis primario del alcance de la ley 14.490,* en la revista "Derecho Laboral", t. XIX, p. 180. En adelante, durante el resto del capítulo mencionaremos este artículo y el siguiente por el simple nombre del autor.

[242] José A. ARLAS, *La ley 14.490 desde un punto de vista procesal,* en la revista "Derecho Laboral", t. XIX, p. 237. 'Como lo dijimos en la nota anterior, en el resto del capítulo mencionaremos este artículo con la simple referencia al nombre del autor.

social para reclamar un aporte o una oficina recaudadora estatal para reclamar un impuesto. Por tanto, las acciones de las cajas de jubilaciones o de asignaciones familiares o de ASSE o del Banco de Seguros del Estado, para cobrar cualquier tipo de prestación a un empleador como consecuencia de un contrato de trabajo, caducan dentro del plazo establecido.

En segundo lugar, dice la ley: "por cobro de *cualquier clase de prestación".* La expresión es bien amplia. Pero Sarthou plantea la duda de si comprende sólo aquellas cantidades que el patrono debe normalmente pagar por razones legales o contractuales, como, por ejemplo, el salario, la indemnización por despido, la licencia, los jornales de vacaciones; o también las cantidades que no. son prestaciones habituales de la legislación del trabajo, como la acción de daños y perjuicios en el caso de despido abusivo. Ante la falta de una definición legal de la palabra "prestación" Sarthou recurre a la definición del diccionario: "impuesto o servicio asignado por la ley o convenido en un precio". Y deduce que de esa definición surge la noción más restringida. Arlas no comparte esta conclusión, invocando la frase que se lee pocas líneas después: "Sin excepción alguna". Coincidimos con Arias en la interpretación amplia, no sólo por esa frase sino por la expresión "cualquier clase de prestación".

En tercer lugar, decíamos *originado en la relación de trabajo.* La expresión dela norma es bien amplia cuando dice: "con motivo o a causa de la relación de trabajo". Sarthou advierte que ambas expresiones pueden mirarse como sinónimas. Estas expresiones son menos amplificadoras que las expresiones usadas por la ley de accidentes de trabajo "a causa o en ocasión". Pero hilando más fino sostiene que "a causa" puede referirse a las prestaciones pagadas a la parte de la relación de trabajo, y que "con motivo" se refiere a prestaciones pagadas a terceros en razón de ls. relación de trabajo. Este distingo le sirve, pues, para ratificar la opinión de que esta caducidad alcanza a las- prestaciones que se deben a terceros, coma son los organismos de previsión social.

Cabe puntualizar, además, que el hecho de haber utilizado esa expresión "relación de trabajo" demuestra que no se exige necesariamente la existe[n]cia de un contrato de trabajo válido y revela la amplitud con que se quiso contemplar este tema.

Finalmente, la ley dice que "adeude o deba cumplir el empleador". Esto significa que si hubiera, acaso, una acción en el sentido inverso, es decir, del empleador frente al trabajador —hipótesis mencionada por Nicoliello en su comentario de la ley 14.188—, no entraría en este régimen de caducidad. Tampoco son alcanzadas las posibles reclamaciones ante organismos de previsión social, como, por ejemplo, el Consejo Central de Asignaciones Familiares en materia de sueldo anual complementario, jornal de vacaciones o salaria vacacional de los obreros de la industria de la construcción, que en virtud de lo dispuesto en el art. 5 de la ley 13.893, del 19 de octubre de 1970, deben ser pagados por los organismos del régimen de asignaciones familiares.

Ahora bien, llenadas esas cuatro condiciones que hemos destacado, quedan alcanzadas todas las acciones, tanto las que podríamos llamar laborales porque derivan de una norma de derecho laboral, como las acciones ordinarias porque resultan del derecho común. Con esto descartamos una posible interpretación insinuada por Nicoliello[243] en el sentido de que al decirse que caduca sólo la acción, podría entenderse que quedaba subsistente el derecho y que ese derecho podría hacerse valer por la vía ordinaria. Pensamos, con Arlas, que la amplitud de los términos "todas las acciones", "cualquier clase de prestación" y "sin excepción alguna" obligan a descartar toda discriminación.

84. Efectos de esta ley. — La ley utiliza estas palabras muy expresivas: "caducan indefectiblemente".

La interpretación más directa y natural de estas dos expresiones es la de que se extinguen fatal y automáticamente las acciones.

Sin embargo, Sarthou plantea el asunto en una forma tal que llega a demostrar que la cosa no es tan sencilla como pa- rece a primera vista. Recuerda que la fijación de todo término extintivo plantea tres cuestiones: 1) si se admiten causales de suspensión o interrupciones del término; 2) si puede ser invocada de oficio; 3) si decae cuando el deudor reconoce la deuda. Frente a estas tres cuestiones caben dos posiciones.

[243] Nelson NICOLIELLO, Prescripción y caducidad en el derecho del trabajo, en la revista "Derecho Laboral" (t. XIX, p. 75).

Una posición, que podríamos llamar terminante, que basándose en la expresividad del término "caducidad" resuelve, radicalmente, la cuestión, respondiendo por no a la primera y tercera interrogante, y por sí a (la segunda. Y una segunda posición, que podríamos llamar analítica, que ante la falta de un estatuto jurídico de la caducidad en nuestro derecho, lleva a examinar cuestión por cuestión, para ver cuál debe ser la solución aconsejable. Sarthou se afilia a esta segunda posición y se aboca al estudio de cada cuestión. Respecto de la primera, afirma que no cabe la suspensión ni la interrupción del plazo en virtud de la palabra "indefectiblemente". Respecto de la segunda, porque cabe el planteamiento de oficio en razón de lo establecido en el art. 3. Queda la tercera cuestión: si el empleador ha reconocido no haber cumplido la obligación, ¿igual se produce la caducidad?

Sarthou entiende que pese a la terminología empleada por la ley, estamos ante un régimen de prescripción. Se basa para hacer esta afirmación tan atrevida, en estos dos argumentos: a) no hiere el derecho sino la acción; b) no protege intereses públicos sino privados. Por tanto, hace este razonamiento: cuando la ley establece soluciones concretas, diversas de las propias de la prescripción hay que atenerse a ellas, porque existe un texto expreso ; pero si no, no, debiéndose ajustar en este último caso a las soluciones dadas para la prescripción. Por consiguiente, hay que resolver esta tercera cuestión en la misma forma que si estuviéramos ante un problema de prescripción común, en el cual el reconocimiento impide la extinción de la deuda.

Arlas controvierte este razonamiento porque entiende que estamos ante una forma de caducidad, no sólo por la auto denominación de la ley, sino por los propios caracteres del instituto. En segundo lugar, cree que la expresión "indefectiblemente" sirve para excluír cualquier duda que pudiera- haber al respecto. En tercer término, cree que no cabe distinguir la prescripción de la caducidad según extinga solamente la acción o extinga también el derecho, porque hay diversos ejemplos de caducidad que sólo afectan a la acción. En cuarto lugar, sostiene que esta caducidad na está basada en la protección del interés privado sino en el interés público de la certidumbre de los derechos.

Nosotros nos inclinarnos por la posición de Arlas; porque creemos que realmente esta ley establece un régimen de caducidad; pero no compartimos su último argumento. Cuando se distingue prescripción o caducidad €n función del interés que se protege, se está aludiendo al interés concreto que puede extinguirse en virtud del transcurso de cierto plazo, y no al interés general y último de que exista certidumbre en el orden jurídico. De lo contrario, no serviría para distinguir porque se sabe que tanto la prescripción como la caducidad, en último término, están protegiendo el valor seguridad. Cuando se hace un distingo entre el interés público y el interés privado es para marcar qué el interés concreto que se está protegiendo es un interés del Estado o un interés particular. Y en este caso, es muy claro que el interés que se está protegiendo es el interés particular.

85. El plazo establecido.- La tercera pregunta que nos hacíamos (¿cuándo se producen sus efectos?) exige, a su vez, una respuesta dividida en tres puntos: a) duración del plazo; *b)* fecha de arranque del cómputo; *c)* fecha de terminación del cómputo.

El primer problema, relativo a la *duración del plazo,* depende del alcance que se le dé a la frase "al año subsiguiente del día en que debieron cumplirse las mismas".

Nosotras -siguiendo también en esto a Sarthou- nos hemos inclinado por sostener que ese giro equivale a establecer un plazo de dos años. Las razones invocadas fueron las siguientes:

a) Gramaticalmente, "subsiguiente" significa "posterior al siguiente".

b) Etimológicamente, la expresión "subsiguiente" quiere decir "debajo del siguiente". Subgerente significa debajo del gerente, el que lo sigue. Subsiguiente, debajo del siguiente. Debajo del siguiente quiere decir el que lo sigue. La forma de estar debajo del siguiente es estar detrás del siguiente.

c) Desde el punto de vista de la armonía con otras normas del derecho positivo, pueden citarse muchas. Pero destacamos dos. La primera por pertenecer a la Constitución: el párrafo final del apartado C del art. 331, que describe los procedimientos de reforma de la Constitución, dice: "En los casos de los apartados A y B sólo se someterán a la ratificación plebiscitaria simultánea

a las más próximas elecciones, los proyectos que hubieren sido presentados con seis meses de anticipación —por lo menos— a la fecha de aquéllas, o can tres meses para las fórmulas sustitutivas que aprobare la Asamblea General en el primero de dichos casos. Los presentados después de tales términos, se someterán el plebiscito conjuntamente con las elecciones subsiguientes". La segunda por haber sido dictada el mismo día en que se promulgó la ley 14.490: el 23 de diciembre de 1975. Se trata del decreto 993/75, sobre el régimen de feriados compensatorios para los operarios uruguayos en la obra del Salto Grande, que establece en su art. 1: "Cuando el trabajador prestare servicios los días sábados y domingos sea por disposición del empleador o por cualquier otra circunstancia, podrá hacer usa de un feriado compensatorio en la semana subsiguiente, esto es, en la que viene después de la siguiente al día trabajado". A cuál de las dos normas más claras en cuanto al sentido que se le atribuye a la expresión "subsiguiente".

d) Del punto de vista lógico, la expresión "siguiente" es mucho más fácil, corta, usual y sencilla. Si se prefirió usar otra es porque no se quería recoger el sentido de la palabra "siguiente", sino otro.

El Tribunal de Apelaciones del Trabaja se inclinó par la tesis de que el término es de un año en virtud de consideraciones gramaticales y lógicas. La gramatical consiste en que en el diccionario de la lengua el primer significado —que en caso de duda, es el que tiene preferencia— dice "lo que subsigue", y el verbo "subseguir" se define como "seguirse una cosa a la otra", de lo que se desprende que subsecuente, subsiguiente y siguiente serían sinónimos. La lógica es que si hubiera querido establecerse un plazo de dos años, había formas mucho más sencillas y directas de establecerlo[244].

El segundo problema tiene que ver con la *fecha de arranque del cómputo:* "el día en que debieron cumplirse las mismas". Se trata de un problema laboral, ya que cada prestación puede tener una fecha distinta, según como se haya regulado el beneficio.

Debe precisarse que la expresión utilizada, que alude a términos imperativos, significa que interesa no la fecha en que habitualmente o

[244] Ver la sentencia publicada en la revista "Derecho Laboral", como caso 287 (t. XIX, p. 1042)

normalmente se cumplían, sino cuándo debían cumplirse.

Es indispensable recorrer los distintos, beneficios para poder determinar la fecha en que se convierten en obligatorios.

Debe examinarse cuidadosamente la reglamentación de cada beneficio para poder determinar si está especificado concretamente en la propia norma la fecha en que debe cumplirse el beneficio, o si debe deducirse de la circunstancia de que se han verificado los supuestos de hecha que dan origen al derecho.

La rigidez del comienzo del plaza puede verse disminuída en virtud de la dispuesto por el art. 1226 del Código Civil : "En todos los casos de los cuatro artículos anteriores, corre la prescripción aunque se hayan continuado los servicios, trabajos o suministros, y sólo dejará de correr cuando haya habido ajuste de cuentas aprobado por escrito, documento privado o público de obligación, o hubiere mediado emplazamiento judicial, en cuyo casa se observará la dispuesto en el art. 1216" (el tiempo empieza a correr desde que la deuda sea exigible).

Esto está ligado con el parágrafo 2 del art. 12 del convenio internacional del trabajo n9 95: "Cuando se termine el contrato de trabajo, se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional, un contrato colectiva o un laudo arbitral o en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato".

Entendemos que si ha habido ajuste de cuentas, el plazo debe empezar a contarse desde ese momento, porque sólo entonces debieron cumplirse ciertamente las prestaciones.

Conviene anotar que la determinación de este momento de nacimiento de la obligación interesa no sólo para el cómputo de este plazo de caducidad, sino también para la aplicación del régimen de actualización monetaria establecido por la ley 14.500. Como lo que beneficia a los efectos de una ley, perjudica a los efectos de la otra, esa contraposición de resultados opuestos llevará a un uso equilibrado de la determinación de la fecha de nacimiento de la obligación, en aquellos casos en que pueda haber margen para la apreciación personal.

El tercer problema se relaciona con la fecha de terminación del plazo. A diferencia del problema anterior, que es netamente laboral, éste es de naturaleza procesal.

A nuestro juicio, a falta de una disposición expresa que regule el punto, es de aplicación por analogía lo dispuesto en el art. 1236 del Código Civil: "La citación a juicio de conciliación interrumpirá también la prescripción desde el día en que se hace, con tal que dentro de treinta días contados desde la celebración del juicio, y no haberse avenido las partes a haberse dado por celebrado en rebeldía, sea seguida de demanda, y emplazamiento con arreglo al artículo anterior".

El artículo anterior, o sea, el 1235, había establecido: "Toda prescripción se interrumpe civilmente por el emplazamiento judicial notificado al poseedor o deudor. El emplazamiento judicial interrumpe la prescripción, aunque sea dado por juez incompetente o sea nulo por vicio de forma. Sólo el que ha obtenido el emplazamiento, su causahabiente o sucesor, pueden alegar la Interrupción".

Adaptando estas disposiciones al procedimiento laboral vigente en el Uruguay, entendemos que la sola solicitud de citación del empleador ante el Centro de Asesoramiento y Asistencia Jurídica en Materia Laboral alcanza para interrumpir el plazo, siempre que dentro de los 30 días de haberse celebrado la audiencia en el Centro se haya notificado de la demanda al empleador. Si no se ha guardado ese lapso entre la celebración de la audiencia en el Centro y la fecha de la notificación de la demanda, el plazo sólo se interrumpirá a partir de esa notificación.

Este problema tiene gran interés práctico para saber en casos de reclamos de diferencia de salarios, cuál es el período que no está alcanzado por la caducidad.

86. Significado derogatorio.- Una de las mayores imperfecciones de la ley deriva de su art. 2, que deroga todas las disposiciones que hacen referencia a términos de prescripción o establecen distintos de prescripción o de caducidad.

En rigor, esta norma deroga las disposiciones que el art. 1 ha interpretado, con lo que viene a destruírse a sí misma.

Aníbal Barbagelata armoniza estas dos disposiciones en la siguiente forma: el art. 1 establecería una interpretación que regiría, por ser auténtica, desde la fecha de las leyes interpretadas; pero a partir de la fecha de la ley quedarían derogadas por el art. 2. Regiría, pues, por un tiempo ya trascurrido. Pero ensaya ese intento de conciliación de normas por vía subsidiaria, ya que en realidad cree que los arts. 1 y 3 serían inconstitucionales y, por tanto, inaplicables,

y que el único artículo válido sería el 2, que es el que establece la derogación de todas las disposiciones sobré prescripción[245].

Pero aun sin llegar a esa conclusión extrema, la resultante más moderada es también bastante sorprendente, porque deroga las disposiciones que hacen referencia a términos de prescripción. No es la norma referente a la prescripción la que se deroga, sino las disposiciones. Como habitualmente se considera disposiciones a los artículos de las leyes, ocurrirá que un artículo que contiene una norma sobre prescripción quedará derogado totalmente. Un ejemplo bien expresivo es el art. 4 de la ley 10.449, que crea un título ejecutivo especial compuesto por la planilla de trabajo y un certificado del Instituto Nacional del Trabajo sobre el salario debido, y dispone la condena preceptiva en daños y perjuicios El último párrafo agrega una norma sobre prescripción. ¿Queda derogado todo el artículo?

Aníbal Barbagelata sostiene que aunque en alguna oportunidad pudiera establecerse la sinonimia -que no es integral-entre disposiciones y artículos, la ajustada interpretación del texto del art. 2 lleva a sostener que la derogación se refiere exclusivamente a las cláusulas que tratan del objeto específico de la derogación, que son los términos o lazos de prescripción o caducidad[246].

87. Ámbito temporal de vigencia.-- Un gran problema que planteó esta ley era si se aplicaba a los juicios pendientes o sólo se aplicaba, para el futuro. El problema era realmente trascendente, porque cualquiera que fuera la opinión que mereciera en sí el régimen de caducidad, su aplicación para el futuro sería conocida por los interesados que podían ajustar su conducta a ese régimen. Pero, en cambio, su aplicación para el pasado suponía la posibilidad de declarar caducos derechos que se ejercieron normalmente dentro de los períodos que autorizaban las leyes que regían en ese momento.

Nadie duda de que el legislador podía --y puede- establecer normas que se apliquen con efecto retroactivo. A ese respecto, caben dos tipos de retroactividad:

[245] Ver su exposición en la Jornada ce Derecho del Trabajo (Las modificaciones a la ley 14.188, Montevideo, 1976, p. 57).

[246] Ob. cit., p. 63.

a) la retroactividad expresa o declarada, es decir, disponer expresamente que se aplicará a partir de tal o cual fecha, o sea, que tiene que indicarla;

b) la retroactividad. consecuencia., es decir, declarar interpretativa una ley para que automáticamente se consustancie con la anterior y se considere que forma parte de la primitiva.

Pero esta retroactividad consecuencia no es discrecional: debe ser una interpretación, es decir, una determinación del sentido de la ley interpretada. La fecha a partir de la cual se remontan sus efectos es la fecha de la ley interpretada. Tiene el único límite de los casos definitivamente concluídos.

Evidentemente, de los dos caminos que el legislador pudo haber encarado para tratar este tema eligió el segundo, es decir, lo que hemos llamado retroactividad consecuencia, porque de cuatro maneras distintas demostró su voluntad de darle carácter interpretativo a esta ley : a) la expresión "declárase", que es la tradicionalmente usada en estas leyes ; b) la frase "con carácter de interpretación auténtica" ; *c)* la mención entre paréntesis del art. 13 del Código Civil, que es el que se refiere a esta interpretación; d) la referencia incluída más adelante a "las leyes de la materia que por la presente se interpretan".

Pero la ley 14.490 no es interpretativa[247]. En primer término, porque no puede ser interpretativa una ley que no dice o hace referencia a qué ley interpreta, sino que genéricamente abarca todas las posibles leyes que tratan del tema. La redacción demuestra ^q^ue se está rigiendo directamente la conducta humana, y no explicando el significado o alcance de tal o cual ley. En segundo término, porque hemos explicado ya la diversidad de normas existentes respecto, por lo que no es concebible que todas tuvieran el mismo sentido, ya que unas establecían un plazo, otras otro, unas empezaban el cómputo desde el momento en que el beneficio debió ser cumplido y otras desde el momento del egreso del establecimiento, unas se basan en la presunción de pago y otras no. En tercer término, porque el propio texto del art. 13 alude a la "excepción de caducidad establecida por esta ley", lo que importa el reconocimiento de que lo creó esta ley.

[247] Hemos procurado demostrar la exactitud de esta afirmación en el artículo *La ley 14.490 ¿es interpretativa o modificativa?,* en la revista "Derecho Laboral" (t. XIX, p. 77).

Ahora bien, si la ley no es interpretativa -y en ese aspecto, cada juez debe examinarlo y decidirlo-, no puede actuar como si fuera interpretativa, otorgándole los efectos que el Código Civil le atribuye sólo a las verdaderas leyes interpretativas[248].

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo, después de haber reconocido que la ley no es interpretativa, sostiene que como, de todos modos, es inequívoca la voluntad legislativa de darle efectos retroactivos, debe atribuírsele esos efectos[249]. Pese a que el argumento, a nuestro juicio, prueba demasiado, porque todas las leyes que se declaran interpretativas revelan la voluntad del legislador de atribuírles efectos anteriores a su entrada en vigencia, por lo que no cabría en ningún caso el examen de la legitimidad del calificativo de interpretativa, debemos reconocer que se ha unificado la jurisprudencia en esos términos.

88. Inconstitucionalidad. Esta ley, de gran repercusión práctica en las reclamaciones laborales, tanto actuales como pasadas, ha sido cuestionada desde el punto de vista de su constitucionalidad.

Los motivos que se han invocado pueden dividirse en dos grupos: a) aquellos que pueden invocarse contra su aplicación futura, o sea, que afectan la ley en sí misma, aunque se aplique sin efecto retroactivo; *b)* aquellos que pueden invocarse sólo para impugnar su aplicación retroactiva, o sea que no caben contra la aplicación de esta ley con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia,

Los motivos de impugnar la constitucionalidad de la ley en sí misma son los siguientes:

1) Va contra la protección constitucional del trabajo.

El art. 53 de la Constitución dice, sobria pero muy significativamente: "El trabajo está bajo la protección especial de la ley". Ningún otro derecho tiene una consagración tan expresiva. A la ausencia de las limitaciones incluídas en las referencias a otros derechos, se agrega el calificativo "especial" que le da un particular énfasis a la expresión.

[248] Nos remitirnos para fundar esta afirmación al excelente artículo de Bernardo SUPERVIELLE, *El alcance de la ley interpretativa,* en la "Revista de Derecho Público y Privado", ts. 42 y 43, p. 359, enero-diciembre 1959.

[249] Ver sentencia publicada en la revista "Derecho Laboral" como caso 274 (t. XIX, p. 429).

Ahora bien, este régimen de caducidad establecido para los créditos laborales es mucho más severo que el existente para el reclamo de cualquier otra clase de créditos. De modo que no está protegido el trabajo, en la etapa que más lo necesita, que es el enfrentamiento contra quien viola las disposiciones establecidas. Al contrario, está desprotegido en relación a otros posibles acreedores. Es decir, está tratado en forma menos ventajosa.

2) Atenta contra la justa remuneración del trabajo.

El art. 54 de la Constitución establece que la ley ha de reconocer, a quien se hallare .en una relación de trabajo o servicio, "la justa remuneración".

Ahora bien, este régimen de caducidad conduce al sacrificio de la justa remuneración, ya que el deseo de conservar la relación de trabajo lleva muchas veces al trabajador a postergar la reclamación del salario debido durante la vigencia del contrato. La experiencia indica que un planteamiento judicial mientras se está trabajando deriva muy frecuentemente en la pérdida del empleo. En esas condiciones, el trabajador, para no perder su trabajo, va dejando caducar su derecho al salario justo, en violación del precepto constitucional[250]. Como se ve, aquí el origen de la inconstitucionalidad está en la fecha a partir de la cual se empieza a contar el plazo.

Los motivos para impugnar la aplicación retroactiva de la ley son más numerosos y, naturalmente, se agregan a los anteriores. Solamente resumiremos los que consideramos principales:

1) Atenta contra el principio de separación de poderes establecido por los arts. 82, 83, 143 y 233. Surge de la discusión de la ley y de diversas manifestaciones de varios miembros del Consejo de Estado, tanto favorables como contrarios a la ley, que se tuvo primordialmente en cuenta, tanto para iniciar el estudio como para cambiar la redacción proyectada, la existencia de algunas fuertes reclamaciones a una empresa montevideana. O sea, que se quiso resolver por la vía de la ley un problema sometido a la justicia.

[250] SANTORO-PASSARELLI menciona el fallo 63 de la Corte Constitucional italiana del 10 de junio de 1966, en el cual se sostuvo que el art. 36 de la 'Constitución establece la irrenunciabilidad de la remuneración, y de ella deriva el impedimento para contar como plazo prescripcional el término durante el cual trascurre la relación de trabajo *(Noções de direito do trabalho,* São Paulo, 1973 -traducción portuguesa-, p. 202).

2) Atenta contra el derecho de propiedad consagrado en el art. 32 de la Constitución. Un derecho adquirido en virtud del trabajo, si es ejercido dentro de los plazos establecidos en el momento en que se ejerce, se incorpora al patrimonio del trabajador. La resistencia del empleador a cumplirlo no obsta a que pase a integrar el patrimonio del trabajador[251]. Nadie puede ser privado de esa derecha sin recibir una justa y previa compensación, que aquí no se establece.

3) Atenta contra el derecho a la seguridad jurídica, establecido en los arts. 7 y 72 de la Constitución.

Quien ejerce un derecho correctamente dentro de los plazos reconocidos como hábiles, tiene la legítima expectativa de que el orden jurídico lo ampare de conformidad con las normas existentes en ese momento. No es posible alterar ese marco normativo cuando él ya no puede adaptarse él.

Con fecha 18 de abril de 1977 se dictó la sentencia por la que se resolvió el primer recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esa ley, en la que fijó criterio la. Suprema Corte de Justicia[252].

Resumiremos su contenido, dado cl carácter de *leading case* que tiene este extenso fallo.

Acoge, en primer término, una razón referente a la inadmisibilidad del recurso, por entender que éste sólo cabe en aquellos casos en que el texto legal es de aplicación ineludible, lo que no ocurre en la presente ocasión, en que se ha discutido si la existencia de una norma contenida en el convenio internacional del trabajo n^{9} 95 -ratificado por 'la ley 12.030-, que concede un plazo razonable para el ajuste de cuentas a partir del egreso del establecimiento, no predomina sobre la ley 14.490 por provenir de un convenio internacional de trabajo que tendría más jerarquía que la norma legal ordinaria. Hasta que el juez de fondo no decidiera 'que es de aplicación la ley 14.490, la Corte no puede abocarse al estudio del recurso.

[251] Adviértase que se trata de un derecho cierto, porque si no fuera, no sería necesario recurrir a la caducidad. Ésta justamente sirve para hacer extinguir un derecho cierto.

[252] Puede leerse el texto íntegro de la sentencia, así como la vista del ex fiscal de Corte Dr. Fernando Bayarlo Bengoa, en sentido contrario al de aquel pronunciamiento, en el n° 106 de la revista "Derecho Laboral", p. 322.

Luego, con la discordia del ministro Vago (que entiende que el fallo debería limitarse a esta primera consideración), la Corte entra al estudia de los otros argumentos, precediendo al examen de las impugnaciones. con estas dos precisiones previas:

a) La ley no es interpretativa sino retroactiva, pero no hay ningún impedimento para que así se haya establecido, porque la regla que excluye la retroactividad es de carácter legal, y no constitucional.

b) Debe presumirse la constitucionalidad de las leyes, por lo que sólo en casos muy claros e indubitables puede ser proclamada la inconstitucionalidad de una ley.

Pasa entonces la sentencia en sus cuatro considerandos finales a refutar las principales impugnaciones.

Con relación a la violación del derecho de propiedad, sostiene que los derechos adquiridos deben ceder ante el interés general, interpretado por el legislador, que es quien debe evaluarla.

Con relación a la protección especial al trabajo, considera que el precepto constitucional que la impone no excluye su reglamentación legal. Por lo demás, la ley 14.490 obliga al trabajador a actuar en tiempo, lo que facilita que goce oportunamente de los beneficios establecidos.

Con relación al argumento de la igualdad, este principio no se contraría, porque la ley no estableció distingos entre los trabajadores.

Con relación a la violación de la separación de poderes, porque él no se infringe, por aplicar la ley a las controversias pendientes, ya que la existencia, de juicios no enerva la facultad del legislador de reglamentar determinada materia.

Aunque no se compartan los argumentos y se considere que no se refutan todas las objeciones formuladas ni establecen el debido distingo entre la aplicación para el futuro y la aplicación para el pasado, este fallo fija el criterio de la. Suprema Corte de Justicia, con lo que queda jurisprudencialmente resuelto el punto y trasladado el posible debate al terreno de la eventual responsabilidad del Estado por acto legislativo, a la cual alude la sentencia en varias ocasiones.

III

EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

NOCIÓN Y ALCANCE

89. Origen y fundamento. —Pará comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga.

Durante cierta época se creyó ver en esta circunstancia el peligro de que reaparecieran solapadamente ciertas formas de esclavitud o, por lo menos, de servidumbre. Por eso, el Código Civil napoleónico incluyó una disposición que reprodujeron casi todos los códigos inspirados en ese modelo de tanta influencia en el mundo latino y que en la versión contenida en el Código Civil uruguayo dice así: Art. 1336: "Nadie puede obligar sus servicios personales sino temporalmente o para obra determinada". Se quiso prohibir la contratación de por vida[253].

Posteriormente, se advirtió que el peligro real era el inverso: la inestabilidad que es sinónimo de inseguridad. De la Cueva recuerda la afirmación de Bismarck de que al trabajador le importaba su presente y su futuro para afirmar que el derecho del trabajo no se conforma con el presente del trabajador y procura asegurar su porvenir[254]. Por otra parte, el deseo de seguridad es uno de los rasgos más típicos del hombre contemporáneo hasta el punto de que en la historia de la humanidad, uno de los legados que dejará el siglo xx será, sin duda, la idea de la seguridad social[255].

[253] Es una forma de aplicación del principio del derecho romano: *"non potest locari opus in perpetuam".*

[254] Mario DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo,* México, 1943, t. 1, p. 677.

[255] Paul DURAND *(Droit social,* 1954, en "Droit Social", 1953, p. 573) afirma que el fenómeno jurídico más trascendente en la mitad del siglo es

Todo lo que tienda hacia la conservación de la fuente de trabajo, al darle seguridad al trabajador no sólo constituye un beneficio para él, en cuanto le trasmite una sensación de tranquilidad, sino que redunda en beneficio de la propia empresa y, a través de ella, de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes[256]. Por eso, dice Krotoschin que esta protección no sólo constituye "una medida de seguridad económica sino que también viene a afianzar la incorporación del trabajador a la empresa corno medio de integración a los fines específicos del derecho social"[257].

Ha escrito De Ferrari: "Seguramente uno de los principios básicos que integran la dogmática del derecho del trabajo es la estabilidad. Nuestra disciplina responde a la intención de crear una nueva forma de convivencia humana basada en la estabilidad. La idea de un régimen de condiciones estables de vida impera en la mayoría de las normas de dicha disciplina. . . terminando de esta manera un largo período caracterizado por la fragilidad de las relaciones contractuales que crea el trabajo subordinado"[258].

Cessari menciona la tutela otorgada a la exigencia de continuidad de la relación de trabajo precisamente como uno de los

el advenimiento de la seguridad social. DEVEALI *(Curso de derecho sindical y de la previsión social,* Buenos Aires, 1957, p. 255) sostiene que la seguridad social constituye "el único aporte definitivo dado al campo del derecho por nuestra civilización actual".

[256] El laboralista mexicano Baltasar CAVAZOS FLORES cita el siguiente párrafo de su compatriota GONZÁLEZ BLANCO: "La estabilidad aplicada a los trabajadores significa, en términos generales, firmeza en las relaciones jurídicas y garantía del presente y del futuro, en virtud de que los hombres, de acuerdo con la idea de la seguridad social, necesitan poseer confianza plena y real en el presente y estar ciertos de que la satisfacción de sus necesidades familiares no dependerá de la arbitrariedad y del capricho de los otros hombres. Esta seguridad es, por otra parte, la fuente de la alegría y del amor por el trabajo; no es posible exigir de los hombres dedicación y superación en sus actividades cuando la intranquilidad domina sus conciencias" *(La estabilidad en las relaciones laborales,* en la revista argentina "Derecho del Trabajo", 1962, p. 401).

[257] Ernesto KROTOSCHIN, *Tendencias actuales en el derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1959, p. 88.

[258] *El despido de los trabajadores enfermos y su indemnización espacial,* en la revista "Derecho Laboral", t. XV, p. 123.

ejemplos más expresivos de cómo el orden jurídico valoriza determinados institutos[259].

Y Evaristo de Moraes Filho llega a decir que la finalidad de la nueva política social es mantener el vínculo laboral. Y en otro pasaje de su estudio, agrega estas expresivas palabras: "Todo en el derecho del trabajo contemporáneo lleva a esta estabilidad en el empleo, a hacer que el empleado quede adherido al organismo empresarial mientras éste dure y tenga una posibilidad mínima de prosecución"[260].

Surge de lo anterior que no es la sola circunstancia de que sea una relación de tracto sucesivo la que fundamenta esta tendencia a la continuidad, ya que hay otras relaciones de esa índole en que no actúa el mismo principio. Ello explica que haya surgido, pero no alcanza para justificarlo. Se trataría, pues, de una condición necesaria pero no suficiente.

90. Denominación. — Se han utilizado diversas denominaciones para designar este principio.

Las más frecuentes son las expresiones "continuidad" o "permanencia". Alguna vez se ha empleado la expresión "estabilidad".

Nosotros nos hemos inclinado por la primera denominación por ser la más usada. Por otra parte, más allá del sentido etimológico estricto, así como de los significados que se atribuyen en las clasificaciones convencionales propuestas por algunos autores parece ser también la más indicada. En efecto, estabilidad designa un instituto concreto que tiene relación con uno de los aspectos de este principio, como lo expondremos en su oportunidad. Y permanencia da una idea de pe rennidad que no parece ser equivalente a la noción que encierra este principio.

En cambio, continuidad tiene una connotación sumamente apropiada: alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que contina. Y ésa es la idea central que se quiere evocar con este principio.

91. Significado. — Si quisiéramos resumir el significado de este principio en una frase, elegiríamos una acuñada por Manuel Alonso Olea,

[259] Aldo CESSARI, IL"favor" verso il prestatore di lavoro subordinato, Milano, 1966 (p. 14).

[260] Evaristo de MORAES FILHO, Sucessão nas obrigações e a theoría da- empresa, Río, 1960, t. II, ps. 207 y 116, respectivamente.

que por la fuerza significativa de sus palabras, no usuales en el ámbito jurídico, resulta particularmente ilustrativa y feliz: "El contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de una extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración".

Y agrega luego: "El principio general de derecha contractual de conservación del negocio, para que éste surta todos sus efectos, queridos por las partes y queridos por el ordenamiento jurídico (que el art. 1284 del Código Civil formula como principio de las cláusulas, contractuales, mandando que éstas se entiendan en el sentido más adecuado para producir sus efectos), juega en el contrato de trabajo con especial intensidad"[261].

Concretado en palabra., menos originales, podemos decir que este principio expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuírle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos.

Pero antes de especificar- los distintos alcances o las diferentes aplicaciones de este principio, formulemos algunas precisiones de carácter general.

92. En favor del trabajador.- Este principio está establecido en favor del trabajador.

En consecuencia, puede no ser invocado ni ejercida por éste, si por cualquier circunstancia prefiere no invocarlo. En tal supuesto no se presenta el problema de la irrenunciabilidad, porque si así ocurriera, el plazo estaría operando como una limitación para el trabajador, con la consecuencia de que nos encontraríamos con el contrato de trabajo de por vida que el legislador quiso evitar[262].

[261] Manuel ALONSO OLEA Derecho del trabajo, Madrid, 1974, p. 118. Cabe anotar que la disposición de nuestro Código Civil que corresponde a la norma citada del Código Civil español es el art. 1300: "Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambas dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad".

[262] DEVEALI expresa agudamente: "La irrenunciabilidad del derecho a la estabilidad importaría admitir que ésta implica una obligación para el trabajador, equivalente a una nueva forma de servidumbre, solución que evidentemente no puede ser admitida en nuestros días" (Derecho a la estabilidad e indemnización por despido, en la revista "Derecho del Trabajo", 1960, p. 528).

Con mayor razón aún, el empleador no puede invocar este principio para oponerse a la renuncia o al abandono del trabajo del trabajador. Salvo en los contratos de duración determinada y en la medida en que la solvencia económica del trabajador le dé algún significado práctico a la responsabilidad en que pudiera incurrir, en todos los demás casos el trabajador es libre de denunciar el contrato y dejar de trabajar.

Si bien toda esto es cierto, resulta indudable que aun establecido en beneficio exclusiva del trabajador, la mayor prolongación de la permanencia de éste en la empresa, redunda también en, beneficio del empleador. No sólo por la posición anímica del trabajador, sino por la mayor experiencia y conocimientos que se adquieren con el trascurso de los años, y que en definitiva benefician a los empleadores. A ello hay que agregar la ventaja que le representa no estar experimentando y enseñando nuevos trabajadores, con la secuela inevitable de errores, fracasos, perjuicios y pérdidas de tiempo.

Ello explica que se premie la antigüedad, dado que representa un valor y una utilidad para la propia empresa. De algún modo, la introducción de la antigüedad como factor de regulación de múltiples beneficios laborales (salarios, primas por antigüedad, extensión de las vacaciones, monto de las indemnizaciones por despido, etc.) constituye un modo indirecto de estimular la permanencia del trabajador en la empresa y, por consiguiente, de fomentar la prolongación de la duración del contrato.

93. Sustantividad de este principio. — Quizá por la característica que acabamos de poner de manifiesto —que está establecida únicamente en beneficia del trabajador—, se ha sostenido que este principio es una derivación y consecuencia del principio protector, especialmente en lo referente a la aplicación de la regla de la condición más beneficiosa, ya que el proseguir trabajando, obviamente, es más beneficioso que haber quedado desocupado.

Pero el propio Pérez Leñero, que es uno de los que formula el planteamiento, llega finalmente a la conclusión de que tanto por su contenido como por sus fuentes específicas, puede destacarse como principio general independiente por su incuestionable valor social y laboral[263].

[263] José PÉREZ LEÑERO, *Teoría general del derecho español de trabajo*, Madrid, 1948, p. 223.

Coincidiendo con esta anotación, creemos nosotros que todos los principios están emparentados o vinculados entre sí, pero que ello no significa que un principio derive del otro. Son diferentes y autónomos, pero todos tienen la misma raíz, que es, en definitiva, la tutela del trabajador, ya que para eso surgió esta disciplina.

94. Peligro de imprecisión. — La amplitud de los términos que se manejan en la enunciación de este principio, así corno la variedad de los sentidos que cada uno de ellos puede tener, conducen a cierta imprecisión respecto de su alcance.

No nos puede extrañar, entonces, que haya autores que engloben, dentro de este principio, algunos criterios que en rigor se refieren a otros temas. Para poner un ejemplo, podemos citar a Pérez Leñero, quien desarrolla este principio afirmando que él consagra la estabilidad en el empleo, en la categoría y en el lugar de trabajo, lo que constituye la base de la vida económica del trabajador y su familia. Ilustra el significada de estos tres conceptos de la estabilidad indicando sus contrarios, o sea, lo que excluyen o restringen. Así, la continuidad en el empleo restringiría los despidos. La continuidad en la función prohibiría los descensos de categoría profesional o económica. Y la continuidad en el lugar de trabajo excluiría los traslados[264].

A nuestro juicio, este esquema importa atribuírle al principio un alcance demasiado amplio, diversificado y heterogéneo. Los dos últimos significados entran más claramente dentro de la regla de la condición más beneficiosa, una de las expresiones del principio protector, ya que pretenden impedir el deterioro de la situación del trabajador o, mejor dicho, la alteración unilateral y perjudicial de las condiciones de trabajo.

Quedaría, entonces, como propio, únicamente el señalado en primer término. Pero veremos que tiene un significado mucho más rico que el que deriva de la presentación formulada por el autor a que acabarnos de aludir.

95. Alcance. — Veamos, entonces, cuál es el verdadero alcance de este principio.

Creemos que puede haber acuerdo en atribuirle las siguientes proyecciones:

[264] Ob, cit., p. 224.

1) preferencia por los contratos de duración indefinida;

2) amplitud para la admisión de las trasformaciones del contrato;

3) facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido;

4) resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal;

5) interpretación de las interrupciones d.e los contratos como simples suspensiones;

6) prolongación del contrato en casas de sustitución del empleador.

Recorriendo y resumiendo este conjunto de proyecciones, podemos decir que la continuidad se impone sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución.

Expondremos, a continuación, el sentido de cada uno de estos numerales.

Adviértase que todos ellos denotan tendencias, orientaciones, inclinaciones. No se trata de reglas absolutas, precisas y rígidas. Admiten excepciones, limitaciones, restricciones. Pero marcan una orientación predominante.

De igual manera corresponde resaltar que no se trata de contenidos cerrados, clausurados y delimitados. Al contrario, están abiertos corno consecuencia de su propia fuerza expansiva no sujeta a límites.

Por otra parte, cada una de estas ideas tiene múltiples aplicaciones, lo que revela la fecundidad fermental de este principio, que puede ser aplicado frente a múltiple problemas y en las más variadas ocasiones.

1) Preferencia por los contratos de duración indefinida

96. Razones de la preferencia. - Los contratos de trabajo pueden clasificarse, en relación al tiempo, en dos grandes categorías: de duración indeterminada y de duración determinada.

Los primeros son aquellos que se celebran sin establecer cuándo terminarán. No quiere decir que rijan eternamente, porque el trabajador cuyo consentimiento personal se requiere siempre a todo lo largo del contrato, puede desvincularse en cualquier momento. En algunos países se le exige preaviso. En otros, no. Pero lo cierto es que mientras el trabajador no manifieste su voluntad de ponerle fin,

al contrato perdura. Es de duración indefinida, indeterminada.

Los segundos son aquellos cuya duración se establece en el momento de celebrarse el contrato. No regirán indefinidamente, sino que prevén expresamente que sólo durarán por cierto tiempo. Pueden ser objeto, a su vez, de varias subclasificaciones, en razón de la forma en que se prevé la terminación del contrato. Generalmente se distingue, según sea por un plazo cierto, o por la naturaleza del trabajo a realizar, o por estar sometida a una condición.

Ahora bien, el derecho laboral revela marcada preferencia por la primera categoría; los contratos de duración indeterminada.

La predilección por los contratos de duración indeterminada se justifica por varios tipos de razones

a) El contrato de trabajo de duración ilimitada tiene, naturalmente, mayor tendencia a durar. Como no se prevé su terminación, si no hay una causa superviviente, el contrato se prolonga naturalmente. Al no estar predeterminada su terminación, ésta se va aplazando en el tiempo. Generalmente dura más.

b) El contrato de duración determinada prescinde 'de la indemnización por despido si concluye en la circunstancia prevista. En efecto, si el contrato termina en el plazo o en la fecha indicada o en el momento estipulado, se estima que se ha extinguido normalmente, por lo que no corresponde el pago de la indemnización por despido, que se considera una sanción para la rescisión unilateral e injustificada del contrato[265].

c) Paradójicamente, el contrato de duración determinada obliga más al trabajador que el de duración indeterminada. Suele estimarse que el plazo contractual obliga efectivamente a ambas partes, por lo que si cualquiera de ellas lo viola incurre en responsabilidad. En cambia, en el contrato indeterminado, la propia indefinición del término libera al trabajador, que no puede quedar encadenado de por vida y que tiene indudablemente la libertad de denunciar en

[265] El art. 158 de la ley argentina 11.729 extendió especialmente a los contratos de empleo a plazo fijo el beneficio de la indemnización por despido, pero la doctrina ha entendido que ello se debe únicamente al deseo de evitar el recurso patronal de establecer contratos de duración determinada para evitar el pago de la indemnización (ver *Extinción del contrato* por *vencimiento del término e indemnización por despido,* por Rubén O. Greco, en la. revista "Derecho del Trabajo", 1950, p. 231).

cualquier momento la vigencia del contrato[266].

Hay todavía una razón más de fondo para esta preferencia. Es la convicción, cada vez más arraigada y generalizada, de que debe ser la duración real del trabajo, y no la voluntad .de las partes, la determinante de la extensión en el tiempo del contrato[267].

97. Su diferenciación con los contratos de por vida.- Antes de explicar las repercusiones prácticas de esta preferencia, puntualicemos que no son asimilables el contrato de duración indefinida y el contrato de por vida.

La negativa legal del contrato por toda la vida se funda en motivos de orden público y significa simplemente una prohibición, pues un contrato hecho en esa forma uniría a los contratantes de manera tal que sólo la muerte podría liberarlos. El contrato por tiempo indeterminado no constituye un contrato vitalicio, sino un convenio en el cual no se fija su término. Pero que puede cesar en cualquier momento por la decisión del trabajador.

En cierto modo, son figuras contractuales opuestas: el contrato de trabajo vitalicio es un contrato con una terminación prevista: la conclusión de la vida de trabajo del trabajador.

Mientras que el contrato de trabajo de duración indeterminada no tiene plazo ninguno ni terminación prevista.

Como hemos visto, la distinción entre ambas figuras no sólo se sitúa en el momento terminal del contrato, sino también durante su trascurso.

[266] BARASSI refleja esta idea en una frase muy acertada: "El contrato se estipula por plazo indeterminado cuando las partes se proponen conciliar la posibilidad de una continuidad de la relación jurídica, con la de ponerle fin libremente" *(Tratado de derecho del trabajo,* traducción castellana, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 190).

[267] ALONSO OLEA, ob. cit., p. 123. DE LA CUEVA presenta como principio mexicano que debería regir universalmente en esta materia "la subsistencia de la relación de trabajo en tanto subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo" (ob. cit., p. 677).

CABANELLAS, después de trascribir el art. 39 de la Ley Federal del Trabajo de México y citando la opinión coincidente de PÉREZ LOBO, agrega: "En esa forma no son las partes contratantes las que determinan si el contrato es a término fijo, sino el trabajo en sí, la materia de éste y las circunstancias de tiempo que exijan sucesivas prestaciones por parte del trabajador" *(El plazo en el contrato de trabajo,* en "Gaceta del Trabajo", 1961, p. 464).

En efecto, en el contrato de duración determinada el trabajador no puede romper el contrato sin incurrir en responsabilidad civil. En el contrato de duración indeterminada el trabajador puede en cualquier momento interrumpir el contrato, dando o no preaviso, según la exigencia de la ley respectiva.

La circunstancia práctica de que un contrato de duración indeterminada se prolongue por toda la vida de un trabajador no altera lo que explicamos, porque durante toda esa vida el trabajador tenía libertad para denunciar el contrato sin infringir ningún compromiso ni violar ninguna obligación. Si no lo hizo, fue porque no lo quiso, no le interesó o no le convino. Son relativamente frecuentes los homenajes que ciertas empresas rinden a trabajadores que han actuado 30, 40 y hasta 50 años en su seno, lo que equivale a la vida laboral íntegra de un trabajador. Nadie ha visto nada censurable ni ilícito en ello, sino, al contrario, un hecho altamente plausible.

Pero ¿qué ocurre si se llegara a firmar un contrato de trabajo por toda la vida de un trabajador?

Cabanellas[268] explica que se trataría de un contrato nulo, viciado de una nulidad relativa, o sea, que caería en el caso de ser denunciado por uno de los contratantes.

En consecuencia, operaría en los hechos en forma equivalente al contrato de trabajo por tiempo indeterminado, ya que cuando el trabajador quisiese, podría denunciarlo. Y si no lo hace, no contraría ninguna norma, ya que estaría decidiendo en virtud de su legítima libertad.

Lo que no cabría jurídicamente, en absoluto, sería la renuncia del trabajador a la facultad de denunciar el contrato de trabajo, porque allí se estaría configurando el contrato vitalicio prohibido por la ley. Naturalmente que en virtud de la norma que establece la nulidad de lo hecho contra las, normas prohibitivas (art. 8 del Código Civil), esa renuncia carecerá de todo valor.

No habría, en cambio, obstáculo a la renuncia formulada por el empleador, porque estaría consagrando la inamovilidad del trabajador.

98. Consecuencias prácticas. Veamos, ahora, las consecuencias prácticas de este sistema de preferencias.

[268] Ob. cit., p. 455.

La primera es que si no se dice nada, se presume que el contrato es de duración indefinida. Para que no sea de duración indefinida, tiene que haberse estipulado expresamente lo contrario en el contrato. Algunos autores exigen que la estipulación conste por escrito. Pensamos que dada la particular severidad con que debe ser examinado este punto, resulta recomendable la precaución de dejar constancia escrita del término del contrato que se haya concertado. Pero estrictamente no hay en nuestro derecho un requisito de solemnidad. Sería un medio de prueba prácticamente indispensable.

Lo indudable es que la solución de principio es la indeterminación de la duración del contrato y la excepción es la duración limitada del contrato. Por eso, cualquier duda debe resolverse en favor del carácter indeterminado del contrato.

99. Conversión en contrato de duración indeterminada en caso de prolongación. - La segunda consecuencia es la de que si el contrato es de duración determinada y se prolonga más allá de la fecha o del hecho previsto, se convierte automáticamente en un contrato de duración indefinida.

En tal supuesto se opera no una tácita reconducción sino una prórroga tácita, ya que el contrato continúa en la misma forma y con las mismas condiciones de antes, pero desprovisto de plazo.

La única hipótesis en que podría operarse una tácita reconducción -es decir, la. reproducción de un, contrato análogo- se produciría en el caso de que ese punto hubiera sido especialmente pactado, como ocurre, por ejemplo, si en el contrato primitivo se estipula que si dentro de cierto lapso previo al término del contrato, éste no se denuncia, se produce una renovación del contrato por igual término. Pero para que esto ocurra, el punto debe haber quedado muy claro, porque la tendencia va a ser en, favor de la prolongación indefinida del contrato.

Cabe anotar que basta un día o unas horas de prolongación respecto del término originalmente pactado para que se opere la conversión del contrato en uno de duración indefinida.

100. Contrato de duración indeterminada al cabo del período de prueba. - Una tercera consecuencia, muy similar a la anterior, es la de que, vencida el período de prueba sin que se exprese la voluntad resolutoria, nos encontramos con un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Teóricamente cabría, aunque como, dice Alonso Olea resulte insólito[269], la celebración un período de prueba para la concertación posterior de un contrato de trabajo de duración determinada. Pero justamente por lo excepcional e ilógico que es, para que ello pueda aceptarse debe estar especialmente estipulado en una forma muy clara y precisa.

Normalmente el período de prueba es previo a un contrato indefinido en su duración.. Para apartarse de esta presunción es necesario un texto indubitable que establezca lo contrario.

101. Sucesión de contratos de duración determinada. — Una cuarta consecuencia es la de que una sucesión ininterrumpida de contratos de duración determinada se suele mirar como un contrato de duración indeterminada.

No es que exista una prohibición de repetir contratos a plazo, lo que en algún caso excepcional puede estar justificado. Lo que ocurre en estos casos es que surge la sospecha de que, mediante esa reiteración concatenada de contratos sucesivos, se intenta presentar artificialmente deformada una realidad que es diferente. Se fracciona o desarticula una relación laboral única y continua en multiplicidad de fragmentos que no reflejan la auténtica realidad, sino que la disimulan y desfiguran.

La jurisprudencia y la doctrina de diversos, países coinciden en considerar una maniobra inadmisible que reviste las características de un abuso de derecho. Un fallo español resume muy claramente este pensamiento en la siguiente frase: "Concertar contratos sucesivos de corta duración sin razón suficiente, con la finalidad de poder despedir libremente. . . constituye un verdadero fraude de ley"[270].

¿ Cuándo surge esa sospecha? ¿A la primera repetición? ¿Ala quinta? ¿La décima? Basta formular las preguntas para comprender que no puede establecerse ninguna regla fija, porque depende de las circunstancias 'de cada caso, en el que cuenta no sólo el número de las reiteraciones sino la índole de las tareas desarrolladas y la justificación racional de esta reiterada celebración de contratos sucesivos.

Como dice De Litala, la cuestión consiste en resolver, caso por caso, cuándo el contrato a término "quiere ocultar un contrato por tiempo

[269] Ob. cit., p. 101.
[270] Citado por ALONSO OLEA, ob. cit., p. 122..

indeterminado debiéndose, en la valoración de la relación concreta, tener siempre en cuenta, particularmente, la duración del contrato, bien en relación a la naturaleza de la obra arrendada, bien a la duración y naturaleza del negocio"[271].

Esto explica que algunos autores, como Cabanellas, después de sostener que es perfectamente posible celebrar varios contratos sucesivos de duración determinada, admita que en aquellos casos en que no se justifique racionalmente la celebración sucesiva de varios contratos de duración determinada, debe suponerse que se ha querido falsear la realidad para obtener la posibilidad de rescindir el contrato unilateralmente[272].

Cabe anotar que en las tres últimas situaciones a que nos hemos referido, se considera que existe un contrato único de trabajo, aun cuando puedan distinguirse cronológicamente las distintas fases que lo han originado.

Facilita esta consideración unitaria la circunstancia de que tanto el contrato de trabajo de duración determinada como el de duración indeterminada tienen una naturaleza y una fisonomía absolutamente idénticas, distinguiéndose tan sólo en lo referente a la terminación.

102. Imposibilidad de convertir un contrato de duración indeterminada en otro de duración determinada.— Una quinta consecuencia es la de que no se puede convertir un contrato de duración indeterminada en un contrato de duración determinada.

[271] Luigi DE LITALA, *El contrato de trabajo,* Buenos Aires, 1946, p. 190.

[272] Ob. cit., p. 465. El ejemplo que trae es sumamente ilustrativo: "A nuestro juicio, la naturaleza eventual o permanente de la función constituye el elemento más característico del término del contrato *y,* por tanto, de la índole de trabajador fijo o eventual en relación con la empresa. Resulta además necesario conocer o desentrañar la intención de las partes. Así, en el supuesto de un contador aceptado como empleado para redactar un balance, el contrato es por tiempo determinado y, aun cuando hubiera posteriormente un trabajo fijo en la empresa, tanto el trabajador como el patrono conocían indudablemente que la duración del contrato habría de estar limitada al tiempo preciso para efectuar el balance; el trabajador, finalizada su labor, no tiene expectativa de seguir con su trabajo, pues la duración de su contrato estaba limitada a un tiempo previsible por él con cierta exactitud. Difiere la situación del trabajador contratado, aunque sea con una fijación de término, para realizar una función fija en la empresa, pues cabe prever y está dentro de un cálculo normal de probabilidades, que su intención haya sido permanecer en el puesto por razón de la función fija y el trabajo permanente".

La conversión de un contrato de duración indeterminada en un contrato de duración determinada equivale a ponerle fin a un contrato que debía durar indefinidamente.

En lugar de acabarlo enseguida, como ocurre cuando se rescinde unilateralmente el contrato, se lo termina a tantos meses o años de plazo, o sea, cuando se acaba el período durante el cual dura el nuevo contrato o plazo.

La jurisprudencia española ha considerado pacto abusivo o fraudulento "el pacto novatorio por el que se pretende trasformar en contrato de trabajo por tiempo cierto uno por tiempo indefinido"[273]. Barassi afirma también que la jurisprudencia italiana ha anulado directamente la fijación de ese plazo[274].

103. Otras consecuencias posibles. — Además de las consecuencias señaladas, que son de aceptación general, se han indicado otras posibles repercusiones que las expondremos aparte y en forma mucho más breve, porque o provienen de normas específicas de ciertos países o han sido propuestas por algún autor sin haber sido aceptadas con carácter general o han sido objeto de discusión y controversia.

a) El alcance resultante de lo dispuesto en el art. 39 de la Ley Federal mexicana del trabajo, según el cual si vencido el término del contrato subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, el contrato se prorrogará por todo el tiempo que perduren.

Desde luego, entendemos que sólo puede aplicarse con un texto expreso como el indicado.

Si bien tiene la importancia de independizar la duración del contrato de la voluntad de las partes, tiene, a nuestro juicio, el aspecto desfavorable de que parece admitir la prolongación del contrato por tiempo determinado más allá de lo convenido, sin convertirlo por ello en un contrato de duración indefinida, tal cual surge de la solución general que hemos expuesto.

b) La exigencia de que para que pueda válidamente celebrarse un contrato de duración determinada debe referirse a tareas no permanentes.

Fue consagrado por el art. 1, segunda parte, del decreto italiano 1825, del 13 de noviembre de 1924, conocido como la

[273] ALONSO OLEA, ob. cit., p. 122.
[274] Ob. cit., t. II, p. 195.

ley de empleo privado, que establece que las disposiciones que reglamentan el contrato por tiempo indeterminado se aplicarán al contrato a término cuando "la fijación del plazo no resulte justificada por la especialidad de la relación y aparezca en cambio hecha para eludir las disposiciones del decreto". La jurisprudencia española incluye entre los ejemplos de pactos abusivos o fraudulentos "el pacto por el cual el contrato de trabajo se sujete en su duración a un tiempo determinado", cuando el trabajo para el que se contrata al trabajador "obedezca a necesidades permanentes de la empresa", con lo que "r.o tiene otra finalidad . . . que la de poder poner término al contrato cuando el empresario lo estimare conveniente"[275].

Es, sin duda, una limitación muy enérgica a los contratos de duración determinada, pero no creemos que pueda imponerse sin una norma expresa.

A lo sumo, puede servir de criterio para apreciar la necesidad racional del plazo contractual y, por tanto, uno de los elementos que sirvan para descubrir la autenticidad del contrato. Cabe señalar que como lo destaca Barassi[276], incluso en Italia lo que ha ocurrido es una inversión de la carga de la prueba: es el empleador quien debe probar la especialidad de la relación que justifique la necesidad del plazo, y no el trabajador la existencia del fraude. Pero no se excluye la posibilidad de que se pruebe la justificación racional de la estipulación del plazo.

c) c) La consideración de que los distintos contratos por temporada forman una unidad, si bien el vínculo contractual se eclipsa totalmente entre temporada y temporada. Cabanellas, que es uno de los expositores de esta tesis, sostiene: "Cuando el trabajador de temporada cesa de prestar sus servicios, la suspensión del contrato de trabajo no es la que se regula en códigos y leyes de trabajo, sino una paralización, en todos sus efectos, del contrato de trabajo. La única ob[l]igación que subsiste es la de volver a tomar al trabajador en la temporada siguiente. El contrato de trabajo, sea permitido decirlo así, muere al término de cada temporada, para revivir, cual nueva ave Fénix, con todos sus efectos, en la temporada siguiente"[277].

[275] ALONSO OLEA, ob. cit., p. 122.
[276] Ludovico BARASSI, ob. cit., t. II, p. 206.
[277] Ob. cit., p. 484.

Aun cuando tiene el respaldo de muy buenos autores[278] y entre nosotros contó con el apoyo de De Ferrari[279], creemos que esta tesis no puede admitirse sin una norma legal expresa.

A nuestro juicio, cada temporada se celebra un contrato de trabajo distinto de duración determinada, por esa temporada. Es cierto que en la práctica, existe una tendencia a llamar a las mismas personas de una temporada a otra; pero sin que éstas se sientan obligadas a concurrir a la convocatoria ni los empleadores a llamar necesariamente a los mismos trabajadores. Se trata, pues, de una práctica consuetudinaria que no se sigue con la convicción de cumplir una obligación jurídica[280].

Por otra parte, entre nosotros, en lugar de aumentar la protección del trabajador, esta tesis la disminuiría al permitir la ruptura del contrato en cualquier momento sin pago de ninguna indemnización. En efecto, la ley 10.750, del 15 de diciembre de 1944, exceptuó de las indemnizaciones por despido a los trabajadores por zafra. Nosotros hemos sostenido que eso no impide reclamar los daños y perjuicios en caso de que se rescindiera el contrato durante la zafra, encarándolo como un contrato de duración determinada. En cambio, si fuera como lo sostiene la teoría que combatimos, un contrato único de duración indeterminada, el trabajador se vería privado de toda compensación, sea que se prescindiera de sus servicios al comienzo de cada zafra o durante su trascurso.

2) *Amplitud para la admisión de las trasformaciones del contrato*

104. Dinamismo del contrato de trabajo.- El contrato de trabajo es un contrato dinámico, en el sentido de que a lo largo de su existencia va sufriendo constantes trasformaciones.

De la Cueva describe este carácter con exactitud y realismo: "El juego de las diferentes fuentes del derecho del trabajo hará que

[278] ALONSO OLEA (ob. cit., p. 122) los llama "trabajadores fijos discontinuos".

[279] Francisco DE FERRARI, *El* plazo *del contrato en los* trabajos *de zafra*, en la revista "Derecho Laboral", t. I, p. 143.

[280] Américo PLÁ RODRÍGUEZ, *Indemnización por despido de los jornaleros y destajistas*, en la revista "Derecho Laboral", t. 1, p. 32. Nos basábamos en la opinión siempre prestigiosa de DEVEALI expuesta en la revista argentina "Derecho del Trabajo", 1946, p. 356.

se vaya modificando el contenido de la relación individual y bien puede suceder que, con el tiempo, nada subsista de las primitivas condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, los derechos de escalafón determinarán que el trabajador desempeñe nuevos puestos con mayores salarios; así, también, un estado económico bonancible producirá una reducción de la jornada de trabajo y un aumento en los salarios, etc. Se crearán nuevas situaciones para el trabajador dentro de la empresa y esta creación será debida no siempre a la voluntad de las partes, sino, más bien, al desarrollo natural del derecho del trabajo. Y aún es posible que la formación de estas nuevas situaciones se haya efectuado en contra de la voluntad de patrono y trabajador"[281].

Deveali formula una descripción no menos acertada: "En el caso de contratos por tiempo indeterminado es absolutamente excepcional que ellos queden inmutados por el plazo de muchos años, siendo más bien normal que sus disposiciones, aun las esenciales, se trasformen durante la relación de trabajo, en tal manera que al terminar dicha relación, son contadas las cláusulas que hayan quedado tales como fueron estipuladas al inicio de la relación. Basta recordar el caso, bastante frecuente aún en nuestro país, del trabajador que habiendo ingresado joven en la empresa, en calidad de obrero o de modesto empleado, a través de numerosas etapas, llega a cubrir el cargo de gerente o director general de la misma. Cada aumento de salario, cada cambio sustancial de tareas, cada ascenso o retroceso, significan una novación del contrato inicial"[282].

Estas múltiples modificaciones del contrato de trabajo, que se van sucediendo y acumulando en el tiempo, es lo que se ha llamado novaciones objetivas, reservando el nombre de novaciones subjetivas a las sustituciones en los sujetos de la relación laboral. Mejor dicho, a la sustitución del empleador, ya que el trabajador, por el carácter personalísimo de su prestación, es incanjeable.

La denominación es perfectamente ajustada a la noción que del instituto brinda el Código Civil[283]. El art. 1525 la define

[281] Ob. cit., t. I, p. 389.

[282] Mario L. DEVEALI, La *novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo*, en la revista "Derecho del Trabajo", 1947, p. 481.

[283] CAMERLYNCK prefiere hablar de revisión. Pero prácticamente describe el mismo fenómeno: "De manera más directa, y en el cuadro mismo del contrato individual, la práctica lejos de consagrar, en virtud de una

corno la sustitución de una nueva obligación a la antigua que queda extinguida. Y el art. 1526 describe las distintas modalidades: dos de ellas por sustitución de nuevo acreedor o nuevo deudor (novaciones subjetivas), y otra por la sustitución entre las mismas personas de nueva obligación en vez de la anterior (novación objetiva).

Justamente la novación supone el cambio de las obligaciones centrales emanadas del contrato de trabajo. No del número ni la esencia de esas obligaciones que derivan del marco contractual; pero sí de su contenido. Cabrera Bazán la define como "la modificación de aquellas condiciones principales del contrato que constituyen su objeto, con permanencia inmutable del vínculo causal de la obligación contractual"[284].

105. Diferencia con el "jus variandi".- Adviértase que se trata de algo distinto del ejercicio del *jus variandi,* que constituye una facultad patronal, derivada de su poder de dirección, de ir alterando las modalidades de prestación de los servicios. Cabe señalar, por lo menos, dos diferencias:

1) Mientras la novación supone siempre el acuerdo concertado de las partes, el *jus* variandi implica una variación impuesta mediante actos de *imperium* del empresario ante los cuales no cabe al trabajador otra alternativa que la obediencia.

2) La novación objetiva está referida a las condiciones principales que constituyen el objeto del propio contrato, esto es, a sus prestaciones esenciales y básicas. En cambio, el *jus variandi* no afecta al contrato ni tampoco a las prestaciones que constituyen su objeto, sino a los aspectos accesorios o secundarios de ellas.

La novación se produce como la estipulación inicial, sin formalidades. En la mayoría de los casos el consentimiento se manifiesta tácitamente por el

concepción civilista y estática de las relaciones jurídicas, un molde jurídico definitivo, revela un ajuste constante por los propios interesados del estatuto del trabajador en función de su aptitud, de las necesidades de buen funcionamiento de la empresa o de la coyuntura económica y social. De allí el recurso a una técnica más apropiada a los imperativos de la relación de trabajo que el procedimiento clásico de adopción de contratos sucesivos: la revisión" *(Cortrat do travail,* en el Traité *de droit du* trovad, Paris, 1968, p. 174).

[284] José CABRERA BAZÁN, La novación *ilícita del contrato de trabajo,* Sevilla, 1963, p. 62.

hecho de aceptar el trabajador la nueva retribución fijada por el empleador, o el cambio de tareas y la nueva calificación dispuesta por él.

106. Prosecución del contrato pese a las variaciones.— Lo más significativo de este fenómeno, tan frecuente y repetido en la práctica cotidiana del mundo del trabajo, es que la tendencia dinámica del contrato hace que nadie piense en el efecto extintivo de la novación, sino en la circunstancia de hecho de la continuación de los servicios.

De allí que quepa afirmar, con de la Cueva, que en rigor el contrato de trabajo, celebrado inicialmente, sea sólo el punto de partida de una serie de relaciones que habrán de irse modificando constantemente[285]. Y que sea exacta la afirmación de Cabrera Bazán, el cual después de anotar que el contrato de trabajo es una de las instituciones más duras y elásticas del ámbito jurídico, afirma que el ordenamiento laboral busca garantizar la continuidad de los contratos robusteciendo el principio de conservación del negocio[286].

Alonso Olea describe la misma idea al afirmar que "el contrato de trabajo consiente a lo largo de su duración una serie de pactos adicionales modificativos y novatorios, expresos y tácitos, que no perjudican su existencia y vigencia"[287]. Y Rivero Lamas coincide en ello al expresar el concepto de que la extinción del primitivo contrato es excepcional, puesto que a las partes por encima de la conservación de las condiciones adquiridas en la empresa, les interesa la continuación del primitivo contrato aunque haya incorporado una serie de modificaciones por medio de sucesivas novaciones[288].

3) *Facilidad para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y las nulidades*

107. Permanencia pese a la existencia de cláusulas nulas. — Todo contrato legalmente reglamentado se expone a la inserción de cláusulas que no se ajustan a las prescripciones legales.

[285] Ob. cit., t. I, p. 389.
[286] Ob. cit., ps. 12 y 28.
[287] Ob. cit., p. 118.
[288] Juan RIVERO LAMAS, La *novación del contrato de trabajo*, Barcelona, 1963, p.124.

Este fenómeno se presenta de manera muy aguda e intensa en el contrato de trabajo, en la medida en que se trata de un contrato minuciosamente reglamentado por normas de orden público, que no pueden ser modificadas por decisiones de los particulares. Aumenta la frecuencia de esta posibilidad la circunstancia de que las normas inmodificables no sólo son de origen legal, sino que pueden ser de origen colectivo, pero imponerse por su mayor jerarquía a los acuerdos individuales.

Como se comprende todas estas estipulaciones contrarias a normas inderogables sean sancionadas de la manera más enérgica: con la nulidad.

Ello podría tener como consecuencia la nulidad de muchos contratos de trabajo, viciados con cláusulas nulas que generalmente afectan los aspectos sustanciales de la relación.

Pero la tendencia a la conservación del contrato lleva a que el contrato permanezca, sustituyéndose la cláusula nula por otra conforme a la norma que aquella cláusula había infringido. Y ello aunque la cláusula nula se refiera a elementos tan importantes de la relación, como la remuneración que deba pagarse, en el caso de que se hubieran estipulado salarios inferiores a los mínimos.

Del mismo modo, como frente a los contratos nulos pero ya trascurridos, predomina la realidad laboral sobre la normativa, reconociéndose todos los derechos del trabajador aunque hayan nacido de un trabajo ilícito, en este caso predomina la tendencia a la continuación por encima de los defectos y las violaciones, por importantes que ellas sean.

Alonso Olea describe este rasgo como la amplitud en la admisión de la sustitución de cláusulas "nulas" por contravención legal, poniendo en su lugar los preceptos jurídicos adecuados a la legitimidad del contrato, sin que se produzca, por tanto, la ineficacia de éste[289].

Messineo observa que sería más exacto afirmar que la nulidad de alguna cláusula no implica la nulidad de las restantes cláusulas cuando las leyes imponen la sustitución de la cláusula nula[290].

[289] Ob. cit., p.. 118.

[299] Francisco MESSINEO, *Contratto,* Milano, 1961, p. 161.

108. Permanencia pese a la existencia de violaciones.- Otra manifestación de la tendencia de hacer predominar la continuidad de la relación laboral por encima de la infracción, se advierte en la permanencia del contrato, pese al incumplimiento o la violación en que ha incurrido el empleador.

A pesar de tales infracciones, el contrato continúa, conservando el trabajador el derecho a recuperar los beneficios trampeados u omitidos, que puede luego reclamarlos con retroactividad. Tales violaciones ni son eficaces para extinguir los derechos del trabajador ni para determinar la extinción del contrato de trabajo.

Deveali dice que "en el campo del trabajo la continuidad de las relaciones tiene mayor interés que la inviolabilidad de los contratos"[291].

Sin embargo, esta tendencia no es absoluta. El trabajador puede considerar que la situación se ha convertido en intolerable y plantear que el empleador ha incurrido en la violación del contrato. En otras palabras, el trabajador conserva siempre la acción para rescindir el contrato invocando la culpa patronal y aduciendo que se ha configurado un despido indirecto.

Pero, incluso, la opción no es absolutamente libre. Debe tratarse de una violación seria. En la apreciación de este hecho sólo se considera realmente configurado el despido indirecto cuando la violación ha sido muy grave. Incluso, parte de la jurisprudencia entiende que previamente a considerarse despedido, el trabajador debe haber intimado a la parte incumplidora, el normal cumplimiento del contrato. O sea, que se prefiere todo aquello que sirva para hacer durar el contrato.

En estos dos casos que acabamos de exponer, la continuidad se impone sobre la infracción. O sea, que el deseo de la primera gravita más que el peso de la segunda. Krotoschin los describe como expresivas manifestaciones de "mantener, en lo posible, el vínculo: tanto en casos de nulidad parcial (invirtiéndose también aquí los principios y reglas del derecho común al respecto) como en los supuestos de incumplimiento que deben revestir cierta gravedad para permitir la desvinculación abrupta de las partes"[292].

[291] Mario L. DEVEALI, *La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1947, p. 484.

[292] Ob. cit., p. 89.

4) Resistencia a admitir la rescisión del contrato por la sola voluntad patronal

109. El despido como anomalía jurídica.— Quizá la principal expresión del principio de continuidad sea ésta : la resistencia a que el empleador pueda interrumpir el contrato por su sola voluntad.

La tendencia predominante es que el contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo, porque cada vez es más firme y extendida la convicción de que la relación de trabajo sólo se debe poder disolver válidamente cuando exista algún motivo justificado.

En un informe sobre los procedimientos de despido y estabilidad en el empleo en América Latina, la O.I.T. entiende que las concepciones existentes en la región sobre esta cuestión están determinadas por el concepto de estabilidad en el empleo, señalando justamente que este principio obtuvo el reconocimiento general de la Tercera Conferencia Regional Americana de la O.I.T. (México, 1946) , una de cuyas resoluciones declara que "los Estados deberían adoptar medidas encaminadas a hacer estable el empleo de los trabajadores en las empresas". Y luego, tratando de precisar el alcance de este concepto, determina que la estabilidad en el empleo significa la protección del trabajador contra el despido arbitrario, lo que implica que un trabajador tiene derecho a conservar su empleo durante toda su vida de trabajo, sin que pueda privársele de él, a menos que exista una causa que justifique el despido[293].

Como dice Almansa Pastor, "en la mecánica de la relación individual del trabajo, el despido constituye una anomalía jurídica por cuanto atentaría contra el principio de la estabilidad en el empleo, principio que es clave en el derecho individual del trabajo, toda vez que la tendencia natural de la actividad profesional es precisamente su continuidad y permanencia en el tiempo hasta los límites de la propia capacidad profesional"[294].

Esto es lo que suele llamarse con un término deliberadamente elástico y poliforme, derecho a la estabilidad. Los contornos de este tema abarcan una

[293] Informe sobre el 2° punto del orden del día para el Ciclo Interamericano de Relaciones de Trabajo celebrado en Montevideo del 3 al 12 de noviembre de 1960. O.I.T., Ginebra, 1960, ps. 3 y 5.

[294] José M. ALMANSA PASTOR, *El despido nulo,* Madrid, 1968, p9.

de las zonas más extensas y más frecuentemente aplicadas del derecho laboral. Ello obliga a un tono sintético y sobrio de la exposición para que no se desproporcione este capítulo dentro del conjunto del desarrollo.

Pero antes de exponer la estabilidad propiamente dicha, vamos a mencionar las medidas destinadas a proteger contra el despido injustificado, que algunas veces se incluyen dentro del ámbito alcanzado por la denominación genérica.

110. Limitaciones laborales impropias. Todas estas medidas -que Martins Catharino llama limitaciones laborales impropias[295] -no niegan, en realidad, el derecho a despedir. Al contrario, parten del supuesto de que es un derecho patronal. Pero lo dificultan económicamente, lo sancionan, lo hacen más oneroso. Según el mencionado autor brasileño, no restringen el derecho de despedir y frecuentemente hasta aumentan los despidos, que les sirven de presupuesto. Sin embargo, en general, los autores las consideran medidas restrictivas. Ello es, por otra parte, lo que surge de la intención que promovió la aprobación de esas medidas y lo que se comprueba en la práctica del conjunto de los resultados producidos.

Estas medidas son las siguientes:

a) *Obligación de preaviso.* Consiste en la obligación de comunicar con cierta anticipación el propósito de poner fin al contrato. Frecuentemente se complementa con la obligación de conceder ciertas facilidades para que durante ese término el trabajador obtenga nueva ocupación. Y generalmente se traduce en el pago de la retribución correspondiente al período de preaviso, por lo cual, en los hechos, lo que era una comunicación anticipada se ha convertido en una indemnización monetaria.

b) *Indemnización por despido.* Se trata de una compensación en dinero, calculada en forma tarifaria, en función de la antigüedad de cada trabajador. Por ego, en ciertos países, se ha llamado indemnización de antigüedad. Su carácter tarifa-rio conduce a que se establezcan limitaciones de carácter general en cuanto a su monto. Solamente se pierde cuando el despido se ha originado en justa causa. En la mayoría de las legislaciones la justa causa debe provenir del comportamiento del trabajador.

[295] José MARTINS CATHARINO, *La, estabilidad en el empleo,* en la revista argentina "Gaceta del Trabajo", 1965, 275.

Es lo que ocurre en la legislación uruguaya, que sólo admite el eximente de ls notoria mala conducta.

c) *Daños y perjuicios por despido abusivo.* Es una aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil que se suele ejercer en aquellos casos en que resulta particularmente chocante o arbitrario el despido. Supone la prueba de la especial injusticia del despido, así como de los daños y perjuicios provocados en cada caso concreto. Puede acumularse a la anterior, aun cuando. en el momento de la liquidación de los daños, deba disminuirse lo que *se* haya percibido en virtud de la indemnización por despido.

Todas estas medidas no suelen estar establecidas con carácter general e igualitario para todas las actividades. Generalmente la legislación establece diferencias, que pueden llegar a ser muy pronunciadas, para dificultar en mayor grado el despido en ciertas actividades o circunstancias en las cuales el legislador entiende deben combatirse los despidos. Por ejemplo, en caso de enfermedad, de maternidad, de despido originado en el matrimonio de la trabajadora, etc.

La eficacia de todas estas medidas restrictivas dependerá principalmente de su onerosidad: cuanto más gravosas sean las sanciones, menos despidos injustificados habrá. Si las indemnizaciones son mínimas, no funcionan como sistema restrictivo. Si son elevadas, operar! efectivamente como estímulo negativo. Se trata, pues, de una limitación elástica en la que actúan frenos económicos, y no jurídicos.

111. Estabilidad.-- La estabilidad, en cambio, parte del supuesto contrario, o sea, de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay causa justificada.

Pero hay otra diferencia más sutil aunque no menos importante, que ha hecho resaltar Caldera[296]. Las medidas anteriormente expuestas se basan en el pasado de cada trabajador. Por eso, se calculan especialmente en atención a la antigüedad que haya configurado cada cual. En cambio, la estabilidad está basada en el futuro de la empresa: no interesa lo que haya trabajado cada uno hasta ese momento, sino la función que deberá desenvolver la empresa en el futuro. Debe asegurársele a todos (o casi todos) trabajo mientras la empresa continúe.

[268] Rafael CALDERA, Derecho del trabajo, Buenos Aires, 1960, p. 418.

112. Clasificación de la estabilidad. — Tradicionalmente se clasifica la estabilidad en propia e impropia.

Recientemente, de la Fuente[297] ha propiciado otra clasificación más completa que incluye dos distinciones sucesivas.

En efecto, distingue, primeramente, entre estabilidad absoluta y estabilidad relativa.

La estabilidad absoluta se configura cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador.

La estabilidad relativa, en cambio, se configura en los restantes casos en que existe protección contra el despido pero ella no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador.

A su vez, cabe distinguir dentro de la estabilidad relativa entre estabilidad propia (que existe cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasione la ineficacia del acto rescisorio) y estabilidad impropia (cuando la vulneración de ese derecho no afecta la eficacia del despido, si bien se sanciona el incumplimiento contractual con indemnizaciones, sanciones administrativas, etc.).

Expongamos algo más detenidamente cada una de estas modalidades.

113. Estabilidad absoluta. — Se caracteriza por asegurar la reincorporación efectiva del trabajador sin que el empleador pueda negar ese reingreso. El orden jurídico debe prever la forma de compelerlo a cumplir la obligación que le ha sido impuesta.

Esto se aplica naturalmente en el ámbito público, donde, como dice de la Fuente[298], no se concibe otro grado de protección. El acto administrativo que en forma arbitraria dispone concluír la relación es un acto ilegítimo y, por tanto, nulo. Al no producir ningún efecto, debe restablecerse la situación anterior, apareciendo la reincorporación efectiva como su consecuencia necesaria e ineludible: restitución en especie.

Consecuencia inevitable de la anulación del acto ilegítimo es la continuidad del vínculo contractual y la reincorporación del agente, a quien debe restituirse el ejercicio pleno de sus funciones. No existe otra alternativa ante el acto administrativo arbitrario,

[297] Horacio H. DE LA FUENTE, *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, Buenos Aires, 1976, p. 23.

[298] Ob. cit., p. 25.

dado que estamos frente a actos irregulares del Poder Administrador ; si no fuera así, se daría el absurdo de que el Estado, indemnizando al cesante, podría sanear "la irregularidad de un acto viciado en lugar de revocarlo o anularlo".

Como dice Luqui[299], si el acto que dispuso la cesantía es irregular, jamás puede ser considerado corno un acto del Estado, sino propio y personal del funcionario que se apartó de las prescripciones legales, y por ello faltaría la causa que justifique la indemnización por parte del Estado, frente a un acto que él mismo le desconoce su validez.

Si se aceptara —agrega de la Fuente300— que la indemnización funcione como convalidante del acto ilegítimo, se estaría encubriendo una inmoralidad, ya que fondos públicos aparecerían financiando la arbitrariedad de ciertos funcionarios, autorizándolos de antemano a emitir actos administrativos sin otro fundamento que su capricho personal.

El derecho a conservar el empleo del agente público en los casos que lo consagre el ordenamiento jurídico de cada país no admite varias intensidades, como ocurre en el derecho privado, sino una sola e insustituible, por lo que resulta inadmisible aludir en el ámbito público a una estabilidad propia o impropia. Por eso, si no existe la estabilidad absoluta que hemos descrito, no se garantiza de ningún modo el derecho a la conservación del empleo, imperando una situación de inestabilidad.

Por otra parte, el establecimiento de sanciones o compensaciones económicas, carecería de eficacia práctica, porque en la relación de empleo público el pago de una indemnización, por alta que ella sea, no garantiza, en lo más mínimo, el derecho del agente a mantener su contrato. Debido a que necesariamente la voluntad del Estado se manifiesta mediante la actuación de sus funcionarios competentes, como la indemnización no la pagan de su peculio quienes toman la decisión, sino que corre a cargo de los fondos públicos, deja de funcionar el freno previsto para el poder rescisorio.

Según Fiorini[301], esta estabilidad absoluta sólo puede darse

[299] Roberto E. LUQUI, *La estabilidad del empleado público* frente a *las leyes de razonabilidad y prescindibilidad,* en la revista argentina "La Ley", t. 139, p. 68.

[300] Ob. cit., p. 116.

[301] Bartolomé FIORINI, *La estabilidad, garantía de derecho público,* en la revista argentina "Derecho del Trabajo", 1965, p. 359.

realmente en el funcionario público. Ella significa permanencia del contrato de empleo y reintegración inmediata al cargo en el supuesto de cesantía ilegítima.

En derecho público, lo normal es la restitución del bien injustamente privado. Sólo excepcionalmente se recurre a la reparación de los perjuicios. En cambio, en el derecho privado se invierte el orden de las cosas: lo normal es la reparación y lo excepcional es la restitución o el resarcimiento.

Ahora bien, es realmente cierto que surgen enormes dificultades para establecer la estabilidad absoluta en el ámbito privado. No ofrece dificultad declarar la subsistencia del contrato.

Pero es completamente distinto ordenar la reincorporación efectiva del trabajador, obligando compulsivamente al empleador a que le proporcione trabajo. La ejecución específica de esa obligación de hacer no procedería conforme al conocido principio de derecho privado *"nemo ad faciendum cogi potest"*. Y en muchos casos donde existe un contacto personal entre trabajador y empleador resultaría poco razonable y poco aplicable. Con mayor o menor intensidad según el tamaño y la dimensión de la empresa, esa dificultad surge siempre. Debe tomarse conciencia del problema para actuar en consecuencia.

114. Estabilidad propia. - La dificultad existente para imponer en el ámbito privado la reincorporación efectiva, ha llevado a soluciones menos enérgicas pero realistas y posibles. En cierto modo, pueden ser más eficaces.

Lo definitorio de este tipo de estabilidad es que se considera nulo el acto del despido, o sea, que se tiene por no hecho, pudiendo el trabajador seguir considerándose empleado de la empresa y, desde luego, con derecho a percibir el salario.

Pero generalmente la estabilidad propia está integrada con algunos componentes peculiares e individualizantes que también contribuyen a caracterizarla.

Uno de ellos es que la medida del despido, en el caso de que el empleador entienda que corresponda por existir justa causa, debe someterse a un órgano imparcial, judicial o administrativo, que autorice el despido. O sea, que el propio empleador no es el juez del despido. Es cierto que muchas ve- ces el simple planteo del asunto por parte del empleador da derecho a suspender al trabajador, pero se entiende que esa suspensión es puramente provisoria hasta que el tribunal respec- tivo decida el punto. Se sobrentiende entonces que

si la decisión es negativa, se retrotrae la situación al momento del despido y el trabajador tiene derecho a recuperar todos los salarios desde ese momento.

115. Acción de reinstalación.- Otro es la llamada acción de reinstalación, dirigida justamente a obtener el reintegro del trabajador injustamente despedido a la actividad. Esa acción de reinstalación generalmente está acompañada de un plazo dentro del cual el empleador debe cumplirla.

De la Cueva hace notar que la obligación de reinstalar no es una obligación de hacer. La obligación principal que contrae el empleador al celebrar el contrato de trabajo es. la obligación de pagar la retribución convenida, que es una obligación de dar. Pero el patrono, si bien tiene derecho a utilizar la energía de trabajo del obrero, no tiene obligación de utilizarla. Y agrega textualmente: "Lo que ha venido a complicar el problema es el término «reinstalación», que da la apariencia de una obligación nueva de hacer a cargo del patrono. Esta obligación no existe: lo que el obrero reclama es el cumplimiento del contrato: ofrece cumplir su obligación y se pone a las órdenes del empresario, reclamando de éste el pago de la retribución pactada. Y esta exigencia no hace nacer ninguna obligación nueva de proporcionar trabajo"[302].

Ferro[303] ha puesto lúcidamente de manifiesto cuáles son los efectos de la sentencia que dispone el reintegro. Ella deja sin efecto la cesantía. Al borrar los efectos de la cesantía, queda nulo el despido y la relación contractual laborativa continúa produciendo sus efectos normales. El pronunciamiento no crea un derecho nuevo, se limita a anular el acto que dispuso la cesantía, retrotrayendo el estado de las cosas a la situación en que se hallaba con anterioridad a la fecha en que la medida se adoptó. La sentencia no es "de condena" en sentido propio, es "declarativa". Este tipo de sentencia, como lo enseña Alsina, no obliga a nada, sino Que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, vale decir, que no es pasible de ejecución porque la declaración judicial basta para satisfacer el interés del actor. En el caso, al actor le basta con que se declare la nulidad del acto que dispuso la cesantía. Lo demás —el derecho al cobro de las remuneraciones—

[302] Ob. cit., t. I, p. 67n.

[303] Horacio D. J. FERRO, *Efectos de la estabilidad propia,* en la revista argentina "Derecho del Trabajo", 1960, p. 520.

es una consecuencia del restablecimiento del vínculo laboral, y no de la sentencia.

Por consiguiente, no es adecuado que la sentencia determine un plazo para su cumplimiento. No obstante, si la sentencia fija un plazo, éste no obliga al trabajador. Para que pudiera configurarse la existencia de "abandono" por parte de éste, debería mediar una intimación previa, corno asimismo, para que ese abandono pudiera motivar una cesantía, habría que juzgar la "falta" conforme al régimen de sustanciar el "sumario" a que éste se refiere. Todo ello de conformidad con la tesis de que la resolución que deja sin efecto la cesantía, hace renacer el vínculo en forma normal. Desde que la cesantía quedó sin efecto, el trabajador está a su disposición. El hecho de que no use los servicios del trabajador no lo libera de su obligación de pagarle la remuneración. Esto no es una sanción sino una consecuencia del renacimiento del vínculo.

El empleador tiene la obligación de pagar la remuneración que correspondería tal como si utilizara los servicios. Lo que percibe el trabajador reviste el carácter de salario. En cambio, si se aceptara la tesis por la cual se le reconoce al empleador un derecho de opción, se hace difícil sostener que lo que debe pagar el empleador revista el carácter de remuneración. Sería una indemnización calculada *ex lege* atendiendo al perjuicio que la cesantía podría producir. Asumiendo ese carácter no aparecería como ilógica la pretensión del trabajador de que se le pagara en forma global, vale decir, de una sola vez. Pero de ser así, se presentaría otra solución ilógica. Si el derecho a la estabilidad perdura hasta que se alcance el derecho a la jubilación y lo que percibe corno indemnización no surte efectos para el cómputo de servicios a los fines del régimen jubilatorio, ¿cuándo se alcanzaría ese derecho a la jubilación?

116. Identificación con un contrato con plazo. — Deveali[304] define a la estabilidad corno un contrato de tiempo determinado, en el cual el término coincide con el momento en que el trabajador logra la edad prevista para adquirir el derecho a la jubilación o pensión, o la fijada por el ordenamiento general o especial, como límite máximo para su prestación laboral.

[304] *Lineamientos del derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1948, p. 194.

Aclara que mientras el término es pactado libremente por las partes en ocasión del contrato individual, el derecho a la estabilidad, por lo general, está previsto por la ley o por otras reglamentaciones de carácter general, que se proponen de esta manera otorgar mayor amparo a ciertas clases de trabajadores.

Mientras el término en la generalidad de los casos es bilateral, o sea, rige respecto a ambos contratantes, la estabilidad está dispuesta solamente en favor del trabajador, puesto que en caso contrario se llegaría a consagrar la obligación para el trabajador de vincular sus servicios por toda la vida a un empleador.

Mientras que la resolución del contrato a término se rige por las causas previstas por el derecho común, la disposición legal o contractual que reconoce el derecho a la estabilidad, indica las causas especiales que producen la extinción de ese derecho, ias cuales son comúnmente más numerosas y amplias de las que podrían invocarse, en virtud del derecho común.

Mientras que el término fijado contractualmente suele ser breve, la estabilidad tiene como límite el derecho a adquirir la jubilación, ya que todo régimen de estabilidad se completa con un régimen de jubilaciones y pensiones.

Pera después de señalar esas diferencias afirma que ninguno de los criterios indicados es suficiente para autorizar una neta distinción jurídica, por lo que concluye que bajo el aspecto jurídico el contrato con derecho a la estabilidad coincide con un contrato de plazo determinado, cuyo término vincula sólo al empleador.

A este respecto, de la Fuente"' señala que a su juicio, más allá de las diferencias y semejanzas señaladas, lo más importante es que el contrato a plazo es una fuente convencional de estabilidad propia. Es decir, que existe entre el contrato a plazo y la estabilidad propia una relación de causa a efecto: genera estabilidad tal como puede hacerlo cualquier otra norma convencional o legal que, incorporada a un contrato por tiempo indeterminado, consagre la obligación del empleador de conservar el vínculo contractual mientras dure el plazo.

Esta anotación está vinculada con otra afirmación que realiza dicho autor, en el sentido de que no es de esencia de la estabilidad propia su duración indefinida o, mejor dicho, hasta que el trabajador esté en condiciones de lograr su jubilación ordinaria.

[305] Ob. cit., p. 33.

Lo único que es realmente esencial para la configuración de esta clase de estabilidad es la posibilidad de declarar la ineficacia del despido arbitrario, aparecimiento como secundario el tiempo de duración. Por eso, cree que la estabilidad propia puede presentarse como permanente (con vigencia hasta el momento de alcanzar la jubilación) o como temporalmente limitada (cuyos efectos se proyectan durante cierto tiempo)[306].

117. El logro de la readmisión. - La principal dificultad práctica para aplicar este instituto es la imposibilidad real de hacer readmitir forzadamente a un trabajador en una empresa si el dueño de ésta no quiere servirse más de él.

Algunos autores, consideran que manteniendo la obligación de pagar el salario, es suficiente para considerar al contrato de trabajo como subsistente y, por tanto, al despido como carente de efectos. Es la posición de de la Cueva[307], cale significó un importante progreso en cuanto demostró que este contrato no era de imposible cumplimiento forzoso, lo que hubiera llevado tan sólo a la condena en daños y perjuicios.

Pero otros autores -entre los cuales se incluye de la Fuente[308]- consideran que no puede ignorarse al hecho de que el trabajador no presta efectivamente servicios. Se entiende que la obligación del empleador no es simplemente pagar el salario como contraprestación de que el trabajador se ponga a disposición de él, sino también brindarle oportunidad de trabajo. "Sin una reincorporación real se despoja al contrato de trabajo de algo que le es esencial"[309].

[306] Ob. cit., p. 30. Por iguales razones considera que no es de esencia de la estabilidad propia que las causas de cesantía sean limitadas y estén taxativamente enumeradas (pudiendo ser genéricas) o que se requiera un sumario previo, con posibilidades de defensa del trabajador (ob. cit., ps. 31 y 32).

[307] Ver supra, n° 115.

[308] Ob. cit., p. 22.

[309] Conltinúa DE LA FUENTE: "El derecho a trabajar, cuya importancia y trascendencia nadie desconoce, no se egota, ni mucho menos, con la percepción de las remuneraciones. Es fundamental que el trabajador pueda concretar la prestación de sus servicios como forma insustituible de realizarse socialmente y de desarrolar su personalidad; derecho que trasciende el mero interés individual, ya que «una ociosidad deliberada es incompatible con el concepto de derecho social basado en la dignidad personal y moral del trabajador».

"La sola conservación del contrato —ya que no asegura otra cosa la estabilidad propia— crea una situación formal, hasta diríamos artificial sin el contenido humano que es

De allí que estos autores hayan encarado diversa fórmulas destinadas a obtener el reintegro efectivo del trabajador a su puesto.

La primera de ellas es el régimen de *"astreintes"* o sea, sanciones económicas crecientes tendientes a ejercer un efecto conminatorio de carácter pecuniario. Este medio de coerción procede cualquiera que hoya sido el deber jurídico impuesto por una sentencia, tengo o no contenido económico. sea de erigen legal o contractual, obligue a una prestación de dar, hacer o no hacer. Pero adquiera especial relevancia cuando se 'trata de obtener el cumplimiento es[p]ecífico de una obligación de hacer, o sea cuando la ley no acepta el empleo de la fuerza sobre la persona del deudor.

Pero el propio de la Fuente entiende que este medio coercitivo no puede aplicarse mecánicamente. Debe quedar al prudente criterio del juez para que lo aplique según las circunstancias del caso, ya que hay situaciones en que el distanciamiento entre las partes y la dimensión reducida de la empresa que obliga al contacto directo entre el empleador y el trabajador haría inadecuada la imposición del reintegro. Por eso, cree que la aplicación de las *astreintes* sólo procederá en la mediana y gran empresa, donde el fenómeno de la despersonalización elimina el contacto directo empleador-trabajador y excluye, incluso en tales empresas, los casos de altos empleados que desempeñan funciones de alta jerarquía o de confianza. Y recomienda, además, aplicarlo con cierto criterio restrictivo[310].

La segunda sería una acción de daños y perjuicios si de la circunstancia de no prestar efectivamente los servicios se derivan perjuicios concretos y demostrables para el trabajador. El monto de esos daños variará según las circunstancias: existirán casos

de la esencia de toda relación laboral; ese contrato desnaturalizado se presenta así como un cuerpo sin alma, sin vida. Pero hay más aún. Sin reincorporación real no se garantiza la continuación normal de la relación de trabajo, que presupone, como algo inherente a ella, la prestación efectiva de servicios. Cuando declarada la ineficacia del despido el empleador no facilita el reingreso del trabajador, no sólo no actúa la estabilidad con su máxima intensidad -conservación efectiva del empleo-, sino que se produce un funcionamiento irregular del contrato, que con cierta frecuencia conducirá a su misma rescisión. "Así será normal que el trabajador busque otra ocupación y muy posible también que llegue a preferir el nuevo empleo" (ob. cit., p. 22).

[310] Ob. cit., p. 204.

especiales (artistas, periodistas, técnicos, científicos, deportistas, etc.) en donde la falta de trabajo impedirá al empleado desarrollar sus aptitudes, ampliar conocimientos, etc. Sin perjuicio de estas situaciones particulares, el incumplimiento patronal ocasiona siempre un daño cierto en cuanto se lo priva del medio para realizarse dentro de la sociedad donde le toca actuar, además de lo denigrante que significa condenar al ocio a una Persona que está en condiciones de efectuar un aporte positivo a la comunidad.

La tercera sería considerar que se ha operado un despido indirecto. Si el trabajador lo entiende útil para sus intereses, puede invocar el incumplimiento del empleador para considerar que se ha configurado la rescisión unilateral del contrato, con derecho consiguiente a reclamar la indemnización por despido.

Muy pocas veces ocurrirá esto porque al trabajador, en la mayoría de los casos, no le convendrá considerarse despedido, pero es otra arma que se pone a su disposición por si le interesa.

La idea que respalda todas estas acciones destinadas a obtener el cumplimiento efectivo del contrato es, como resulta obvio, que el contrato subsiste. Esta base supone, como contrapartida, la subsistencia de las obligaciones secundarias para el trabajador (el deber de lealtad, el deber de guardar los secretos, etc.), la posibilidad para el empleador de aceptar en cualquier momento la reincorporación del trabajador y la deducción de otros ingresos que pudiera percibir el trabajador.

Completemos estas precisiones afirmando que la estabilidad propia no supone jurídicamente la opción del empleador entre el reintegro del trabajador y el pago de las compensaciones económicas al trabajador. El reintegro es jurídicamente obligatorio, no facultativo. Lo único, que no puede imponerse prácticamente contra la voluntad del empleador. Por eso, se buscan esos medios indirectos de lograr esa voluntad.

118. Estabilidad impropia. — Se configura esta clase de estabilidad cuando la violación del derecho a conservar el empleo no origine la ineficacia del despido, si bien la norma de protección sanciona de diferentes formas el incumplimiento contractual.

Debe puntualizarse que, de todos modos, el despido no justificado, o sin justa causa, constituye un acto ilícito al que el ordenamiento jurídico, como característica muy especial, le reconoce plenos efectos y validez, sin perjuicio de las sanciones que se

imponen al empleador por haber trasgredido las normas protectoras.

En los casos de estabilidad impropia, la legislación laboral introduce dos importantes modificaciones al régimen general de incumplimiento de las obligaciones : 1) elimina el derecho que se otorga a todo acreedor de exigir el cumplimiento específico, es decir, no garantiza la subsistencia del contrato, admitiendo la eficacia del acto rescisorio ; 2) en la gran mayoría de los casos, cuando se impone al incumplido.' una sanción resarcitoria, éste no responderá por los daños efectivamente sufridos sino por los tarifados legalmente, lo cual arrastra generalmente la existencia de ciertos topes.

Como se comprenderá, la eficacia disuasiva de estas indemnizaciones dependerá de su importancia cuantitativa.

A veces, se complementan estas indemnizaciones que percibe el trabajador injustamente despedido, con sanciones administrativas, las que suelen tener escasa importancia como medio apto para limitar la rescisión injustificada del vínculo contractual.

Se ha discutido si estas medidas conforman un verdadero régimen de estabilidad. Deveali considera que no lo constituyen, salvo que se impongan cantidades equivalentes al monto de los salarios hasta que el trabajador se jubile normalmente. Martins Catharino, como hemos visto, las llama limitaciones laborales impropias.

Aquí estamos ante un problema de magnitudes. Es cierto que bajo el rótulo de la estabilidad impropia se conceden beneficios insuficientes o incompletos que sólo apuntan a esa dirección sin alcanzar la meta prometida con esa denominación. Pero ante la relatividad de los conceptos y la dificultad existente para separar cuándo una indemnización puede considerarse una forma de estabilidad impropia y cuándo no llega a ese nivel, preferimos englobarlos a todos en la denominación genérica, advirtiendo los diferentes grados de intensidad que esta protección puede presentar.

119. Régimen vigente en el Uruguay. — En realidad, en el Uruguay no hay ningún régimen de estabilidad propia[311].

[311] H. H. BARBAGELATA describe bajo el título La estabilidad en el derecho laboral uruguayo ("Gaceta del Trabajo", 1962, t. 1, p. 227) los distintos regímenes de protección frente al despido, atribuyéndole a la

A lo sumo, podría sostenerse la nulida[d] de los despidos en tres situaciones marginales y muy poco frecuentes:

a) Los integrantes de los consejos paritarios de las empresas concesionarias de servicios públicos, que mientras duren en sus funciones no podrán ser despedidos por la empresa, si no media un motivo grave y fundado (ar[t]. 2 de la ley 10.913, del 25 de junio de 1947)[312].

b) El dirigente sindical no podré ser despedido de su trabajo a causa del ejercicio de su labor como tal o, con el consentimiento del empleador,

palabra "estabilidad" un sentido bien amplio y comprensivo. Ello resulta de la doble afirmación inicial contenida en su artículo: "El derecho positivo uruguayo carece de preceptos que, con carácter general, garanticen la estabilidad del trabajador en el empleo". "La circunstancia de que no exista una garantía general de estabilidad no excluye que se den formas especiales de protección más o menos completas que, incluso, para ciertos gremios, podrían equipararse con ella".

MANTERO coincide desde otro punto de vista con la conclusión expuesta en el texto: "La mayor limitación que entre nosotros se ha dado al derecho de despedir no proviene del derecho de erigen etático sino del derecho profesional. Sea por la vía de los convenios colectivos que han llegado incluso hasta crear órganos paritarios con facultades de reinstalar al despedido o que prevén tan sólo indemnizaciones espaciales Para os despidos abusivas; sea por la vía estatutaria como en much[a]s empresas de asistencia médica en que la propia empresa limita su facultad de despedir, o sea, y éste es sin duda el medio más importante, por exigencias de las organizaciones sindicales, lo cierto es que el concepto de estabilidad se ha aceptado ya definitivamente en grandes sectores del trabajo nacional. Pero es cierto también que la estabilidad lograda por esta vía no tiene de ninguna manera un alcance general. Salvo en el caso de la inclusión del principio en el estatuto de la empresa, en todos los otros casos que son los que numérica-mente tienen importancia, la estabilidad de! trabajador es aceptada sólo cuando existen organizaciones sindicales ca paces' de imponerla y hacerla respetar, y es sabido que a pesar del afianzamiento logrado en los últimos años, el sindicalismo nacional dista aún mucho de comprender a todos los trabajadores.

"Sin negar, pues, que la estabilidad ha sido lograda para grandes sectores de trabajadores, debemos concluir en que el proceso no ha llevado aún a derogar con carácter general el derecho a despedir del empleador" *(El abuso del derecho de despedir* en *el derecho uruguayo,* en la revista "Derecho Laboral", t. XV, p. 394, diciembre 1972).

312 Ver el artículo de Rubén CAGGIANI, *La nulidad del despido decretado con violación de una norma legal prohibitiva,* en la revista "Derecho Laboral", t. XI, p. 239. La tesis central es la de que siempre que se prohíba el despido sin establecerse ninguna indemnización, la consecuencia del despido realizado en violación de la norma legal es nulo. En ese sentido, la determinación de una indemnización por despido, por elevada que sea, inversamente genera la conclusión de que el despido es válido, si bien motiva el pago de la indemnización. Este razonamiento vendría a dar la razón a la observación de

durante ellas (art. 8 del decreto 622 del 1 de agosto de 1973)[313].

c) Los despidos producidos con motivo de una huelga lícita (art. 41 del decreto 622 del 1 de agosto de 1973)[314].

J. MARTINS CATHARINO, en cuanto a que estas medidas laborales en vez de restringir el derecho de despedir los hacen más numerosos (ver *supra, n°* 110).

En la práctica, el número de empresas alcanzadas por esta ley ha ido reduciéndose corno consecuencia de la estatización de los servicios públicos.

[313] El párrafo segundo del art. 8 del decreto 622 de reglamentación sindical del 1 de agosto de 1973 establece: "El dirigente sindical no podrá ser despedido de su trabajo causa del ejercicio de su labor como tal o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las mismas. Dicha autorización por parte del empleador no podrá exceder de una jornada por semana, la que no será acumulativa".

Esa disposición se origina en lo dispuesto en el art. 1 del convenio internacional del trabajo n° 98:

"1 Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

"2 Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

"A) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

"B) despedir a un trabajador o perjudicarle en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

Si bien BARBAGELATA *(Manual de derecho del trabajo,* p. 301) se inclinaba a considerar que bastaba esa norma internacional para anular los despidos basados en razones sindicales, nosotros estimamos que es a partir de la entrada en vigencia del decreto 622/73 que puede afirmarse la nulidad, dada la concreción muy precisa de los términos utilizados: "no podrá ser despedido de su trabajo". Ella sólo se obtiene con esa norma.

Debe anotarse, con todo, que ese decreto, sin haber sido derogado formalmente, ha entrado en una curiosa situación de suspensión práctica, a la espera de que se elabore un texto sustitutivo, según lo han expresado distintos voceros gubernamentales.

[314] En este caso la nulidad del despido es más clara porque los términos utilizados por el legislador no pueden ser más concretos y expresivos: "La huelga lícita será considerada como mera suspensión del contrato de trabajo, y por consiguiente *todo despido por dicha causa será nulo"* (art. 41). Pero cabe recordar la observación formulada al fin de la nota anterior; así como la extrema dificultad existente en los hechos para lograr que una huelga sea considerada lícita conforme a la severa reglamentación contenida en el decreto 622/73.

Fuera de esos tres casos, lo que existen son medidas destinadas a proteger contra el despido injustificado, pero sin prohibirlo.

No rige, sin embargo, el preaviso, ya que la disposición prevista en el art. 158 del Código de Comercio que lo instituía, fue derogada por el art. 4 de la ley 10.489, del 6 de junio de 1944[315].

Sólo rige el preaviso en materia rural, ya que el art. 34 de la ley 10.809, del 16 de octubre de 1946 —agregado por el art. 49 de la ley 13.705, del 22 de noviembre de 1968—, establece que "la notificación del cese dê la relación laboral de obreros con buena conducta y sin justa causa deberá efectuarse con una antelación de treinta días. La notificación deberá documentarse ante la presencia de dos testigos y será prueba suficiente a los fines a que hubiere lugar en forma conjunta con el comprobante de pago de la indemnización".

Existe la indemnización por despido, que ha dado origen a una profusa y compleja legislación, de la cual se desprenden dos sistemas fundamentales:

1) el aplicable a los trabajadores mensuales, que concede una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año o fracción;

2) el aplicable a los jornaleros y destajistas, que instituye dos beneficios que pueden ser eventualmente acumulables :

a) la indemnización normal equivalente a 25 jornales por cada año en el que se hayan computado 240 jornadas. (En el caso de que en el promedio del período se hayan computado más de 240 jornadas por año, asciende a tantas veces 25 jornales como años hayan integrado el período).

b) la indemnización parcial equivalente a 2 jornales por cada 25 jornadas en cada uno de los años en que no se llegó a

[315] La norma legal dice textualmente: "y derogar en lo pertinente, el art. 158 del Código de Comercio".

He procurado demostrar la afirmación formulada en el texto en mi trabajo *La indemnización por despido prevista por la ley del 6 de junio de 1944 ¿puede suplirse* por un *preaviso?*, en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (t. 43, p. 346). Pese a que DE FERRARI discrepó -con esa conclusión (La *indemnización por despido y el instituto del preaviso,* en "La Justicia Uruguaya", t. 9, p. 15, sec. Doctrina), hubo coincidencia generalizada en la práctica, en el sentido de que se habría producido la derogación.

240 jornadas. Se requiere haber llegado, por lo menos, a 100 jornadas en el establecimiento.

En ninguno de los dos sistemas la indemnización puede superar los 6, meses de sueldo o los 150 jornales[316]. No cabe indemnización cuando el despido ha obedecido a notoria mala conducta.

Hay regímenes especiales para los trabajadores *domésticos* (se requiere un año de antigüedad como mínimo) [317]; para los trabajadores rurales (se requiere un año de antigüedad; las fracciones deben ser de seis meses, se excluye a los destajistas y se amplían las causas de exoneración: mala conducta e ineptitud u omisión en el desempeño de las obligaciones inherentes al trabajo)[318]; para los trabajadores *bancarios* (se lo inserta dentro del régimen jubilatorio, de modo que si el trabajador tiene menos de diez años de servicios recibe un mes de sueldo por cada año de trabajo, y si tiene más de diez años tiene derecho a jubilarse, siendo durante tres años la mitad de la jubilación de cargo de la empresa, que además debe pagar una contribución adicional a la Caja de Jubilaciones de un mes por año)[319]; para los trabajadores de *la industria frigorífica* (se lo encuadra dentro del régimen de la Caja de Compensaciones por Desocupación, cuyo Consejo Honorario determina si ha habido causa de despido o de suspensión, pudiendo en caso de que no considere justificado el despido mantener vinculado el trabajador a la industria; si el trabajador prefiere desvincularse tiene derecho, además de una indemnización equivalente a la establecida para los destajistas, al beneficio de la compensación pagada mensualmente, mientras alcance la cantidad abonada por la empresa y que fijará el Consejo Honorario de la Caja)[320]; para los trabajadores a *domicilio* (en que se busca adaptar la

[316] Hasta la entrada en vigencia de la ley 14.188, lo que ocurrió el 3 de octubre de 1974, se establecía un límite diferencial: tres meses si se tenía derecho a jubilación (lo que se lograba con 10 años de servicios y 40 años de edad, como mínimo) y seis meses si no se tenía derecho a jubilación. El art. 13 de la referida ley eliminó esa discriminación en función de "los eventuales derechos jubilatorios que puedan corresponder al trabajador".

[317] Art. 7 de la ley 12.597, del 30 de diciembre de 1958.

[318] Art. 22 de la ley 10.809, del 16 de octubre de 1946, y art. 47 de la ley 13.705, del 12 de diciembre de 1968.

[319] Art. 15 del decreto-ley 10.331 del 29 de enero de 1943.

[320] Ley 10.713, del 15 de marzo de 1946.

indemnización a la modalidad de la prestación de la tarea: 1/12 de lo percibido en el año anterior por cada año de trabajo)[321]; para los *aviadores* (que adquieren el derecho la jubilación, pero el empleador que despida sin justa causa debe pagar a la Caja de Jubilaciones respectiva una indemnización equivalente a tantas veces el último sueldo como puntos haya cumplido el empleado — cada punto se gana con un año de prestación de servicios; con 700 horas de vuelo para el personal de las compañías que cumplen servicios continuados de transportes de pasajeros o con 400 horas en los demás casos—, con un máximo de diez. sueldos; entendiéndose por justa causa : a) la disminución del volumen de los negocios que justifique plenamente la prescindencia del empleado o la suspensión de los servicios de aeronavegación; y *b)* delito u omisión por culpa grave del empleado) [322] ; para los empleados *de empresas telegráficas* (a quienes se les duplica los máximos de indemnización instituídos con carácter general)[323]; para la trabajadora embarazada o que acaba de ser madre (a quien se le asegura una indemnización especial de seis meses de sueldo que se suma a la ordinaria)[324] ; para el trabajador que *sufre una enfermedad profesional* (a quien no se le puede suspender ni despedir durante la enfermedad ni en los seis meses posteriores a su reincorporación, bajo pena de pagar una indemnización equivalente a tres meses de sueldo por cada año de antigüedad, sin ningún límite)[325]; para el trabajador que *sufre una enfermedad común* si pertenece a algún sector en el cual existe seguro de enfermedad; si es despedido durante la enfermedad o dentro de los 30 días siguientes, tendrá derecho a una indemnización doble de la normal, salvo que el empleador demuestre la notoria mala conducta del trabajador o que el despido no esté directa o indirectamente vinculado con la enfermedad[326].

[321] Ley 13.555, del 26 de octubre de: 1966.
[322] Art. 14 de la ley 12.033, del 27 de noviembre de 1953.
[323] Ley 13.514, del 11. de octubre de 1966.
[324] Art. 17 de la ley 11.577, del 14 3e octubre de 1950.
[325] Art. 10 de la ley 11.577, del 14 de octubre de 1950.
[526] Art. 23 de la ley 14.407, del 22 de julio de 1975, que creó la Administración de los Seguros Sociales por Enfermedad (ASSE). Su órbita de aplicación comprende no sólo los sectores laborales que tenían seguro de enfermedad con anterioridad a dicha ley 14.407, sino todos aquellas a los cuales el Poder Ejecutivo lo ha ido extendiendo, lo que ha motivado varios decretos de extensión.

Una norma curiosa la suministra la ley 13.489, del 18 de agosto de 1966, para la industria del plástico, aprobada con motivo de un conflicto, que concede a los trabajadores en conflicto la opción para reincorporarse a trabajar en las mismas condiciones anteriores o reclamar la indemnización por despido común. Si el trabajador opta por la reincorporación no puede ser despedido, salvo que medie notoria mala conducta. Si lo fuese, deberá pagársele la misma indemnización que al trabajador que padece enfermedad profesional: tres meses por cada año de servicios, sin límite.

Como se ve, algunos de los regímenes especiales están sancionados con indemnizaciones verdaderamente importantes desde el punto de vista cuantitativo, lo cual, de hecho, conduce a asegurar la permanencia; pero sin que haya propiamente prohibición jurídica de despedir. Prescindimos en este aspecto de la fórmula verbal utilizada, ya que lo que interesa saber es si el despido se sanciona con la nulidad o con una indemnización pecuniaria.

En efecto, poco importa que se utilice una fórmula tan enérgica como "no podrá ser despedida", si a continuación se agrega una frase que abre la posibilidad de la indemnización: "Pero si lo fuese, deberá pagar tal o cual indemnización".

En cuanto a la responsabilidad por daños y perjuicios para los casos de despido abusivo, ha sido recibida por la jurisprudencia, que la ha aplicado en diversos juicios o la ha rechazado en virtud de las peculiaridades del caso, pero reconociendo la procedencia jurídica de la reclamación[327].

Estos frenos económicos han sido complementados con la institución de una contribución adicional a la Caja de Jubilaciones de la Industria y Comercio equivalente a un mes por cada tres años de antigüedad con límite de tres meses, si el despido no está fundado en justa causa, comprendiendo por tal no sólo las originadas en el comportamiento del trabajador, sino también en la situación económica de la empresa'[328].

[327] Es especialmente significativa la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n° 71 del año 1970, publicada en el caso 7312 de "L.J.U.".

[328] La disposición está contenida en el art. 26 de la ley del 6 de octubre de 1919 en le redacción establecida por el art. 9 de la ley 9196, del 11 de enero de 1924.

A su vez, el ar 24 del decreto del 17 de mayo de 1934 determina que se entiende por "justa causa de despido" cuando:

5) *Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones*

120. Significado.— Como el contrato de trabajo es de tracto sucesivo y supone su prolongación en el tiempo, no es raro que una u otra de las partes se vea circunstancialmente impedida de ejecutar sus obligaciones.

Ello es particularmente frecuente, porque en la relación laboral las tareas deben ser desarrolladas en forma personal. Tal exigencia determina que por razones de orden biológico, social o patológicas, el trabajador se vea impedido de cumplir la obligación principal emergente del contrato. Paralelamente pueden presentarse impedimentos también transitorios del lado patronal que determinen otras causas de interrupción.

Como lo ha hecho notar Vázquez Vialard[329], la relación laboral está sometida a "suspensiones" que no son conocidas en el derecho civil o comercial. Durante esas situaciones de emergencia, el contrato se mantiene con todas sus virtualidades en ciertos aspectos, pero algunos de esos efectos, en especial los principales —poner la capacidad de trabajo a disposición de la otra parte, recibir el trabajo—, no son exigibles en forma momentánea.

No hay, en tales casos, incumplimiento de la obligación contractual por parte del que "no hace" su débito, ni la situación se plantea por una causa imputable a la otra.

A) el volumen total de los negocios o de la producción industrial disminuya y no se provean las vacantes;

B) el empleado u obrero incurra en delito o falta grave, corno, por ejemplo:

1) la ineptitud física o profesional del afiliado respecto de la tarea para la que se le contrató;

2) la embriaguez habitual;

3) actos de indisciplina, producción insuficiente, inasistencia injustificada, deterioro intencional de los útiles o materiales de trabajo y otros hechos de análoga importancia. En todos los casos, corresponde a las empresas probar la "justa causa de despido, resolviendo la Caja en definitiva".

[329] Antonio VÁZQUEZ VIALARD, *La suspensión en la ley de contrato de trabajo,* en la revista argentina "Trabajo y Seguridad Social", t. II, p. 65, febrero 1975.

Las reglas del derecho común conducirían a decidir la suspensión o la rescisión del contrato de trabajo, según la naturaleza de la imposibilidad de la ejecución sobrevenida. Pero corno dice Durand[330], una tendencia profunda del derecho del trabajo extiende los casos de suspensión a expensas de los casos de rescisión, a fin de asegurar la estabilidad del empleo.

Es frecuente que la interrupción de la prestación de trabajo no se acompañe de la rescisión del contrato. La relación jurídica que une a las partes subsiste y su ejecución será reiniciada posteriormente.

Es, al decir de Almansa Pastor, una nueva muestra de la vitalidad de la relación laboral y de su resistencia a la extinción[331].

La simple suspensión puede ser útil a la empresa, pues ella conserva el lazo que une el personal con el empleador. Es, sobre todo, importante para los trabajadores, ya que con su empleo conservan sus medios de subsistencia.

Esta posición favorable a la conservación del contrato, tanto se manifiesta cuando el hecho que determina la interrupción proviene de la empresa como si emana del trabajador.

Alonso Olea expresa gráficamente esta misma idea al afirmar que "el contrato de trabajo consiente periodos, a veces largos, de suspensión de efectos en los que el contrato tiene como una vida latente, para reanudar su plena efectividad posteriormente"[332].

Esta precisión es acertada en cuanto destaca que no es el contrato de trabajo el que se suspende, sino que son sus efectos los que quedan transitoriamente suspendidos.

El contrata de trabajo sobrevive: lo que ocurre es que durante cierto tiempo no produce sus efectos principales o, mejor dicho, se suspenden los efectos principales del contrato para ambas partes (la obligación de prestar servicios en el trabajador, la obligación de pagar el salario en el empleador) sin que desaparezcan las restantes obligaciones y efectos.

[330] Paul DURAND, *Traité de droit du travail,* t. II, Paris, 1950, p. 792.

[331] José Manuel ALMANSA PASTOR, *Los principios generales del derecho en las fuentes* normativas *del derecho del trabajo,* en Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, n[9] 3, junio 1972, p. 28.

[332] Ob. cit., p. 118.

Al contrario, ellas se mantienen potencialmente prontas para que una vez concluída la causa de la suspensión, el contrato recobre su normalidad, renaciendo plenamente el vigor de todas las obligaciones' de las partes y recuperando la plenitud de sus consecuencias.

121. Enumeración de las causas de suspensión.— Podemos citar algunas de las suspensiones más frecuentes, advirtiendo que las situaciones que expondremos sólo constituyen ejemplos y que no son necesariamente las únicas.

En otras palabras : no se trata de una regla aplicable sólo en una serie de hipótesis que se mencionan expresamente, sino de un criterio general que sirve para dilucidar todas las situaciones similares.

Vázquez Vialard[333] precisa que para que se configure una situación de este tipo se deben cumplir dos condiciones esenciales: a) causa que justifique la imposibilidad de dar cumplimiento con el débito contractual; b) situación "momentánea".

La primera, que en algunos casos. —en especial, cuando se trata de la "suspensión" por causa atendible al empleador— debe ser imprevisible, responde por lo general a circunstancias enunciadas en la norma no en forma taxativa. Además de las mencionadas expresamente, pueden existir otras que resulten de la propia naturaleza de la relación contractual y de los principios de colaboración, solidaridad y buena fe que la presiden. La dinámica propia de aquélla, plantea situaciones que aunque no enumeradas por la norma aplicable (ley, convenio colectivo o contrato de trabajo), ya por obvias o r or razones de índole humanitaria y de las diversas obligaciones (le distinta jerarquía moral que pesan sobre cada uno de los sujetos de la relación, legitiman la actitud de aparente incumplimiento.

La segunda es que la causa sea de carácter momentáneo —o, por lo menos, así se considere—, es decir, no definitiva. De darse esta situación, puede darse por rescindido el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran corresponder. No existe razón alguna para que éste se mantenga "con vida latente" cuando no hay perspectivas de poder restablecer su normal funcionamiento.

[333] Ob. cit., p. 67.

Falchetti propone reservar la denominación "suspensión" del contrato de trabajo cuando éste se paralice por iniciativa del empleador (por ej., por motivos disciplinarios o económicos), y utilizar la expresión "interrupción" del contrato de trabajo cuando la paralización se derive de situaciones que tienen su origen en la esfera del trabajador (enfermedad, huelga lícita, etc.), o bien en hechos de fuerza mayor no imputables a ninguna de las partes de dicha convención[334].

Todas estas situaciones no suelen reglamentarse en conj unto porque obedecen a causas muy diferentes y pertenecen a diversos institutos que suelen tratarse por separado.

Justamente, Jean Pelissier[335,] destaca las diferencias entre las distintas causas de suspensión tanto por sus efectos durante el trascurso de la suspensión como por su repercusión al término de ésta, poniendo de relieve cómo algunas de ellas constituyen un modo de conservar y prolongar el contrato y otras configuran un preámbulo a su extinción. Incluso llama la atención sobre los problemas que surgen cuando se acumulan en el mismo período más de una causa de suspensión del contrato.

No se vea, pues, esta enumeración como una forma de limitar el alcance de este criterio. Míresela más bien como un modo de iluminar el significado de él mediante la clarificación que suministran varios ejemplos de su aplicación práctica.

1) Incapacitación temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Obviamente, si el empleador está, obligado a servirle una indemnización mientras dure su incapacidad temporaria es porque el contrato de trabajo se mantiene, quedando interrumpido solo durante ese lapso. En el caso de accidentes de trabajo no hay límite en la duración. En cambio, en el caso de que se tratara de una enfermedad profesional, el art. 10 de la ley 11.577, del 14 de octubre de 1950, fija un plazo máximo de 18 meses ("deberán ser readmitidos una vez comprobada su recuperación... y siempre que su ausencia no hubiere excedido de dieciocho meses").

[334] Roberto FALCHETTI, *El contrato de trabajo,* Montevideo, 1975, p. 98.

[335] Jean PELISSIER, *Réflexions a propos de la suspension du* contrat *de travail,* en *Etudes de droit du travail offertés* a *André Brun,* Paris, 1974, p. 427.

Si el trabajador queda totalmente recuperado tiene derecho a retomar su trabajo de antes. Naturalmente que una vez que esté en condiciones de desempeñarlo, debe advertirlo. El problema se complica en el caso de que el trabajador quede con alguna incapacidad que le impida desempeñar el trabajo anterior. En tal caso, la empresa debe darle una ocupación adecuada a su nuevo nivel de aptitudes. Sólo en el caso de que se justifique la absoluta imposibilidad de suministrarle un puesto adecuado al grado de capacidad restringida en que quedó el trabajador, se justificaría el despidos[336].

2) Ausencia por enfermedad común.

No hay ninguna norma de carácter general. Cabe entonces aplicar un criterio razonable, utilizado por la jurisprudencia francesa en cuanto a la perspectiva de curación del trabajador. Mientras haya expectativa de reintegro, el contrato queda suspendido. Aunque esa perspectiva ya hubiera desaparecido, no puede descartarse la suspensión hasta que trascurran, por lo menos, 30 días.

En aquellos gremios donde existe un seguro de enfermedad[337], hay un límite máximo de un año —extensible a dos años-- durante el cual se le pagará el subsidio; debiendo jubilarse obligatoriamente en caso de que la enfermedad se prolongue por más tiempo o en el caso de que sea declarado física o intelectualmente imposibilitado para el desempeño de su empleo por los médicos certificadores.

3) Trabajadora ausente por maternidad o gravidez.

La duración de la ausencia puede prolongarse todo el tiempo que resulte de las prescripciones médicas tanto antes como después del parto, si bien se le paga el sueldo íntegro sólo las seis semanas anteriores y las seis semanas posteriores al parto y el 65 % del salario .por el período restantes[338].

4) Privación de libertad.

Sea que se trate de un simple arresto dispuesto en ejercicio de medidas prontas de seguridad o equivalentes —lo que no importa

[336] Diego LAMAS, *Reincorporación del trabajador incapacitado para el trabajo,* en la revista "Derecho Laboral", t. II, p. 1.

[337] Ver la nota 326.

[338] Art. 7 de la ley 12.572, del 23 de octubre de 1958. El pago lo efectúa el régimen de Asignaciones Familiares, alimentado por una contribución. Patronal calculada sobre el salario de todos los trabajadores

necesariamente responsabilidad para el interesado-, sea que se trate de una prisión por procesamiento en virtud de la comisión de un delito ajeno al trabajo, se entiende que el contrato de trabajo no tiene por qué quedar resuelto sino simplemente suspendido. Por consiguiente, cuando recupere la libertad, el trabajador tiene derecho a volver a ocupar su puesto.

El problema es más complicado si la privación de libertad se origina en hechos producidos en la empresa. Salvo que se trate de una falta muy leve, en general se considera que el delito cometido en el ejercicio del puesto da motivo para el despido. Pero en tal caso, lo que origina la ruptura del contrato es el hecho delictivo cometido, y no la ausencia al trabajo.

5) Cumplimiento de obligaciones militares.

Tanto que sea llamado a las armas por estar el país en guerra, como que sea convocado a prestar el servicio militar, el trabajador se ve imposibilitado de prestar servicios durante un cierto tiempo en el cual el contrato de trabajo no queda roto.

En nuestro país, la ley 9943, del 20 de julio de 1940, de instrucción militar obligatoria, prevé maniobras obligatorias de 20 días (a los reservistas que tengan de 18 a 25 años) y de 10 días (a los reservistas que tengan. de 25 a 30 años). El art. 17 establece: "El tiempo correspondiente a las maniobras anuales es independiente del tiempo dedicado a la instrucción militar, así como de las vacaciones anuales de los funcionarios públicos y empleados particulares". Resulta claro que el contrato queda simplemente suspendido.

6) Desempeño de un cargo público.

Generalmente el ejercicio de un cargo público trata de compatibilizarse con el trabajo privado, buscando la armonización de horarios. A veces, cuando es realmente imposible esa armonización de horarios, el interesado renuncia a su empleo. Pero puede darse el caso de que el trabajador no quisiera desprenderse del empleo privado y no pudiera desempeñarlo. En ese caso deberá concedérsele licencia mientras dure el mandato propio del cargo público. No hay norma expresa que lo imponga, pero es lo que deriva de la aplicación del principio que estamos exponiendo.

7) Función sindical.

En algunos países, sea por medio de leyes o de convenios colectivos, se establece que aquellos trabajadores que deben desempeñar tareas de representación sindical que le impiden cumplir sus obligaciones laborales,

tienen derecho a faltar a su trabajo disfrutando de una licencia

8) Licencia por razones personales.

Cualquier trabajador puede pedir licencias por razones estrictamente personales (exámenes, estudios, asistencia a congresos, becas, viajes, etc.) o por razones familiares (enfermedad o muerte de algún pariente próximo, matrimonio de un pariente cercano en otra ciudad, etc.).

La variedad de razones posibles, así como la propia índole de ellas, explica Que no haya una reglamentación estricta al respecto. Pero generalmente se cobijan bajo la denominación genérica de licencias extraordinarias o licencias sin goce de sueldo. En algunos países se llaman excedencias. Cada empleador las concede en la medida en que le parezca razonable su motivo y su duración. Pero en ningún caso determinan el cese del contrato, sino su simple suspensión.

9) Suspensión por falta de trabajo o por razones económicas.

La relativa frecuencia de estos casos, especialmente en épocas de crisis, ha dado origen a los regímenes de seguro de paro, directamente aplicables a ellos.

En el Uruguay, el régimen general de seguro de paro organizado legalmente distingue las situaciones de desocupación total y de desocupación parcial. Las primeras suponen la interrupción completa del trabajo, y las segundas la reducción en el mes de las jornadas de trabajo o en el día de las horas de trabajo en un 25 % o más del habitual en épocas normales.

En la desocupación total, el interesado puede convertir la suspensión en ruptura del contrato (le trabaja pidiendo la indemnización por despido cuando le parezca oportuno. Esta posibilidad resultó de la derogación, dispuesta por la ley 13.108, del 23 de octubre de 1962, del art. 14 de la primitiva ley 12.570, del 28 de octubre de 1958, que establecía la incompatibilidad entre indemnización por despido y subsidio de desocupación.

En la desocupación parcial, el interesado puede reclamar la indemnización por despido si la situación se prolonga por más de tres meses. Así lo establece expresamente el art. 11 de la ley 12.570 en la redacción establecida por la ley 13.108.

10) Suspensión por dificultades técnicas.

Son las derivadas del desperfecto de una máquina, del mal funcionamiento de un sistema productivo, de la falta de corriente eléctrica, etc.

En general, son tratadas en la misma forma que las anteriores, si bien el grado de vinculación con la voluntad del empleador y, por tanto, el grado de su responsabilidad suele ser menor.

11) Suspensiones por sanciones aplicadas a la empresa.

Pese a que se utiliza la expresión "clausura" para denominar los cierres de los establecimientos como sanción por determinadas infracciones, se trata de cierres temporarios. Las clausuras definitivas son excepcionales y sólo se conocen en regímenes extraordinarios y aplicados a empresas periodísticas o de radiodifusión. Salvo estos últimos casos, en que a los efectos laborales quedan equiparados a las clausuras decididas por voluntad del empleador, se entiende que los cierres temporarios sólo suspenden transitoriamente los contratos de trabajo.

En estas situaciones generalmente se establece la obligatoriedad de pagar el salario de los trabajadores para que lo que quiere ser una sanción a la empresa no se convierta en una sanción a su personal.

Así lo establece entre nosotros el art. 25 de la ley 10.940, del 19 de setiembre de 1947, según el cual en el caso de decretarse la clausura de los establecimientos las empresas afectadas quedan obligadas a pagar la totalidad de los sueldos y salarios emergentes de la relación de trabajo, por el término que dure el cierre. El artículo anterior dispone que el término del cierre no excederá de 60 días.

12) Suspensiones por razones de fuerza mayor o caso fortuito.

Pueden darse casos muy variados, y de muy distinta duración, que tengan este carácter. Corno, en general, son casos que excluyen la responsabilidad, no generan obligación de pagar salario ni indemnización por despido. Paradójicamente, en la medida en que se aumenta la severidad contra las empresas, en lugar de fomentar Ia conservación del vínculo contractual, se estimula su ruptura.

Pero como no determinan la ruptura del contrato de trabajo, el contrato subsiste. Y cuando se restablezca la actividad, deberá volverse a tomar a todo el personal que había quedado sin trabajo.

13) Huelga.

La huelga, en los hechos, importa la interrupción concertada de la prestación de los servicios de múltiples trabajadores: ellos no se prestan en señal de protesta o como medio de lucha para apoyar cierto reclamo.

Pero, justamente, la consecuencia de haberse reconocido a la huelga como derecho, es que ella no significa la ruptura del contrato de trabajo, sino su suspensión[339].

En algunos países se condiciona ese efecto meramente suspensivo del contrato a las huelgas que llenen ciertas condiciones o reúnan ciertas características[340].

Análoga conclusión debe aplicarse al *lock out* en aquellos países donde se reconoce su legitimidad. Donde no se la reconoce, o en la medida en que no entre dentro de las previsiones que lo legitiman, aparece como un mero incumplimiento del contrato por parte del empleador, que ni siquiera interrumpe el derecho a cobrar el salario.

14) Suspensiones por razones disciplinarias.

Dentro de las facultades implícitas que tiene el empleador como responsable de la empresa se encuentra el poder de dirección, que implica, como lógico corolario, el poder disciplinario. Entre las posibles sanciones que normalmente se le reconoce al empleador está la suspensión del trabajador que ha faltado a sus obligaciones.

En algunos países se regula esta potestad disciplinaria estableciendo límites y exigiendo el ajuste a reglamentos internos que constituyen la condición indispensable para poder aplicar este tipo de sanciones.

En el Uruguay na existe ninguna norma al respecto. El antiguo Instituto Nacional del Trabajo difundió hace tiempo un criterio que en la práctica se tomó como obligatorio, según el cual la suspensión no podía exceder de 15 días. Ese criterio fue aceptado de buen grado por ambas partes, ya que una obtenía el reconocimiento de su facultad disciplinaria y la otra obtenía una

[339] Hemos desarrollado y fundado esta conclusión en el libro que publicamos conjuntamente con el Dr. Eduardo J. COUTURE, La *huelga en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1951, p. 110.

[340] Es lo que ocurre actualmente en nuestro país, en virtud de lo dispuesto por el art. 41 del decreto 622 del 1 de agosto de 1973: "La huelga lícita será considerada como mera suspensión del contrato de trabajo, y por consiguiente todo despido por dicha causa será nulo". Es cierto, sin embargo, que como ya lo expusimos resultará muy difícil llenar todas las condiciones para que una huelga sea lícita (ver nota 314).

limitación moderadora en su ejercicio. Pero una vez advertido que no se trataba de un límite legal, se aplicaron excepcionalmente suspensiones por mayor plazo.

En cambio, hay consenso unánime en el sentido de que la dimensión de la suspensión tiene que guardar una razonable proporcionalidad con la entidad de la falta, apreciada dentro del contexto formado por el comportamiento anterior del trabajador. La apreciación primaria del empleador será luego controlada por la apreciación judicial si el trabajador está desconforme.

Cabe agregar que dado el origen y la motivación de esta suspensión, ella nunca plantea dudas sobre la continuación del contrato, si bien puede ser un antecedente de un eventual despido posterior en el caso de que el trabajador reincida en alguna otra violación de sus deberes, cuya gravedad haga imposible el mantenimiento del contrato.

122. Obligaciones que quedan en suspenso.- En todos estos casos de suspensión, se plantean algunos problemas comunes que examinaremos rápidamente:

a) ¿Cuáles son las obligaciones que quedan en suspenso?

b) Estas situaciones ¿pueden tener cualquier dimensión?

Respecto del primer problema, hemos dicho ya que quedan suspendidas las obligaciones principales que recaen sobre cada parte. Esas obligaciones principales son la prestación del servicio por una parte y el pago de la remuneración por la otra parte. Ahora bien, siempre se suspende el pago del salario o hay algún caso en que el salario se debe seguir pagando?

Normalmente la suspensión de la prestación de los servicios acarrea la suspensión del pago del salario.

Pero hay algunos casos en que, por expresa disposición legal, se debe seguir pagando el salario total o parcialmente. Por ejemplo en caso de clausura del establecimiento como sanción dispuesta por las autoridades públicas, se debe seguir pagando los salarios d^{e} los integrantes del personal. En el caso de accidentes de trabajo, el empleador tiene obligación de pagar una indemnización equivalente a la mitad del salario (durante los 30 primeros días) o a los dos tercios del salario (a partir del 31° día hasta que cese la incapacitación temporaria). El hecho de que sea el Banco de Seguros del Estado el que efectúe los pagos, no altera

la conclusión, ya que lo hace en virtud de un contrato de seguro mercantil por el cual ha descargado a la entidad aseguradora una obligación que lo grava como responsable.

En otros casos, el trabajador percibe una cantidad equivalente a la retribución en organismos de previsión social. Por ejemplo, en los casos de enfermedad, si está amparado por el régimen de seguro de enfermedad. En el caso de ausencia por maternidad, en el régimen de asignaciones familiares. En los casos de imposibilidad de trabajar por motivos vinculados a la empresa, en el Departamento de Seguro de Paro de la Caja de Jubilaciones de la Industria y Comercio.

De todos modos, no interesa tanto el análisis particular de cada situación y su repercusión en los ingresos del trabajador, lo que puede tener alguna peculiaridad[341] como el señalar la tendencia general hacia su permanencia y su prolongación en el tiempo.

1.23 Duración de la suspensión. — El segundo problema versa sobre si estas suspensiones pueden tener cualquier dimensión o si, llegado cierto tiempo, se convierten en casos de ruptura del contrato.

Cabría empezar por un distingo entre las suspensiones originadas en el trabajador y las suspensiones originadas en la empresa.

Con respecto a las originadas en el trabajador, la idea general es que este criterio se aplique siempre que se produzca el hecho que motivó la suspensión y mientras él dure.

Establecer límites a la duración de la suspensión importa desvirtuar el criterio general expuesto y restar utilidad a la solución.

En general, el empleador puede obviar las dificultades prácticas que le provoque esa ausencia provisoria del empleado, mediante la contratación de un sustituta que reemplace a aquél mientras dure su ausencia. La contratación del suplente puede efectuarse por medio de un contrato de duración determinada: mientras dure la ausencia del titular. De ese modo, apenas se reintegre el titular, el contrato del suplente queda extinguido naturalmente, sin responsabilidad del empleador.

[341] Lo hemos hecho en nuestra obre *El salario en el Uruguay,* Montevideo, 1956, t. II, ps. 414 y ss.

Esta conclusión general sólo debe rectificarse en aquellos casos en que expresamente el legislador ha establecido un límite. Pero fuera de que son límites suficientemente amplios como para que pocas veces se apliquen, cabe destacar que se trata de una solución de excepción, solamente pertinente en el ámbito expresamente alcanzado por la norma legal.

Con respecto a las suspensiones originadas en la empresa, debe tenerse presente que este principio opera en beneficio del trabajador y, por tanto, no se le puede oponer contra él.

En consecuencia, el trabajador es libre para considerar finalizada la relación de trabajo cuando lo entienda oportuno.

Pero si prefiere esperar la terminación del episodio que motivó la interrupción de las actividades, la empresa está obligada a proseguir el contrato cualquiera haya sido la duración de la interrupción.

6) *Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador*

124. Posibilidad de novaciones subjetivas. Otra de las características que presenta el contrato de trabajo en la realidad, es que sufre no sólo novaciones objetivas, sino también subjetivas. O sea, que no sólo cambian las condiciones del trabajo, sino los protagonistas del contrato.

Como ya hemos aclarado, esas novaciones no pueden referirse al trabajador, ya que su posición es incanjeable por el carácter personalísimo de la prestación, sino al empleador.

Pues bien, esos cambios en la persona del empleador no suponen la terminación del contrato. El continúa a pesar de esa sustitución.

Alonso Olea lo explica muy clara y sobriamente: "El cambio de empresario no extingue el contrato de trabajo ni, salvo la pura modificación subjetiva envuelta en el cambio, lo modifica. La explicación (le que esto sea así es varia.

"En primer lugar, el contrato de trabajo no es personalísimo en cuanto al empresario, probablemente porque su prestación básica es de dar, y de dar generalmente un bien inespecífico; justamente lo contrario de lo que ocurre con el propio contrato contemplado desde el trabajador, cuya prestación básica es de

hacer algo singularísimo como es empeñar su propio trabajo.

"En segundo término que aunque el contrato de trabajo envuelve prestaciones personalizadas del empresario las de hacer comprendidas en el deber de protección-, pese a ellas, la «dureza» y resistencia del contrato se impone, y de ahí resulta su continuidad y su conservación.

"Aparte de ello hay razones, quizás las esenciales en el fondo, de naturaleza metajurídica. Las empresas se crean para durar indefinidamente en el tiempo, y han de ser inmunes a los cambios subjetivos de las personas que agrupan, incluída la del empresario; ciertamente el cambio de un trabajador destruye el correspondiente contrato de trabajo, pero si se predicara lo mismo del cambio de empresario se destruiría el marco o ámbito de un conjunto de contratos de trabajo en que la empresa consiste y, con él, la empresa misma. El principio de estabilidad en el empleo, sobre los que se basa la indefinición en el tiempo de numerosos contratos de trabajo, quedaría destruídos si estuvieran a merced de un cambio empresarial"[342].

De la Cueva expresa coincidentemente: "Al obrero no interesa de manera fundamental, la persona del propietario sino el conjunto de derechos que le confiere su permanencia, durante varios años, en la empresa: piénsese que en las empresas propiedad de una sociedad es frecuente el cambio de gerente y que éste, de hecho, es el verdadero patrono ; y si el cambio de gerente no importa a los trabajadores ni es motivo para dar por terminados los contratos, no se ve por qué la cesión de la negociación les determinaría a separarse de ella"[343].

Evaristo de Moraes Filho recuerda que Endemann ya a fines del siglo pasado había dicho: "Al establecimiento, y no al principal, consagran los empleados su actividad"[344].

Deveali, al examinar las novaciones subjetivas, reafirma la tendencia del derecho laboral de dar primacía al elemento objetivo de la empresa sobre el elemento subjetivo de la persona del empleador[345].

[342] Ob. cit., p. 202.
[343] Ob. cit., t. I, p. 643.
[344] Ob. cit., t. I, p. 366.
[345] La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo, en la revista "Derecho Del Trabajo" 1947 p. 485

125. Carácter "intuitu personae" respecto del trabajador. — La razón fundamental de estas afirmaciones deriva de que el contrato de trabajo es *intuitu personae* sólo respecto de la persona del trabajador. Únicamente por excepción puede serlo también respecto del empleador[346].

Esto significa que el empleador tiene siempre en cuenta la persona del trabajador para celebrar el contrato de trabajo, mientras que el trabajador casi nunca tiene en cuenta la persona del empleador para concertar la relación laboral.

Francis Valleur resume así el fenómeno jurídico del intui*tu personae:* "Reviste un gran interés económico o moral para uno de los contratantes tener como contratante tal persona determinada. Este interés hace que la consideración de esta persona tenga siempre una influencia decisiva en el consentimiento de la otra en el contrato. En otras palabras: hay siempre una relación de causalidad. Y generalmente el vínculo solamente se constituye ante esta persona bien determinada. Generalmente, entonces, habrá interés en la persona"[347].

Y Evaristo de Moraes Filho agrega: "De hecho, el *intuitu personae* se resuelve simplemente en una relación de causa a efecto, en el sentido de que el consentimiento sólo es dado en la formación del contrato, teniendo en vista las cualidades personales del otro contratante, cualidades intransferibles, que le son propias"[348].

[346] Hemos expuesto estas ideas en un estudio titulado *La muerte de las partes en el contrato de trabajo,* incluido en el volumen de *Estudios en memoria de José Irurcta Goyena (lb.),* publicado por nuestra Facultad de Derecho de Montevideo en 1955 (ps. 510 y ss.). En esa oportunidad enumerábamos en una cita la numerosa serie de autores que consideraban que el contrato de trabajo sólo era *'intuitu, personae* respecto del trabajador, nómina que podríamos alargar actualizándola. Pero destacamos también que había algunas posiciones doctrinales discordantes que intentamos refutar: DE LA CUEVA y RIOSECO, que afirmaban que el contrato de trabajo había perdido el carácter *intuitu personae* respecto del trabajador, y CABANELLAS, que sostenía que era *intuitu personae* también respecto del empleador. En esta última línea de excepciones debemos incluís a DE FERRARI *(Derecho laboral,* t. IV, p. 139), CAROZZI *(Las leyes de* 1944 *sobre indemnización* por *despido,* Montevideo, 1957, p. 32) y SARTHOU (Las *deudas del contrato de trabajo y la enajenación de empresas en el derecho* uruguayo, en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 65, p. 194).

[347] Francis VALLEUR, *L'intuitu personae dares les contrats,* Paris, 1938, p. 13.

[348] Ob. cit., p. 122.

El hecho de que el contrato de trabajo sea *intuitu personae* con respecto al trabajador deriva del carácter personalísimo de la prestación del trabajador, que lo convierte a éste en infungible, es decir, que no es sustituible por otro. Debe tenerse en cuenta que la obligación principal que contrae, el trabajador como consecuencia de la celebración del contrato es la de poner su energía personal al servicio del empleador. Por consiguiente, a éste no puede serle indiferente la persona cuyas energías se ponen a su disposición, dado que la cantidad, la calidad y la modalidad de esa energía puede variar de una persona a otra.

Corresponde recordar que ya en el derecho romano se invocaba este carácter *intuitu personae* del contrato de trabajo con relación al trabajador, como uno de los criterios diferenciales que distinguían a lo que ahora llamamos contrato de trabajo *(locatio conductio operarium)* de lo que denominamos actualmente contrato de empresa *(locatio conductio operis)*

El hecho de que el contrato de trabajo no sea *intuitu personae* respecto del empleador, se explica por la circunstancia de que al trabajador lo que le interesa, obra: todo, es que se le suministre una oportunidad de poner sus energías a disposición de alguien mediante el pago de un salario determinado. El hecho de que la empresa pertenezca a una persona física o moral, no importa en absoluto al trabajador. Por el mismo motivo, no le preocupa al trabajador que la persona moral modifique su forma jurídica o que los poseedores (le les acciones o de las partes sociales vayan cambiando. De igual manera debe reconocerse que no le interesa al trabajador si la persona física que posee la empresa es Juan, Pedro o Diego.

En ese sentido, las posibilidades de variaciones son infinitas y van marcando matices diferenciales prácticamente inapreciables: una empresa unipersonal que constituye en sociedad colectiva integrada por el propietario *y* sus hijos que ya colaboran con él; esa sociedad colectiva se convierte en sociedad de capital e industria, o en sociedad en comandita para dar entrada a simples suministradores de capital, o en sociedad de responsabilidad' limitada ; una sociedad que se modifica porque incorpora un nuevo socio; ese socio puede ser un extraño a la empresa hasta ese momento o ser un antiguo empleado al que se da acceso a la sociedad; el número de nuevos socios que entran a formar parte de la sociedad puede sufrir sucesivos aumentos,

acrecentándose también en grados diversos la influencia que en conjunto tienen respecto de los socios anteriores o el alejamiento o la desvinculación que cada uno de ellos tenían respecto de la situación anterior ; la sociedad puede mudar simplemente de forma jurídica sin cambiar de propietario, o viceversa: mantenerse la misma forma jurídica y sustituirse el propietario ; la sociedad puede tener la forma de una sociedad de capital pero pertenecer realmente a una persona o a una familia o a un grupo; las acciones o las partes sociales pueden ir cambiando de manos paulatina y progresivamente o en forma clara y perceptible. En fin, podríamos continuar indefinidamente mencionando hipótesis distintas que no tienen repercusión alguna en el contrato de trabajo y que demuestran que todos esos cambios no lo afectan al trabajador ni repercuten en su relación laboral.

La falta de contacto personal entre el propietario de la empresa y cada uno de los trabajadores ; la posibilidad de que el contrato de trabajo subsista en las mismas condiciones pese a las variaciones producidas en la persona del empleador ; el fenómeno de la despersonalización del empleador ; la tendencia manifiesta del derecho del trabajo a tratar de dar estabilidad a la relación laboral hacen perfectamente explicable esa posición de indiferencia del trabajador frente a los cambios ocurridos en la persona del empleador.

Por eso, podemos decir, en términos generales, que si el trabajador no puede continuar el contrato de trabajo, éste termina; mientras que si el empleador no puede continuar, puede ser sustituido por otro, sin que el contrato de trabajo se altere.

126. Casos excepcionales en que el contrato de trabajo es "intuitu personae" respecto del empleador. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, el contrato de trabajo puede ser *intuitu personae* también respecto del empleador. Esta situación se produce en aquellos contados casos en que el trabajador tuvo en cuenta la persona del empleador para celebrar el contrato de trabajo. Si bien no con frecuencia, estos casos se producen algunas veces; cuando el contrato de trabajo se refiere a una actividad íntimamente conexa con la vida del empleador, y que no puede ser continuada por sus herederos. Los ejemplos más típicos son: el del secretario de un político o el del ayudante de un profesional liberal, en los cuales existe, en el ánimo del

trabajador, una razón directamente vinculada con la persona del empleador para celebrar el contrato. Es evidente que entre un político y su secretario existe una vinculación ideológica y partidaria que impide que el secretario pueda mirar con indiferencia a la persona con quien colabora. Otro tanto debe decirse del empleado de un profesional donde, aparte de cierta afinidad personal exigida por el contacto directo, casi permanente entre ambos, existe siempre una consideración de la persona del profesional por el prestigio que pueda rodearlo o por las enseñanzas que aspira recibir el colaborador en el desempeño de sus funciones. Pueden formularse consideraciones análogas en los contratos de trabajo celebrados por damas de compañía o institutrices, o en algún otro ejemplo de servicio doméstica en que el trabajador ha tenido especialmente en cuenta la persona del empleador.

Pero debe puntualizarse que se trata siempre de casos excepcionales, porque lo normal es que al trabajador le sea más o menos indiferente la persona del empleador.

127. Tendencia hacia la personalización de la empresa. - Puede mencionarse además una consideración muy emparentada con la anterior, que se expresa en la idea de la personalización de la empresa, por lo menos en la plana laboral.

La doctrina contemporánea por diversos caminos y con distintos fundamentos independiza, de alguna manera, la empresa de la persona del empleador para atribuirle a aquélla una condición similar a la de una persona que asegura su continuidad en el tiempo.

Eugenio Pérez Botija afirma que "la relación de trabajo no es un negocio circunstancial ni una fugaz transacción mercantil, sino que entraña vínculos sociológicos personales y permanentes"[349].

Luis José de Mezquita, en un interesantísimo estudio de la realidad de la empresa, enfocada desde el punto de vista institucionalista, expreso, siguiendo a Renard, que "el principio de la continuidad de la empresa es una manifestación de que en ella debe haber una organización que permanezca y dure, a pesar

[349] *Curso de derecho del trabajo,* Madrid, 1948, p. 176.

de las alteraciones por las que suele atravesar, inclusa en el plano de su dirección"[350].

Otros dos destacados autores brasileños, Orlando Gomes y Elson Gottschalk, destacan que el fenómeno de la despersonalización del empleador generó el principio de la continuidad de la empresa. Este principio, uno de los más relevantes en materia de empresa, se concreta en la regla de que las alteraciones relativas a la persona del empresario no afectan el contrato de trabajo. La idea directriz es que la empresa constituye una universalidad cuyos elementos pueden cambiar sin que se altere la unidad del conjunto. El empleador puede trasferir a otro la empresa, los miembros del personal se renuevan sin que se altere esa unidad. Cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor, la unidad económica y social que constituye la empresa permanece la misma. Así, aun cuando sobrevenga una modificación en la situación jurídica del empleador, todos los contratos en curso en el día de la modificación subsisten entre el nuevo empleador y el personal de la empresa. La muerte, la venta, la fusión, etc., no determinan la ruptura de las relaciones de trabajo. La personalidad del empleador es indiferente para la empresa[351].

Mariano Tissembaum ha puesto de manifiesto cómo a través del repetido estudia del tema en diversos eventos internacionales se advierte un consenso doctrinal encauzado decididamente hacia el reconocimiento de la empresa como sujeto de derecho. Y recogiendo palabras utilizadas por el destacado profesor de Barcelona Manuel Alonso García en su relación al III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo sobre la reforma de la empresa, expresa que "podría aceptarse el concepto de empresa como organización personificada", figura que pertenece a la categoría de los denominados "sujetos de derecho sin personalidad", o bien, y con referencia a planos muy concretos, conforme ha señalado con expresión muy feliz, pero poco jurídica, Michel Despax, a considerarla como "sujeto de derecho naciente". Y él personalmente se inclina por esperar a que se complete el proceso de nacimiento para darle el nombre que corresponda a la empresa, que está en la etapa de lo que podría

[350] *Direito disciplinares do trabalho,* São Paulo, 1950, p. 22.
[351] *Cursos de direito do trabalho,* Livraria Forense, Río, 1972, p. 113.

denominarse, usando una expresión del derecho, "persona por nacer"[352].

G. II. Camerlynck hace notar que mientras la concepción civilista llevaba en virtud del efecto relativo de los contratos a considerar al adquirente de una empresa com° un tercero respecto de los contratos de trabajo en curso con el personal, el derecho del trabajo afirmó que todos los contratos de trabajo subsisten entre el nuevo empleador y el personal de la empresa. Es inútil buscar en el arsenal civilista el mecanismo jurídico ortodoxo que permita justificar esa sustitución. En realidad, hay que ver en esto una de las manifestaciones más claras y significativas del derecho laboral para afirmar la noción objetiva y permanente de empresa, a la cual permanece vinculado el trabajador al margen de las vicisitudes puramente jurídicas relativas a su forma o a su dirección[353].

El autor italiano Navarra afirma categóricamente: "La empresa es así uno de los sujetos de la relación de trabajo"[354].

Hemos citado autores de diversas nacionalidades, que además hacen referencias a distintos órdenes jurídicos, para poner en evidencia que se trata de una línea de pensamiento universalmente reconocida y que no está condicionada a determinados textos positivos: es realmente una tendencia contemporánea que trasciende fronteras y sistemas legales[355].

128. Cesión de establecimiento. — Sin embargo, no debe dársele a este argumento más importancia de la que tiene realmente —revelar una tendencia—, por cuanto, como ha demostrado Evaristo de Moraes Filho en su obra fundamental sobre

[352] *La empresa: un nuevo protagonista del derecho,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1970, p. 761.

[353] *Contrat de travail,* Paris, 1968, ps. 8) y (t. I del *Traité de droit de travail* publicado bajo la dirección de G. II. Camerlynck). Ideas similares había expuesto en el derecho francés Paul DURAND al afirmar que la justificación del art. 23, inc. 8, del Código de Trabajo francés es que la empresa continúa, aunque cambie el empleador *(Traité de droit du travail,* Paris, t. II, p. 790).

[354] A. NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro,* Napoli, 1953, p. 18.

[355] Carlos E. PITTAMIGLIO, en un medular estudio sobre *La empresa y el derecho del trabajo,* también ha puesto de relieve la coincidencia universal en la afirmación de estas ideas (revista "Derecho Laboral", t. XV, ps. 51 y ss.).

el tema[356], es posible, tanto del punto de vista económico como jurídico, la sucesión de un establecimiento aunque continúe existiendo la empresa de la cual formaba parte.

En efecto, es posible ceder o trasferir un establecimiento en el sentido estricto de sede de una de las manifestaciones de la empresa[357], llevando consigo los distintos contratos de trabajo del personal del establecimiento. La empresa subsiste pero trasfiere un establecimiento> y ello importa trasferir al adquirente los contratos de trabajo del personal que trabaja en él.

Después de una extensa reseña de la doctrina universal y de la jurisprudencia brasileña, el gran jurista carioca afirma: "Se produce la sucesión típica aun en los términos de la doctrina clásica, siempre que alguien sustituya a otro en un complejo de relaciones jurídicas, que constituye el *negozio aziendale,* total o parcial pero con posibilidad de vida propia y autónoma, unitaria, autosuficiente, per *se stante.* El establecimiento o parte cedida debe serlo en todos sus elementos intrínsecos e indispensables a su supervivencia económica, con bienes materiales e inmateriales, servicios y relaciones jurídicas, que formen un todo funcional pertinente"[358],

129. El problema en nuestro país. El problema ha adquirido particular significación en nuestro país por el contenido de las normas aprobadas, así corno por la polémica suscitada con motivo de que De Ferrari haya expuesto una posición distinta de la que habitualmente se admite.

La norma que ha originado la discusión es la ley 10.570, del 15 de diciembre de 1944, cuyo art. 2 establece lo siguiente: "Los beneficios de la indemnización por despido se aplicarán, con retroactividad al 1 de julio de 1944, en los casos de enajenación, fusión, trasferencia de establecimientos, sus secciones o dependencias, así como cuando la clausura de los mismos no

[356] La obra en dos tornos *Sucessão vas obrigações e a teoria da empresa,* publicada en Río en 1960, desborda ampliamente su cometido de tesis para aspirar a la cátedra de Derecho del Trabajo- de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad del Brasil, convirtiéndose en uno de los estudios más exhaustivos del tema desde todas las perspectivas, con un acopio excepcional de cultura civilista, filosófica y publicista. Este punto está tratado a partir de la p. 238 del 2° torno.

[357] Hemos procurado precisar este concepto en *La noción de establecimiento en el derecho laboral,* en "L.J.U.", t. 70, ps. 63 y ss., sec. Doctrina.

[358] Ob. cit., t. II, p. 246.

resulte de quiebra o concurso, y serán atendidos por el establecimiento que contrató los servicios ya prestados por el personal cesante". El art. 3 agrega: "Desde la sanción de la presente ley y en los casos referidos en el artículo anterior, los sucesores, si los hubiere, responderán subsidiariamente de las indemnizaciones pagas".

Frente a este texto -que evidentemente no es un modelo de claridad ni de acierto en la redacción-, la mayoría de la doctrina[359] y de la jurisprudencias[360] han entendido que sólo

[359] Fuimos nosotros los que en un trabajo titulado *Contrato de trabajo y trasferencia de empresa* sostuvimos que "la firma cedente no es responsable ante los empleados que siguieron trabajando para la firma cesionaria, pero si son despedidos por la nueva firma, ésta debe abonarles la indemnización que corresponda teniendo en cuenta todos los arios de antigüedad en la casa, se hayan prestado los servicios con la anterior o con la nueva firma" ("Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 46, p. 222, setiembre 1948). Eduardo ALBANELL MAC COLL, ya conocida la opinión de DE FERRARI, dedicó un extenso capítulo a refutarla, en el estudio titulado *La venta de un establecimiento y el despido* ("L.J.U.", t. 23, p. 29, sec. Doct.). Héctor-Hugo BARBAGELATA, después de reseñar la jurisprudencia, cuando resume sus propias conclusiones expresa: "Con respecto a la ruptura del vínculo contractual, las discusiones se concentran en el llamado despido técnico, pero el grueso de la jurisprudencia no acepta que éste sea relevante para la legislación común sobre despido. La tesis mayoritaria podrá ser objetable, de un punto de vista doctrinario. pero es legal y socialmente útil. Admitir lisa y llanamente el despido en los casos de simple trasferencia de empresa, equivaldría a consagrar una solución incompatible con el giro regular de los negocios, sin ventaja para los trabajadores. Pero el criterio justo es el que, además, deja a salvo los derechos del trabajador a reclamar su indemnización, toda vez que la trasferencia le ocasione un daño, o cuando su antigüedad no resulte salvaguardada. El cambio de empleador puede causarle daños al trabajador de varias maneras y es por esa vía y no por la trasferencia misma que el despido se materializa. Cuando el adquirente es un establecimiento de solvencia manifiestamente inferior a la del vendedor; cuando existan razones de enemistad o parecidas entre el nuevo empleador y uno o varios integrantes del personal; cuando, en el caso específico de la prensa, el cambio de firma modifica la orientación política, etc., el daño existe y el despido se concreta, porque el contrato ha sufrido una trasformación radical y dañosa para una de las partes" *(El derecho común sobre el despido,* Montevideo, 1953, p. 130). Bernardo SUPERVIELLE, que enfoca el tema desde el ángulo comercialista, expresa: "Debemos admitir que existe una resistencia natural en aceptar que cuando hay trasferencia de un establecimiento y el nuevo empleador se propone continuar con el mismo personal en las mismas o en similares condiciones, los empleados tengan derecho a exigir una indemnización por despido, que en los hechos vendría a constituir un verdadero enriquecimiento sin causa a expensas del patrono. En verdad, en nuestro concepto el ejercicio de un derecho de esta naturaleza por parte

Corresponde pagar la indemnización al personal que ha cesado efectivamente, es decir, al que ha dejado de trabajar corno consecuencia de la trasferencia. Pero quien continúa trabajando normalmente, quien no cesa en la prestación de sus tareas, debe considerarse que continúa el mismo contrato de trabajo aunque haya cambiado de empleador.

del trabajador en las condiciones indicadas será abusivo en mérito a dos razones: Porque tendría corno única finalidad perjudicar económicamente al empresario, obligándolo a abonar sumas de importancia en mérito a la indemnización por despido por el solo hecho de no querer continuar con una relación laboral cuya economía no se ha modificado en sus elementos esenciales, o bien porque significaría desviar el sentido y la razón de ser de la indemnización, en el supuesto de que el empleado acepte seguir con el mismo empleo en el nuevo establecimiento, sin perjuicio de exigir una compensación frente a su empleador anterior. Indiscutiblemente se desvirtuaría el propósito del legislador y la finalidad del instituto de protección laboral establecido con vistas a contemplar la situación del personal cesante, admitiendo que en situaciones como en el caso, el empleado sin razón o motivo: o) se niegue a continuar trabajando, en condiciones similares, en el mismo establecimiento con un nuevo empleador, obligando a que se le abonen las indemnizaciones como si hubiera sido declarado cesante, o bien *b)* pretende continuar en la misma empresa con el mismo empleo exigiendo la reparación como si hubiera despido. Felizmente según lo hemos indicado anteriormente, nuestra jurisprudencia, con sano criterio se ha inclinado decididamente y en forma reiterada a favor de la tesis justa, sin que compartamos todos los fundamentos técnicos en que se basan dichas resoluciones. En la práctica, pues, este problema parece haberse solucionado correctamente en beneficio de todos los intereses en juego" *(El establecimiento comercial,* Montevideo, 1953, p. 165).

Los estudios posteriores llegan por distintos caminos a la conclusión de que si el trabajador continúa prestando servicios a la orden del nuevo empleador no tiene derecho a reclamar la indemnización por despido por el hecho de la simple sustitución del empleador (Leo CAROZZI, *Las leyes de 1944 sobre indemnización por despido,* Montevideo, 1957, p. 36, y Helios SARTHOU, *Las deudas del contrato de trabajo y la, enajenación de empresas en el derecho uruguayo,* en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 05, p. 194).

[360] En el exhaustivo estudio sobre la jurisprudencia en materia de despido, que citamos en la nota anterior, BARBAGELATA, refiriéndose al llamado despido técnico, expresa: "La mayoría de la jurisprudencia ha dado una solución radical, y ya en 1946 un fallo decía que en caso de enajenación de un establecimiento la ley impone al enajenante el pago de la indemnización por despido sólo al personal que no continúe prestando servicios. Esta misma posición es mantenida en los casos de trasferencia de una empresa al Estado" (ob. cit., p. 24). En un fallo mucho más reciente, NICOLIELLO refiere la tesis de DE FERRARI, advirtiendo de inmediato "posición en que no lo siguen la mayoría de la doctrina ni la jurisprudencia" ("Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración". t. 65, p. 185).

130. La tesis de De Ferrari. - La opinión opuesta ha sido desarrollada por De Ferrari, basada en los siguientes razonamientos[361]".

1) En casi todos los países se previó expresamente el caso de la venta, dictando normas favorables a la estabilidad del empleo. En nuestro país no se dictó ninguna norma con ese contenido. En consecuencia, debe entenderse que siguen rigiendo los principios del derecho común, con arreglo a los cuales la venta era una circunstancia extintiva de la relación contractual.

2) En lugar de aplicar fórmulas similares a las aprobadas en casi todos los otros países, aquí el legislador estableció otra solución basada en la idea de la responsabilidad subsidiaria.

"Los contratos no subsisten. La venta produce la resolución *ipso jure* de todos los compromisos. El personal en su totalidad queda cesante. Las indemnizaciones se vuelven exigibles y la ley se limita a establecer quiénes y en qué form[a] responden de las mismas".

3) Doctrinalmente, nuestro legislador, al seguir un sistema distinto, procedía en forma acertada, porque ningún precepto legal debería obligar a una persona a pres[t]ar servicios a otra sin su consentimiento. Invocando la opinión de Peretti Griva, cree que el empleado no es una mercancía que pueda pasar de una mano a otra mano como los demás objetos y cosas que forman parte del activo de un establecimiento.

4) El contrato de trabajo debe considerarse *intuitu personae* tanto desde el punto de vista del empleado como del empleador.

En consecuencia, concluye que en caso de trasferencia se configura lo que podría llamarse un "despido técnico" que debe ser indemnizado.

131. Refutación de esa tesis, Argurnento de texto. Nosotros pensamos que la corriente netamente mayoritaria de la jurisprudencia es acertada porque diversos argumentos la respaldan.

[361] Ella ha sido expuesta originalmente en [s]u artículo *La venta de* un *establecimiento y el despido,* en la re[v]ista "Derecho Laboral" (t. IV, p. 135), y reiterada en sus *Lecciones de derecho riel trabajo,* Montevideo, 1962 (t. II, ps. 450 y ss.), y en su segunda edición, *Derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1969 (t. II, p. 467).

En primer término, la letra de las disposiciones.

Es cierto que los términos utilizados por el legislador uruguayo no reproducen fórmulas de la legislación extranjera destinadas a reconocer expresamente el principio de la continuidad. Ello se explica parque no pertenece a un texto orgánico y sistemático sobre el despido. Ni tampoco sobre la trasferencia de empresas. La ley 10.570 está especialmente destinada a contemplar la indemnización de los jornaleros y destajistas que habían sido excluídos de las leyes anteriores sobre despido. A ese tema se le dedica un largo y complejo artículo. Luego, se injertaron —prácticamente sin discusión y sin fundamentación— dos breves disposiciones en las que uno no puede percibir cuál es su finalidad principal: si establecer algunas situaciones equivalentes al despido o excluír expresamente otras o fijar la fecha a p[a]rtir de la cual debe pagarse indemnización o resolver una serie de situaciones entre las cuales se halla la trasferencia.

De allí que no consideremos adecuado argumentar a partir de la comparación con textos especialmente destinados a encarar el tema de la transferencia.

Debe intentarse objetivamente el examen de la letra de la disposición, y ella no sólo autoriza sino que lleva naturalmente a la conclusión de la continuidad del contrato de trabajo.

No puede subestimarse la importancia de la expresión "personal cesante" usada al final del art. 2. De dicha frase surge que sólo deberá pagarse indemnización al personal que cese como consecuencia de la trasferencia, es decir, que haya quedado sin trabajo, que finalice, que acabe, que clausure la prestación de servicios. Las palabras de la ley deben entenderse —según lo establece el art. 18 del Código Civil— conforme a su sentido natural obvio. Y según ese sentido no puede quedar duda de que no es personal cesante el que continúa prestando servicios en las mismas condiciones, en el misma puesto y con los mismos derechos que anteriormente.

Adviértase que si se hubiera entendido que era todo el personal el que quedaba cesante, no hubiera tenido sentido agregar esa frase que tiene un alcance evidentemente limitativo.

Bastaba con poner "que contrató los servicios ya prestados por el personal" o simplemente "que contrató al personal".

La incorporación de esa palabra "cesante" tiene un alcance y un significado inequívocos.

132. Otras normas contemporáneas. - Este sentido se ve confirmado por otras normas legales o reglamentarias aprobadas contemporáneamente y que revelan el criterio predominante en la materia.

Algo antes de la ley que estamos considerando, se aprobó el decreto-ley 10.331 del 29 de enero de 1943, sobre jubilaciones bancarias, que incluye entre las causales jubilatorias la siguiente descrita en el inc. E del art. 15: "Por exoneración originada por la clausura o el cierre .definitivo de casas centrales o sucursales; expiración del término legal o contractual de la sociedad; fusión con instituciones afiliadas; adquisición o trasferencia por entidades existentes o constituídas o cesación de actividades de empresas adscritas por liquidación total o parcial del activo. En estos casos y situaciones equivalentes o cuando las empresas se encuentren en concordato o quiebra, no estarán eximidas de continuar sirviendo a la Caja todas las contribuciones, los aportes (art. 8) del personal en actividad y también las compensaciones correspondientes al personal que haya cesado".

Resulta claro que aquí se prevé la doble posibilidad: personal que continúa en actividad y personal que cesa. O sea, que no en todas las situaciones enumeradas el personal cesas[362]. Esa doble posibilidad surgía ya del giro inicial de la frase: "exoneración originada por...". El cese no se produce en todas las hipótesis que allí se mencionan, sino que esas hipótesis pueden originar exoneración. Cuando hay exoneración queda configurada la causal.

En la ley de licencias 10.684, aprobada el año justo de la principal a que nos hemos referido -o sea, el 17 de diciembre de 1945-, se establece en el art. 7: "En los casos de enajenación a título universal o singular del establecimiento comercial o industrial, oficina, etc., el adquirente y el enajenante serán solidariamente responsables del pago de los jornales de vacaciones adeudados". Esta disposición es más significativa aún si tenemos en cuenta el art. 8, que dice: "Tanto en el caso de ruptura del contrato de trabajo como de cese de las actividades por cierre definitivo del establecimiento comercial o industrial, oficina, etc., fuera del caso de quiebra o concurso, el patrono estará obli-

[362] Este punto quedó definitivamente aclarado por la sentencia del Tribunal de Apelaciones de 29 Turno, del 24/6/1964, en autos "Rivera González, Emma, c/ Caja de Jubilaciones Bancarias. Apelación".

gado a pagar al trabajador el importe de los jornales de vacaciones debidos hasta ese momento, salvo si se aplica el sistema de timbres, en que se seguirá el procedimiento indicado en la reglamentación".

Como se ve, el legislador distinguió claramente los dos casos: cuando cierra o se clausura el establecimiento, el empleador le paga de inmediato los jornales de vacaciones pendientes hasta ese momento; cuando se trasfiere el establecimiento hay responsabilidad solidaria de enajenaste y adquirente, lo que significa que disfruta de las vacaciones al término del año porque continúa el contrato. Bien diferentes los procedimientos en un caso y en el otro.

El criterio se confirma y clarifica en el decreto reglamentario del 7 de enero de 1947, cuyo art. 23 dispone: "En los casos tales como venta, trasferencia, cambio de firma, clausura o disolución de sociedad, los empleados u obreros beneficiarios de licencia anual que sean despedidos tienen derecho a que se les liquide en efectivo el importe de los sueldos o salarios que hubieran percibido durante el período o períodos de licencia total o parcial no gozada. El nuevo patrono o firma que jurídicamente suceda al anterior responde solidariamente con el empleador del cumplimiento de la licencia anual, a no ser que el personal continúe a su servicio, en cuyo caso se tomará en cuenta la antigüedad en el establecimiento con prescindencia del cambio de firma, trasferencia, etc.".

Hemos reseñado las normas aprobadas en la misma época, en que se promulgó la ley del 15 de diciembre de 1944, pero textos similares encontramos en la ley 12.590, del 23 de diciembre de 1958 (art. 13), y decreto reglamentario del 28 de abril de 1962 (art. 27), que son los que actualmente rigen.

De modo que la interpretación que damos al texto legal, además de ser la que tiene en cuenta la totalidad de las palabras empleadas en él, es la más coherente con el conjunto de las disposiciones vigentes.

133. La fundamentación de la indemnización por despido. — Lo mismo ocurre con los principios doctrinales más aceptados. No es necesario reiterar aquí las ideas sobre continuidad de la relación laboral, pese al cambio de empleador, que acabamos de exponer. En cambio, creemos útil recordar la naturaleza de la indemnización por despido.

Sin ánimo de profundizar en las diversas doctrinas expuestas sobre la naturaleza jurídica de este instituto, lo indudable es que todas ellas parten del supuesto de que el despido origina un daño que debe compensarse. Como surge hasta de la propia palabra utilizada ("indemnización"), se trata, en último término, de una forma tarifaria de compensar un daño, por lo que si ese daño no existe porque el trabajador sigue trabajando en igualdad de condiciones, no se justifica ningún pago.

Naturalmente que para que falte Ese daño es indispensable que se respete la antigüedad generada con el primitivo empleado. Y para ello no es necesario un reconocimiento expreso del nuevo empleador ni ninguna aclaración documental, ya que la antigüedad opera como hecho[363], al margen de la Voluntad de las personas y de las constancias escritas[364].

El propio De Ferrari describe en términos sumamente felices este fenómeno al anotar: "En nuestros días se ha percibido

[363] Diversas disposiciones de nuestro derecho positivo parecen haber recogido este concepto: El art. 2 de la ley 12.590, del 23 de diciembre de 1958, establece: "Los trabajadores con más de cinco años de servicios en la misma empresa, aunque ésta haya cambiado una o más veces el propietario, tendrán además derecha a un día complementario de licencia por cada cuatro años de antigüedad, que se acumularán al período o períodos que se establezcan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior". El art. 27 del decreto reglamentario del 26 de abril de 1962, también referente a licencia, establece: "En los casos de enajenación a título universal o particular de un establecimiento, el adquirente y el enajenante serán solidariamente responsables del pago de los jornales de licencia. A los trabajadores que continúen en el establecimiento con la nueva firma, se les reconocerá automáticamente su antigüedad total ea el mismo con prescindencia de la enajenación operada".

En materia de indemnización por despido, el inc. 3 del art. 1 de la ley 10.570, del 5 de diciembre de 1944, sobre e indemnización por despido de los jornaleros y destajistas, dice: "Los trabajadores despedidos que no hayan laborado en el establecimiento 240 jornadas, pero sí más de 100, tendrán derecho a una indemnización equivalente al salario de dos jornadas por cada 25 de labor. A los efectos de fijar las indemnizaciones considerase equivalente al salario de un mes la remuneración de 25 jornales". El art. 2 de la ley 12.597, del 30 de diciembre de 1958, volvió a utilizar una expresión similar: "Los servicios prestados se computarán desde el día de ingreso al establecimiento hasta el día del despido".

[364] En este sentido rectificamos parcialmente una opinión expresada en nuestro estudio ya citado sobre *Contrato de trabajo y trasferencia de empresa,* en cuanto afirmábamos allí que "la nueva firma debe reconocer la antigüedad que tenía el trabajador en la anterior, porque de lo contrario no podría hablarse de la existencia de un solo contrato y de la ausencia de despido. Pero ha de entenderse que reconocimiento existe

muy bien que la antigüedad —que aparentemente nace y muere con el contrato— es, sin embargo, un elemento externo a él destinado más bien a influír sobre la relación de trabajo tanto corno la voluntad de las partes. En efecto, con independencia de los contratantes y, sobre todo, de la voluntad del patrono, el tiempo trascurre en beneficio del trabajador. Los años, a medida que pasan, van modificando los sueldos, cambiando las categorías, aumentando el monto de las indemnizaciones, determinando el derecho a la jubilación. En muchos países da derecho a licencias más prolongadas y a tratamientos especiales en casos de enfermedad. En general, el tiempo adiestra en el ejercicio de un oficio, va poniendo al trabajador en contacto con los secretos y particularidades de la actividad a que se dedica, lo encumbra en el orden jerárquico y lo familiariza con un sector determinado de la economía. Sobre todo, lo vincula —no por elementos subjetivos sino de un modo objetivo— al lugar de la prestación del servicio, a determinada organización de elementos y prácticas de trabajo, y de esta manera, la antigüedad como una circunstancia puramente objetiva, es un hecho que se produce con independencia de la voluntad de las partes y que subsiste muchas veces cuando el contrato termina, porque no marca la duración de los vínculos jurídicos sino la relación del hombre con el lugar del trabajo, en cuanto esa relación puede ser objeto de una apreciación económica y moral.

"Por eso se ha entendido últimamente que la antigüedad es un hecho ajeno a la convención como el sexo, la edad y el oficio. Se refiere a la persona del trabajador y al lugar de la prestación del servicio y nada tiene que ver con la duración del contrato, ni —como hecho que por sí solo genera efectos jurídicos— nada tiene que ver tampoco con los cambios que se produzcan en la dirección o propiedad de la empresa"[365].

siempre que no haya una manifestación contraria en el momento de la trasferencia" ("Rev. t. 46, p. 223).

Después de nuevas reflexiones, pensamos que la antigüedad no depende de afirmaciones, reconocimientos o declaraciones positivas o negativas de las partes, sino que es un fenómeno fáctico que se opera efectivamente en los hechos.

[365] Revista "Derecho Laboral", t. IV, p. 141. ALBANELL MAC COLL entiende que este desarrollo es contradictorio con la tesis central defendida por DE FERRARI sobre la no continuidad del contrato. DE FERRARI procura salvar esa contradicción aclarando que aun cuando no prosperara su interpretación de los textos legales, queda siempre la posibilidad de recurrir

En consecuencia, no habiendo daño, no cabe la indemnización.

Por eso mismo, Albanell Mac Coll afirma que la tesis del despido técnico es contradictoria con los fundamentos que dieron origen históricamente a la indemnización en nuestro país[366], y abusiva porque determinaría un enriquecimiento sin causa de ciertos trabajadores, en perjuicio de muchos otros, porque la aplicación de esa tesis engendraría una dificultad práctica tan grande que entorpecería muchas posibles trasferencias y determinaría, en consecuencia, el agotamiento de muchas fuentes de trabajo, que es lo que sustancialmente interesa a la clase trabajadora como tal[367].

134. El respeto al trabajador. Finalmente, destaquemos que no es válido el argumento de la falta de respeto a las personas, expuesto por Peretti Griva.

Desde luego, porque, como hemos dicho, la tesis de la continuidad de los contratos está basada en el principio de estabilidad, el cual ha sido establecido en beneficio del trabajador.

Pero, además, porque como ha señalado De Litala, si el trabajador puede justificar de alguna manera la existencia de una razón seria para oponerse a continuar trabajando a la orden

a la idea de la antigüedad encarada corno una circunstancia de hecho. Y en el propio párrafo que hemos trascrito deja la reserva de que continúa la antigüedad aunque el contrato termine. Lo que ocurre -y en ese sentido la observación de ALBANELL es válida- es que el razonamiento que desarrolla DE FERRARI con tanto acierto lo debería llevar a la tesis de la continuidad, y no a la de la ruptura del contrato. Cabe agregar que con posterioridad al artículo de DE FERRARI, nuevos beneficios se regularon en función de la antigüedad: magnitud de la licencia que se aumenta en un día cada 4 años de antigüedad; generalización de la prima por antigüedad; etc.

[366] En nuestro artículo *Despido y preaviso,* publicado en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (t. 43, p. 346), hemos reseñado los antecedentes parlamentarios que explican el surgimiento de la indemnización por despido en nuestro país. Ante la resistencia al propósito legislativo de restablecer los horarios normales por haber disminuido el racionamiento provocado por la segunda guerra mundial, muchos legisladores sostuvieron que los trabajadores no tenían inconveniente en trabajar más con tal de que se elevara su remuneración. Y para contener la ola de despidos que podía traer ese aumento de retribución, se estableció la indemnización por despido que debería operar corno freno y contrapeso.

[367] Ob. cit., p. 36, sec. doctr.

del nuevo empleador, se considera que tiene derecho pleno a oponerse y, por tanto, a considerarse despedidos[368].

135. Rechazo del despido técnico. Toda esta serie de consideraciones, de tan diversa procedencia, confluyen en conducir *a* un mismo resultado: el rechazo de la idea del despido técnico y, en consecuencia, la afirmación de que continúan los contratos de trabajo pese a que se haya operado una sustitución del empleador o alguna modificación en su composición, si, se trata de una persona moral.

136. Cuándo la trasferencia pone fin al contrato. — Pero las precisiones que efectuamos al final de ellas, recogiendo ideas de De Litala sobre la posibilidad del trabajador de invocar razones legítimas para oponerse a continuar trabajando para el nuevo empleador, demuestra que no *toda trasferencia, cualquiera que sea su forma* y *circunstancia, mantiene intacto el contrato* de *trabajo.* En ciertos casos puede significar una alteración sustancial del contrato que motive la fundada resistencia del trabajador.
Sin embargo, advirtamos que en tales supuestos no es propiamente el cambio del empleador lo que determina la ruptura del contrato, sino la modificación sustancial que ella provoca o representa.

Dicho de otra manera: la modificación sustancial importa lo que se ha llamado una alteración rescisiva del contrato de trabajo. Pero es la modificación sustancial, y no el simple cambio de empleador, lo que determina la ruptura del contrato. Ilustraremos esta idea precisamente con un ejemplo que se suele poner de los casos en que se justifica la resistencia del trabajador a seguir con un nuevo empleador. Generalmente se evoca al periodista empleado en un diario que cambia de orientación política a causa del cambio de empleador. En realidad, aquí lo que rompe el contrato no es el cambio de la persona del empleador, sino el cambio de orientación política del diario, lo que puede ocurrir aunque no se cambie el empleador si es éste el que modifica su orientación política. De igual modo, pueden presentarse otros ejemplos similares.

[368] *El contrato de trabajo,* Buenos Aires, 1946, p. 384.

Para poder medir si la modificación es lo suficientemente grave como para determinar La ruptura del contrato, Barbagelata da a entender que el mejor criterio es h decisión del empleado. Deben existir causas serias de cuya existencia la actitud del interesado constituye un índice[369].

Deveali sostiene que "la obligación de- trabajador de aceptar la sustitución del viejo empleador por el cesionario de la empresa, se justifica por la tendencia del derecho laboral a dar primacía al elemento objetivo de la empresa, sobe el elemento subjetivo de la persona del empleador. Pero est[a] tendencia es admisible únicamente cuando se trate de una empresa de carácter comercial, pero no en el casa de una actividad civil o de carácter agrícola. Mientras que en el caso del trabajo mercantil resulta fácil admitir —al menos en la mayoría de los casos— que el contrato de trabajo tiene carácter personal únicamente en cuanto al trabajador, y no en cuanto al empleador, lo mismo no ocurre normalmente en cuanto a las actividades o agrícolas.

En la generalidad de los casos resulta indiferente para el obrero de una fábrica, que ésta pertenezca a una persona o a otra, a una sociedad o a otra. Es frecuente el caso del obrero que no conoce tampoco, ni le interesa conocer, quién es el dueño de la fábrica en que trabaja, con el cual no tiene ninguna relación directa. Distinta es la situación de la secretaria de un estudio profesional o del peón de una chacra, puesta que en ambos casos el elemento personal tiene trascendencia aun en lo qu se refiere al empleador. Incluso en el casa de empresas comerciales muy modestas, en que el elemento personal del empleador tiene su trascendencia, el trabajador puede alegar que la cesión modifica sustancialmente la situación preexistente e invocar la misma como justa causa de rescisión del contrato[37°].

Riva Sanseverino, en cambio, cree que en el caso de cesión del negocio, el trabajador debería tener el derecho de considerar que el contrato fue resuelto por el hecho voluntario del empleador y, por consiguiente, si no quisiera que dar bajo la dependencia del cesionario podrá reclamar las indemnizaciones por despido[371]. En esa misma línea, Carozzi y Sarthou creen que el trabajador

[369] Ob. cit., p. 130.

[370] *La 'novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1947, p. 485.

[371] Luisa RIVA SANSEVERINO, *Corso di diritro del lavoro,* p. 436.

es libre para aceptar o no el nuevo empleador, entendiendo que la sustitución del patrono es de por sí una alteración tan sustancial del contrate que su no aceptación por el trabajador, negándose a trabajar para el patrono sustituto, genera su derecho a la indemnización por despido[372]. Pero si acepta al nuevo empleador y continúa trabajando, se realiza una especie de estipulación entre tres partes que genera una forma de reconstitución del contrato de trabajo con el nuevo empleador[373]. Según esta tesis, la actitud del trabajador no sería el índice de la existencia de una causa, sino un factor suficiente por **sí** mismo para determinar la finalización del contrato.

137. Casos especiales. Empresa concesionaria sustituida por otra. — Esta serie de precisiones nos introduce en el examen de algunas situaciones especiales que presentan algunas particularidades.

Un primer caso está constituído por una empresa concesionaria a la cual se le termina la concesión y es reemplazada por otra.

Conforme a las ideas expuestas hasta ahora, si el personal sigue con la nueva empresa concesionaria, debe considerarse que los contratos de trabajo han continuado en forma similar a los demás casos de sucesión de empresas.

La diferencia puede surgir respecto del personal que no continúe con la empresa concesionaria. Aunque la causal que origina la terminación de un empleador y su sustitución por otro no influye, en general, en cuanto a las conclusiones expuestas, en este caso podrían presentarse algunas particularidades que justifican un examen especial de la situación.

Desde luego, si se hubiera pactado un contrato a término, es decir, si se hubiera estipulado expresamente que el contrato de trabajo durase sólo mientras estuviera en vigencia la concesión, no podría considerarse configurado el despido. Como se sabe, en los contratos de duración determinada, la finalización de la relación laboral al término del contrato no constituye despido ni genera indemnización, sino que se toma como la conclusión normal del contrato. Pero esta estipulación para que surta tales efectos,

[372] SARTHOU, ob. cit., "Rev. D.J.A.", t. 65, p. 194.
[373] CAROZZI, ob. cit., p. 36.

debe quedar Lamy claramente formulada, lo que no suele ocurrir en ese caso, porque a la empresa concesionaria no le interesa convertir a todos sus contratos de trabajo en contratos con plazo que duren mientras se prolongue toda la concesión. Ello significaría que en caso de terminación anticipada de los contratos, no habría que pagar la indemnización por despido normal sino una indemnización por daños y perjuicios, calculada en función de los perjuicios reales sufridos, lo que puede alcanzar a una suma equivalente al monto total de la remuneración que hubiera percibido el trabajador hasta el término del contrato.

No creemos que pueda entenderse implícitamente concertada esta condición por el solo hecho de tratarse de una empresa concesionaria, ya que la concesión puede tener una duración muy prolongada y ella puede renovarse indefinidamente o no renovarse en función de multiplicidad de factores, incluso algunos vinculados con la voluntad o la actuación del empleador. Por otra parte, no parece verosímil que la empresa haya querido comprometerse a mantener todo su personal hasta la terminación real de la concesión.

Es más aceptable la interpretación según la cual, en el caso de empresas concesionarias, el contrato de trabajo es de duración indeterminada, pero está sujeto a una condición resolutoria que es el término o el retiro de la concesión, ya que ésta provocará inevitablemente el cese de la actividad.

No hay ningún impedimento legal ni doctrinal para que se celebren contratos de trabajo sometidos a condición resolutoria. Tanto es así que una de las teorías expuestas por muy destacados autores[374] para explicar la naturaleza jurídica de los contratos de trabajo a prueba se basa en esta idea, y la objeción que se le ha formulado no es la de que no se pueda someter a condición resolutoria un contrato de trabajo, sino que en el supuesto del contrato de prueba no cabe admitir esta explicación, porque la

[374] PLANIOL-RIPERT-ROUAST *(Traité pratique de droit civil français,* t. XI, n9 848) y DEMOGUE *(Les contrats provisoires,* en. *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 163, *in fine).* Pero además de estos destacados civilistas, podernos mencionar muy distinguidos laboralistas, como BARASSI *(Tratado de derecho del trabajo, t. II,* p. 266), DE LA CUEVA *(Derecho mexicano del trabajo,* p. 634), PERETTI GRIVA *(il contratto di lavoro* e *sugli effetti della risoluzione prima del suo inizio,* en "Foro Italiano", 1938, 1, p. 1912) y DURAND *(Traité de droit du travail,* t. II, ps. 289 y ss.).

terminación del contrato quedaría sometida en este caso a una condición potestativa[375].

Por lo demás, aunque el punto no haya sido especialmente estudiado a causa de su rareza, diversos autores admiten la posibilidad de someter a condiciones el contrato de trabajo[376].

Pensamos que la admisibilidad de esta interpretación deriva de que las circunstancias exteriores lo hagan ostensible, es decir, que se trate de un caso claro en el cual el empleador, por la actividad que desempeñe, desarrolle inequívocamente una función otorgada por concesión de las que se conceden precariamente.

138. Empresa privada adquirida por el Estado. — Un segundo caso está constituído por una empresa privada que es adquirida por el Estado.

El problema se ha planteado con bastante frecuencia en los últimos tiempos, como resultado del proceso de nacionalización de empresas que se va produciendo por diversos motivos en casi todos los países, cualquiera que fuese el signo ideológico con que pueda caracterizarse su régimen político[377].

En ese sentido, la principal variante que se introduce sobre el problema central, que subsiste planteado en los mismos términos esenciales, es el que deriva del cambio de condición de trabajador privado que se convierte en funcionario público.

Esta conversión, que en otro tiempo pudo ser muy importante, ahora ha ido perdiendo significación en la medida en que

[375] Ver nuestro trabajo *El período de prueba,* en la revista "Derecho Laboral", t. I, p. 235.

[376] En el *Diccionario jurídico tratadista* de Emilio GUIMARAES (t. II, p. 317) se hace una referencia expresa a este tipo de condiciones. Por su parte, en el estudio titulado *Rupture du contrat de travail,* de Gérard VIVIER, incluído en el t. II de *Juris-Classeur Travail,* se citan varios fallos jurisprudenciales franceses que admiten una modalidad contractual muy similar a la que estamos examinando: un contrato de duración indeterminada con un término máximo de duración (capítulo 29, parágrafo 9, p. 2).

[377] Brenno SAN VICENTE sostiene que es deber del Estado asegurar la continuidad de las empresas: "La supresión de una empresa cuya actividad tenga profundos reflejos en la vida social de la comunidad puede justificar la intervención del Estado, con el fin de establecer la continuidad de esa empresa, porque su desaparición socialmente injustificada constituiría un abuso del poder económico individual en perjuicio de la colectividad" *(El Estado 'moderno y la continuidad de la empresa,* en "Gaceta del Trabajo", 1962, t. II, p. 397).

el régimen laboral aplicable a los funcionarios públicos y a los trabajadores privados es cada vez más similar[378].

Si a ello se agrega que el Estado en el momento de la adquisición suele hacer un reconocimiento expreso de la antigüedad generada y del nivel de beneficios obtenidos en la empresa privada —lo que parece, en el caso, imprescindible porque no es de fácil aplicación la tesis de la continuidad del contrato de trabajo con distinto empleador—, se explica que este proceso de traslación de tantas empresas del sector privado al sector público se haya realizado sin mayores conflictos con el personal.

Con todo, pensamos que sigue habiendo una alteración lo suficientemente importante como para que el trabajador tenga la opción para decidir si prefiere darse por despedido —y cobrar la indemnización— o si, al contrario, prefiere continuar trabajando en la órbita estatal.

En este aspecto son aplicables las conclusiones a que ha llegado la doctrina argentina, que se ha planteado reiteradamente el problema[379].

[378] En ese sentido son singularmente significativas las conclusiones del IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo celebrado en setiembre de 1972 en, la ciudad de San Pablo, en cuyo numeral 10 se dice: "El derecho del trabajo deberá ser íntegramente aplicado a todos aquellos servidores denominados por la mayoría empleados públicos sin otras limitaciones que las resultantes de aspectos estrictamente peculiares a determinadas actividades descentralizadas del Estado" (ver el texto íntegro de las conclusiones en la revista "Derecho Laboral", L. XVI, ps. 176 y ss.). Entre nosotros ha sostenida la misma tesis Martha ABELLA DE ARTECONA en su artículo *La relación de trabajo en la Administración Pública* (revista "Derecho Laboral", t. XV, p. 341), y entre los juspublicistas Horacio CASINELLI MUÑOZ, *Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios públicos,* en la "Rev. De Derecho, Jurisprudencia, y Administración", t. 58, ps. 230 y ss.; Julio PRAT, *Licencia anual de funcionarios públicos,* en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX,* Madrid, 1969,t. IV, ps. 1195 y 1208; G. AGUIRRE RAMÍREZ y E. SELLARES IGLESIAS, *Régimen laboral de los funcionarios públicos,* en "Revista de Derecho Público", t. I, n9 2, ps. 87-105; Jorge SILVA CENCIO, *Estatuto y régimen laboral de los funcionarios públicos con especial referencia a los del Poder Legislativo,* en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 72, ps. 273-274, 276, y Ariel GIANOLA MANTEGANI, *El trabajo de los funcionarios públicos ca día inhábil, horario nocturno, jornada extraordinaria y actividades insalubres,* en la revista "Judicatura", abril 1977, p. 51.

[379] KROTOSCHIN, *Situación frente al derecho del trabajo del personal de empresas trasferidas al Estado,* en -la revista "La Ley", t. 47, p. 387; DEVEALI, *Situación de los dependientes en el caso de cesión del negocio al*

139. Empresa privada expropiada por el Estado.— Un tercer caso, muy similar al anterior, es el de la empresa privada expropiada por el Estado.

Entendemos que el carácter voluntario o forzoso de la trasferencia de la empresa no tiene por qué influir en la solución de este problema. Por eso, pensamos que son perfectamente aplicables las conclusiones a que llegamos en el caso anterior.

Podemos, sin embargo, citar a este respecto una norma del derecho positivo uruguayo muy original, contenida en la ley 14.142, del 3 de julio de 1973, que determinó la expropiación del patrimonio de la Compañía del Gas y Dique Seco de Montevideo Limitada. La situación tenía algunas particularidades, en cuanto la empresa anunció públicamente que abandonarla la explotación a partir del 31 de diciembre de 1970, lo que determinó que el Poder Ejecutivo designara una Comisión Interventora encargada de la continuación de la explotación que prosiguió el funcionamiento del servicio y mantuvo, por consiguiente, la fuente de trabajo del personal, el que no cambió su régimen laboral ni 'sufrió merma en sus derechos. Pero ese mantenimiento de la actividad de la explotación y del trabajo del personal, que no sufrió en sus derechos, derivó de la actitud del Estado, y no de la empresa. Ante la duda de si en esas condiciones tan especiales cabía la responsabilidad de la empresa frente a sus trabajadores, el legislador incluyó en la ley de expropiación del patrimonio de la Compañía una norma legal novedosa, trasladando a la órbita judicial tanto el problema de si cabía la indemnización por despido del personal como el de la repercusión de la solución de este punto en el monto del precio de la expropiación. El texto de la disposición legal es el siguiente: Art. 4: "El juez de la expropiación deberá pronunciarse igualmente respecto de si, en las concretas circunstancias del caso —formal abandono del servicio—, se operó o no despido de sus obreros y empleados por parte de la expropiada o si, por la intervención del Estado, se le generé un enriquecimiento indebido al evitarle incurrir en esa responsabilidad. En caso de llegarse a decisión en sentido afirmativo, en cualquiera de las dos hipótesis, la sentencia liquidará la suma correspondiente, la que integrará el pasivo a los efectos del art. 3".

Estado, en la revista "Derecho del Trabajo", t. VII, p. 65; Germán J. BIDART CAMPOS, en *Régimen* de los dependientes *de* empresas del Estado, en el t. III del Tratado *de* derecho del trabajo dirigido por DEVEALI (p. 179) .

Otro ejemplo muy peculiar lo suministra la ley 14.332, del 23 de diciembre de 1974, que autoriza a tres bancos privados intervenidos para arbitrar soluciones para su supervivencia y prevé diversas normas para su liquidación en caso de no ser aceptadas aquéllas. Entre ellas figura el art. 10, cuyo texto es el siguiente: "El Banco Central del Uruguay propondrá al Poder Ejecutivo las soluciones a acordarse con respecto a los funcionarios de las empresas liquidadas. Cuando el Estado se haga cargo de las obligaciones del empleador se constituirá *ipso jure* en acreedor de la empresa por el costo total que hubiera impuesto a la misma el despido de dicho personal a la fecha de la trasferencia de las obligaciones del empleador".

Como se ve, esta ley ya da por resuelta la cuestión que la ley 14.142 sometía a la justicia, o sea, que no corresponde el pago de indemnización por despido cuando el Estado se haga cargo de las obligaciones del empleador pero que ese importe, del que se libera la empresa privada, frente a los trabajadores privados, debe reintegrarlo al Estado.

140. Empresa privada expropiada por un municipio.- Un cuarto caso que puede examinarse es el de una empresa particular adquirida o expropiada por un municipio, para evitar su cierre con las perjudiciales consecuencias que ello tiene en su personal e, indirectamente, en toda la economía regional.

Entendemos que aunque continúe como una explotación industrial en la misma planta física del establecimiento privado, debe considerarse que desde el momento en que pertenece al municipio o a algún organismo autónomo derivado de él, el personal pasa de ser trabajador privado a funcionario público, tanto en el plano de su estabilidad como en el plano de sus remuneraciones y beneficios[380].

En consecuencia, es de aplicación la precisión que formulamos sobre la opción que le queda al trabajador para decidir si trabaja en el nuevo ente u organismo municipal o si prefiere darse por despedido.

[380] Entre nosotros, SAYAGUÉS LASO ha difundido, basado tanto en consideraciones doctrinales como en textos de derecho positivo, una concepción especialmente amplia del concepto de funcionario público *(Tratado de derecho administrativo,* t. I, ps. 262 y ss.).

141. Organismo paraestatal absorbido por el Estado. — Un quinto caso es el de un organismo paraestatal que fuese absorbido por el Estado.

Cabe la aplicación de los criterios generales que hemos venido exponiendo, dado que en el fondo constituye una nueva variante de un trabajador privado (con ciertas particularidades derivadas de las normas contenidas en la ley de creación de cada órgano paraestatal) que se convierte en funcionario público[381].

Creemos que es especialmente aplicable la precisión efectuada en lo relativo a la opción que tiene cada trabajador para decidir si prefiere darse por despedido o continuar la relación laboral, pese al cambio de estatuto jurídico al cual seguirá sometido.

Puede haber motivos de distinta índole que motiven la negativa del trabajador, especialmente en el caso muy común de que el empleado del organismo paraestatal ya fuese funcionario público o gozase de una jubilación como funcionario público, pues se puede plantear la imposibilidad legal de acumular dos cargos públicos o la prohibición a los pasivos de una caja de jubilaciones de seguir trabajando dentro de las actividades comprendidas en la misma caja[382].

142. Personal de empresas particulares absorbido por otras empresas. — Un sexto caso —muy particular de nuestro derecho— es el de las empresas particulares que absorben personal de otras empresas que desaparecen como tales.

Estamos aludiendo en este momento a la solución establecida para contemplar la situación del personal de los bancos que cerraron como consecuencia de la crisis bancaria producida en el Uruguay en 1965.

La ley 13.331, del 13 de mayo de 1965, estableció un régimen que debemos describir íntegramente, dada su originalidad y complejidad. El art. 1 dispone lo siguiente:

"El personal de los bancos actualmente intervenidos o en liquidación y el de aquellos que, a consecuencia de la actual crisis

[381] En la ponencia titulada *Régimen laboral de las personas de derecho público no estatal,* que presentamos en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo celebrado en San Pablo en setiembre de 1972, tratarnos de fundamentar extensamente esta afirmación. Véase la revista "Derecho Laboral", t. XX, p. 701.

[382] Sin embargo, la tendencia es a contemplar las situaciones preexistentes previendo soluciones transitorias de carácter excepcional.

bancaria, pudiera quedar en idéntica situación, mantendrá la continuidad de sus fuentes de trabajo siendo absorbido por los bancos privados, de acuerdo a las siguientes normas :

"a) Una Comisión Administradora compuesta por un delegado de la Asociación de Bancos del Uruguay, otro de la Asociación de Bancarios, y por un tercero, designado por la Caja de Jubilaciones Bancarias, practicará una lista de los funcionarios en condiciones de quedar cesantes, de cuya lista cada institución deberá absorber los que correspondan a la cuota que se establezca, sin perjuicio de que tome los que estime necesarios, que se imputarán a su cuota.

"b) A los efectos del ingreso en las instituciones que deben absorber a los funcionarios cesantes, se adoptarán por la Comisión Administradora las medidas necesarias para que los mismos no tengan períodos de inactividad y se tendrán en cuenta las siguientes normas :

"1) Los sueldos serán siempre los que fije el convenio colectivo de trabajo, de acuerdo a la categoría del empleado y a su antigüedad efectiva en la misma, con el límite máximo del sueldo correspondiente, al grado 49 de la escala patrón.

"2) Los cargos que los funcionarios tenían en las instituciones de donde provienen se mantendrán en la siguiente forma:

"I) los que tengan menos de 9 años de servicios bancarios efectivos, sea cual fuere su cargo, pasarán a ser auxiliares ;

"II) los subjefes que tengan 9 o más años de servicios bancarios efectivos, mantendrán su categoría ;

"III) los jefes que tengan 15 o más arios de servicios bancarios efectivos, mantendrán su cargo ;

"IV) los cargos superiores a jefes con 15 o más años de servicios bancarios efectivos, serán disminuídos a la categoría de jefe ;

"V) los cargos de jefe y superiores a jefe con menos de 15 años de servicios bancarios efectivos y más de 9, pasarán a subjefe. Estas disposiciones no modificarán las normas contenidas en el convenio colectivo.

"3) La fecha para el cómputo de las antigüedades mencionadas es la de ingreso-a la institución absorbente.

"e) Los funcionarios que no admitan el ingreso a una institución determinada o su inclusión en la lista practicada por la Comisión Administradora quedarán excluídos de los beneficios de esta ley.

"d) Créase una Comisión Paritaria compuesta por dos miembros designados por la Asociación de Bancos y dos designados por la Asociación de Bancarios, que tendrá el cometido de calificar de oficio o a petición de las instituciones bancarias o de la Asociación de Bancarios, los antecedentes personales y funcionales de los empleados de los bancos a que se refiere esta ley, con el fin de determinar si ellos dan mérito a excluir al empleado de los beneficios que esta ley les acuerda. Para decidir la exclusión se requerirá unanimidad de votos".

Este último inc. d fue completado por la ley 13.567, del 26 de octubre de 1966, que le incorporó los párrafos siguientes :

"Las resoluciones que adopte la Comisión Paritaria deberán ser fundadas y acreditadas, debiendo ponerse a disposición del funcionario interesado a su solo requerimiento. Los funcionarios excluídos de los beneficios de esta ley podrán recurrir dentro de los 20 días de notificados de la resolución adoptada por la Comisión Paritaria, ante un tribunal integrado por un delegado de ésta, uno de la Caja de Jubilaciones Bancarias y otro de los directores de los bancos oficiales entablando el recurso de apelación.

"Para la prueba que cualquiera de las partes deseare realizar dispondrá de un plazo de 10 días, vencido el cual se pondrán los autos a resolución.

"El tribunal deberá expedirse en un plazo de 30 días, **a** partir del momento de disposición de los antecedentes y su resolución será irrevocable.

"La interposición del recurso de apelación tendrá efecto suspensivo de la resolución de la Comisión Paritaria. A tales efectos las obligaciones de la institución bancaria de la que procede el recurrente se prolongarán por un plazo máximo de 60 días".

Por su parte, el art. 2 de la ley 13.331 agrega: "Desde la publicación de esta ley hasta finalizar el período de absorción de todo el personal de les bancos intervenidos **o** en liquidación, los bancos tendrán el derecho de iniciativa para promover ante la Caja de Jubilaciones Bancarias la jubilación de aquellos integrantes de su personal que cuenten con la cifra 90, entre años de edad y servicio (art. 15, letra a, decreto-ley 10.331, del 29 de enero de 1943). En estos casos las empresas no tendrán que abonar ninguna contribución por concepto de

indemnización ni media pasividad (inc. I del art. 8, decreto-ley 10.331, del 29 de enero de 1943)".

A su vez, el art. 3 estipula: "Las adquisiciones de sucursales o dependencias por parte de los bancos deberán necesariamente comprender la sucesión de los contratos de trabajo de las personas que son sus funcionarios, salvo expresa autorización en contrario de la Comisión Administradora. Asimismo autorizará los traslados del personal de esas sucursales o agencias en casos que sea necesario. Las absorciones de personal que estas adquisiciones impliquen serán sin perjuicio de la cuota normal".

El art. 5 dispone: "No estarán comprendidas en los beneficios de esta ley aquellas personas que pueden jubilarse con una pasividad que en el momento del cese de la institución intervenida o en liquidación sea igual o superior al 80 % de su sueldo. "Tampoco lo estará el personal de los bancos intervenidos o en liquidación, que por su antigüedad bancaria real en el momento de la intervención de su banco y sin tener en cuenta su cargo o categoría, no alcanzare el grado 9 de las escalas patrón del convenio colectivo de trabajo de la banca privada".

Todo este régimen que hemos querido describir textual y minuciosamente para que pueda entenderse en su plenitud, confirma la falta de carácter *intuitu persone* del contrato de trabajo en la parte empleadora.

Pero su gran particularidad consiste en su fuerza obligatoria. Claro que su carácter excepcional y de emergencia conduce a admitir una serie de modificaciones en los contratos. La absorción no consistió en la trasferencia lisa y llana de los contratos de trabajo de los empleados de los bancos cerrados hacia los bancos subsistentes. Se introduce una serie de restricciones:

a) en la remuneración (el numeral 1 establece el límite máximo del sueldo correspondiente al grado 49 de la escala patrón) ;

b) en la categoría (en el régimen descrito en el numeral 2 se advierten varias hipótesis en que las categorías se rebajan : renglones I, IV y V) ;

c) en la órbita de aplicación (el art. 5 excluye tanto a los que no llegan al grado 9 de la escala patrón como a los que pueden jubilarse con una pasividad equivalente al 80 % de su sueldo) ;

d) en el automatismo de su absorción, ya que el apartado *d* admite cierto condicionamiento en función de los antecedentes personales y funcionales de los empleados, aunque se procuró quitarle en lo posible el carácter discrecional **o** arbitrario, instaurando un régimen de control.

Sirva, pues, esta descripción como antecedente; pero su propio particularismo impide tomarlo corno modelo cuya aplicación pudiera pretenderse por vía de analogía.

143. Trasferencia de una empresa a una cooperativa formada por su personal.— Un séptimo caso —que ha empezado **a** proliferar en los últimos tiempos— consiste en la trasferencia de una empresa que pasa de manos del empleador a una cooperativa de producción formada por el conjunto del personal.

Dicha solución se ha visto impulsada por las franquicias fiscales y crediticias concedidas a las cooperativas de producción[383]; por el deseo de muchos empleadores de desprenderse de las complicaciones que supone una empresa en dificultades financieras y por el anhelo manifiesto y comprensible del personal de conservar su fuente de trabajo.

En este caso, entendemos que no es posible aplicar la misma solución que para los demás casos de trasferencia: a) Es muy difícil admitir la continuidad de los contratos de trabajo con un simple cambio de empleador, cuando es el propio trabajador el que se convierte de alguna manera en su empleador por medio de la cooperativa. Por lo demás, na parece lógico que como consecuencia de una actitud de los trabajadores que asumen cierto riesgo en cuanto adquieren una serie de responsabilidades económicas y administrativas, éstos vayan a perder el derecho a la indemnización y que el empleador se beneficie con la exención de esta responsabilidad que le hubiera

[383] La ley 13.481, del 23 de junio de 1966, estableció la exoneración de todo tributo nacional, así como del aporte jubilatorio patronal, a las cooperativas de producción que llenen los siguientes requisitos:

a) se hallaren en goce de personería jurídica con arregla a la ley 10.761, del 15 de agosto de 1046;

b) los medios de producción integren el patrimonio social;

c) el número de trabajadores socios no sea inferior a '6;

d) el número de trabajadores no socios no excedan del 25 % del total ocupado en los primeros 5 años de actividad y del 20 % en los siguientes (en todo caso, puede tener por lo menos 2 trabajadores no asociados y nunca más de 50).

cabido en el caso de clausura del establecimiento, si los trabajadores no hubieran resuelto organizar la cooperativa y realizar todos los esfuerzos que ella origina.

b) El personal no mantiene los mismos derechos que en la situación anterior, por cuanto el art. 4 de la ley 13.481, del 23 de junio de 1966, establece expresamente que se reputarán aplicables a todos los trabajadores que presten servicios en las cooperativas, cualquiera que sea su calidad, las normas de protección de la legislación laboral y de previsión social, con excepción —respecto de los socios— de las normas sobre indemnización por despido.

Adviértase que si bien en el caso de los funcionarios públicos también se pierde el derecho a la indemnización por despido, él queda suplido y sustituído con ventaja por el mejor régimen de estabilidad que, en general, protege a funcionario público.

En consecuencia, conforme a estas ideas tendría derecho a la indemnización por despido tanto el trabajador que forma parte de la cooperativa como socio, como aquel que se niega a entrar en ella, salvo que continúe trabajando allí como mero trabajador subordinado, dentro del porcentaje permitido, ya que para él sí se ha producido un simple cambio de empleador y no se han disminuído sus derechos.

Claro que en la práctica suele ocurrir que el monto de la indemnización por despido de los trabajadores que forman parte de la cooperativa no se suele cobrar efectivamente, sino imputar a cuenta del precio de la adquisición.

144. Problemas que plantea la sustitución de patronos. — Expuesto el problema básico consisten be en determinar si la sustitución de empleador produce o no la ruptura o el cese del contrato de trabajo, entraremos a examinar dos series de problemas que hemos llamado accesorios.

145. Responsabilidad de la nueva empresa respecto de las deudas laborales de la empresa anterior — En primer término, los que se relacionan con la responsabilidad de la nueva empresa respecto de los créditos laborales existentes contra la primitiva empresa.

En efecto, al transferirse una empresa, además del pasivo comercial propio del giro o actividad que desarrolla, puede

existir --mejor sería decir, suele existir— un pasivo que generalmente no aparece en la documentación contable ni se presenta dentro del término previsto en los avisos que convocan a los acreedores. Es muy frecuente que a lo largo de la vida de cada contrato de trabajo se vayan engendrando diferencias por concepto de salarios que originan en su momento reclamos, los cuales, a su vez, repercuten en los otros beneficios de carácter laboral cuyo monto está determinado por la cuantía del salario. Todas esas eventuales deudas que se hayan engendrado ¿se trasmiten al adquirente de la empresa?

Entendemos que cabe un distingo básico inicial: a) si el adquirente se hace cargo del activo y pasivo de la empresa enajenante; *b)* si se trasfiere la empresa pero no se hace especial mención del pasivo.

En el primer caso, la referencia expresa a la trasmisión del pasivo elimina tofo problema. Los problemas, en realidad, surgen sólo en el segundo caso, es decir, cuando no ha habido una expresa admisión del pasivo.

Creemos que la solución para todos esos problemas está influída por la decisión que tomamos sobre la cuestión de fondo anterior: si continúan los mismos contratos de trabajo con un simple cambio de empleador, la misma empresa —aun cuando esté total o parcialmente a cargo de otro titular— sigue como deudora de todas las obligaciones laborales pendientes, aunque se hayan originado con anterioridad. Solamente si se parte del supuesto de que no continúen los mismos contratos de trabajo, debe buscarse la solución con respecto a cada uno de los distintos beneficios, analizándolos a la luz de cada una de las disposiciones vigentes.

Sarthou —para quien sería cómodo pero no ajustado a las normas vigentes la consideración de la empresa como una universalidad jurídica, cuya trasferencia trasmite automáticamente todas las deudas pendientes emergentes de los contratos de trabajo— efectúa un prolijo y minucioso estudio de las distintas situaciones que procuraremos resumir en las siguientes líneas[384].

[384] Ver el interesante y varias veces citado estudio titulado Las *deudas del contrato de trabajo y la enajenación de empresas en el derecho uruguayo,* aparecido como nota de una erudita y aguda sentencia del Dr. NICOLIELLO en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (t. 65, p. 179).

En primer término, debe efectuarse un distingo, según el tipo de beneficio previsto: a) salario; b) indemnización por despido; *c)* sueldo anual complementario; *d)* licencias.

Respecto del salario, distingue según se hayan cumplido o no los requisitos previstos en la ley 2904, del 26 de setiembre de 1904, que reglamenta la trasferencia de establecimientos comerciales y que establece la solidaridad del comprador respecto de la totalidad del pasivo de la empresa cuando no se realizan las publicaciones llamando a los acreedores a percibir sus créditos, y la solidaridad parcial del comprador respecto solamente del pasivo presentado o que conste en los libros de la empresa, cuando se ha cumplido el requisito de la publicación de los avisos[335].

Cuando las partes que intervienen en la enajenación del establecimiento no efectuaron las publicaciones legales, o cuando, habiéndolas realizado, los trabajadores acreedores por salarios se han presentado conforme a derecho o sus créditos figuran en los libros de la empresa, esos créditos de naturaleza laboral siguen el régimen general de los demás créditos, o sea, que el adquirente se hace solidariamente responsable.

El problema es más complejo cuando los empleados u obreros omiten presentar su crédito salarial dentro del plazo fijado por esa ley. Cabe entonces un nuevo subdistingo, según el trabajador

[385] La ley del 26 de. setiembre de 1904 establece textualmente:

"Art. 1. - Toda enajenación a título singular de un establecimiento comercial, deberá ser precedida de avisos publicados durante 20 días en dos diarios de la capital (uno de ellos debe ser el "Diario Oficial"), llamando a los acreedores del enajenante para que concurran al domicilio que se expresará en los avisos, a percibir el importe de sus créditos dentro del término de 30 días contados desde el siguiente a la primera publicación.

"Art. 2. Las enajenaciones realizadas después de las publicaciones y del término establecido en el. art. 1, hacen responsable al adquirente solidariamente con el enajenante de las deudas de éste que consten de los libros de la casa y de los que se hayan presentado durante el término prefijado en el misma artículo.

"Art. 3.- Si la enajenación se realiza sin hacer el número de publicaciones prevenidas en el art. 1, o antes de vencer el plazo de 30 días señalado en el mismo, el adquirente responde solidariamente de todas las deudas contraídas por éste antes de la enajenación y de las que contraiga mientras no se haga el citado número de publicaciones.

"Art. 4.- En los casos de responsabilidad del adquirente, establecidos por los artículos anteriores, los títulos ejecutivos contra el enajenante, lo serán contra aquél".

haya dejado de actuar en la empresa o siga actuando en ella.

Si ha dejado de actuar, entiende, aun reconociendo la existencia de importantes argumentos en sentido opuesto, que cabe sostener la solidaridad del adquirente en virtud de las siguientes consideraciones: a) irrenunciabilidad de los derechos y beneficios otorgados por las normas de derecho laboral; b) interés fundamental de la colectividad en el cumplimiento del salario mínimo; c) estando desvinculado el trabajador de la empresa cuando se efectúa el llamado a los acreedores no tiene conocimiento de la enajenación o, si lo tiene, será en forma casual y muchas veces cuando ha vencido el emplazamiento.

Si no ha dejado de trabajar en la empresa, considera que hay un argumento adicional derivado de la suposición de falta de libertad para reclamar, máxime cuando esa presentación implica cierto grado de desconfianza del cumplimiento de sus obligaciones por parte del actual empleador[386].

Respecto del despido, Sarthou prevé varias situaciones diferentes:

a) El vendedor de la empresa puede haber despedido con anterioridad a la fecha de la venta del establecimiento y por causas extrañas a ésta a uno o más empleados y adeudarles la indemnización, mediando o no litigio judicial.

5) A pedido del adquirente de la empresa, el vendedor se ve obligado a despedir a uno o más empleados que el nuevo dueño no quiere admitir.

c) El trabajador continúa con el patrono adquirente; pero es despedido luego por éste.

Para los tres casos, el art. 3 de la ley 10.570, del 15 de diciembre de 1944, establece la responsabilidad subsidiaria de los

[386] La base legal de este razonamiento radica en el art. 4 de la ley 10.449, del 12 de noviembre de 1943, cuyo párrafo final establece: "Esta acción prescribirá al año del día en que el perjudicada dejó de trabajar, o trabajó por última vez, para el infractor". Con ello, se pone de manifiesto que el legislador entiende que durante la vigencia del contrato de trabajo no corre el plazo de prescripción porque el trabajador no disfruta de una libertad efectiva para iniciar la acción contra el empleador. La circunstancia de que posteriormente se haya aprobado el art. 14 de la ley 14.188, y la ley 14.490, que empezaron a contar los plazos de prescripción y caducidad respectivamente desde el momento en que debió hacerse efectivo el salario (ver supra, n9 81), no resta significación al argumento que había sido expuesto con anterioridad.

sucesores, ya que en los tres casos ha habido enajenación o trasferencia de establecimiento y ha existido personal cesante.

Pero en los dos primeros casos cabe, además, la aplicación de la ley 2904, de 1904. En las hipótesis que corresponden según ella, cabe además la responsabilidad solidaria del adquirente. Ambas responsabilidades no son excluyentes, pudiendo optar el trabajador por actuar en la forma que entienda preferible.

Y aunque el trabajador no se haya encuadrado exactamente dentro de los casos previstos en la ley de 1904, cabría la responsabilidad solidaria del adquirente en virtud de los mismos argumentos invocados en el caso del rec[l]amo de salarios.

Si el despido es posterior a la trasferencia -la tercera hipótesis prevista- no cabe duda de que la responsabilidad es del adquirente, que debe tener en cuenta toda la antigüedad, incluso la generada con el anterior emp[l]eador.

Respecto del sueldo anual complementario -comúnmente llamado aguinaldo- cabe distinguir si la deuda es por los años anteriores o por el año corriente. Si es por los años anteriores, corresponden las mismas soluciones establecidas para los reclamos de salarios, ya que se considera que es un beneficio complementario del salario. Y si es por el corriente año, lo debe pagar el nuevo empleador porque la ley prevé el pago de este beneficio en dos oportunidades: del 14 al 24 de diciembre de cada año o al cese del contrata por despido, jubilación o renuncia. Como en ninguna norma se autoriza el fraccionamiento del pago, al no haberse abonado al término de la actuación del anterior empleador, corresponde el pago íntegro en la fecha habitual de diciembre y a cargo del empleador existen te en ese momento[387].

Respecto de la licencia, recuerda que el art. 13 de la ley 12.590, del 23 de diciembre de 1958, consagra la responsabilidad solidaria del enajenante y adquirente por los jornales de licencia adeudados, sin condición alguna de publicidad o presentación de los créditos. La reglamentación de dicha ley, de fecha 26 de abril de 1962, en su art. 27, ratifica el principio legal, introduciendo

[387] Con posterioridad a la publicación de este trabajo que estamos reseñando se aprobó la ley 14.252, del 27 de mayo de 1976, que autorizó al P. E. a disponer que se abonara el sueldo anual complementario en dos partidas a pagar en el mes de junio y. antes del 24 de diciembre respectivamente. Pero el argumenta mantiene su valer, porque no se puede fraccionar el pago de este beneficio fuera de las fechas indicadas.

además en el segundo inciso un concepto de antigüedad personal y objetiva, ligada a la empresa, y no a la persona de sus titulares.

Concluye su examen señalando que la resultante práctica de estas ideas que conducen por distintos caminos a establecer la responsabilidad solidaria del adquirente, provocará un examen efectuado por el mismo respecto del cumplimiento efectivo de la legislación laboral de parte del enajenante. El funcionamiento adecuado del instituto de la prescripción operará como contrapeso para limitar lo que podría tener de excesivamente gravoso esta carga y de excesivamente dificultoso este control.

Cabe agregar que por vía reglamentaria se ha establecido la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente por las sanciones que se hubieran decretado por violación de las leyes laborales[388].

146. Problemas prácticos por la integración del personal procedente de varias empresas. En segundo término, tenemos los problemas prácticos que se plantean como consecuencia de la aplicación de las normas laborales a un personal compuesto por trabajadores procedentes de empresas distintas.

Se trata de una serie de cuestiones concretas que pueden suscitarse en virtud de la forma de reglamentación de ciertos beneficios, o simplemente de las dificultades inevitables que provienen como consecuencia de la necesidad de encuadrar en una sola organización a núcleos de funcionarios estructurados para más de una.

Pondremos algunos ejemplos, sin pretender con ellos agotar la lista y sin que el orden de su exposición tenga ninguna significación especial. Pero su enunciación servirá para dar idea de las distintas dificultades que pueden originarse como consecuencia de estas operaciones y de los eventuales problemas cuya solución habrá de encararse.

147. Duplicación del personal de dirección. Uno de los primeros problemas que se presentan es el de la duplicación del personal de dirección, lo que genera una inmediata cuestión de jerarquía funcional.

[388] El art. 82 del decreto del 29/10/57 establece: "Cuando se operase la trasferencia de establecimientos, las sanciones que se decreten podrán hacerse efectivas contra los adquirentes del mismo, que serán solidariamente responsables del pago en iguales condiciones que el causante".

El problema puede resolverse en la práctica con cierta facilidad si la importancia de las empresas originales es muy desigual, porque no surgirán dudas sobre quiénes han de tener primacía.

Pero de cualquier manera, a pesar de la desigual significación de las empresas, no suele ser fácil engarzar en una sola organización jerárquica a personas acostumbradas a ser cabezas de organización.

Y más allá de ello, el problema puede complicarse si los valores, las aptitudes, las condiciones individuales de los titulares de estos cargos no coinciden con la importancia o el volumen de las empresas de donde provienen, es decir, si el gerente de la empresa absorbida es mucho más capaz que el de la absorbente o tiene mayor experiencia o posee notoriamente mejores calificaciones profesionales.

Por otra parte, no siempre el volumen e importancia recíprocas de las empresas es tan desigual como para que la solución fluya sin discusión de ese dato primario.

No cabe pensar, entonces, en una solución uniforme para todos estos casos —en que la serie de factores personales e imponderables pueda presentarse en forma tan diversa y variable—, y algunos de los cuales se resuelven por la vía de la renuncia o de la jubilación de algunos de los interesados.

En muchos casos, la solución se encuentra en una innecesaria, costosa y conflictual duplicación del personal de dirección, ya que se absorbe al que proviene de todas las empresas que forman parte de la operación. La diversidad de denominaciones no alcanza para ocultar una proliferación excesiva de cargos de alta remuneración con funciones similares o simplemente repetidas.

Advirtamos que este problema no sólo se plantea a nivel de gerencia, subgerencias, jefaturas de departamentos, asesorías, etc., sino también a nivel de miembros del directorio, con lo que las dificultades y el recargo inútil de costos de operación se acrecientan.

148. Armonización de las jerarquías funcionales. Un problema muy similar al anterior es el que tiene que ver con la jerarquía de las funciones desempeñadas por los empleados procedentes de cada empresa.

La cuestión anterior se proyecta a casi todos los escalones de la jerarquía funcional, porque habría que resolver esos mismos problemas de ensamblamiento en los distintos niveles, con el agravante de que la solución de la autoexclusión por la vía de la renuncia o jubilación, es menos probable por cuanto no se trata de funcionarios que estén al término de su carrera.

Por otra parte, cabe preguntar si por esta vía no se pierden o desperdician cuadros muy importantes o se esterilizan o inutilizan condiciones, conocimientos y experiencias muy útiles y valiosas.

De cualquier manera, las dificultades de integración y armonización repercuten desfavorable y negativamente en el rendimiento del conjunto.

Cabe señalar que no sólo se trata de problemas de desajustes de expectativas o ambiciones o sensibilidades o incomodidades personales, sino también de diferencias de estilo y sistemas de trabajo que requieren un largo período de adaptación y no siempre se resuelven bien. Muchas veces predomina la empresa absorbente, sin que su mayor poderío económico implique necesariamente un índice de mejor organización o acierto en la forma de trabajar.

149. Perspectivas de las carreras funcionales. - Otro problema que en alguna forma está ligado con los anteriores son las modificaciones en las perspectivas de las carreras funcionales de cada trabajador.

A veces, la incorporación a una empresa mayor abre nuevos horizontes y asegura un mejor porvenir, más amplio y abundante en posibilidades.

Pero otras veces, ocurre lo contrario porque se disminuyen las expectativas que hasta ese momento se habían tenido presente. Una primera modificación deriva de la presencia de otros candidatos que originalmente no existían y que dificultan naturalmente su ascenso al reducir el porcentaje de probabilidades. Una segunda modificación proviene de la comparación de los méritos generados en empresas de distintas magnitudes y características. Una tercera modificación resulta de la eventual preferencia para los ascensos en favor del personal que proviene de la misma empresa a la cual pertenecía el elenco que selecciona para ellos. Y esto no sólo por razones de amistad, simpatía o

espíritu de grupo, sino también por simples razones de mayor conocimiento de las aptitudes.

Por otra parte, tampoco se soluciona satisfactoriamente este problema estableciendo un régimen de distribución aritmética o de alternancia mecánica entre los funcionarios de las distintas procedencias, porque aparte de lo irracional y descorazonador que resulta todo sistema de cuoteo, o de reparto proporcional, no ofrece ninguna garantía de que se elija al que tenga mejores condiciones o vaya a ser más eficaz en el nuevo puesto.

Finalmente, señalemos que todo esto afecta no sólo el estado de espíritu de cada trabajador, en cuanto destruye o contraría sus legítimas expectativas; sino también influye decisivamente en el rendimiento del trabajador y del conjunto en que está insertado. Una sensación de postergación o de injusticia o de imposibilidad de ascenso provoca, conciente o inconscientemente, un reguero de amargura y resentimiento que repercute en el ánimo, el impulso y la eficacia del trabajo. En definitiva, en su rendimiento.

150. Desigualdad en el nivel de remuneraciones.- Otro problema deriva de las situaciones desiguales que en el orden de la remuneración o de los beneficios laborales tenían originariamente los personales de las distintas empresas fusionadas o concentradas.

Esto es muy fácil de que ocurra como consecuencia de diversas circunstancias: pertenencia a diversos grupos originarios a los efectos de los Consejos de Salarios que determinaron diferencia en la primitiva base de su remuneración; distinta capacidad de negociación del personal; diferente política de relaciones con el personal aplicada por las empresas anteriores; diverso grado de rendimiento y prosperidad de las empresas participantes.

Nadie puede pensar que se vaya a disminuír el nivel de las retribuciones ya alcanzadas, porque contraría el principio básico de la irreductibilidad del salario y de la condición más beneficiosa; pero tampoco es fácil la generalización obligatoria a todo el personal del nivel más alto de remuneraciones.

Por otra parte, no es conveniente admitir sectores privilegiados dentro de un conjunto ni diferencias que no se justifiquen. El mantenimiento de esta situación desigual no es mirada

con simpatía ni por los trabajadores que se benefician con ella ni mucho menos por los restantes[389].

La superación de esta dificultad puede tropezar con obstáculos financieros, económicos e incluso jurídicos, cuando rige algún régimen legal de estabilización de los salarios que prohíbe elevar los salarios fijados oficialmente, que tienen, al mismo tiempo, el carácter de mínimos y máximos.

[389] Günther FRIEDRICHS, aunque refiriéndose a las diferencias que tuvieron su origen en factores tecnológicos, señala que las diferencias dentro del personal que realiza tareas similares crean descontento tanto entre los trabajadores favorecidos como entre los desaventajados. "Ni el personal ni el consejo de empresa, ni la dirección de la misma, pueden estar interesados en estructuras de salarios considerados por los trabajadores como arbitrarias o manifiestamente injustas" *(Planificación social y progreso técnico en la empresa,* en la "Revista Internacional del Trabajo", vol. 72, p. 110, agosto 1965).

IV

EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

151. Noción. — El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

1) DENOMINACIÓN

152. Contrato-realidad. — Generalmente esta idea se menciona con la expresión acuñada por de la Cueva, quien sostiene que el contrato de trabajo es un contrato-realidad.

Pero, en rigor, esta expresión fue usada por de la Cueva con un sentido algo diferente, vinculado con la concepción de la relación de trabajo que él expone, si bien lateralmente también le atribuye el significado que ahora estamos describiendo.

En efecto, al estudiar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo dedica una buena parte de su exposición a describir la teoría de la relación de trabajo que arranca de Molitor y que resume, en lo esencial, en estos párrafos: "Existe, consiguientemente, una diferencia esencial entre el contrato de trabajo y los contratos de derecho civil. En éstos, la producción de los efectos jurídicos y la aplicación del derecho sólo dependen del acuerdo de voluntades, en tanto que en el trabajo es necesario el cumplimiento mismo de la obligación contraída; de donde se deduce que en el derecho civil el contrato no está ligado a su cumplimiento mientras en el de trabajo no queda completo si no es a través de su ejecución.

"Esta diferencia explica la necesidad de distinguir el contrato de la relación de trabajo y que el primero, o sea, el simple acuerdo de voluntades para la prestación de un servicio, no sea sino la condición para que el trabajador, como dice Molitor, quede

enrolada en la empresa del patrono, enrolamiento que a su vez determina la formación de la relación de trabajo y, consecuentemente, la producción de los efectos normales que el derecho de trabajo atribuye, menos al contrato, cuanto a la prestación del servicio.

"La doctrina, salvo raras excepciones, entre las cuales, además de Molitor, puede citarse a G. Scelle, no se ha fijado en esta característica del contrato de trabajo que lo distingue de los contratos de derecho civil, y no se ha dado cuenta de que sólo queda completo el primero por el hecha real de su cumplimiento, y de que es la prestación del servicio, y no el acuerdo de voluntades, lo que hace que el trabajador se encuentre amparado por el derecho del trabajo; o dicho en otras palabras, la prestación del servicio es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del derecho del trabajo"[390].

Y luego de explicar el alcance de esta concepción, agrega: "La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, corno dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor.

"En atención a lo dicho es por lo que se ha denominado al contrato de trabajo, contrato-realidad, puesto que existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y que es ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia.

"Las ideas expuestas fueron sustentadas por vez primera entre nosotros por el licenciado Alfredo Iñárritu, ministro de la Suprema Corte de Justicia, en la Competencia 133-36, suscitada entre la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y el juez décimo de lo civil de la ciudad de México, para conocer de la reclamación presentada por José Molina Hernández contra la

[390] Mario DE LA CUEVA, Derecho mexicano del trabajo, ed., México, 1943 (t. I, p. 381).

Cía. Mexicana de Petróleo «El Águila S.A.». En esa competencia el ministro Iñárritu usó también por vez primera entre nosotros el término contrato-realidad. El pleno de la Corte no supo, empero, darse cuenta del problema planteado, ni hubo siquiera ministro que respondiera a las observaciones del licenciado Iñárritu"[391].

Posteriormente, al resumir las conclusiones del capítulo, expresa en el numeral 4: "El contrato de trabajo, en su acepción de relación de trabajo, es un contrato-realidad, puesto que existe en las condiciones reales de prestación de los servicios, independientemente de lo que se hubiera pactado, con la limitación, que no está por demás hacer, de que esas condiciones no podrán reducir los privilegios que se contengan en la ley, en el convenio o en el contrato colectivo"[392].

Una lectura atenta de estos párrafos -que hemos querido reproducir textualmente para asegurar la fidelidad de la trascripción- demuestra que se encierran en ellos varias ideas afines pero distinguibles.

La primera es que para pretender la protección del derecho del trabajo no basta el contrato, sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, y, que ésta determina aquella protección aunque el contrato fuera nulo o no existiera. Ésta es la idea básica encerrada en la noción de relación de trabajo.

Estrechamente ligada con este sentido, pero enfocándolo desde un ángulo distinto, está la precisión_ que vincula esta característica con la clasificación de los contratos, dado que el contrato de trabajo dejaría de ser coz sensual desde el momento en que para surgir no basta el simple acuerdo de voluntades.

Una segunda idea es la de que en materia laboral ha de prevalecer Siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales. Esta segunda significación queda de manifiesto especialmente en la frase que considera "erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor".

Pese a esta pluralidad de significados, la mayoría de los autores que se refirieron a esta expresión de de la Cueva, le atribuyeron el primer sentido.

[391] Ob. cit., t. I, p. 383.
[392] Ob. cit., t. I, p. 393.

Algunos, como Krotoschin[393], la vincularon con la clasificación de los contratos. Otros, como Deveali[394], Pozzo[395],

[393] "Por consiguiente, no interesa tanto el contrato de trabajo sino que la relación de trabajo er el sentido de hecho jurídico debe prevalecer sobre el acto jurídico de aquél. O bien el contrato de trabajo, en el entender de esa teoría, tiene rasgos de un contrato real (contrato-realidad en la terminología de DE LA CUEVA) más que de un contrato consensual" *(Instituciones de derecho del* trabajo, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 281).
Parece claro, sin embargo, que la intención del autor mexicano no fue referirse con esta denominación a la clasificación entre contratos consensuales, reales y solemnes, tal como está prevista en el art. 1252 de nuestro Código Civil, ya qu este tema de la categorización del contrato de trabajo en función de la clasificación tradicional del derecho civil, lo aborda en otro capítulo en el que opone al tipo consensual, el formal (ob. cit., t. I, p. 410).

[394] Al estudiar la relación de trabajo expresa, bajo el título La teoría *del contrato realidad,* lo siguiente: "Esta situación especial en que se encuentra la relación de trabajo en comparación con las relaciones que derivan de los otros contratos, dio origen a una teoría por la que se considera al contrato de trabajo corno un contrato-realidad, en el sentido de que se origina por la prestación del servicio. Pero es fácil objetar que la prestación del trabajo implica una conformidad de voluntades tanto de parte de quien lo presta corlo de quien lo recibe; y que a los efectos de la perfección de los contratos en general, no es necesario que la voluntad se manifieste expresamente, y hasta, en algunos casos, tampoco es necesaria una manifestación de voluntad, siendo suficiente una presunción de consentimiento.

"Desde luego, la circunstancia de que el hecho del trabajo pueda producir algunos efectos legales, aun en el caso de no existir un contrato de trabajo válido, no influye sobre la naturaleza del contrato del que normalmente deriva la relación de trabajo, sino que indica simplemente que la prestación del trabajo puede producir por sí misma algunos efectos importantes, aunque no tenga origen contractual.

"Por lo tanto, cuando se acepta el concepto de relación de trabajo, en el sentido antes expuesto, no se niega, de ninguna manera, la existencia del contrato, que continúa siendo siempre la fuente normal de la relación de trabajo; poco importa si con una función muy limitada como consecuencia de la intervención cada vez mayor y del carácter inderogable de sus normas" (Lineamientos *de derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1948, p. 163).

[395] También lo menciona al referirse a la relación de trabajo, en estos términos: "Para estas doctrinas que tienden a separar el concepto del contrato de trabajo del de la relación de trabajo, cuando no niegan el origen contractual de ésta, el contrato de trabajo no constituye sino un acto preparatorio de la relación de trabajo, cuyo valor dentro del derecho del trabajo «es nulo o casi nulo>>; de allí que DE LA CUEVA denomine al contrato de trabajo como «contrato-realidad», puesto que para él sólo existe, no en el acuerdo abstracto de las partes, sino en la realidad de la prestación del servicio". Después de exponer esa posición, le critica al decir: "A nuestro juicio, la distinción entre contrato y relación de trabajo,

Pérez Patton[396], Calderas[397], Cesarino Junior[398],

con distintos efectos jurídicos, así como la contraposición que formula DE LA CUEVA entre la perfección de los contratos civiles y el contrato de trabajo no pueden ser aceptados. Ellos provienen de una posición errónea que entiende que las normas estatales suplen la voluntad de las partes y, por consiguiente, haya o no haya contrato, esas normas se aplicarán, cuando exista en el hecho una relación de «trabajo»". Y algo después agrega: "Pretender que el contrato de trabajo es un «contrato-realidad» que sólo surte efectos dentro del derecho del trabajo desde que se hace efectiva la prestación de trabajo, es negarle importancia jurídica a una convención de la cual surge la relación de trabajo, la cual constituye el efecto del contrato, pero que no puede prescindir de la voluntad de las partes, ya que nuestra disciplina tiene por objeto, como ya lo hemos dejado establecido, la regulación del trabajo subordinado, pactado entre seres libres" *(Derecho del trabajo,* Buenos Aires, 1948, t. 1, ps. 527 y 528).

[396] Al estudiar la relación de trabajo y el contrato de trabajo, después de exponer los desarrollos de DEVEALI, expresa: "En parecidas consideraciones fundamenta esta distinción Mario DE LA CUEVA, para quien el contrato de trabajo tiene realidad sólo desde el momento de su ejecución en cumplimiento de la obligación pactada, y no por el simple acuerdo de voluntades, por lo que sería más justo denominarle contrato-realidad. La idea del contrato-realidad marca a su vez, la distinción que conviene establecer entre el contrato de trabajo y los contratos de derecho civil desde el punto de vista de su perfeccionamiento, siendo uno y otros de carácter consensual. El contrato de trabajo significaría apenas el momento inicial, subjetivo, representado por el acuerdo de voluntades; la relación de trabajo o de empleo sería el momento objetivo, el intercambio efectivo y continuado de las prestaciones que incumben a los contrayentes, la dinámica del acuerdo, su ejecución sucesiva" *(Derecho social y legislación del trabajo,* ed., Buenos Aires, 1954, p. 342).

[397] Al exponer el origen del concepto de la relación de trabajo, dice: "Por otra parte, había una circunstancia fácil de señalar, la de que en el hecho de la prestación de trabajo, y no en el simple acuerdo de voluntades (que en sí basta para perfeccionar el contrato) reside el supuesto de aplicación de una serie de normas protectoras de la ley: pago de salarios mínimos, descansos, vacaciones, participación en los beneficios, reparación de infortunios y otros aspectos de la seguridad social. Más aún: ese hecho alcanza a producir efectos jurídicos, lo mismo cuando deriva de un contrato que en los casos mencionados atrás, en que la prestación de servicios no proviene de una negociación contractual. Esto hizo hablar a algunos de la necesidad de buscar en el contrato de trabajo al lado del contrato consensual, el «contrato-realidad», expresión vinculada a la idea del «acto-condición», tomada del derecho administrativo; como si el mero acuerdo de voluntades no bastara para dar realidad al contrato y hacerlo capaz de producir efectos jurídicos (v. gr., el pago de los gastos de viaje o anticipas prometidos a un trabajador antes de entrar a cumplir su encargo), y como si con ello no quedara todavía sin explicación el caso de las relaciones laborales de origen no contractual" *(Derecho del trabajo,* 2ª ed., Buenos Aires, 1960, p. 262).

[398] Recuerda la definición de DEVEALI de relación de trabajo: "aquella parte de la ejecución del contrato que se inicia en el momento y por efecto de

Maranhao399, Cabanellas400, Martins Catharino[401], lo refieren a la noción de relación de trabajo.

la prestación de trabajo y existe mientras dure la misma". Se distingue de la ejecución integral del contrato porque éste puede originar también obligaciones "anteriores" al comienzo del trabajo, como cuando las partes se obligan a crear una relación de trabajo futura o "posteriores" a la cesación del trabajo, como en el caso de las cláusulas de no concurrencia.

"La oportunidad de esta distinción resultaría de que la mayoría de las normas de derecho del trabajo se refieren a la prestación del trabajo, dependiendo su aplicabilidad más de las modalidades concretas de esta prestación que del tenor de las cláusulas contractuales y a que, en ciertos casos, tales normas prescinden hasta de la existencia y validez de un contrato, siendo aplicables incluso en el caso de que sea considerado nulo, corno acontece con el derecha a la justa retribución y con las leyes relativas al trabajo de las mujeres y de los menores.

"De allí la teoría llamada del «contrato-realidad», según la cual la relación de trabajo se origina en la prestación de los servicios y no en el acuerdo abstracto de voluntades. Los partidarios de esta teoría reconocen que la prestación de trabajo implica una conformidad de voluntades, aunque sea sólo presunta, tanto de parte de quien lo presta, como de parte de quien lo recibe. Pero se insiste en que en el caso de contrato nulo, la relación de trabajo puede producir, por sí mismo, algunos efectos importantes aun cuando no haya tenido origen contractual. Aquí hay un flagrante error: hubo si no un fundamento, por lo menos un «origen» contractual, pero, dada la falta de validez del contrato, había necesidad de restituir a las partes a la situación anterior. Ahora bien, no siendo esto posible, en virtud de ya haber sido prestado el trabajo, la consecuencia lógica sería la indemnización de ese trabajo. Por otra parte, el pago de salario se justifica, en la hipótesis de un contrato nulo con el recurso a la teoría del enriquecimiento ilícito. Tan es verdad esto que, por ejemplo, la aplicación exige un contrato válido, o por lo menos, que haya sido ejercido «como válido».

"Semejante a la teoría del «contrato-realidad» es la del «acto condición», según la cual el enganche (embauchage) constituye el acto originario, esencial, base de todas las situaciones jurídicas" (Direito *social* bra-*sileiro*, cd., São Paulo, 1957, t. II, p. N).

[399] En su estudio sobre contrato de trabajo incluído en la obra colectiva titulada *Instituições de* direito *do trabalho,* que publicó juntamente con Arnaldo SUSSEKIND y José DE SEGADAS VIANA, al exponer el tema "relación de trabajo y contrato de trabajo" expresa con el subtítulo *Contrato realidad:* "Hay quien, aun admitiendo la existencia del contrato, entiende que la relación jurídica del trabajo solamente se forma con la prestación efectiva del servicio en determinada empresa: el contrato de trabajo sería un «contrato-realidad», exigiendo las «condiciones reales de la prestación del servicio». Como destaca, sin embargo, Renato COREADO, «si el objeto del contrato de trabajo fuera ilícito, no podrían surgir efectos jurídicos de la prestación real aunque ella sea lícita en si misma». Por otro lado, el no cumplimiento de las obligaciones contractuales produce

Incluso, Orlando Gomes[402] y De Ferrari[403], que critican abiertamente la expresión, aluden a este primer sentido.

consecuencias jurídicas aun cuando no haya llegado a haber prestación efectiva del trabajo. No podemos acoger la opinión de DE LA CUEVA de que la acción del empleado para la cobranza de los salarios después de la celebración del contrato, sin que haya prestación rea no constituye "aplicación del derecho del trabajo". Tal acción, en el derecho brasileño, tendría fundamento en una disposición expresa de la Consolidación (art. 4), que considera como de servicio efectivo el período en que (l empleado queda a disposición del empleador, por fuerza del contrato. Supongamos, todavía, la hipótesis de un contrato por plazo cierto al que el empleador se hubiese negado a ciar cumplimiento. No habría habido prestación efectiva ni inserción del trabajador en la empresa. Pero, porque el contrato produce efectos jurídicos, porque de él resulta una "relación de derecho", que no es otra que la relación jurídica de trabajo, sería innegable en ese caso el derecho del empleado a la indemnización prevista en el art. 479 de la Constitución. Y la acción constituiría, así, fuera de cualquier duda, aplicación del derecho del trabajo" *(Instituções de direito do trabalho,* Río de Janeiro, 1957, vol. 1, p. 264).

[400] Al describir el concepto de relación ce trabajo, después de trascribir las definiciones de PÉREZ BOTIJA y POLO agrega: "Otra bien distinta por cierto es la posición de DE LA CUEVA, qu[i]en sustituye la denominación de contrato por la de contrato-realidad «porque existe no en Virtud del acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio, y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia». Partiendo de tal concepto llega a definir la relación de trabajo como «el conjunta de derec[h]os y obligaciones que derivan para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación del servicio»" *(Contrato de trabajo,* Buenos Aires, 1963, t. I, p. 119).

[401] Al exponer las tesis para-contractualistas expresa: "La teoría del «contrato-realidad» distingue por el análisis el contrata corno acuerdo de voluntades, de la relación de trabajo, como 'conj unto de derechos y obligaciones derivados de la prestación de un servicio personal», sin llegar al extremo separatista de los contractualistas puros y de los «relacionistas». Es, por consiguiente, intermediaria. El propio Mario DE LA CUEVA afirma: «la relación de trabajo es imposible sin la concurrencia de la voluntad del trabajador», pero, en el derecho mexicano, como en otros países, existe, excepcionalmente, relación de trabajo sin y hasta contra la voluntad del empleador (por ej.: oriunda de normas sindicales, en México y en E.U.).

"Técnicamente, la notable construcción, por su indiscutible importancia teórica y práctica, merece algunas observaciones más.

"En primer lugar, la denominación «contrato-realidad», compuesta y fidedigna, nos lleva al examen de la clasificación de los contratos en cuanto a su perfectibilidad: simplemente consensuales, formales y solemnes (o solemnes y no solemnes) y reales distinguidos entre sí en referencia a cómo y cuándo quedan formados, plenamente constituídos, perfectos y acabados.

"Dejando; por ahora, el aspecto formal del contrato, tenemos que el simplemente consensual es acabado y perfecto en el momento mismo de la conjunción volitiva, mientras que el real es imperfecto por el simple consentimiento y sólo se perfecciona con la entrega de la cosa o la tradición, su

153. Primacía de la realidad. En cambio, en la práctica jurisprudencial es frecuente utilizar la expresión contrato-

elemento constitutivo y diferenciador (ejs: préstamo, depósito, comodato). Aun cuando los contractualistas realistas jamás hayan imaginado siquiera equiparar el trabajo a una cosa -trabajar es hacer-, su posición recuerda la noción del contrato real.

"En segundo lugar, es resaltar que perfección contractual no se confunde con eficacia. El contrato puede ser perfecto y no tener eficacia, en el sentido de la ejecución, lo que ocurre, por ejemplo, cuando los contratantes estipulan plazo suspensivo o inicial. En el fondo, por tanto, la concepción del «co[n]trato-realidad» hace acordar la de un contrato con un elemento esencial suspensivo o inicial.

"En tercer término, el contractualismo realista no niega la existencia del contrato sin trabajo pero afirma que no es de trabajo. Sin éste, es civil y, por consiguiente, no sujeto al derecho del trabajo. En fin, como afirmarnos, la teoría analizada sólo admite la caracterización del contrato de trabajo cuando comenzada su ejecución, con la prestación de los servicios, la subordinación pasa realmente a existir. Sin la dinamización contractual, posterior a la creación vinculativa, no hay empleado ni empleador" *(Compendio universitario de direito* do *trabalho,* São Paulo, 1972, t. I, p. 234).

[402] En un artículo especialmente dedicado a él, critica duramente el uso de la expresión y el significado que le atribuye. Empieza por señalar la curiosa dicotomía a que se llega en el orden de la clasificación de, los contratos. "Un contrato es consensual o no lo es. No puede ser y dejar de ser consensual. Si produce efectos *solo consensu* no depende de nada más para perfeccionarse. Si sólo se vuelve perfecto con determinado obrar de una de las partes no es contrato hasta que se realice el hecho al que se ha condicionado su perfeccionamiento. La propia denominación de contrato realidad da idea de que los que la han introducido tenían en la mente la tinción clásica entre contratos consensuales y contratos reales. Evidentemente el contrato de trabajo no presupone la tradición de una cosa y, por ello, no sería posible calificarlo como un contrato real, pero, en el fondo, la idea es la misma. Con la expresión contrato-realidad se quiere significar que el contrato de trabajo sólo se forma por completo cuando el trabajador ocupa en la empresa el lugar que le ha sido asignado. Dentro del concepto referido este obrar es tan necesario para su perfeccionamiento como la entrega del bien en los contratos reales. Pero del mismo modo que en éstos la tradición no se produce en cumplimiento de una obligación que sólo podría derivarse del contrato ya concluído, en aquél la asunción del puesto en la empresa no resulta de una obligación contractual, pues se ha dicho que es una condición para que el contrato, en su sentido de relación jurídica de formación bilateral, vuelva perfecto y acabado. Pero si el contrato produce efectos antes e independientemente del obrar del trabajador es falsa la tesis de su llamada realidad. El propio autor mexicano admite que si el patrono no cumpliese la obligación contraída de admitir al trabajador en la empresa, podrá ser condenado al pago de los salarios durante el tiempo que quedare éste sin trabajar. Esta consecuencia indica que existe el contrato definitivo y no la simple promesa de contratar".

"La desarticulación del contrato de trabajo por la separación arbitraria de sus aspectos subjetivo y objetivo, practicada por los adeptos del

realidad en el segundo sentido, es decir, aquel en que nosotros hemos concretado la enunciación de este principio.

contrato-realidad conduce también a la inconsecuencia de someter la misma relación jurídica a dos regímenes diversos. El contrato de trabajo se regiría hasta cierto momento por el derecho civil y de ahí en adelante, por el derecho del trabajo. Lo que pasa es que los autores que limitan el ámbito del derecho del trabajo al hecho de la prestación efectiva del trabajo en una empresa han abandonado la idea de contrato. Los heraldos de esta idea del contrato realidad son anticontractualistas sin saberlo. Aceptan las premisas establecidas por los que niegan la contractualidad del vínculo de trabajo pero retroceden ante la conclusión inevitable".

La inconsecuencia de DE LA CUEVA de no llegar hasta las conclusiones a que llegaron MOLITOR y SCELLE, pese a haber admitido sus premisas, lo habría llevado a dos afirmaciones inaceptables: 1) existe una diferencia esencial entre el contrato de trabajo y los contratas de derecho civil; 2) es la prestación del servicio, y no el acuerdo de voluntades, lo que determina la existencia del contrato de trabajo.

Con respecto a lo primero, "el contrato de trabajo es un negocio jurídico entre particulares, sometido, por consiguiente, a principios comunes a los contratos de derecho privado. El hecho de que tenga por objeto reglar la actividad humana; la particularidad de estar regido, en la actualidad, por mayor número de reglas imperativas, las crecientes limitaciones a la libertad de contratar y el modo especial en que se forma en la gran industria no afectan a su esencia. Según DE LA CUEVA, la diferencia radica en que «en el derecho civil, el contrato no está ligado a su cumplimiento, en tanto la relación de trabajo no queda completa si no es a través de su ejecución».

"Si con esa observación se ha querido decir que el contrato de trabajo solamente se vuelve perfecto y acabado con el obrar de una de las partes, sólo se habría negado su consensualismo.

"Si con ella se pretendió señalar que ciertos derechos y obligaciones de las partes sólo se vuelven ejercitables y exigibles después de que una de ellas comienza a cumplir la principal obligación que contrajo, el contrato de trabajo no presenta ninguna particularidad especial. Es la aplicación del principio de la *postnumeratio,* a que están sujetos otros contratos del derecho común. En la locación de cosas, por ejemplo, el derecho del propietario de cobrar el alquiler sólo se vuelve exigible después del trascurso del período convenido por las partes como unidad de tiempo sobre la que se ha calculado el precia fragmentado de la locación.

"Si se refiere a que los preceptos de la legislación especial del trabajo sólo se aplican cuando una de las partes -el trabajador- ha comenzado a cumplir la obligación contraída, ello tampoco constituye una peculiaridad del contrato de trabajo pues otros contratos civiles también tienen sus efectos específicos vinculados al cumplimiento de la obligación contraída por una de las partes. En el contrato de arrendamiento, el alquiler corre desde el momento en que el locador pone a disposición del arrendatario el uso del local.

"Con respecto a lo segundo, considera igualmente inexacta la afirmación de que la existencia del contrato de trabajo no depende del acuerdo de voluntades sino de la prestación del servicio. El contrato de trabajo

De todos modos, esta ambivalencia de la expresión nos lleva a pensar que si bien se seguirá utilizando en la práctica dicha locución en ese sentido, en mérito a su brevedad, su graficismo y su capacidad evocativa, en el terreno doctrinal resulta preferible referirnos al principio de la primacía de la realidad.

se perfecciona desde el momento en que las partes consienten. Por el acuerdo de voluntades, constituyen la relación jurídica autorregulando sus intereses. La existencia de la relación de trabajo está determinada necesariamente por el acuerdo de voluntades. Atribuirla a la prestación del servicio es distorsionar el concepto de relación jurídica. Si ella es un vínculo establecido entre dos o más personas al que la ley ha atribuído efectos jurídicos, es evidente que no puede tener corno causa determinante de su existencia uno de sus efectos. El contrato de trabajo es un hecho jurídico lato *sensu,* que establece entre dos partes un vínculo por el cual derechos y obligaciones específicos se constituyen en una relación jurídica típica. Entre las obligaciones que emanan de este negocio jurídico se destaca, precisamente, la que ha contraído una de las partes y que tiene por objeto la prestación de los servicios. Tal obligación es uno de los efectos del contrato. ¿Cómo es posible, entonces, subordinar a ella la existencia de éste?

"Por último, decir que la existencia de un contrato no está determinada por el acuerdo de voluntades es negar el propio concepto de contrato. Lo que ocurre en los contratos reales es que el acuerdo es insuficiente para dar vida a la relación. Se exige algo más. Pero ese algo más no determina la existencia del contrato pues si existiese sin el acuerdo, la relación no sería contractual. No se puede afirmar que el contrato de trabajo dependa, para existir, de su ejecución o de cualquier hecho, pues produce efecto tan pronto tiene lugar el acuerdo de voluntades" *(El contrato de trabajo como contrato-realidad,* en la revista "Gaceta del Trabajo", 1962, t. II, p. 451).

[4]" Formula diversas críticas a esta expresión: 1) Proviene de la teoría alemana sobre la relación de trabajo que empezó a divulgarse con motivo de los ataques de GIERKE y NIKISCH al proyecto de Código Civil alemán y está emparentada con toda la teoría de la incorporación, instalación y enganche que son expresiones sin colorido jurídico. 2) Esta teoría está vinculada con repudiadas ideologías y sistemas políticos. La teoría de la relación de trabajo que divulgaron POTHOFF, SIEBERT, etc., recibe en forma muy marcada la influencia de las ideas pre-nazistas desarrolladas en Europa antes de la primera guerra mundial. 3) La denominación es impropia porque de la ejecución de todo contrato emana siempre una relación. Entre los componentes de una sociedad se crea una relación social; entre los condóminos una relación dominial, en el mutuo una relación crediticia; etc. ¿Por qué entonces se utiliza la expresión "relación de trabajo" para distinguir una cosa nueva y sin duda distinta? 4) La tesis es artificiosa porque su validez depende de la existencia de una comunidad. Ahora -bien, el trabajo subordinado solamente en una parte limitada se cumple dentro del marco de las grandes formaciones empresariales. No siempre el servicio se presta en comunidades. Sin violentar el sentido de las palabras no puede darse el carácter de comunidad al pequeño taller cuyo jefe contrata un operario para que lo ayude.

Cree que es errónea la afirmación de DE LA CUEVA, según la cual la prestación efectiva del servicio es indispensable para la aplicación del

De esa manera, evitaremos no sólo la confusión entre ambos alcances, sino también que la discrepancia con la concepción anterior arrastre a la crítica de este segundo concepto, como ocurrió con De Ferrari, que llevado por su impulso crítico, trasladó su opinión adversa del primer significado al segundo sentido, respecta del cual parece haber consenso doctrinal prácticamente total, si descartamos esta excepción.

Sobre el particular, corresponde señalar que los mismos autores que al exponer la teoría del con' rato-realidad en su primer significado la criticaron, aceptan h idea encerrada en el segundo sentido -que es de mucho mayor vigencia práctica-, aun cuando por ubicarla en el estudio de la simulación o de las nulidades en el contrato de trabajo, no utilicen en general la denominación a que nos hemos referido.

derecho del trabajo, ya que sin prestación del servicio, por el simple hecho de estar a la orden, se aplica toda o casi toda la legislación del trabajo. Cuando un trabajador está a disponibilidad del patrono, esperando, a veces días, recibir sus órdenes, se cumplen en ese caso, a pesar de no existir prestación efectiva del servicio, todas las leyes que regulan el trabajo subordinado y protegen a la persona del trabajador.

Concretando su opinión, cree que, en virtud del contrato de trabajo, "el trabajador asume simplemente la obligación de permanecer en forma continuada a la orden del empleador, y el contrato de trabajo propiamente dicho, plantea por eso mismo, como los demás contratos, nada más que problemas relativos a su forma, a la capacidad de las partes, al consentimiento, a su rescisión, etc. Todo lo demás, la manera de prestar el servicio, los horarios, los descansos, licencias, etc., los actos materiales relacionados con la realización del trabajo, integran la relación de trabajo que se establece, como se ve, por la efectiva prestación del servicio. Esta, relación es más importante que el contrato como fenómeno propio de las grandes sociedades contemporáneas, del mismo modo que en un plano inferior es más importante el tránsito que el contrato de trasporte o el espectáculo, que la venta de la entrada que permite presenciarlo. Para ser más gráfico podría decirse que no se debe confundir el contrato, que e[s] una simple operación jurídica, con el trabajo o la efectiva prestación de servicios, porque esto es un hecho que afecta a la comunidad y que ésta puede y debe reglamentar *(El llamado contrato-realidad,* en la revista "Derecho Laboral", t. XV, p. 5).

Pese al tono encendido de esa crítica, DADO, en un reciente y muy interesante artículo, ha hecho notar que "la diferencia puede derivar hacia una cuestión puramente terminológica, pues DE FERRARI se mostraba partidario de apreciar el trabajo "como hecho", con todas sus implicaciones metacontractuales, lo cual, en la práctica, hace que los enfoques suelan coincidir" (Washington BADO, *Arrendamiento de obra y de servicios y contrato de trabajo, Situaciones marginales,* en revista "Derecho Laboral", t. XVIII, p. 67).

Caldera expresa: "Es, pues; el hecho real que aparezca de las relaciones verdaderamente existentes, el que hay que buscar debajo de la apariencia, muchas veces simulada, de contratos de derecho común, civil o comercial"[404].

Arnaldo Sussekind afirma: "La regla que prevalece en el derecho del trabajo es la de la nulidad absoluta del acto anormal practicado con la intención de evitar la aplicación de las normas jurídicas de protección al trabajo. Siempre que sea posible, no resultando una solución diversa de la ley, la relación de empleo debe proseguir como si el referido acto no hubiese sido practicado; en caso contrario, debe ser reparado en los límites de la ley laboral el daño originado en el acto malicioso. Cuando ocurre simulación fraudulenta, referente a la relación de trabajo, o a una de sus condiciones, las normas jurídicas pertinentes deberán ser aplicadas sobre la base de la verdadera naturaleza de la relación ajustada o de la condición realmente estipulada"[405].

Deveali recuerda que "la mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren más que al contrato, considerado como negocio jurídico, y a su estipulación, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación del trabajo; y la aplicabilidad y los efectos de aquéllas dependen, más que del tenor de las cláusulas contractuales, de las modalidades concretas de dicha prestación"[406].

En otra ocasión, expresa el mismo autor: "También en esta oportunidad la *realidad* de los hechos prevalece sobre la *apariencia contractual*. La jurisprudencia, pues, ha entendido, con todo acierto, que las normas legales sobre la cesión de negocio deben aplicarse aun cuando no exista verdadera cesión, sino simplemente una continuación de hecho en un determinado negocio o explotación'[407].

El mismo Deveali también afirma: "Esta primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo. El obrero que ingresa en una fábrica, en k generalidad de los casos no conoce –ni

[404] Ob. cit., p. 281.

[405] Capítulo sobre "Irrenunciabilidad y fraude a la ley" en la obra *Instituções de direito do* trabalho, publicada por el autor juntamente con Delio MARANHAO y José SEGADAS VIANA (t. I, p. 254).

[406] Ob. cit., p. 152.

[407] Mario L. DEVEALI, *Cesión del negocio* y *cesión del* personal, en revista "Derecho del Trabajo", 1953, p. 110.

le resultaría fácil conocer- el nombre de su propietario: tampoco sabe si se trata de una persona física o moral y si ésta es una persona de derecho público o privado"[408].

El único que emplea esta expresión, aunque sin mencionar su origen, es Cabanellas, quien escribe: "Muchas veces se trata de dar a un trabajador subordinado la apariencia de un trabajador autónomo. Esta situación es tan frecuente que obliga a los tribunales a determinar no que el conjunto sea simulado, y sí simplemente a establecer la verdadera naturaleza de la prestación. En esta forma, las disposiciones del Código Civil sobre simulación de contratos se borran para penetrar en el contrato realidad; esto es, en la ejecución de la prestación de un trabajo, deduciendo de ello sus caracteres esenciales para llegar a la determinación de la naturaleza del vínculo que liga a las partes". "Para simular un contrato de locación de obra o de servicio que oculta un verdadero contrato de trabajo se utilizan diversos recursos. En todos los casos debe tratarse, como hemos dicho, de llegar al contrato realidad, a la efectiva prestación, al orden de las relaciones habidas entre las partes, para determinar la auténtica naturaleza jurídica del acto cumplido"[409].

Resulta, pues, conveniente elegir una expresión que recoja esta idea, en la que parece haber acuerdo general sin evocar otros temas fuertemente polémicos[410].

Cabe recordar, al respecto, que hace ya algunos años, Sarthou había propuesto una modificación a la expresión verbal usada por de la Cueva, que superaba algunos de los inconvenientes señalados, al decir: "De acuerdo a la naturaleza de derecho-realidad del derecho del trabajo -ampliando la calificación de «contrato-realidad» usada por de la Cueva para el

[408] Mario L. DEVEALI, *La empresa y las relaciones de trabajo*, en revista "Derecho del Trabajo", 1953, p. 337.

[409] Ob. cit., t. I, p. 392.

[410] Conviene dejar en claro que en un estudio publicado en la "Revista de la Facultad de Derecho" (t. XX, p. 331, correspondiente a julio-diciembre 1969) con el título *El contrato de trabajo corno contrato-realidad*, nosotros relatamos el origen de la expresión contrato-realidad, así como los comentarios que había suscitado, sin ocultar las críticas formuladas, para señalar el doble alcance que poseía y destacar y rescatar el segundo significado al cual queríamos referirnos y al que le atribuíamos gran importancia.

Ahora nos hemos convencido de que, además de esa labor de esclarecimiento, debemos utilizar una denominación que por sí misma excluya los equívocos.

contrato de trabajo. . los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad"[411].

Utilizaremos, pues, la fórmula "principio de la primacía de la realidad", porque es bien clara y no tiene las connotaciones controvertibles de la expresión "contrato-realidad", pese a que ésta haya sido más empleada hasta ahora.

2) SIGNIFICADO

154. Diversas causas del desajuste entre la realidad y los documentos. El significado que le atribuímos a este principio es el de la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias.

Esto significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control.

Ese desajuste entre los hechos y la forma puede tener distintas procedencias.

1) Resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Es lo que suele llamarse simulación. Es muy difícil concebir casos de simulación absoluta en que se pretenda presentar un contrato de trabajo cuando en la realidad no haya nada[412]. En cambio, lo más frecuente es el caso de las simulaciones relativas, en las cuales se disimula el contrato real sustituyéndolo fictamente por un contrato distinto. Las diferencias entre el contrato simulado y el efectivo pueden versar sobre todos los aspectos: las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones, etc. Dentro de esta categoría puede hacerse otro gran distingo entre las simulaciones concertadas bilateralmente y las impuestas o dispuestas unilateralmente por una parte, con toda la gama variadísima de matices intermedios.

[411] Helios SARTHOU, *Las deudas del* contrato *de trabajo* y la enajenación de empresas en el *derecho uruguayo*, en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 65, p. 179.

[412] Nuestra jurisprudencia ha recogido algunos casos de contratos de trabajo absolutamente simulados con el objeto de facilitar el ingreso al país de inmigrantes españoles que para poder salir de su patria requerían exhibir un contrato de trabajo. Luego de llegar al Uruguay pretendieron. exigir a la empresa que les había hecho el favor de firmarles el contrato, el cumplimiento efectivo de él. Ver los fallos publicados en "La Justicia Uruguaya" como caso 236 (t. I, p. 349) y en la revista "Derecho Laboral" como caso 146 (t. XI, p. 13).

2) Provenir de un error. Ese error generalmente recae en la calificación del trabajador y puede estar más o menos contaminado de elementos intencionales originados en la falta de consulta adecuada u oportuna. También esa situación equivocada puede atribuírse a error imputable a ambas partes o a una sola de ellas.

3) Derivar de una falta de actualización de los datos. El contrato de trabajo es un contrato dinámico en el cual van cambiándose continuamente las condiciones de la prestación de los servicios. Para que los documentes y las planillas reflejen fielmente todas las modificaciones producidas, deben ser permanentemente actualizadas. Cualquier omisión o retraso determina un desajuste entre lo que surge de los elementos formales y lo que resulta de la realidad.

4) Originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales. Algunas veces para ingresar o ascender en un establecimiento se requiere la formalidad del nombramiento por parte de determinado órgano de la empresa o el cumplimiento de cualquier otro requisito que se ha omitido. En tales casos, también lo que ocurre en la práctica importa más que la formalidad.

En cualquiera de las cuatro hipótesis que hemos mencionado, los hechos predominan sobre las formas. No es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno (le los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados per documentos o formalidades.

155. Aceptación general de esta idea. - Estas ideas, aunque expresadas de muy distintas masera s, han sido recogidas por la doctrina universal. Incluso en muchos casos se presupone el principio aplicándolo sin creer necesario explicitarlo.

Una de las más felices formas de concreción de él pertenece a Clark: "En la práctica, el contrato laboral y el contenido de sus estipulaciones se desprende más de la conducta de las partes y de sus actos tácitos que de una prestación formal del consentimiento. Si sólo se admitiera la realidad del contrato en los casos en que existiese acuerdo escrito o convenio verbal,

se burlarían muchas de las medidas de protección adoptadas por el legislador. Por eso hay que derivar del consentimiento expreso o tácito de las partes una serie de condiciones, cláusulas y sus formalidades que aquéllos no pensaron en el momento de su compromiso"[413].

Pérez Botija expresó también con claridad la misma idea: "La suposición de la existencia del contrato entre quien da trabajo o utiliza servicios y el que lo presta fúndase en la idea del consentimiento tácito. De la conducta de dos personas puede deducirse la existencia (le un contrato de trabajo, aun cuando los propios interesados tuvieren interés en negarlo (para burlar, por ejemplo, seguros sociales, ley de jornada, etc.). Y luego, por vía de aclaración, advierte que en el derecho español el «título» y el «modo» por el que una relación laboral deviene a la vida jurídica es siempre un contrato. Un contrato expreso, tácito o presunto".

Se basa para ello; en el art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo: "El contrato se supone siempre existente entre aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal, entendiéndose por condiciones del contrato las determinadas en las leyes y reglamentos de trabajo y, en defecto de tales normas, por los usos y costumbres de cada localidad, eh la especie y categoría de los servicios y obras de que se trate".

"Este artículo -agrega-, que podría considerarse como demostrativo de la ficción contractual, es, sin embargo, a nuestro entender, el que cierra el camino a todo intento de construcción de una teoría pura de la relación laboral, prescindiendo del contrato. Como el contrato existe, o al menos, a efectos legales se presupone siempre existente, desde que una persona presta trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, aunque los sujetos de una relación laboral no quieran el contrato e incluso afirmen expresamente ante un órgano público que su relación de servicio no constituye contrato de trabajo, éste producirá efectos.

"La existencia del contrato de trabajo excede, pues, de la voluntad expresamente exteriorizada por las partes. Se recurre para ello a la teoría del consentimiento tácito en unos casos, mientras que en otros basta la tesis de la mera imperatividad de las normas que en su aplicación han de prevenirse contra posibles intentos de evasión o desviación de sus efectos.

[413] D. CLARK, *The law of the employment of labor*.

"Si el art. 3 no existiera, su doctrina la hubiera tenido que crear la jurisprudencia, de igual forma que hubo de hacerlo en otros contratos especiales (por ejemplo, el de arrendamientos rústicos) para evitar que las interpretaciones abusivas del principio de autonomía de la voluntad pudieran enmascarar, con tipología diversa, relaciones jurídicas perfectamente definidas por el legislador"[414].

Hemos hecho esta larga trascripción del prestigioso autor español porque aparte de la clara ratificación del principio, de sus párrafos se desprenden dos ideas singularmente interesantes : 1) que la afirmación de este principia del predominio de los hechos la pueden hacer incluso los partidarios más radicales del criterio contractualista extremo ; 2) que para llegar a las conclusiones a que llega no es necesario un texto legal expreso, por cuanto al mismo fin debería llegar la jurisprudencia sin esa disposición, con lo que sus consideraciones adquieren un interés más general, trascendiendo el derecho español dentro del cual están enmarcadas.

Arrancando de la misma disposición legal, Bernardino Herrero Nieto expresa que "el legislador, más que darnos un concepto de la simulación, nos señala las armas que posee para combatirla y la combate por cierto con los mismos medios que ella emplea; es decir, que si la simulación utiliza la forma de los actos jurídicos para conseguir ciertos resultados contrarios a los sancionados por la ley, el legislador no hace más que combatirla en su propio terreno. La hipótesis recogida en el mencionado artículo es clara y terminante y su línea de argumentación, lógicamente desarrollada, es la siguiente : «Si tú, empresario, das trabajo o utilizas un servicio, y tú, trabajador, te comprometes a prestarlo, no me importa que después declares que estáis unidos por un vínculo asociativo o de arrendamiento, pues no puedo tener en cuenta vuestras declaraciones por estar en disconformidad con los hechos, y de vuestra conducta yo infiero que perseguís un fin económico y social que no puede ser realizado a través de la figura que presentáis como verdadera ; en consecuencia, ante la ausencia de vuestras estipulaciones, yo mismo os fijaré las normas a las cuales deberán ajustarse vuestras condiciones»"[415].

[414] *El contrato de* trabajo, Madrid, 1945, p. 47.
[415] La *simulación y el fraude a la ley en el derecho del trabajo,* Barcelona, 1958, p. 330.

Luego, en un tono menos original y pintoresco, y más objetivo y general, agrega que "el mencionado art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo constituye una pieza normativa importantísima, ya que a través de él se afirma el principio de la conducta de las partes sobre el principio de la forma. El propósito del legislador en este precepto es el de cerrar el camino a todo intento de simulación y fraude, poniendo todo su énfasis, no en lo que las partes dicen o declaran, sino en lo que las partes hacen"[416].

Los ilustres autores alemanes Kaskel y Dersch expresan, aunque refiriéndose a un aspecto particular, la misma idea central: "No es decisiva la designación del contrato (por ejemplo, como contrato de sociedad, contrato de arrendamiento) sino que lo es su contenido real. Ejemplo: un contrato presentado como contrato de arrendamiento puede ser, en realidad, un contrato de trabajo encubierto"[417].

El gran laboralista brasileño Evaristo de Moraes Filho expresa: "Poco importa el nomen, *juris* que les sea atribuído en sus relaciones de empleo. El contrato de trabajo, según la conocida denominación de Iñárritu, ministro de la Suprema Corte de Justicia mexicana, es un contrato-realidad, sometido a la realidad cotidiana y concreta. De ahí el concepto del art. 442 de la Consolidación de Leyes del Trabajo, cuando dispone: «Contrato individual de trabajo es el acuerdo, tácito o expreso, correspondiente a la relación de empleo».

"Así, la verdadera y última calificación profesional de los empleados apartados de sus funciones es la que están ejerciendo concretamente, a despecho de sus antiguas denominaciones, que acaso puedan constar todavía en sus planillas y documentos.

"Dos ejemplos jurisprudenciales, confirmatorios de la doctrina y de la ley: «El contrato de trabajo es un contrato-realidad. Significa esto que los efectos jurídicos son extraídos de la forma en que la prestación de servicios se realiza. No importa su descaracterización, la circunstancia de constar en el carnet profesional o en un documento escrito, anotaciones diversas a la realidad fáctica, pues es ésta la que prevalece como relación de empleo» (Actas Tribunal Regional del Trabajo 2ª Región, informe del relator juez Ribeiro Vilhena). «El hecho de la

[416] Ob. cit., p. 474.
[417] KASKEL DERSCH, *'Derecho del* trabajo, Buenos Aires, 1931,

empresa de consignar en la ficha del registro de sus empleados la designación genérica de obreros no impide que ellos adquieran, a lo largo de la prestación de los servicios, ocupación habitual, configuradora hasta de oficio, inalterable de allí para adelante, por la sola voluntad del empleador» (Acta Tribunal Regional del Trabajo, *2ª* Región, informe del relator juez Antonio José Fava).

"No viene fuera de propósito recordar, una vez, que en derecho del trabajo importa el desempeño de la función real y no una posible calificación abstracta o incluso contractual, como enseña Deveali, il *rapporto,* p. 65: «En cualquier caso, pues, lo que cuenta no es la calificación contractual, sino la naturaleza de las funciones ejercidas en concreto»"[418].

Cerramos esta enumeración de cita: con el nombre prestigioso del ilustre profesor italiano Barassi, quien se refiere a la regla de que la realidad vence a la apariencia, cuando aquélla hubiere sido ocultada en perjuicio de terceros[419].

156. Las estipulaciones contractuales. ¿carecen de valor? - Esta primacía de los hechos sobre los textos pactados ¿significa que las estipulaciones contractuales carecen de todo valor?

La conclusión no puede ser tan absoluta.

Desde luego, no creemos que la existencia de la relación de trabajo -que De Ferrari evoca con el nombre de trabajo como hecho[420]- excluya el surgimiento del contrato, ya que hay dos momentos en los cuales el aspecto contractual adquiere notoriamente valor : para la concertación de la relación laboral (es decir, para la individualización y conexión de las partes) y para la determinación de condiciones que puedan exceder el nivel mínimo de protección resultante de las normas generales que regulan la relación de trabajo[421].

[418] *Estudos de direito do trabalho, São* Paulo, 1971, p. 242.

[419] Ludovico BARASSI, *Tratado de derecho del trabajo,* edición española, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 239.

[420] Francisco DE FERRARI, *El trabajo como hecho,* en la revista "Derecho Laboral", t. 3, p. 139. Puede consultarse el mismo desarrollo en *Lecciones de derecho del trabajo,* t. III, p. 12.

[421] Recordemos la teoría del "contrato conformante del trabajo" expuesta por los autores alemanes SIEBERT, RHODE *y* MANSFELD y criticada por D'EUFEMIA *(Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro,* en *el Trattrato di diritto del lavoro* dirigido por Borsi y Pergolesi, t. I, p. 110). Más recientemente, CAMERLYNCK expone en otra forma la misma idea, al destacar la significación

Pero concretándonos propiamente al tema que venimos desarrollando y a la significación que le hemos atribuído a la expresión, podemos decir que las estipulaciones contenidas en un contrato de trabajo no son inútiles, ya que ellas cuentan inicialmente con la presunción a su favor de reflejar la voluntad común de las partes.

Mientras no se demuestre que la conducta de las partes fue distinta, lo que exige la prueba de los hechos que se apartaron de los textos contractuales, queda prevaleciendo la presunción emanada del texto del contrato. O sea, que la presunción es que el contrato refleja la voluntad verdadera de las partes. Para hacer caer esa presunción deberá probarse que la conducta fue distinta. Si esa prueba no se produce o no es eficaz, resta como válida la presunción emergente del contrato[422].

Por otra parte, hay muchas estipulaciones contractuales que valen para el futuro. Por ejemplo, la forma de la denuncia, determinados elementos retributivos, etc. Mientras la conducta de las partes —de ambas partes porque al apartamiento de una de las partes sigue la tolerancia complaciente de la otra— no demuestre que se quisieron dejar sin efecto tales estipulaciones, éstas deberán respetarse.

Lo que no puede hacerse es invocar un texto escrito para pretender que él predomine sobre los hechos. Si la práctica demuestra que en la realidad se actuó de determinada manera, eso es lo que debe tenerse en cuenta, y no las estipulaciones que

del contrato de trabajo para establecer una -última adaptación del estatuto individual del trabajador mediante la determinación de la calificación y la remuneración correspondiente (Contrat *de travail,* ps. 22 y ss., en el t. I del *Traité de droit du travail,* dirigido por el mismo CAMERLYNCK)

[422] Puede citarse la posición coincidente de CAMERLYNCK, quien al analizar la jurisprudencia referente a la subordinación jurídica —que equivale a decir, la referente a la existencia del contrato de trabajo— expresa: "Si se procede a un análisis sistemático y minucioso de las numerosas decisiones dictadas en la materia, se percibe que los jueces —sin fiarse necesariamente en la calificación de las partes o en su ausencia a veces— toman en consideración los elementos de hecho más diversos, a menudo posteriores a la conclusión del contrato y caracterizantes de sus condiciones de ejecución para concluír por vía de presunciones en la existencia de un vínculo de subordinación jurídica". Y en una llamada precisa: "El juez, en caso de duda, acordará no obstante un valor probatorio al acuerdo escrito de las partes, estando obligado el que las niega a aportar la prueba contraria (por todos los medios si se trata de un trabajador)" (ob. cit., p. 51).

hayan podido hacerse para disimular u ocultar la verdad o para programar una actividad según ciertas normas que luego las mismas partes, con su propio comportamiento, modificaron en forma práctica, pero inequívocamente clara.

En la oposición entre el mundo real de los hechos efectivos y el mundo formal de los documentos, no cabe duda de que debe preferirse el mundo de la realidad.

3) FUNDAMENTACIÓN

157. Exigencia de la buena fe. — Aun cuando hasta ahora nadie se haya detenido a explicar la fundamentación de este principio, creemos que ella puede basarse en distintas motivaciones.

La primera resulta del principio de la buena fe.

La realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o de obtener un provecho ilícito. Afirmar invariablemente el imperio de la realidad —que es lo mismo que decir, el imperio de la verdad— equivale a rendir tributo al principio de la buena fe, que inspira y sustenta todo el orden jurídico, como una exigencia indispensable de la propia idea de justicia[423].

Aun cuando no siempre la discordancia entre los hechos *y* los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos —es decir, de la verdad sobre la ficción— sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como las procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso. De todos modos, preserva el triunfo de la verdad sobre cualquier intento o tentación de apartarse de ella.

158. Dignidad de la actividad humana. La segunda deriva del propio contenido del contrato que supone actividad humana prolongada en el tiempo.

[423] Ver el fundamento y alcance del principio de buena fe en el libro del Dr. Alberto REYES TERRA, *El principio de la buena fe en la, práctica judicial civil,* Montevideo, 1969, ps. 1 a 38.

Dado que el efecto principal del contrato es la prestación de la actividad humana, parece claro que ese hecho —que en algún grado participa de la dignidad procedente de la naturaleza humana— debe prevalecer sobre un elemento puramente intelectual y especulativo, como puede ser el texto de un contrato.

En efecto, no se trata de sacar conclusiones o de deducir consecuencias en un plano documentario o formal; sino de regular efectivamente hechos que se producen en la realidad. Parece obvio, entonces, que la realidad reclame el papel protagónico que deriva de la propia esfera en que se produce el tema que esta disciplina debe pautar.

Dicho en otras palabras, podernos afirmar que el derecho laboral regula actividad humana que, aunque pueda originarse en la obligación emergente de un contrato, se desprende luego de su texto para adquirir vida independiente. En esto influye decisivamente el hecho de que se trate de un contrato de tracto sucesivo, lo cual determina su carácter dinámico que lleva a posibles y frecuentes modificaciones en la práctica. Se reflejen o no esas modificaciones en la documentación, lo cierto es que para aplicar las normas laborales debernos partir de lo que está ocurriendo realmente en cada momento.

El derecho laboral regula el trabajo, es decir, la actividad, no el documento. Éste debe reproducir fielmente la realidad. Y si hay una divergencia entre ambos planos, el que interesa es el real, y no el formal.

Ya decía Radbruch que "la esencia del derecho obrero consiste cabalmente en su mayor proximidad a la vida"[424]. Y con gran felicidad en un fallo jurisprudencial argentino se dice: "Frente a la verdad formal, debe prevalecer la verdad real"[425].

159. Desigualdad de las partes. La tercera proviene de la desigualdad de las partes.

Es ampliamente conocida la situación de desigualdad económica y cultural que normalmente separa a las partes en el contrato de trabajo. Justamente esa desigualdad fue uno de los supuestos que dieron origen al derecho del trabajo que busca

[424] G. RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del derecho,* Madrid, 1930, p. 114.

[425] Fallo de la Sala del Trabajo, publicado en la revista argentina "Derecho Laboral", marzo 1967, p. 66.

compensar con desigualdad jurídica la desigualdad económica inicial. En el plano de la negociación colectiva, precisamente la intervención sindical busca compensar con la fuerza derivada de la unión, el poderío mayor de la otra parte en el plano económico.

Pese a esos mecanismos que se dirigen a equilibrar las fuerzas a los efectos de la elaboración de las normas generales, en la práctica la posibilidad de abusos a nivel individual y en el plano de la aplicación subsiste. Cada trabajador no suele tener independencia para discutir de igual a igual con su empleador, para que los documentos que reflejen el contenido del contrato se ajusten plenamente a la realidad.

La forma de corregir toda posible anomalía en ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la práctica.

160. Interpretación racional de la voluntad de las partes. - La cuarta está vinculada con la interpretación racional de la voluntad de las partes.

Esta motivación, lejos de ser exclusiva de nuestra disciplina, se entronca con las ideas tradicionales referentes a la interpretación de los contratos. Ya el art. 1301 del Código Civil establece que "los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al celebrar el contrato". De esta disposición legal se desprende la importancia de la conducta práctica de las partes para interpretar el texto contractual.

Pero hay más. Se ha entendido siempre que en materia de contratos consensuales, la modificación que en la práctica se va operando en la forma de cumplimiento de un contrato revela una forma de expresión del consentimiento tácito para modificar el contenido del pacto primitivo.

En esta materia, lo que ocurre es que los hechos revelan la voluntad real de las partes, ya que si el contrato se cumple de determinada manera es porque las dos partes consienten en ello. Y ese consentimiento tácito -pero indiscutiblemente, válido y claro- debe prevalecer sobre el texto escrito primitivo por ser posterior, y sobre cualquier documento procedente de una sola de las partes, por ser bilateral.

De lo anterior se deduce que quizá no se trate de criterio extraño al que informa la teoría general de los contratos.

Gamarra ha puesto de relieve como la voluntad contractual tanto puede manifestarse en forma expresa como tácita, valiendo tanto una forma como la otra, salvo que exista una norma legal que prive de relevancia a la manifestación de voluntad tácita dentro de cierto ámbito: "No importa que para establecer la voluntad tácita, se requiera un procedimiento de deducción, porque una vez que esta deducción se realiza, la voluntad se reputa establecida". Y dentro de ese desarrollo destaca la importancia de la conducta concluyente, es decir, la exteriorización de hechos de los que se desprende inequívocamente la existencia de una voluntad, puesto que son incompatibles con una voluntad contraria.

Partiendo de dos ejemplos contenidos en el Código Civil uruguayo —ratificación tácita del marido (art. 140) y aceptación tácita de la herencia por la realización de actos que suponen la intención de aceptarla (art. 1062) —, señala la importancia de que el hecho sea uní Toco, no susceptible de ser interpretado de otra manera, deducido de las expresiones "inequívocamente", utilizadas en esos artículos. Pero llenadas esas exigencias de claridad, atribuye a esa conducta de la parte una eficacia similar a la expresión de voluntad concretada en el texto escrito de un contrato. "No se trata de establecer una voluntad probable, sino de que el hecho para que pueda clasificarse de concluyente, debe ser tal que no puedan caber dudas acerca del sentido de la voluntad que exterioriza"[426].

En otras ramas del derecho también se ha admitido esta primacía de los hechos sobre las formalidades y apariencias, aunque con menos grado de extensión y aplicabilidad[427]. En el

[426] Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo,* t. XI, Montevideo, 1970, ps. 200 y ss.

[427] Podríamos citar ¯múltiples ejemplos. Recordemos algunos párrafos de distintos autores pertenecientes a diversas disciplinas jurídicas. Aunque se refieren preferentemente al tema de las empresas multinacionales, interesan porque muestran criterios coincidentes respecto de la primacía de la realidad sobre la formalidad.

En derecho civil: MESSINEO ("La disconformidad entre realidad y apariencia que es característica de la figura de la simulación se encuentra precisamente en que la sociedad madre quiere valerse de un instrumento que bajo la apariencia de persona jurídica autónoma sigue siendo la misma persona de la sociedad madre. Será necesario entonces quebrar esta ficción por medio de la reabsorción de la sociedad hija en la sociedad madre, ya que la filial es sólo una proyección ilusoria de la sociedad madre").

En derecho comercial: GARRIGUES ("En caso de demostrarse que la

derecho del 'trabajo el tema adquiere mayor importancia por la modalidad de tracto sucesivo y el carácter dinámico del contrato, lo que hace que las modificaciones sean mucho más frecuentes e importantes. Como dice Martins Catharino, "la relación laboral corre en el tiempo, como un río, cuyo curso sufre variaciones impuestas por la naturaleza del terreno. El contrato hace a la relación y ésta constantemente se rehace. Es dinámica, abierta e inacabada hasta que termina"[428].

sociedad dominada constituye una mera apariencia de sociedad, detrás de la cual se oculta la sociedad dominante y que esta sociedad interpuesta se utiliza para eludir el cumplimiento de los contratos y reducir la propia garantía frente a terceros, los tribunales tendrán que salvar los obstáculos jurídicos formales, estableciendo la comunicación de responsabilidad entre ambas sociedades") *(Formas sociales de uniones de empresas,* en la "Revista de Derecho Mercantil", vol. III, n9 7, enero-febrero 1947).

En derecho tributario: GARCÍA MULLIN ("El derecho tributario posee elementos que le permiten un análisis realista del negocio indirecto, pasando por encima de lo que las partes hayan simulado, o hayan estructurado artificiosamente y atendiendo primordialmente a la finalidad ulterior y determinante del negocio" *(Impuesto a las herencias,* Montevideo, 1969, p. 41).

En derecho económico: Mónica G. COHEN DE ROIMISER ("Consideramos imprescindible evitar que los mecanismos que nos ofrece el derecho sean usados en forma distorsionada y a los efectos de perjudicar a los terceros de buena fe. Creemos que para la solución de cada caso lo más importante es evitar un divorcio entre la realidad económica y la jurídica") (La *concentración de empresas: fenómeno de nuestro tiempo,* en la revista argentina "La Ley", del 23 de diciembre de 1971).

En derecho agrario: GELSI BIDART (En derecho agrario se considera fundamental por el carácter proteccionista o tuitivo de sus normas, que la realidad efectiva se prefiera a la estructuración jurídica, aun adoptada por las partes, aun en los casos en que no hubo *stricto sensu* simulación o mera apariencia (lo cual en todo el derecho lleva a preferir la realidad subyacente, es decir, a tratar la que, existe, conforme a las normas que para ella han sido establecidas) *(Segunda reflexión sobre principios de derecho agrario,* en "L. J. U.", t. 72, p. 36, sec. doct.).

Este último autor incluso llega a preguntarse en el mismo trabajo: "El principio de la realidad ¿no es un principio general en el derecho? ¿Qué otra cosa significa en derecho la admisión general de que no importa tanto la denominación (la cosa no se hace por el nombre) cuanto lo establecido realmente por los contratantes? En derecho procesal no importa la invocación del derecho, sino si la situación planteada queda -o no- enmarcada en el ordenamiento jurídico; el progresivo abandono de la exclusividad del principio dispositivo y la consagración del proceso como estructura en la que actúan, por igual, tres sujetos principales, lleva a la dejación de la vieja (y siempre errada) distinción entre verdad formal (proceso civil) y Verdad material (proceso penal)".

[428] José MARTINS CATHARINO, *Contrato de trabalho,* São Paulo, 1964, p. 207.

161. Objeciones. —De Ferrari[429] ha formulado dos objeciones a este principio:

En primer término, que no siempre es favorable al trabajador, porque puede ocurrir que los hechos no se ajusten a lo pactado y el trabajador pretenda que se cumpla lo convenido.

En segundo término, que lo que interesa no es el conflicto entre las formalidades y los hechos, sino el conflicto entre los hechos y el derecho.

Ninguna de las dos observaciones nos parece fundadas. Con relación al primer punto digamos que este principio, como todos los que venimos exponiendo, se ha establecido fundamentalmente en beneficio del trabajador.

De modo que si excepcionalmente el documento indica un nivel de protección superior al que corresponde a la práctica, el trabajador tiene el derecho de exigir el cumplimiento del contrato.

En ese caso no se trata de un desajuste entre la ficción de un documento y el dato de la realidad; sino del desacuerdo entre el compromiso contraído y el modo como se ha cumplido (mejor, que no se ha cumplido) ese compromiso.

La experiencia indica que difícilmente el empleador le va a reconocer al trabajador una categoría que no desempeña efectivamente en los hechos, o se va a comprometer por escrito a cumplir un contrato que luego va a desconocer en la práctica. Por otra parte, la línea lógica del dinamismo del contrato de trabajo lleva a que los trabajadores vayan desempeñando en la práctica, categorías superiores a las que inicialmente se les asignó por escrito, y no lo contrario.

Este principio significa que entre la realidad y la ficción, entre la realidad y la formalidad, debe ganar siempre la realidad.

Nunca se le ocurrió a nadie decir que entre el hecho y el derecho gana el hecho.

Aquí, el contrato escrito marcaría el nivel jurídico mínimo de protección. Este principio no puede servir para justificar, disculpar u homologar el incumplimiento del derecho, invocando la efectividad de la infracción. Al contrario, sirve para elevar ese nivel si en la práctica se ha operado una situación de la cual se derivan derechos más altos o más numerosos.

[429] *El llamado contrato-realidad,* en la revista "Derecho Laboral", t. XV, p. 20.

Con relación a la segunda objeción, ella encierra una falacia de falsa oposición.

Que interese la discordancia entre los hechos y el derecho para sancionar la violación del derecho y lograr el encauzamiento de los hechos por los carriles jurídicas, rio significa que no interese también la discordancia entre la verdad y la ficción que, voluntaria o involuntariamente, pueda haberse encerrado en la formalidad.

Más aún, pensamos que justamente en virtud de la desfiguración de los hechos por medio de la ficción formal, se engendra la violación del derecho. Y este principio traduce una actitud lúcida y atenta para que mediante la desfiguración de los hechos no se cometan solapadamente violaciones de las normas o para que, si se realizan, no queden escondidas, disimuladas o impunes.

4) ALCANCE PRÁCTICO

162. Diversidad de aplicaciones. Los casos de aplicación del principio son prácticamente infinitos, como son ilimitadas las hipótesis de divergencias entre las apariencias (documentos, contratos, formalidades, denominaciones, etc.) y la realidad.

Por eso, creemos útil recordar una serie de casos jurisprudenciales en que se ha recogido este principio, se haya hecho o no mención de él.

Aunque sabemos que no son los únicos, parecen lo suficientemente expresivos por su variedad e incluso antigüedad como para dar idea del arraigo y la fecundidad del principio.

163. Caso jurisprudencial: interesar las funciones, y no la denominación. - Un primer ejemplo, con más de cincuenta años de antigüedad, hace referencia 41 hecho d que la retribución debe fijarse en función de las tareas que se desempeñan, y no de las denominaciones que se le atribuyen al empleado.

En un fallo del 20 de marzo de 1916 del Tribunal de Apelaciones de Segundo Turno, integrado por los doctores Martínez, Jiménez de Aréchaga y Montero Paullier se dice: "Que las cartas remitidas por el actor al demandado, a propósito del aviso que apareció en los diarios. . . nada prueban porque son los hechos posteriores los que determinan la naturaleza del contrato y de autos surge prueba plena de que el actor desempeña funciones y practicó

trabajos que lo acreditan como administrador del establecimiento. Si se le llamó como simple capataz y después de entenderse ambos, s e le ampliaron las atribuciones a A. comprendiendo que tenía aptitudes para ello, forzoso es llegar a la conclusión legal de que la retribución que le corresponde por los servicios que ha prestado, debe estar en armonía con la importancia de esos servicios".

Y la entonces llamada Alta Corte de Justicia, con los votos favorables de los doctores Garzón, Cuñarro, Romeu-Burgues y Piñeyro, en sentencia del 27 de junio de 1917 confirmó ese fallo, incluyendo entre sus considerandos los siguientes: "Que fijada la naturaleza de esas tareas, se podrá fácilmente determinar el monto de la retribución que debe ser proporcionada a la entidad de los servicios prestados, sin que, la denominación de capataz o mayordomo pueda aparejar consecuencias distintas de aquellas que realmente impongan la naturaleza de las tareas desempeñadas, desde que puede ocurrir que un titulado capataz ejerza funciones de administrador y acaso de mandatario, y un llamado administrador o mayordomo, no practique sino funciones o cometidos de un capataz"[430]

164. La condición de empleado depende de los hechos. — Un segundo ejemplo alude a que la condición de empleado deriva de los hechos, y no de la interpretación de las partes. Así lo dice el Dr. Fermín Garicoits en un fallo del 28 de diciembre de 1934, dictado como juez letrado nacional de hacienda y de lo contencioso administrativo: "No es el empleador el que debe atribuir la calidad de empleado; ésta surge de la naturaleza de los hechos de la relación jurídica que la configura, independientemente de la interpretación más o menos tendenciosa de los interesados"[431].

165. Prevalecen los hechos sobre las calificaciones. Un tercer ejemplo, muy similar al anterior, proviene del mismo magistrado. En un fallo del 10 de marzo de 1935 leemos estas frases: "La calidad de comerciante o de obrero no depende de la calificación que haga el propio interesado, sino que ella surge

[430] "Jurisprudencia Abadie-Santos", t. VI, p. 597. Caso jurisprudencial 2229.

[431] "L. J. U.", caso 45 (t. I, p. 58) .

de los hechos mismos, cuyo análisis es preciso realizar para determinarlo"[432].

166. Naturaleza, y no denominación de la relación en el caso del viajante. Un cuarto ejemplo lo constituye una sentencia del entonces juez letrado de primera instancia en lo civil Dr. Luis Alberto Bouza dictada trece años después, en la que a propósito de un problema de viajantes empleados o autónomos, expresa: "Debe puntualizarse que ninguna influencia determina la denominación que le hayan dado las partes, pues ella no obliga en estos casos a los jueces ni los exime de investigar la verdadera naturaleza de la relación jurídica, pues lo fundamental es establecer si entre el actor y la demandada existió o no, una relación de trabajo con subordinación técnica. Además, ninguna influencia ejercita la denominación que se dé a una persona que fuera del establecimiento del principal, concierta negocios en nombre de éste : viajante, corredor o agente comercial, porque no es el nombre que en el lenguaje común se da al vendedor que circula o en viaje, lo que determina la naturaleza jurídica de la tarea encomendada, sino que es ésta la que define el concepto de lo que hemos caracterizado como viajante"[433].

167. Empresa desde el punto de vista laboral. — Un quinto ejemplo lo suministra un extenso e ilustrativo fallo del entonces juez de paz de la 4a Sección de Montevideo, Dr. Héctor Luis Odriozola, referente al concepto de empresa en materia laboral y la validez de un emplazamiento objetable desde el punto de vista formal pero eficaz en la realidad. En efecto, un obrero que trabajaba en el diario "La Tribuna Popular" demandó a dicha empresa, cuando en rigor debía haber emplazado a los integrantes de la Sucesión Lapido, que eran los dueños del referido diario.

En la interesante sentencia que tiene fecha 16 de diciembre de 1949 se dice: "Entiende el juzgador que el emplazamiento practicado en autos debe reputarse válido. Admitida la existencia de la empresa periodística demandada —que está regida por un directorio, que posee un administrador y un subadministrador, que edita un diario de amplia difusión y que ocupa numerosos obreros

[432] "L. J. U.", caso 180 (t. I, p. 258).
[433] Revista "Derecho Laboral", caso 33 (t. II, p. 399).

y empleados— esa propia existencia le confiere una personería laboral especialísima, de contenido y efectos circunscritos al campo del derecho del trabajo, que la habilita para convertirse en sujeto de la relación procesal cuando el conflicto de intereses ha nacido en el ámbito de la actividad laboral.

"El criterio expresado —ajeno a las ideas tradicionales acerca de la personería de derecho civil— encuentra su origen y fundamento en los conceptos que han ido modelándose en la órbita del derecho del trabajo, por influencia de una realidad laboral cuyas particularidades reclaman la formación de un estatuto jurídico propio.

"Procede, por consiguiente, la exposición de esos fundamentos.

"El concepto civilista tradicional, afectado por una incapacidad de origen para encarar la nueva realidad del derecho laboral y captar todas sus particularidades, no vio en la relación de trabajo más que una intrincada trama de relaciones individuales entabladas entre el empleador y cada uno de los asalariados que integran su personal.

"Esa concepción desconectada totalmente de una realidad económico-social que reclama con urgencia vital la atención del derecho, ha debido dejar paso a un nuevo concepto rico en sustancia y posibilidades: el concepto de empresa".

Después de una erudita exposición sobre el concepto moderno de empresa, afirma: "El derecho ha convenido, por consiguiente, en la necesidad de apartarse de las ideas clásicas en materia de personería, para determinados organismos de la actividad laboral siendo interesante señalar, por otra parte, que las mismas consideraciones que han influído para determinar el reconocimiento de esta personería a los sindicatos, son válidas para el hecho que aquél ha de regir, la facilitación de la actividad del organismo y la vigencia regular de las relaciones que promueve, etc.".

Y luego, refiriéndose al aspecto procesal del emplazamiento, dice: "El derecho no es una mera abstracción ni juego especulativo tal que permita, sin desmedro para el prestigio del derecho mismo, que sea considerado por los órganos jurisdiccionales como una ficción, jurídicamente inexistente, lo que para otros órganos etáticos constituye una realidad vivida.

"El derecho procesal contemporáneo se inspira predominantemente en el principio del finalismo, que atiende a la trascendencia del vicio que afecta al acto de procedimiento, vale decir, a los efectos de la imperfección sobre la finalidad perseguida por el acto procesal.

"Cuando el acto llena su cometido -dícese desde este punto de vista- la directiva de economizar esfuerzos, de evitar repeticiones y hechos inútiles, aconseja reconocerle validez.. . "[434].

168. Relación de trabajo. Un sexto ejemplo lo constituye una sentencia del entonces juez letrado de primera instancia de lo civil de 6° turno, Dr. José Ma. França, del 31 de agosto de 1951, que entre otras razones para descartar la teoría del despido técnico, invoca la existencia de principios propios del derecho del trabajo distintos de los del derecho civil clásico. Expresa al respecto: "Del régimen de libertad contractual se pasa del *status* legal, donde adquiere relevancia jurídica la «estructura material o de hecho». En la vinculación entre patrono y obrero, «lo que cuenta hoy no es el contrato de trabajo sino *la relación de trabajo* puesta de relieve por ciertos autores, especialmente por Paul Durand» (R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui,* París, 1948, p. 11, con remisiones a Rouast y Durand, *Précis de législation industrielle,* n° 273, y a P. Durand, *Droit social,* 1945, p. 298). Dentro de la concepción «realista» de ese derecho, el jurista enfrenta a tendencias y principios nuevos y en lugar del «contrato de trabajo», adquiere hoy importancia la «relación de trabajo». La estructura «de hecho» gana terreno cada día, a expensas de la «estructura ideal» y «son las prestaciones materiales que tienden hoy en día -por las necesidades inmediatas de su naturaleza- a ser fuente del derecho, primando sobre los compromisos voluntarios que en el plano humano, lo realizan» (R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui,* en *Le droit privé français au milieu du XX siècle, Études offertes à G. Ripert,* París, 1950, t. 1, ps. 75 y ss.) [435].

169. Para la existencia del contrato interesa la prestación del servicio aunque falte alguna formalidad - Un séptimo ejemplo puede ser la sentencia del

[434] Revista "Derecho Laboral", caso 70 (t. p. 32).
[435] "L. J. U.", caso 3463 (t. 23, p. 360).

Dr. Guido Berro Oribe[436], en la que se afirma que para la existencia del contrato de trabajo interesa la prestación del servicio, aunque no se hayan llenado las formalidades de la designación. En ese fallo del 27 de junio de 1959 se usó por primera vez en nuestra jurisprudencia la expresión "contrato-realidad", como resulta del siguiente párrafo: "El contrato de trabajo en cuanto a su celebración no está sujeto a formalidad alguna.

"Según expresión de de la Cueva, recordada por De Ferra-ri en su consulta hecha conocer cuando el informe in *vote,* se trata de un «contrato realidad», siendo bastante para que exista, la efectiva prestación del servicio. El consentimiento, incluso, puede ser tácito (Planiol y Ripert, Traité, t. XI, p. 29; Durand, *Traité,* t. II, p. 282).

"De modo que las irregularidades que puedan haberse cometido por el directorio del Banco en formación, con motivo de la designación del actor no tienen entidad, probado, si fuera, que los servicios fueron prestados y que el Banco en formación los admitió y se aprovechó de ellos".

170. Intrascendencia del aspecto documentario.— Un octavo ejemplo versa sobre la intrascendencia que para la determinación de si existe contrato de trabajo deriva del aspecto documentario.

En un fallo del 30 de marzo de 1960, el Dr. Ángel de la Fuente expresa: "Que solo tiene valor muy relativo, a los efectos de determinar la categoría del trabajador, la circunstancia de que no figurara en planillas de trabajo y no hubiera sido afiliado a la Caja de Jubilaciones ni a la de Asignaciones Familiares.

"Lo que interesa es la verdadera naturaleza de la relación laboral que no resulta de estos hechos ni de las denominaciones que arbitrariamente den los patronos a sus dependientes, acaso con la finalidad de disimular la verdadera índole de la relación contractual"[437]

171. Prevalecen los hechos sobre las denominaciones. Un noveno ejemplo insiste sobre que interesan los hechos, y no las denominaciones que las partes puedan utilizar.

[436] Revista "Derecho Laboral", caso 187 (t. XIII, p. 58).
[437] "L. J. U.", caso 5599 (t. 45, p. 45).

En un fallo procedente del primer juez de trabajo Dr. Luis *Y.* Barbé Pérez del 8 de mayo de 1961, se dice: "El juez debe calificar y juzgar la controversia de acuerdo a los hechos expuestos y el derecho aplicable, con prescindencia del nombre que le asignen las partes'[438].

172. Interesa el trabajo más que el acuerdo formal. Un décimo ejemplo lo ofrece una sentencia del juez letrado de trabajo de primer turno del 27 de agosto de 1965, Dr. Carlos Maestro, en el cual se afirma claramente el principio: "En materia laboral, más que el acuerdo formal interesa el trabajo como hecho, la prestación efectiva en los hechos de servicios en un régimen de subordinación jurídica, con independencia del acuerdo formal de voluntades que haya podido existir"[439].

173. Verdad de la vida. Un undécimo ejemplo proviene del doctor Nelson Nicoliello, primer titular del Juzgado del Trabajo de 2[9s] Turno. En una sentencia del 20 de abril de 1966[440] dice: "Será necesario, para resolverlo, examinar con cuidado esa realidad, confrontarla con los principios más recibidos del derecho laboral, adecuándolos en cuanto los mismos escapan a esa verdad de la vida, desde que, como ya se sabe, el contrato de trabajo es un contrato-realidad" (de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo,* p. 393).

174. Aplicación al caso de los viajantes. Un duodécimo ejemplo lo forma una sentencia del entonces juez letrado de primera instancia en lo civil de cuarto turno, Dr. Alberto Reyes Terra, quien en una sentencia del 17 de marzo de 1967 referente a la calificación de la relación jurídica de un viajante con la empresa cuyos productos promovía, expresa: "Es sabido que es el hecho del trabajo objeto fundamental del derecho laboral en suma, vale decir, las modalidades concretas de su prestación, la circunstancia determinante de la aplicabilidad de dichas normas ; que el de trabajo es un «contrato realidad», con lo que se quiere precisar que los problemas laborales se resuelven de acuerdo

[438] Revista "Derecho Laboral", caso 194 (t. XIII, p. 224).

[439] En la sentencia 76, recaída en los autos "N. S. con H. M.". Según tenemos entendido, este fallo no ha sido publicado.

[440] "L. J. U.", caso 6609 (t. 54, p. 105), y revista "Derecho Laboral", caso 215 (t. XIV, p. 252).

con la realidad de los hechos, y no según el criterio o las denominaciones de las partes; y aun con prescindencia de ellas, según lo han establecido unánimemente doctrina y jurisprudencia (Deveali, ob. cit., p. 216; Ramírez Gronda, *El contrato de trabajo,* p. 184 ; Plá Rodríguez, revista "Derecho Laboral", t. II, p. 401; Bouza, rey. cit., p. 399; Odriozola, revista "Derecho Laboral", t. V, p. 173)"[441].

175. Relación única pese a multiplicidad de contratos sucesivos. —Un décimo tercer ejemplo lo brinda una sentencia del Tribunal de Apelaciones de 1° Turno, integrado por los doctores Carlos Dubra, Carlos Fleurquin Narbondo y Nelson García Otero de fecha 21 de abril de 1967, en el que interpretando la significación de un caso en que se le hacía firmar al trabajador una serie de contratos por temporada y luego por cada período de invierno, el tribunal sostiene que se ha configurado una relación única. Al respecto, expone: "Es necesario destacar ante todo que en derecho laboral, lo que importan son los hechos de la vida real, no la forma externa de que los quieran revestir las partes. Si un operario trabaja permanentemente en una empresa, debe ser indemnizado al cesar por decisión patronal, sin que pueda obstar a ello el que se hayan documentado o acordado repetidos y sucesivos contratos con plazo determinado"[442].

176. Conjunto económico. — Un décimo cuarto ejemplo versa sobre el concepto de conjunto económico para que la diversidad de personas jurídicas na aparezca corno un obstáculo a la acción del trabajador dirigida a hacer efectivos los derechos que resultan de la prestación de los servicios.

En un fallo del Dr. Abril Pérez San Martín se dice: "De autos surge que demandada y P.S. constituyen un mismo grupo económico o patrimonio. No se puede afirmar que esto implique desconocer la personería jurídica distinta porque ello implicaría un trasplante brutal y sin ductilidad al derecho laboral de normas civiles basadas en otros motivos, con otra *ratio legis.* De modo alguno puede decirse que las distintas sociedades civiles o comerciales existen para que

[441] "L. J. U.", caso 7459 (t. 62, p. 351).

[442] "L. J. U.", caso 7481 (t. 63, p. 48). Esta sentencia recaída en el asunto "Frade, Ramón Pablo, c/ Mariskonea S.A." tiene el interés de haber iniciado en este tribunal una corriente jurisprudencial que esa sala ha mantenido invariablemente pese a la variedad de sus integraciones.

lo que es un mismo patrimonio, se tenga por dos distintos y para que el operario deba atender a todos indistintamente; y ello esté cubierto por su relación de trabajo con una personalidad del mismo, y que ello pueda ser opuesto por otras personalidades tome defensa para obtener el enriquecimiento de ese patrimonio común. Si la legislación civil y comercial permite que el juego de asientos contables y la titularidad de acciones de una empresa por otra, logren un mejor beneficio patrimonial, aun lícitamente al no haber expresa prohibición en muchos casos, al pagar menos impuesto, o al limitar el riesgo de una parte de h explotación a un monto determinado y no alcanzar a la totalidad de ese patrimonio, ello puede ser admitido y hasta compartido par razones de fomento industrial, de protección a la libre empresa, etc. Pero ello no puede jamás admitirse como oponible al derecho del operario a percibir lo justo y la contrapartida de su esfuerzo rendido.

"Descarnadamente el contrato de trabajo opone por una parte el aporte del operario, básicamente trabajo y subordinación, y por otra el del patrono; pago debido y estabilidad (oferta de trabajo y permanencia). La parte patronal no puede de modo alguno modificar ese esquema con el argumento de que su organización jurídica o contable hace que la compensación no la deba ella sino otra que sea parte de tarea. Si la tarea se hacía por otro y pasa a hacerla un operario suyo, debe retribuírla. Demande el operario a su propio patrono o a la otra persona de ese mismo patrimonio, por formar ambas parte de ese mismo patrimonio, debe cualquiera de ellas pagar, porque no puede oponerle al operario un contrato entre Alas (ni siquiera civilmente válido ante terceros) y menos un asiento contable que podrá, según dijimos, hasta el límite de la legislación antitrust por ser más o menos legal impositiva o comercialmente hablando pero nunca como obstáculo al pago debido al trabajo debidamente tutelado por la Constitución vigente. Si producido ese pago las distintas personas del patrimonio quieren prolongar la ficción y llevarla más lejos, podrán si lo estiman conveniente incluso hasta pleitear (civilmente) entre ellas y reclamarse devoluciones o indemnizaciones. Ello sí, justamente en sede civil o comercial. Pero, reiteramos, la razón y el ámbito de aplicación de esas personerías y todos sus aspectos, nunca podrán ser el derecho del trabajo. No fueron creadas para él, no son relevantes para él, y algo más aún,, no pueden utilizarse dentro de él para anular

o tergiversar el esquema clásico del contrato de trabajo. Precisamente la tutela de éste es una tutela de enriquecimiento incausado tipificada.

"Muchas acciones civiles responden en el fondo a tutelar el logro de un beneficio con disminución patrimonial de la otra parte. Pero ese principio general es su base. También lo es del derecho laboral.

"El error corriente en esta materia es pretender el trasplante directo de las personerías y en general de todas las soluciones civiles y comerciales al derecho del trabajo y aun exclamar «Disparate» cuando este derecho las rechaza sin advertir que dicho derecho responde a principios generales distintos, se aplica a distintos aspectos de la convivencia humana, a distintas zonas, con distintos valores. Pretender lo contrario es lo mismo que tratar una enfermedad síquica igual a una somática. Si bien ambas tendrán valores comunes, por ejemplo el concepto de salud, es absolutamente evidente que las propias realidades enfocadas implicarán principios y conclusiones distintas. Ejemplificando groseramente, observar al microscopio una paranoia o preparar una vacuna contra un complejo"[443].

177. Irrelevancia de la designación en forma cuando se prestaron los servicios.- Un decimoquinto ejemplo lo constituye el fallo del Tribunal de Apelaciones de 2[9] Turno, integrado por los doctores Vago, Le Vega y Frigerio, dictado el 12 de mayo de 1967, referente a la irrelevancia de la falta de designación en forma, para adquirir los derechos y el estatuto del trabajador.

En los considerando:; se dice: "Cabe destacar que la irregularidad de la designación no afecta los derechos del funcionario a que se afilie a la Caja porque esa irregularidad afectaría el contrato de trabajo, pero no a la relación de trabajo que efectivamente existió de acuerdo a los informes del propio Banco y las declaraciones del Cr. C.

"Y la existencia de la relación de trabajo es la esencial para generar los derechos del trabajador a los beneficios sociales inherentes a la misma y derivados de ellas, entre los cuales se halla la jubilación (ver de la Cueva, *Tratado,* t. II, ps. 454 y ss. ; Krotoschin, *Instituciones de derecho del trabajo,* t. I, p. 281)"[444].

[443] Revista "Derecho Laboral", caso 212 (t. XIV, p. 208).
[444] "L.J.U.", caso 7094 (t. 59, p. 141) .

178. Pluralidad de contratos. Un decimosexto ejemplo resulta de una sentencia del 27 de agosto de 1969, del Tribunal de Apelaciones de Primer Turno, integrado por los doctores Carlos Dubra, Nelson García Otero y Orlando Olmedo, en que para dilucidar un problema de prescripción de jornales de vacaciones, se plantea la pluralidad o unidad de relaciones laborales, en función de la vinculación de las empresas donde trabajó sucesivamente el reclamante y que pertenecían al mismo grupo familiar.

Empieza por fijar el criterio general, remitiéndose a lo establecido en un fallo anterior: "Tratándose de un conflicto laboral, la Sala entiende que la decisión que adopte no puede basarse en las formas externas que haya adquirido la relación de trabajo, sino en su esencia, contenido y naturaleza".

Y luego, reproduciendo también párrafos de otra sentencia del mismo tribunal, alude a "La legislación que se dictó en nuestro país, ante la crisis bancaria de 1964, algunas de cuyas normas, como el art. 15 de la ley 13.330 y el art. 1 de la ley 13.469, tienen por presupuesto la realidad económica subyacente, no la estructura jurídica formal o externa que adquirió esa realidad. En el derecho tributario se ha realizado igual esfuerzo legislativo en defensa de los intereses fiscales. Por tanto, no corresponde ignorar que el derecho, en cuanto regulador de conductas, se nutre con la realidad de la vida y debe en todos los casos considerarla debidamente"[445].

179. Continuación de los servicios después del despido. — Un decimoséptimo ejemplo lo aporta la sentencia dictada en 1969 por el Tribunal de Apelaciones de Tercer Turno, integrado por los doctores José P. Igoa, Álvaro Méndez Modernell y Gilberto Echeverry, que aplica este criterio para resolver un problema relacionado con la duración del trabajo, ya que se trataba de un portero de una casa de apartamentos que pese a ser despedido continuó prestando servicios.

En el fallo se dice: "...en lo atinente a la duración de la relación laboral, tampoco es de recibo el agravio de la recurrente, porque sea cual haya sido la resolución de la demandada, mientras la misma no se haya traducido en acto externo, no tiene significación. El contrato de trabajo es un contrato realidad, como se ha sostenido

[445] "L.J.U.", caso 7882 (t. 66, p. 222) .

reiteradamente y en autos se ha demostrado que el accionante seguía desempeñando las funciones de portero después de diciembre de 1966, con la prueba testimonial rendida (fs. 23/30, 44). Por tanto, si la empleadora resolvió no continuar la relación de trabajo en la fecha que indica debió adoptar las medidas conducentes para impedirle al accionante seguir desempeñando la tarea de portero. Si tal cosa no se hizo, como resulta de los testimonios aportados, el documento de f. 56 no tiene la eficacia que pretende la demandada porque la decisión no tuvo realidad externa, con relación al actor. En consecuencia, la demandada debe abonar el sueldo por el tiempo que duró la relación laboral……"[446].

180. Falta de valor de una renuncia contenida en un recibo. — Un decimoctavo ejemplo lo aporta la sentencia de fecha 11 de febrero de 1970 del Tribunal de Apelaciones de 1' Turno, integrado por los doctores Nelson García Otero, Rubén Stratta, Enrique Frigerio y José P. Igoa, en el que para descartar el valor de la renuncia a toda reclamación contenida en un recibo, expresa: "Existiendo el despido, la confesión escrita del abandono implantada en un recibo de pago, es totalmente ineficaz para eliminar la obligación de indemnizar. En el derecho laboral, derecho realidad, cuentan los hechos, no su documentación, como lo estableció la Sala en sentencia 84 del 21 de abril de 1967, autos Frade con Mariskonea, a la que se remite, reputándola parte integrante de esta resolución"[447].

181. Criterio de apreciación de la prueba. Un decimonoveno ejemplo proviene del mismo Tribunal de Apelaciones, integrado por los doctores Carlos Dubra, Nelson García Otero y Orlando Olmedo, el cual, en una sentencia del 19 de octubre de 1970, aplica este principio como criterio que sirve para apreciar la prueba aportada al juicio.

En dicho fallo se dice: "El contrato de trabajo es un contrato-realidad, ante el cual los hechos son los que cuentan, y no su documentación (sents. 132/68, 186, 224, 305/69, 113/70, "L. J. U.", caso 7263, y Plá Rodríguez, en "Rey. Fac. Der.", XX,

[446] Fallo recaído en los autos "Coppola Bonomi, Ulises, c/ Bigain. Cobro de salarios". No tenemos conocimiento de que se haya publicado la sentencia.

[447] L.J.U.", caso 7264 (t. 61, p. 48).

p. 331), y de consiguiente las aportaciones testimoniales, constancias de fs. 169 y 170 referidas a pagos por asignaciones familiares, las críticas al peritaje de f. 125, planillas de f. 114 y datos de las libretas de fs. 6, 67, pierden significación y valía al no colmar el déficit anotado"[448].

182. Viajantes. — Un vigésimo ejemplo puede constituírlo una sentencia de fecha 4 de setiembre de 1974 del mismo Tribunal de Apelaciones, integrado por los doctores Nelson García Otero, Orlando. Olmedo y José P. Gatto de Souza, el cual, examinando un problema relativo a eventuales viajantes independientes, dice: "Ya la Sala ha marcado reiteradamente su criterio de que en los juicios laborales tiene primacía la realidad laboral existente, frente a la forma documental que pudiera haber revestido la vinculación de trabajo"[449].

183. Primacía de la relación de trabajo.— Un vigésimo-primer ejemplo proviene del mismo Tribunal, que con idéntica integración, en una sentencia del 21 de octubre de 1974, expresa: "El cuerpo reafirma su criterio jurisprudencial en cuanto a que es la relación de trabajo lo que genera el derecho a la percepción del salario y demás prestaciones legales y que el contrato sólo juega una mera función de «enrolamiento», que corresponde atender a su realidad material, a su dinámica funcional objetiva, y no a la documentación susceptible de digitación y manipulación acomodaticia"[450].

184. Conclusión. — Entendemos que esta veintena de casos es más ilustrativa sobre la amplitud y variedad de aplicaciones del principio, que una enumeración sistemática de posibles aplicaciones que intentáramos, ya que por más imaginación y cuidado que pusiéramos en su elaboración, la riqueza de la vida práctica tornaría, en poco tiempo, incompleta y anticuada la enumeración expuesta.

Por otra-parte, esta reseña que comprende una tan numerosa y representativa lista de magistrados, revela que no se trata

[448] "L.J.U.", caso 7387 (t. '62, p. 117).
[449] "L.J.U.", caso 8215 (t. 69, p. 400).
[450] "L.J.U.", caso 8284 (t. 70, p. 143).

de una mera construcción doctrinal, sino de un principio amplia y firmemente recibido por nuestra jurisprudencia.

Sólo nos resta agregar que con posterioridad a las fechas de los fallos referidos, se han multiplicado las sentencias en que se ha aplicado este criterio de primacía de la realidad. Pero resultaría fatigoso e innecesario prolongar esta enumeración que no haría sino confirmar lo expuesto.

V

EL PRINCIPIO DE LA RAZONABILIDAD

185. Carácter novedoso. En la enumeración de los principios realizada por diversos autores, no se hace referencia a uno que repetidamente, aunque en forma incidental, había sido utilizado por la jurisprudencia: el principio de razonabilidad o de racionalidad[451].

Sin embargo, en la práctica profesional y docente hemos apreciado experimentalmente su utilidad, fecundidad y amplitud.

Por eso, lo incorporaremos a nuestro desarrollo, aunque somos conscientes de que la falta de antecedentes puede hacer particularmente controvertible este capítulo.

186. Denominación. — Empezaremos por plantearnos un problema terminológico: ¿principio de racionalidad o de razonabilidad?

Nada mejor que recurrir a la definición gramatical.

[451] DEVEALI, en una nota de jurisprudencia en que citaba múltiples fallos, afirma: "cabe presumir que las partes reconocieron implícitamente la facultad patronal de modificar el horario inicialmente pactado, dentro de los límites legales y de acuerdo con la costumbre y las necesidades de la empresa, siempre que tal cambio no modificara sustancialmente la obligación a cargo del empleado, haciéndola mucho más onerosa de lo que éste *razonablemente* podía presumir en el momento de estipular el contrato de trabajo" *(Sobre la facultad patronal de modificar el horario de* trab*ajo,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1948, p. 240).

MONZÓN, en otra nota posterior, reproduce esta frase utilizada por varias sentencias: "es facultad del' empleador distribuir las tareas del personal de acuerdo a un criterio *racional* de trabajo dentro del establecimiento" (Sala I, 24/3/54; Sala IV, 21/4/49) *(En torno al "jus variandi",* en "Derecho del Trabajo", 1956, p. 142).

NÁPOLI, refiriéndose también al *jus variarsdi,* dice que el empleador, al ponerlo en acción, ha de obrar con prudencia y buena fe, tratando de conciliar *razonablemente* los legítimos intereses de la empresa, los de los trabajadores interesados y los de la sociedad" *(Derecho del trabajo y de la seguridad social,* 2a. ed., Buenos Aires, 1971, p. 113).

Racionalidad es la calidad de racional. Y racional es lo dotado de razón o arreglado a la razón.

A su vez, razonabilidad es la calidad de razonable. Y razonable es definido corno lo arreglado, lo justo, lo conforme a razón. El propio diccionario equipara ambas expresiones al indicar como sinónimo: racional.

De modo que ambos términos, en rigor de verdad, son equivalentes. Sin embargo, la palabra "racional" se suele utilizar con mayor frecuencia para referirse al ser dotado de razón, y la palabra "razonable" se suele reservar para aludir a las actitudes conformes a la razón.

Por eso, sin hacer cuestión fundamental, preferimos la palabra "razonabilidad" porque se ajusta más al sentido a que nos referimos al usar esta expresión. El ser racional puede no actuar razonablemente, si se deja llevar por la pasión o el interés desmedido. Y nosotros querernos aludir al supuesto —que es uno de aquellos en que descansa el derecho del trabajo— de que las partes en materia laboral actúan —o, mejor dicho, deben actuar— razonablemente, es decir, conforme a la razón.

187. Noción. — Reducido, pues, a su expresión más escueta podemos decir que el principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial (le que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón.

Podría decirse, quizá, que una afirmación tan elemental no es exclusiva del derecho del trabajo, sino propia de todas las ramas del derecho. Todo el orden jurídico se estructura en torno de criterios de razón y de justicia que parten de la naturaleza de la persona humana y buscan concretar un ideal de justicia.

El supuesto del régimen jurídico es que el hombre actúa razonablemente, y no arbitrariamente, ya que la arbitrariedad puede mirarse como la contrapartida de la razonabilidad. La Corte Suprema argentina ha dicho que toda pretensión de una persona —sea física o moral— debe encuadrarse en un marco de razonabilidad jurídica[452].

Pero aparte de que los principios del derecho del trabajo no tienen por qué ser necesariamente peculiares a esta rama ju-

[452] "Fallos de la Corte Suprema", 98-20, 171-348.

rídica[453], la pertinencia de un principio de esta naturaleza parece resultar más necesaria en aquellas zonas donde la índole de las pragmáticas normativas dejan un ancho campo para la decisión individual. Pero esa amplitud del margen de actuación derivada de la imposibilidad misma de las previsiones, no puede confundirse con la discrecionalidad absoluta ni con la licitud de cualquier comportamiento, por arbitrario que él sea.

Se trata, como se ve, de una especie de límite o de freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles.

188. Aplicación en el derecho constitucional.- Tanto no es exclusivo del derecho del trabajo que hay Algunos precedentes en otros campos del derecho.

Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense ha aplicado este criterio de razonabilidad para la determinación de cuáles son las limitaciones ai principio de igualdad establecida por ia Constitución que puede disponer el legislador. El reconocimiento de la igualdad entre todos los seres humanos no significa la imposibilidad de establecer leyes aplicables a ciertos sectores de personas. Aquí empieza a jugar el criterio de la razonabilidad: si se justifica razonablemente la discriminación, cabe reconocer como legítima la limitación del principio de igualdad. Pero si, al contrario, la línea divisoria o el criterio distintivo carece de razonabilidad, la discriminación carece de legitimación y justificación.

Justino Jiménez de Aréchaga, que ha difundida entre nosotros las conclusiones de la jurisprudencia norteamericana en este aspecto, la resume en esta forma: El principio de igualdad "no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas a condición de que todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y de que la determinación de la clase sea razonable, no injusta o caprichosa o arbitraria, sino

[453] Ya hemos expresado que el hecho de que sean principios propios del derecho del trabaja no significa necesariamente que todos sean diferentes de todos los que inspiran las otras ramas jurídicas. O sea, que no tienen por qué ser absolutamente exclusivos. Pero como conjunto, deben configurar un elenco que no se reproduce, en la misma forma, en las demás disciplinas jurídicas (ver *supra,* n° 9

fundada en una real distinción". Cita luego una serie de fallos que afirman: "Aunque la legislación de clase es prohibida por la garantía federal de igualdad ante la ley, ella no prohíbe una razonable clasificación de las personas y de las cosas, con fines de legislación". Y precisa que "la razonabilidad de la formación de los grupos o clases no puede ser juzgada independientemente del objeto mismo perseguido por la ley", ilustrando tal afirmación con el siguiente ejemplo: "Sería arbitrario disponer que las mujeres no podrán gozar del derecho de reunión o del derecho de asociación con la misma intensidad que los hombres porque, desde el punto (le vista del ejercicio del derecho de reunión, no se alcanza a percibir la posibilidad de establecer una diferencia razonable entre mujeres y hombres. En cambio, sería razonable disponer que, en relación a ciertos trabajos industriales, las mujeres no puedan ejercer su libertad de trabajo con la misma intensidad que los hombres, porque puede tratarse de trabajos ele tal naturaleza que causen un daño físico más intenso a la mujer que al hombre. Así, pues, se puede legislar «para mujeres», pero la razonabilidad de la constitución de las mujeres en grupo o clase distinta desde el punto de vista legislativo resultará de la consideración de cuál es la materia legislada"[454].

Juan Francisco Linares ha expuesto en una excelente monografía sobre el tema[455], cómo la jurisprudencia norteamericana fue desenvolviendo este principio de razonabilidad del principio del debido proceso en juicio, el cual figura como un standard jurídico[456] que inicialmente tuvo un alcance puramente procesal o instrumental, para adquirir luego un sentido sustantivo, convirtiéndose en una especie de garantía constitucional innominada.

[454] *La Constitución Nacional,* Montevideo, 1946, t. II, p. 159.

[455] Juan Francisco LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina,* Buenos Aires, 1970.

[456] Es curioso señalar la proximidad entre el concepto de principio y el de *standard*. *ROSCOE* POUND describe al *standard* como "una regla muy general de conducta, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada". LINARES lo define, en cambio, como "una fórmula legal por la cual se pone como antecedente o consecuente en la norma jurídica un objeto cultural egológico (por ej., «buena fe, justo y razonable», etc.) o un objeto cultural no egológico cuya connotación conceptual deja al órgano aplicador de la norma un amplio arbitrio" (ob. cit., p. 28).

El debido proceso .exige que exista cierta sustancial y razonable relación entre la ley y la seguridad, salubridad, moralidad y bienestar, etc., de la población. Es lo que se ha llamado la regla del equilibrio conveniente *(balance of convenience role) o* de racionalidad o de las relaciones sustanciales.

Pero el determinar cuándo ese equilibrio existe, cuándo un acto es razonable bajo ese aspecto, constituye un problema arduo. Varias son las fórmulas que se han dado para conceptuar lo que es razonable o conforme a la regla del equilibrio conveniente. Entre otras, pueden citarse como ejemplos las siguientes:

a) es la comparación y equilibrio de las ventajas que lleva a la comunidad un acto estatal con las cargas que le causa;

b) es la adecuación entre el medio empleado por el acto y la finalidad que él persigue;

c) es la conformidad del acto con una serie de principios, a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad.

Algunos pasajes de fallos de la Corte Suprema estadounidense son particularmente ilustrativos: "Constituye una regla general establecida por la jurisprudencia estadounidense, que para que una medida de policía sea razonable, los medios adoptados deben ser razonablemente necesarios y adecuados para el cumplimiento de los objetos legítimos comprendidos dentro del dominio de dicho poder" . . . "Para ser constitucional una regulación legislativa sancionada en ejercicio del poder de policía, debe tener una relación verdadera y sustancial con la salud, la seguridad, la moral pública o algún otro aspecto del bienestar general" . . . "La regulación debe tender al cumplimiento o la promoción de tales objetos en un grado perceptible y claro, sea en la prevención de alguna ofensa o daño manifiesto o en la consecución de dichas finalidades. Los medios empleados no deben ir más allá de las necesidades del caso".

Cita la opinión de Carl Schmidt para demostrar que la exigencia de razonabilidad para los actos estatales no es una institución exclusiva de los pueblos de habla inglesa. "La vinculación del legislador a la ley es posible, sin embargo, sólo en tanto la ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc.". Esta característica de la ley del Estado de derecho proviene de la filosofía griega y pasó a Occidente a través de la Escolástica. "La ley no es voluntad de uno o muchos hombres sino una cosa general racional; no *voluntas* sino *ratio.* Esto vale sin distinción de formas de gobierno para monarquía, aristocracia

y democracia. Por eso distingue Aristóteles una democracia en que impera la ley de otra clase de democracia en que imperan las resoluciones populares, y no las leyes.... También para Santo Tomás de Aquino la ley es una *racione ordinatio* en contraste con la voluntad conturbada por las pasiones de un individuo o de una masa de hombres"[457].

Ese mismo concepto ha sido aplicado por la Corte Suprema argentina. En efecto, revisando sus fallos, afirma que hay un dato cuya aparición tiene cierta constancia: la utilización expresa o implícita de cierto criterio de racionalidad para estimar si una ley implica alterar los derechos fundamentales del individuo. A veces se invoca el art. 28 del texto constitucional[458] y otras se utiliza la expresión verbal "razonable" o "razonabilidad", pero el concepto es siempre el mismo: la fórmula de racionalidad o balanza de conveniencia arbitrada por las cortes estadounidenses en su particular concepción del debido proceso sustantivo.

189. Aplicación en el derecho penal. Otro ejemplo, muy distinto y distante del anterior, es el que se relaciona con uno de los elementos propios de la legítima defensa dentro del derecho penal. En efecto, el art. 26 del Código Penal incluye a la legítima defensa dentro de las causas de justificación, y para que ella se configure exige que concurran tres circunstancias, una de las cuales es : *"b)* necesidad racional del medio empleado para repelerla (la injusta agresión) o impedir el daño".

No tendría sentido que nos internemos en las elaboraciones doctrinales o jurisprudenciales destinadas a fijar con precisión el alcance de este componente de la legítima defensa. Pero podemos decir, con un ilustre penalista argentino, "que se trata de un criterio flexible, que no puede ser apreciado en abstracto, sino en cada caso concreto: el medio es racional cuando sea el necesario dentro de las posibilidades de que el autor dispone"[459]. Y otro penalista, no menos ilustre, enseña que la víctima de una agresión ilegítima puede

[457] Carl SCHMIDT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1964, p. 162.

[458] Este artículo, inspirado por ALBERDI, dice textualmente: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

[459] Carlos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal, t.* II, 1956, p. 144.

defenderse oportunamente, pero, no obstante, ser ilegítima su defensa por no haber reaccionado en forma adecuada. La acción u omisión, prosigue, es racionalmente necesaria como defensa, si guarda proporción con la agresión[460].

Esta aplicación del criterio de racionalidad en el ámbito del derecho penal, sirve para poner de manifiesto algunos rasgos típicos de él en cualquier otra área jurídica:

a) la necesidad de analizar, en concreto, cada caso en que se aplica este criterio.;

b) el enfoque flexible y elástico con que debe manejarse;

c) la necesidad de una cierta proporcionalidad entre la acción y la reacción[461]

190. Aplicación en el derecho civil. - Otro concepto con el cual se guarda un parentesco más lejano, pero con el que se conservan ciertos rasgos comunes, es el de "buen padre de familia", propio del derecho civil, que también debe ser examinado en cada caso, frente a las circunstancias concretas, y que supone una actuación equilibrada y razonable.

191. Características. Elasticidad.-- Tanto la definición que hemos propuesto como los ejemplos que aunque procedentes de otras ramas del ,derecho sirven para ilustrar el principio que estamos describiendo, nos muestran que se trata de un criterio muy general, de índole puramente formal, sin un contenido concreto.

Justamente esa falta de contenido concreto, al mismo tiempo que le da una gran dosis de imprecisión y vaguedad, asegura y promueve su fecundidad.

En la medida en que se intenta apresarlo en una definición precisa que se extienda más allá de la simple enumeración, se le están agregando ingredientes extraños que no sólo lo impurifican restándole legitimidad e indiscutibilidad, sino que lo restringen en sus posibilidades prácticas de aplicación[462].

[460] Ricardo C. NÚÑEZ, *Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires, 1959, t. I, p. 371.

[461] Justamente Roberto A. TERÁN LOMAS denomina una ilustrativa nota sobre el particular en esta forma: *Racionalidad del medio y exceso,* revista "La Ley" del 1 de febrero de 1968.

[462] Hace notar LINARES que es manifiesta la, resistencia de los jueces estadounidenses, y en particular, de la Corte Suprema federal, a dar

Pensamos que gran parte de su utilidad deriva de su elasticidad, de la amplitud ilimitada de su alcance, de la variedad indefinida de sus formas de aplicación.

Si se le quiere dar un contenido preciso, se le está limitando en su funcionalidad.

Por eso, para respetar su verdadero carácter y salvaguardar su función completa debe dejársele en su expresión primitiva y escueta.

192. Cierta dosis de subjetividad. Otra característica que tiene este criterio es su carácter parcialmente subjetivo.

Lo han puesto de manifiesto diversos jueces estadounidenses al analizar el problema de la razonabilidad de las leyes. Holmes expresa: "Se puede decir que la diferencia que separa lo razonable de lo que no lo es, no es sino una cuestión de grado. Si se analizan las situaciones, con prolijidad se encuentran muchas diferencias. A cada instante son las diferencias de grado las que permiten determinar medida en que la legislación puede ejercer su poder de policía". Hall afirma: "El criterio de razonabilidad no puede ser definido con precisión, pero un estudio cuidadoso de los casos específicos tiende a desenvolver una comprensión intuitiva de la razonabilidad. Esta comprensión excede al análisis y totaliza en ella muchas impresiones inconvenientes y oscuras; ello es suficiente para suministrar como guía cuando es acompañada del conocimiento de los hechos particulares y de las condiciones del medio".

Coinciden con este enfoque los comentaristas. Galland advierte: "Decir que una prescripción legislativa es razonable, es decir que viene a su hora, que está conforme a la opinión general, a lo que piensa el americano medio". Y Dales, después de un agudo desarrollo, concluye: "En cuanto al debido proceso, la única limitación sobre las legislaturas es que un acto que prive a una persona de su libe atad o propiedad es nulo cuando en el balance de todos los intereses, el efecto predominante de este acto es tal que cualquier generalización resultante de sostenerlo abriría un camino libre de ataque, por las legislaturas

una definición del concepto debido proceso en su aspecto sustantivo -que el autor identifica con la garantía de racionalidad-, resistencia que se justifica por la peligrosidad :le cerrar el camino a posibles variaciones de él (ob. cit., p. 27).

contra una fundamental condición de existencia del orden social".

Y resumiendo este punto, hace notar Linares —de quien hemos extraído estas citas— que la decisión de este punto no puede quedar librada al juicio, o intuición o sensaciones viscerales de los jueces, pese a que éstos por razones obvias no pueden expresamente afirmarlas con carácter general, por lo que deben de alguna manera agregar en el fallo consideraciones tendientes a demostrar la justificación de su apreciación. Por eso concluye que "la valoración jurídica es sólo parcialmente subjetiva, pues también en parte es o debe ser objetiva en el sentido de compartida por la comunidad"[463].

En otras palabras, podemos decir que la noción de razonabilidad, si bien conduce, en último término, a apreciaciones indemostrables —en ello radica su componente subjetivo—, no puede autorizar, por definición, ningún juicio caprichoso, arbitrario o extremadamente personal. Debe ser una conclusión a la que llegue naturalmente cualquier persona normal que juzgue equilibradamente el problema, con idéntico conjunto de elementos de juicio.

193. Aplicación en el derecho laboral. Señal de verosimilitud. — Pensamos que en el derecho del trabajo este principio tiene dos grandes formas de aplicación.

En algunos casos, este principio sirve para medir la verosimilitud de determinada explicación o solución.

En el dinamismo propio de las prácticas comerciales e industriales y en la variedad inmensa de situaciones en que el trabajo de una persona se coloca al servicio de otra mediante el pago de una retribución, hay infinidad de situaciones equívocas, confusas, limítrofes. Son las famosas zonas grises de que se ha hablado tantas veces, que requieren un detenido análisis para poder determinar si se trata de una auténtica relación laboral o no, y sobre todo, para poder distinguir la autenticidad de la ficción. Todos sabemos que junto con la gran multiplicidad de situaciones difíciles de catalogar y clasificar y al amparo de esa dificultad, sé ha intentado disimular verdaderas relaciones laborales con apariencias confusas.

[463] Ob. cit., p. 124.

El criterio de racionalidad puede servir como criterio distintivo —o como medio de aplicar los criterios distintivos— en situaciones límites en las cuales deba distinguirse la realidad de la simulación.

No se trata, como se comprenderá, de un criterio absoluto e infalible porque la vida real es muy rica en posibilidades de muy distinto signo y aspecto, que a veces parecen inverosímiles por lo complejas. Se ha dicho, con razón, que la vida real es más fecunda que la imaginación más frondosa del legislador o del jurista. Y todos tenernos presente casos prácticos tan complejos que si no supiéramos que eran auténticos, los descartaríamos por su inverosímil conjunto de complicaciones y peculiaridades. Pero, de todos modos, actúa como un criterio adicional, complementario, confirmatorio, suficiente cuando no hay otros elementos de juicio.

Se basa en el supuesto de que el hombre común actúa normalmente conforme a la razón, y encuadrado en ciertos patrones de conducta que son los que corrientemente se prefieren **y** se siguen por ser los más lógicos.

Hay excepciones. Acabamos de reconocerlo o de evocarlas. Pero precisamente porque son excepciones y se apartan de la regla general, deben justificarse y probarse especialmente.

194. Cauce de ciertas facultades. — En otros casos, el principio de racionalidad actúa corno cauce, como límite, como freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad.

La propia índole de la relación laboral que pone una persona bajo la subordinación de otra persona durante cierto tiempo, para que mientras él trascurra sea ella quien indique las tareas y determine la forma en que debe actuarse, obliga a ciertos límites elásticos y multiformes, que mantengan ese poder de dirección dentro de los cauces adecuados.

Hay una doble base para ello. Por una parte, el trascurso del contrato, que por ser de tracto sucesivo supone una duración en el tiempo. La mayoría de las veces de muy larga dimensión. Por la otra, la circunstancia de que los contratos de trabajo suponen formas de colaboración personal en una empresa que debe perseguir sus propios objetivos económicos y que por consiguiente debe tener un poder de dirección para alcanzar sus objetivos. Ambas características impiden una regulación completa

y absoluta de la actividad de la empresa, Al contrario, se requiere cierta soltura, cierta amplitud, cierta discrecionalidad para actuar.

Pero ello no puede permitir ni justificar la arbitrariedad. Las facultades patronales no se conceden para la arbitrariedad ni para la comisión de injusticias o de discriminaciones personales. El poder directivo de la empresa se legitima en cuanto cada empresa debe ser conducida y orientada, con sentido de unidad, hacia la obtención de su fin económico, que es lo que justificó su existencia. Pero no puede servir para venganzas ni persecuciones personales ni para actuar caprichosa o irracionalmente.

Hay, pues, un cauce ancho, amplio, imprevisible en sus delimitaciones, dentro del cual debe mantenerse el empleador en sus decisiones.

195. Ejemplos prácticos de aplicación. Contratación mediata. Hemos dicho que este principio es muy rico y fecundo en aplicaciones concretas.

Por eso, no pretendemos agotar la lista de ejemplos de aplicación. Nos limitaremos a exponer algunos, cuya propia variedad sirva para darnos idea de la vastedad de sus posibles aplicaciones.

Respecto de la primera forma de aplicación -la que sirve para distinguir las relaciones auténticas de las simuladas- podemos citar el ejemplo de la llamada contratación mediata.

En la complejidad de la actividad económica moderna, muchas veces una empresa encomienda la realización de una tarea complementaria y especializada a otra empresa. Razones de economía en los costos, de mayor eficiencia en los servicios, de utilización plena de equipos técnicos excesivos para una sola explotación explican la proliferación de estas contrataciones o subcontrataciones. Pero junto con esos casos en que no cabe duda de que se trata de empresas independientes que contratan entre sí para desarrollar una actividad económica concertada, hay otros en los que simplemente el empleador busca eludir o aligerar sus responsabilidades laborales o de previsión social, promoviendo artificialmente la ficción de una empresa que figura a nombre de una persona (generalmente, un ex empleado) que aparece como contratando a otros trabajadores ; pero que en realidad actúa como un simple intermediario de la empresa

principal, que es la auténtica empleadora tanto del que figura como intermediario como de sus empleados.

El profesor alemán Herman Dersch, partiendo de la experiencia de las cuestiones planteadas en el Instituto de Seguro Social de Alemania, enuncia su teoría de "las relaciones de trabajo con dependencia mediata", expresando que el punto de partida para la configuración de esa institución la ofrecen aquellas relaciones de trabajo en que un empleador ocupa a otra persona, Ta cual, a su vez, emplea auxiliares para el cumplimiento de su obligación de prestar trabajo, de manera que una persona intermediaria se interpone entre esos auxiliares y aquel en cuyo beneficio económico el trabajo se realiza realmente. Establece enseguida una diferenciación en dos grupos, que gira en torno de la diferente posición que puede asumir el intermediario, ya sea que se trate de un trabajador dependiente del empleador principal o bien de un trabajador autónomo que no tenga con el empleador principal más que una relación de carácter comercial.

En el primer supuesto, o sea, cuando es un trabajador dependiente, lo denomina *empleador-intermediario;* en el segundo, cuando es autónomo, se la llama *empresario intermediario.* La relación de trabajo mediata se produce en el primer caso, es decir, cuando la persona intermediaria es empleador intermediario de los trabajadores auxiliares y al mismo tiempo trabajador dependiente del empleador principal.

Para juzgar las relaciones de los trabajadores auxiliares con el empleado intermediario y el empleador principal es importante examinar, primero, si el empleador intermediario es verdadero empleador de los trabajadores auxiliares en el sentido del derecho del trabajo. No cabe duda de que la persona intermediaria carece de la calidad de empleador cuando sólo actúa como representante del empleador principal en virtud de un poder otorgado por éste. En esta hipótesis, el contrato de trabajo se concluye con la persona intermediaria como representante, es decir, en nombre del empleador principal, que es el único empleador del trabajador. A la inversa, tampoco caben dudas en el sentido de afirmar la calidad de empleador de la persona intermediaria, cuando dicha persona ha contratado al trabajador para que le sirva de ayuda sin la voluntad expresa o tácita del empleador principal y hasta en contra de la voluntad de éste.

Entre estos dos casos extremos están aquellos en que la .contratación de los auxiliares por el empleador intermediario se hace a sabiendas del empleador principal o con el consentimiento de éste, sin que la persona intermediaria, sin embargo, esté autorizada, expresa o tácitamente, a actuar en nombre del empleador principal.

En este grupo encuadran, sobre todo, los casos mencionados del director de orquesta, del maestro-ladrillero, del tambero y del jefe de equipo de estibadores[464].

Un criterio distintivo fundamental es la racionalidad de la subcontratación. Si del punto de vista racional se justifica por la índole de la actividad encomendada contratar por separado, tenemos un verdadero contrato de trabajo autónomo. En cambio, si racionalmente no se justifica esa delimitación de tareas, ello constituye un factor más para considerar que estarnos ante una ficción, ante lo que Dersch llama empleador intermediario.

Sin utilizar la denominación empleada por nosotros, algunos autores utilizan un criterio discriminatorio similar. Así, por ejemplo, Benito Pérez alude a "los usos y costumbres del trabajo que existen en muchas actividades, como elementos coadyuvantes para determinar cuándo nos encontramos frente a un típico contratista o a un obrero disfrazado de contratista, algo muy frecuente en la industria de la construcción. En esta actividad es muy común que el empresario principal contrate a subempresarios o contratistas, para encomendarles la ejecución de partes de la obra, como ser, el enyesado de los cielorrasos, los frentes, la carpintería, la pintura, la instalación eléctrica, las obras sanitarias, etc. Cada una de estas actividades suele encomendarse a una persona por un precio alzado, que se obliga a ejecutarla de acuerdo con los planos, diseños e instrucciones del empresario principal, quien tiene en definitiva a su cargo la construcción de la obra. En estos supuestos, el contratista es quien contrata los operarios que van a trabajar bajo sus órdenes, en cuya contratación el empresario principal no tiene ninguna injerencia, ni siquiera indirecta, pues sólo se limita a controlar el resultado del trabajo encomendado al contratista. En estos supuestos estamos

[464] Revista jurídica "La Ley" del 19 de agosto de 1949. Puede leerse también un resumen y glosa de esa posición en la nota de Jorge MACRI titulada *Pseudocontratistas y dependencia mediata,* en la revista "Derecho del Trabajo", 1952, ps. 402 y ss.

en presencia de un verdadero contratista o subempresario"[465].

Deveali, en una nota anterior, había mencionado una serie de ejemplos que ponían en evidencia por su artificiosidad, su carácter ficticio. La cuestión "consiste en determinar cuándo se trata de un *verdadero contratista* —cuya función económica, especialmente en algunas ramas de actividad, no puede seriamente negarse— y cuándo, en cambio, el contratista representa solamente un *hombre de* paja, un vulgar biombo que sirve para ocultar al verdadero empleador, a efectos de evitar que éste tenga que responder con su patrimonio a las obligaciones que pueden nacer de la relación laboral.

"La distinción entre el verdadero contratista y el contratista simulado, o por lo menos artificioso, no siempre es fácil. En efecto, al lado de los casos típicos son numerosos los casos intermedios, en que el propósito fraudulento parece acompañarse de una seria justificación económica. Se trata de decidir hasta qué punto ésta es suficiente para legitimar la situación, con prescindencia del primer factor.

"Entre los casos más típicos de burla a la ley por medio de contratistas, que se presentaron en otros países, nos limitaremos a recordar el de una importante empresa eléctrica que para escapar de la responsabilidad por accidentes de trabajo, hªbía encargado a un ex empleado suyo, absolutamente insolvente, proveer, como contratista, a la instalación de todas las nuevas líneas; el caso de una empresa que utilizaba numerosos mensajeros, la cual constituyó una cooperativa entre los mismos, contratando con ella el precio unitario de cada servicio; y por último, el caso —bastante frecuente— del dueño de una panadería que promueve una sociedad de hecho entre sus obreros, alquilando a la misma su establecimiento ; y le entrega la harina y retira el pan elaborado con ella, pagando cierto precio por su elaboración"[466].

Se advierte fácilmente, pese a la variedad de las presentaciones de los criterios y de los ejemplos, que lo que subyace en todas estas formulaciones es el criterio de razonabilidad.

[465] *El contratista en el ámbito del derecho laboral*, en la revista "Derecho del Trabajo", 1958, ps. 57 y ss.

[466] *Los pseudocontratistas y la burla* a *la ley 11.729*, en la revista "Derecho del Trabajo", 1944, p. 575.

196. Contratación autónoma. Un segundo ejemplo, bastante próximo al anterior, puede vincularse con la discriminación entre el vendedor o viajante autónomo y el vendedor o viajante empleado. Entre los múltiples criterios que deben aplicarse simultáneamente para distinguir una figura de la otra, debe tenerse presente también este criterio: si se explica y se justifica racionalmente esta actividad ejercida en forma autónoma[467].

Un ejemplo similar al anterior lo constituyen las situaciones en que se contratan personas para cumplir funciones que en otras empresas -y a veces en la misma empresa- son desempeñadas por empleados. Ello ocurre con frecuencia con las entidades que prestan asistencia médica, respecto de los técnicos, sean o no profesionales universitarios. Algunas veces la contratación autónoma es perfectamente verosímil por su carácter excepcional o sumamente extraña. Otras veces, esa contratación independiente resulta poco explicable por la regularidad y frecuencia con que se prestan los servicios. Entre unos casos y otros, el criterio de razonabilidad puede señalar una adecuada línea divisoria y contribuir a distinguir la verdad de la ficción.

197. Ejercicio del "jus variandi". -- Son mucho más claros y numerosos los ejemplos pertenecientes a lo que hemos llamado la segunda forma de aplicación de este principio. Por eso mismo será mucho más breve y sencilla su exposición.

Un primer caso es el relacionado con el ejercicio del *jus variandi.*

Como se sabe, éste consiste en la posibilidad de cambiar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador. Si a éste le pertenece la responsabilidad de la conducción económica de la empresa, a él le corresponde la facultad correlativa de organizar el trabajo y ajustar las diversas modalidades del funcionamiento de la empresa y, por tanto, de la prestación de las tareas de cada uno de los trabajadores.

[467] En una nota publicada en la revista uruguaya "Derecho Laboral" con el título *Criterios prácticos de distinción entre el corredor* a *comisión empleado y el autónomo* (t. II, p. 379), que ha tenido amplia acogida en nuestra jurisprudencia, mencionábamos una serie de criterios; pero no éste. Nuevas reflexiones sobre el particular nos han llevado a pensar que debía también incluírse el que estamos exponiendo.

Pero cada acto en que se ejerce este derecho debe poder justificarse desde el punto de vista de la razón, en el caso de ser controvertido o resistido.

Es que esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida. Y ello significa que el empleador debe podér invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio. Y, por tanto, debe contrapesarlas, llegado el caso, con eventuales razones invocadas por el trabajador para oponerse en la situación concreta. Si el trabajador puede justificar que la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la resistencia del trabajador. Con mayor razón aún si se demuestra que está inspirada por móviles persecutorios de represalia, sin responder al legítimo interés de la empresa.

En definitiva, un derecha de la parte empleadora, tan amplio en su formulación, tiene la limitación intrínseca, derivada de que debe sustentarse no en bases arbitrarias, sino en bases razonables.

198. Poder disciplinario. - Un segundo ejemplo es el relacionado con el ejercicio del poder disciplinario de la empresa. Nadie puede negar el derecho del empleador de complementar y respaldar el poder directivo del empleador con la facultad de sancionar a los infractores. Es lo que le da eficacia y efectividad a aquél.

Pero esa posibilidad de aplicar sanciones no significa una carta blanca para actuar de cualquier manera. Tiene que basarse en criterios de razonabilidad.

Debe existir una razonable proporcionalidad entre las sanciones aplicables y la conducta del trabajador, tanto en lo que se refiere a la entidad de la falta como a su reiteración, como a los restantes antecedentes del trabajador sancionado.

En último término, el trabajador que reputa excesiva o injustamente la sanción puede reclamar contra ella. Y el magistrado que actúa para controlarla no puede aplicar otro criterio que el de la razonabilidad.

199. Apreciación de la notoria mala conducta. - Un tercer caso -emparentado con el que acabamos de exponer, hasta el punto de que en cierto modo constituye una manera de aplicación

de él— es el relacionado con la forma de apreciar los hechos que configuran la notoria mala conducta.

Del mismo modo que no hay un código penal laboral que enumere todas las conductas castigables y establezca la sanción que corresponda a cada una de ellas, tampoco hay un catálogo de actitudes que merezcan el calificativo de notoria mala conducta. A veces puede estar constituido por un hecho de suficiente gravedad como para merecer por sí solo ese calificativo. Otras veces se requiere la configuración de una serie de hechos que merezcan, en conjunto, esa apreciación. Incluso en aquellos establecimientos donde haya reglamentos internos, las normas son lo suficientemente amplias y elásticas como para comprender un ancho margen en el cual se mueve la apreciación individual.

Si bien el empleador debe tomar posición, dentro de ciertos márgenes, él no actúa exento de todo control. Debe ajustarse a criterios de razonabilidad para que examinados o controlados por la justicia, ésta pueda considerar legítima la decisión tomada.

Hemos puesto estos ejemplos como una forma de ilustración de la vastedad y variedad de aplicación de este principio. Pero su mérito y su virtualidad deriva justamente de la gran variedad de aplicaciones en todos los ámbitos del derecho laboral.

VI

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

200. Plan. - No suele ser este principio incluido en las enumeraciones de los principios del derecho del trabajo.

Es mucho más frecuente encontrar la referencia a otro principio con el cual tiene cierta vinculación. Nos referimos al principio de rendimiento, que es mencionado por varios autores[468].

Nosotros creemos que no corresponde exponer tal principio como un principio independiente, dado que él se subsume y ubica dentro de uno de alcance más, amplio como es el de la buena fe.

Nos proponemos demostrar brevemente por qué descartamos el principio del rendimiento, para luego exponer las razones por las que nos inclinamos por el principio de la buena fe; desarrollando después el alcance **y** significado de este principio.

1) EL PRINCIPIO DEL RENDIMIENTO

201. Noción. - El principio del rendimiento ha sido mencionado por varios autores; pero sin que todos ellos coincidan en atribuirle exactamente la misma significación.

[468] Es el caso de PÉREZ BOTIJA *(El derecho del trabajo. Concepto, sustantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas,* Madrid, 1947, p. 156; *y Curso de derecho del trabajo,* Madrid, 1948, p. 96) ; de MENÉNDEZ PIDAL *(Derecho social español,* Madrid, 1952, t. I, p. 96) ; de HERNAINZ MÁRQUEZ *(Tratado elemental de derecho del trabajo,* Madrid, 1969, p. 89) ; de CABANELLAS *(Introducción al derecho laboral,* Buenos Aires, 1961, t. I, p. 564) ; de TISSEMBAU[M] *(La constitucionalización y codificación del derecho del trabajo, Sus fuentes e interpretación,* en el *Tratado de derecho del trabajo* dirigido por Deveali, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 400) ; de BORRAJO DACRUZ *(Introducción al derecho español del trabajo,* Madrid, 1969, t. I, p. 192) ; y de A ALMANSA PASTOR *(Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del trabajo,* en "Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo", n[9] 3, junio 1972, p. 28).

Por eso, vamos a describir las notas y alcance que atribuyen en conjunto a este principio los diversos autores y que constituyen como un mínimo común denominador en que todos los partidarios de este principio concuerdan. Nos parece más útil este sistema que la resella de la exposición individual de cada autor.

En cuanto a la noción, entendemos que este principio consiste fundamentalmente en la afirmación de que ambas partes deben realizar el máximo esfuerzo en aumentar, acrecentar e impulsar la producción nacional, en cuanto dependa de la empresa.

Corno se ve, es un principio que se presenta como complementario —o, mejor dicho, compensatorio— de los restantes principios que tienden, de una manera u otra, a contemplar o a hacer efectiva la protección del trabajador[469]. Todo _el derecho del trabajo busca sustancialmente compensar con una desigualdad jurídica favorable al trabajador, la desigualdad económica existente en perjuicio del trabajador[470]". Y este principio adquiere, en cierto modo, el sentido de una condición, de una razón de ser, de una justificación de la existencia de los otros principios.

Pero este principio tiene también la particularidad de que no queda aislado o circunscrito al ámbito del derecho del trabajo. Al contrario, lo trasciende para vincular al trabajo con el aumento de la producción nacional. Se incorpora así la posición y el esfuerzo de cada tr[a]bajador y de cada empresario a una empresa nacional de mucho más vasto alcance, como es la relativa al aumento de la producción global del país en su conjunto. De allí que se señale que justamente en virtud de este principio se entronca lo laboral con lo económico.

Precisando algo más su alcance, se ha dicho que este principio, como comprende tanto a los trabajadores como a los empleadores —ya que ambos quedan obligados a hacer el máximo esfuerzo en esa dirección--, implica finalmente un sentido aglutinante y unificador. No tiende a contraponer ni siquiera a distanciar las partes del contrato de trabajo, sino todo lo contrario: a impulsarlos a que conjuguen sus esfuerzos

[469] TISSEMBAUM lo llama justamente principio complementario o concurrente.

[470] Ya hemos citado la frase de COUTURE, registrada en un artículo publicado en 1941: "El procedimiento lógico de corregir desigualdades es el crear otras desigualdades" (ver nota 46).

en idéntica orientación, que en definitiva no sólo beneficia a la comunidad en su conjunto, sino a cada integrante de la empresa en particular, en cuanto consolida la fuente de trabajo y ocupación.

En ese orden de afinamiento del concepto, se ha señalado que en rigor no se refiere a la producción sino a la productividad. En otras palabras, se procura señalar el deber de acrecentar no tanto el resultado global —que está determinado por múltiples factores que escapan al control de las partes—como la eficacia de los esfuerzos realizados en función de los medios empleados. Es un tema referido a la proporcionalidad entre el esfuerzo y el resultado, más que una mera cuantificación de los resultados. De allí que su alcance sea más cualitativo que cuantitativo.

202. Consecuencias. Pero partiendo de estas bases, las consecuencias prácticas que tiene este principio se aplican sobre todo al trabajador, aunque por la bilateralidad de la relación inevitablemente tenga una repercusión en el empleador.

En primer lugar, determina una obligación del trabajador de aplicar sus energías normales al cumplimiento de las tareas encomendadas. O sea, que determina un nivel de contracción al trabajo por debajo del cual se estaría violando el contrato. Por elástico e impreciso que sea ese nivel, lo cierto es que marca un criterio que puede servir de punto de referencia para determinar si se ha configurado o no una violación contractual.

En segundo lugar, se ha invocado este principio para negar validez a ciertas formas de lucha obrera, o de acción sindical, que importan una rebaja del rendimiento normal. El ejemplo más típico es el trabajo a desgano, en el cual el trabajador disminuye intencionalmente la intensidad de su labor como medio de presión, sea ante el empleador, sea ante el gremio patronal, sea ante el propio Estado. Hay también otros medios de lucha, que tienen en común el ser formas de trabajo irregular o anómalo que producen igual resultado disminutorio. Todas ellas quedarían alcanzadas por esta prohibición inserta en el principio.

En tercer lugar, este principio inspira y legitima diversos sistemas de retribución. Desde luego, todas las formas de salario por piezas o por tareas, o de remuneración a destajo; pero también todas aquellas que buscan crear algún incentivo en el

trabajador para que aumente el producto obtenido con su tarea. Me refiero, por ejemplo, a la inmensa gama de sistemas de primas que estén dirigidas, de una manera u otra, a premiar y estimular la productividad, la calidad, la velocidad de producción, la economía de los materiales, etc.

Hemos procurado reseñar objetivamente el sentido, el alcance y las consecuencias que se atribuyen al principia de rendimiento por parte de aquellos autores que lo recogen como tal.

203. Impugnación. Veamos ahora las razones por las cuales entendemos que no cabe admitir este principio, aun cuando muchas de las ideas que acabamos de reseñar sean correctas y las podamos compartir.

La primera es que, tal como se presenta, tiene un alcance limitado, o sea, referido exclusivamente a aquellas actividades vinculadas con la producción nacional. Sabemos que el derecho laboral se aplica en todos los casos en que haya una relación de trabajo subordinado, por lo que para que un principio merezca realmente el calificativo de tal, debe ser aplicable a toda, clase de relaciones, y no solamente a las que pertenezcan a determinado sector.

La segunda es que generalmente se vincula este principio con una motivación de orden patriótico, por no decir político. Es decir, que los autores que han expuesto este principio suelen pertenecer a países donde existen normas generales, de rango constitucional o similar, en las que se afirma la obligación genérica de todo habitante de contribuir al esfuerzo colectivo. Este ingrediente político revela que más que un principio propio del derecho del trabajo, parece ser la proyección al campo laboral de un principio general mucho más genérico, pero que por ser de naturaleza política está embebido de circunstancialidad[471]. La tercera es que más que un principio autónomo, aparece como la contrapartida, como el contrapeso, como la compensación de otros principios

[471] Como se habrá advertido por la enumeración contenida en la nota 468, casi todos los autores que recogen este principio son españoles y se basan en una norma del derecho positivo de su país: la Declaración XI del Fuera del Trabajo, que afirma que la Producción nacional constituye una unidad económica al servicio de la Patria, quedando todos sus factores subordinados al suprema interés nacional, considerándose delitos todos los actos, individuales o colectivos, que atenten contra ella. También expresa que será sancionada toda disminución dolosa en el rendimiento en el trabajo.

que ellos sí han justificado el derecho del trabajo. En último término, cada uno de los auténticos principios del derecho del trabajo tendrían que servir para justificar la existencia de esta rama autónoma del derecho. O sea, que cualquiera de ellos alcanzaría, por sí solo, para explicar la razón de ser de nuestra disciplina. No creemos que nadie pueda pensar que este principio del rendimiento tenga tal jerarquía como para justificar nuestra rama del derecho. Invariablemente se lo presenta después de haber expuesto otros y siempre atribuyéndole, de una manera o de otra, un significado compensatorio y secundario.

La cuarta razón es que dentro del conjunto de los principios normalmente propuestos que pese a su diversidad y variedad de expresiones guardan una estrecha conexión, éste parece revestir el carácter de un cuerpo extraño. Con mayor o menor claridad, todos los otros principios buscan proteger al trabajador. Por eso hay quienes los reducen to os a un único principio protector. En cambio, este principio responde a otro origen: no busca proteger al trabajador, sino a la comunidad, eventualmente dañada por la conducta del trabajado

La quinta razón es que si bien teóricamente se explicita comprendiendo tanto la necesidad del esfuerzo del trabajador corno del empleador, en la práctica, cuando se van a concretar sus consecuencias prácticas, todo se reduce a una serie de obligaciones a cargo del trabajador[472]. Tanto por esta proyección unilateral como por esta repercusión riera mente obligacional, parece ser que la partícula de verdad o de acierto que se encierra en la mención de este principio puede ser recogida dentro de una enunciación más general y adecuada, que es lo que intentamos hacer.

2) EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

204. Importancia.— En realidad, si se cree que hay obligación de rendir en el trabajo es porque s parte del supuesto de

[472] Justamente esta razón es la que lleve a _Manuel ALONSO GARCÍA —que es uno de los autores que mejor desarrolla el tema de los principios propios del derecho del trabajo— a descartar este pretendido principio: "El rendimiento, en definitiva, es una consecuencia inherente a la misma relación jurídica desenvuelta en prestación y contraprestación. A nuestro juicio, no hay un deber especial de rendimiento distinto de la misma prestación que se concreta en la realización del servicio objeto del contrato" *(Derecho del trabajo,* Barcelona, 1960; t. 1, p. 2U).

que el trabajador debe cumplir su contrato de buena fe, y entre las exigencias de ella se encuentra la de poner el empeño normal en el cumplimiento de la tarea encomendada[473].

Pero al mismo tiempo esa obligación de buena fe alcanza asimismo al empleador, que también tiene que cumplir lealmente sus obligaciones.

A ambas partes alcanza la norma contenida en el segundo inciso del art. 1291 del Código Civil, según el cual todos los contratos "deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley".

Debemos señalar con Ernesto Eduardo Borga que la buena fe no es una norma —ni se reduce a una o más obligaciones—sino que es un principio jurídico fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad de él y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas, aun cuando no siempre se le mencione en forma expresa[474].

En manifiesto contraste con los antiguos juristas, que sólo admitían los efectos de la buena fe en los casos en que de manera expresa y literal el ordenamiento jurídico aludía a ella, se la ve ahora como principio general, informante de la totalidad de la regulación con características de postulado moral y ju-rídico[475]".

Por eso mismo puede decirse que está dotado de una singular plasticidad[476].

Esa intensidad creciente que ha ido adquiriendo en el derecho contemporáneo se debe, en gran parte, a que se ha convertido en vehículo que facilita la socialización del derecho, así como las ideas del moderno solidarismo económico que impregna la casi totalidad de las

[473] TISSEMBAUM vincula el principio del rendimiento con la buena fe al decir que es un principia "que tiende a consolidarse en base a la buena fe de las obligaciones y en el de la eficiencia de la colaboración en la actividad laboral" (ob. cit., p. 400).

[474] *Enciclopedia jurídica Omeba,* t. II, p. 404.

[475] ALSINA ATIENZA, *Efectos jurídicos de la buena fe,* Buenos Aires, 1935, p. 4.

[476] Alberto REYES TERRA, *El principio de la buena fe:* elasticidad de su aplicación en función, de los intereses en juego ("Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 71, p. 99).

manifestaciones concretas de la experiencia jurídica de nuestro tiempo[477].

205. Aplicación en el derecho del trabajo. Lógicamente esta actualización creciente de la importancia de la buena fe se advierte también en el derecho del trabajo, como lo han puesto de manifiesto varios autores.

Es así que Krotoschin, al exponer el deber de fidelidad como una de las obligaciones emergentes de la relación laboral, dice: "En el fondo, la fidelidad, no sólo etimológica sino materialmente, es otra expresión de aquella buena fe que tanta importancia tiene en el contrato de trabajo y que por lo tanto engloba todo un conjunto de deberes recíprocos emanados del espíritu de colaboración y confianza que también en el terreno interindividual caracteriza a la relación de trabajo"[478].

Máximo Daniel Monzón, tomando pie en la afirmación anterior, expresa: "Ocurre, sin embargo, que la fidelidad no es más que una forma de expresión de la buena fe, como afirma Krotoschin, de esa buena fe tradicional cuyo concepto nos legara el derecho romano y que aunque nuestro código no lo diga expresamente, es una presunción básica de todo derecho, constituyendo un postulado que surge de toda la economía de nuestra ley civil. Buena fe que la doctrina moderna llama «buena fe-lealtad» en el cumplimiento de los deberes contractuales, antigüedad infinitamente venerable según Josserand, pero de equitativas y fecundas aplicaciones.

"La buena fe entendida en la significación objetiva de cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales se distingue de la buena fe subjetiva o psicológica comprensiva del error o falsa creencia, y según Grassetti, significa, lealtad recíproca de conducta completamente leal en las relaciones sociales, causa que justifica la «confianza» y al mismo tiempo exigencia imprescindible de conducta precisamente para que la confianza resulte justificada. Las partes se hallan así obligadas a una lealtad recíproca de conducta -*recta mente et firma devotione*- que constituye en su plena bilateralidad la más alta expresión de los factores jurídico-personales que matizan el contrato de trabajo.

[477] Ernesto Eduardo BORGA, ob. cit., p. 405.
[478] *Instituciones de derecho del trabajo*, t. I, p. 330.

"La fidelidad como obligación unilateral del trabajador a la que suele asignarse en correspondencia ciertos deberes del empleador (asistencia, protección, etc.) debe ser sustituida en la valoración judicial por la buena fe como módulo regulador de la conducta de ambas partes.

"El standard jurídico de la buena fe, que rige toda la materia contractual, permite, en su extraña ductilidad, recoger los más diversos aspectos de las relaciones laborales, sin olvidar que, como decía Ripert -con referencia al derecho civil pero en frase que Liene plena validez para nuestra disciplina-, «este derecho se perfecciona en la medida en que puede tener en cuenta la buena fe de los sujetos de derecho»"[479].

Y en una nota de jurisprudencia más reciente, Ricardo Siniscalchi destaca entre los méritos de la sentencia que comenta: "La extensión del principio rector de la buena fe de los actos laborales individuales a los actos laborales colectivos... Imponer entonces el principio de la buena fe dentro de las relaciones colectivas sin presumir a priori mala fe de ninguna de ellas (arts. 4009 y 2362, Cód. Civil) y requerirla en forma recíproca y bilateral es otro de los rasgos positivos que vislumbramos en esta decisión judicial"[480].

206. Objeciones. Frente a esta serie de consideraciones, se han formulado dos tipos de reservas u objeciones que buscan contrarrestar tal argumentación.

La primera reserva se refiere a que la buena fe es una exigencia propia de todo el derecho, y por consiguiente no es exclusiva del derecho laboral. Por una parte, se señala que la, buena fe constituye un ingrediente de orden moral indispensable para el adecuado cumplimiento del derecho. Sin ese componente, la mayoría de las normas jurídicas pierden su sentido y su significación[481]. Por otra parte, se recuerda que el art. 1291

[479] *La fidelidad y la buena fe* en *el contrato de* trabajo, en la revista "Derecha del Trabajo", 1949, ps. 351 y ss.

[480] *La buena fe, el deber de explicarse y el aformalismo: mecanismos de impulsión del derecho colectivo laboral,* en "Jurisprudencia Argentina", 14 de agosta de 1968, p. 4.

[481] Un destacado civilista brasileño, Virgilio DE SÁ PEREIRA, dice: "Un código es un conjunto de reglas que la moral sanciona; eliminad de los textos la buena fe y serán un conjunta de ganzúas" *(Direito de familia,* Río de Janeiro, 1923, p. 223).

del Código Civil se aplica a todos los contratos, y no sólo al contrato de trabajo. En consecuencia, se concluye, no puede ser considerado principio del derecho trabajo un principio que ha de regir en todas las ramas del derecho.

A modo de respuesta, repitamos lo ya dicho en el sentido de que los principios del derecho del trabajo no son necesariamente exclusivos. Puede haber principios que sirvan simultáneamente para esta disciplina jurídica y para otras. Lo que debe ser exclusivo -en el sentido de original y peculiar de cada rama-es el elenco en su conjunto, aunque cada uno de los principios que integren ese elenco sirvan para más de una disciplina[482].

Pero lo más importante de señalar es que este principio de buena fe tiene en el derecho laboral una significación muy especial por el componente personal que existe en esta rama jurídica.

El contrato de trabajo no crea sólo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también personal. Crea, por otra parte, una relación estable y continuada en la cual se exige la confianza recíproca en múltiples planos, en encontradas direcciones y sobre todo por un período prolongado de tiempo.

Para el debido cumplimiento de esas obligaciones y el adecuado mantenimiento de esas relaciones resulta importantísimo Que ambas partes actúen de buena fe.

Por eso decimos que la justificación y la aplicación de este principio tiene una significación, una duración y una necesidad muy superiores a las Que puede tener en contratos que se agotan en un intercambio único de prestaciones o en una simple correspondencia de prestaciones materiales[483].

La segunda reserva se basa en que en definitiva, cuando se especifica el significado y las resultancias de este principio, todo se concreta en la enumeración de obligaciones de las partes. La objeción sería válida si el alcance y el significado de este principio se agotaran en la determinación de una o más obligaciones.

[482] Ver *supra*, n° 9,

[483] Dice PÉREZ BOTIJA: "La relación de trabajo no es un negocio circunstancial, ni una fugaz transacción mercant[il], sino que entraña vínculos sociológicos personales y permanentes. Aun originada por un hecho económico, no puede condensarse exclusivamente en derechos y deberes patrimoniales; existen con ellos vínculos de orden moral y espi[r]itual que, en una moderna acepción del trabajo, no debemos desconocer" (Curso de *derecho del* trabajo, Madrid, 1948, p. 176)

Pero creernos que un principio no es lo mismo que una obligación ni varias obligaciones ni siquiera un conjunto de obligaciones que abarquen a las dos partes.

Es una idea general que comprende, explica y respalda las obligaciones que emanan de su contenido; pero que las trasciende. Porque sirve para orientar la interpretación, para suplir las omisiones, para inspirar al propio legislador.

Y parece evidente que cuando hablamos del principio de la buena fe nos estamos refiriendo a una de esas ideas centrales de gran fecundidad y múltiples aplicaciones que desbordan la simple enumeración de obligaciones, aunque muchas veces se lo menciona y explica, a propósito de la determinación de alguna de las obligaciones.

207. Concepto de la buena fe.— Pero afirmada la importancia del principio de la buena fe dentro del derecho del trabajo, debernos efectuar una serie (le precisiones y aclaraciones que nos permitan avanzar en el análisis y en el alcance de este principio.

En primer término, el concepto mismo de la buena fe.

Se suele distinguir la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad. Aunque ambas denominaciones son lo suficientemente claras como para no necesitar definiciones, vamos a efectuar unas breves anotaciones para aclarar su alcance.

La buena fe-creencia es la posición de quien ignora determinados hechos y piensa, por tanto, que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie. Es el sentido en que se emplea cuando se habla del poseedor de buena fe (que ignora el vicio o el obstáculo que le impide la adquisición de la cosa o el derecho poseído) o del cónyuge que contrae un matrimonio putativo pues ignora el impedimento o el error esencial y, en consecuencia, los efectos jurídicos son como si el acto fuera válido)[484].

La buena fe-lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en

[484] Alberto REYES TERRA, siguiendo a Dalmiro ALSINA ATIENZA, define a la "buena fe-creencia" (el *Guter Glaube* alemán) como la buena fe de quien cree obrar con arreglo a derecho, aunque fundado en una creencia equivocada, excusable por una apariencia engañosa *(El principio de* la *buena fe en la práctica judicial civil,* Montevideo, 1969, p. 14).

cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Más aún: implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones[485].

En ambos casos no alcanza la mera subjetividad, ya que ello se refiere a un aspecto íntimo que en algún sentido es impenetrable. Desde el punto de vista jurídico, se analiza la conducta del sujeto para comprobar si la actitud asumida e invocada coincide con las valoraciones vigentes de la comunidad.

Es así que en el primer caso no basta con la mera creencia, librada a la sola subjetividad del agente: es preciso que el agente ponga o haya puesto la diligencia necesaria para alcanzar —aun cuando no lo consiga— un exacto conocimiento de las cosas que patentice en el resultado negativo para conocer lo verdadero, un esfuerzo inoperante dentro de lo normal.

Con relación a lo segundo, debemos recurrir a la conciencia objetiva que se exterioriza en un tipo o medida —para lo usual, y no lo extraordinario—, como puede ser la conducta o diligencia de un buen padre de familia o del hombre medio[486].

Parece innecesario aclarar que la buena fe que debe regir como principio del derecho del trabajo es la buena fe-lealtad, o sea, que se refiere a un comportamiento, y no a una mera convicción.

208. Alcanza a ambas partes. — En segundo término, corresponde destacar que este principio abarca a ambas partes del contrato, y no a una sola de ellas.

En este sentido es tan importante la buena fe que debe demostrar el empleador como la que debe inspirar al trabajador.

Justamente una de las ventajas del planteo sustitutivo que proponemos es que sirve para poner de relieve, en forma mucho más clara que cuando se hablaba de la obligación de rendimiento, que

[485] El mismo magistrado define a la "buena fe-probidad" (el *Treu und Gtauben* del derecho germánico) como la buena fe de quien obra con el propósito sincero y leal en el terreno de las transacciones, de conformarse a las .disposiciones de derecho" (ob. cit., p. 13).

[486] BORGA, a quien hemos seguido en la distinción de los dos sentidos de la expresión "buena fe", agrega esta precisión esclarecedora: "en la existencia o no de la buena fe no son los elementos subjetivos los que deciden la valoración de la conducta; sino la conciencia axiológica de la comunidad, cuya objetividad se afirma en un tipo o modelo del obrar que opera como el meridiano de toda conducta: la del hombre medio o, si se prefiere la terminología tradicional, el buen padre de familia" (ob. cit., p. 409).

esta exigencia debe regir por igual a ambos contratantes.

Generalmente se insiste en el cumplimiento del deber del trabajador de rendir —es decir, de que el trabajo se haga bien y a un ritmo regular—, pero se omiten muchas otras implicaciones encerradas en la idea de que el trabajador debe actuar lealmente. Pero sobre todo se suele prescindir de la proyección de este principio en lo que respecta a la conducta del empleador. Éste debe actuar lealmente y cumplir de buena fe con sus obligaciones de tal. La reafirmación de esta obligación no es ociosa ni inútil porque la experiencia práctica suministra múltiples ejemplos de violaciones de este deber : desde el empleador que paga salarios inferiores a los mínimos establecidos o atribuye categorías que no corresponden, hasta el que hace un ejercicio abusivo o injustificado del *jus variandi*, sin olvidar los casos menos frecuentes pero no desconocidos de aquellos patrones que obligan al trabajador a cumplir horario sin asignarle ninguna tarea para que se encuentre moralmente incómodo y acabe por retirarse de la empresa.

Creemos, pues, que la aplicación del principio de buena fe tiene muy numerosas y diversificadas repercusiones que exceden lo que podríamos llamar un catálogo de obligaciones para exigir un tipo más general de conducta, acorde con el espíritu y la finalidad del contrato.

209. Alcanza a todas las obligaciones contractuales. En tercer término, debe señalarse que este principio debe ser tenido en cuenta para la aplicación de todos los derechos y obligaciones que las partes adquieren como consecuencia del contrato de trabajo.

Es un modo de actuar, un estilo de conducta, una forma de proceder ante las mil y una emergencias de la vida cotidiana que no puede encerrarse ni limitarse a la forma de cumplimiento de ciertas obligaciones.

Y que cuanto más importante es la obligación y mayor el tiempo que ella demande, mayor será la importancia práctica del principio. En ese sentido, tal importancia parece centrarse en la obligación, por una parte, de prestar los servicios y, por la otra, de pagarle la retribución correspondiente, ya que a propósito del cumplimiento de estas dos obligaciones básicas es donde más ocasiones surgen para violar el principio.

No obstante ello, suelen mencionarse algunas otras obligaciones complementarias o accesorias, que por tener una connotación moral indudable, parecen estar más directamente vinculados a este principio. Dada la jerarquía e los autores que establecen esta vinculación creemos útil referirnos a ello.

Barassi, por ejemplo, ubica el tema dentro de lo que él llama deber de colaboración. "El trabajador inserto en un organismo-empresa asume con tal posición la calidad de «colaborador» del empresario del que depende. El trabajador se obliga no a prestar su propio trabajo intelectual o colaborando en esa forma a la empresa sino a colaborar mediante la prestación". Y señala como expresiones fundamentales de este deber de colaboración las siguientes: a) el ejecutar el trabajo personalmente; b) el ejecutar su trabajo con la diligencia normal del buen trabajador. Y después de explicar el alcance de esas consecuencias, agrega este párrafo que vale la pena trascribir textualmente: "Más aún, el trabajador debe cumplir su deber de colaboración mediante una *ejecución de buena fe que* es regla fundamental del art. 1375, que dice: «el contrato debe ejecutarse con buena fe». Se trata, pues, de un concepto ético, puesto precisamente en relación con la diligencia del buen padre de familia. Se trata de la equidad, de la corrección a la luz de lo que se ha practicado siempre y de las finalidades de la empresa. Es sobre todo la integración de *dicta, et promissa,* de la explícita disposición contenida en la ley o en el reglamento de la empresa; una integración que precisamente en nombre de la corrección Puede, además, por un momento o un breve lapso de tiempo, determinar la extralimitación de la categoría". Y después de poner ejemplos de esto último agrega textualmente: "La buena fe es la rectitud integrante de la disposición escrita (legislativa o adoptada por vía intersindical) ve la cual el empleador hace hincapié, tenida muy en cuenta por él, pues representa la garantía de su expectativa acerca de a aceptación de su dependiente, en la ejecución del trabajo; a las exigencias de la prestación correctamente integral. En suma, es la adaptación de esta última a ese contenido que ha consagrado la práctica de la empresa, reforzada por las exigencias productivas y el tiempo"[487].

[487] *Tratado de derecho del* trabajo (edició castellana), Buenos Aires, 1953, 1. II, pe. 282 y se.

Paul Durand, en cambio, presenta bajo el rubro de buena fe la obligación de fidelidad. En efecto, con el título *La obligación de ejecutar el contrato de buena fe* expresa: "Las relaciones de trabajo no consisten en un simple intercambio de prestaciones de orden patrimonial. Ellas hacen entrar al trabajador en una comunidad de trabajo y obligan al empleador a testimoniarle una confianza necesaria. Ellas imponen al trabajador una obligación de buena fe particular y se ha podido hablar de una obligación de fidelidad del trabajador respecto del empleador.

"Este deber de una particular buena fe impone al trabajador la obligación de abstenerse de todo acto que pueda perjudicar al empleador y de cumplir aquellos que tiendan a la protección de los intereses de Éste. Esta obligación está a menudo precisada en su contenido de trabajo. Ella será tanto más imperiosa cuanto las relaciones personales entre las partes sean más estrechas: menos estrictas para los obreros que para los empleados (más íntimamente asociados a las tareas del empresario) y el personal del servicio doméstico que participa en la vida familiar"[488]. Y explica luego las formas de manifestación:

1) El trabajador debe reservar al empleador todo el tiempo para el cual se comprometió, evitando el trabajo para terceros durante el horario de trabajo.

2) El trabajador está impedido de revelar secretos de fabricación o secretos comerciales.

3) El trabajador debe abstenerse de efectuar concurrencia desleal.

4) El trabajador debe omitir todas las formas de corrupción especificadas en la legislación.

Camerlynck prefiere utilizar la expresión "ejecución leal". "Según los términos del art. 1134, apartado 3, del Código Civil, los contratos deben ser ejecutados de buena fe. Dado el carácter personal de las relaciones de trabajo, tal obligación parece imponerse aquí con una fuerza particular. La doctrina habla, incluso, del deber de fidelidad. Esta "formulación impregnada de un cierto paternalismo y que evoca la noción germánica de sumisión se comprendería en el seno de la empresa concebida como una verdadera comunidad de trabajo, cuyos miembros colocados bajo la autoridad funcional de su jefe, serían estrechamente solidarios.

[488] *Traité de droit du travail,* París, 1950, t. II, ps. 586 y ss.

Ella no parece casi corresponder al espíritu que preside las relaciones de trabajo en el interior de una empresa, de la que el trabajador no forma parte, al servicio del cual se encuentra colocado y de la que puede ser despedido en cualquier momento. Esta pretendida solidaridad sería notoriamente contrarrestada por el sentimiento acusado de la solidaridad obrera reforzada por el recurso a la huelga. La palabra «corrección» nos parece corresponder mejor a las exigencias que se le pueden formular a un trabajador, sea obrero, sea empleado, por lo menos si es subalterno.

"Ella no exige en principio de parte del trabajador una consagración que exceda sus obligaciones estrictas: de hecho el temor del despido lo obligará, a lo mismo"[489].

Cabe señalar que este mismo autor incluye entre las obligaciones del empleador deberes análogos. En efecto, dice expresamente: "En el ejercicio de su autoridad el empleador está ligado por una obligación de lealtad y de corrección"[490].

A nosotros nos parece que es un principio que ha de presidir toda la relación laboral y que no puede quedar circunscrito al ámbito de determinadas obligaciones.

210. Compatibilidad con formas de trabajo irregular. — Finalmente querernos plantearnos el problema de si este principio de la buena ¯fe incluye las distintas formas atípicas de huelga, como el trabajo enlentecido o el trabajo a desgano o el trabajo a reglamento o con limitaciones paralizantes o entorpecedoras o con exceso de celo. En fin, lo que la doctrina francesa llama *grève perlée,* y que entre nosotros ha sido llamada "toda otra forma de trabajo irregular".

Barassi ha sostenido con la mayor energía que todos esos medios de lucha —que él engloba, genéricamente, en la denominación de "no colaboración"— y que califica de insidiosos, por encima de sus distintas formas y modalidades se han ideado y aplicado con olvido de la regla fundamental de la ejecución de la obligación de colaboración, según la diligencia del buen trabajador

[489] *Contrat de travail,* por G. CAMERLYNCK, en *Traité de droit du travail,* París, 1968, p. 205. Conceptos análogos pueden encontrarse en el *Précia* Dalloz, *Droit du travail,* de G. H. CAMERLYNCK y Gérard LYON-CAEN, París, 1972, p. 185.

[490] Ob. cit., p. 192.

y según la buena fe concluye el examen de las diferentes variedades con la significativa frase de que "la obligaci6n jurídica de la colaboración excluye la no colaboración"[491].

La mayoría de la doctrina, sin llegar a los términos tan severos empleados por Barassi, se inclina por una posición ad-versa a estas formas anómalas de lucha, negándoles la denominación de huelga y, sobre todo, el estatuto jurídico que la ampara[492].

No obstante, una autoridad doctrinal tan eminente como Duran d, presenta todas estas modalidades como técnicas diferentes de la huelga. "Respondiendo a una noción común, huelgas pueden presentar aspectos diferentes", dice. Y luego entra al examen particularizado cada una de estas formas de huelga para demostrar que entran justificadamente dentro de la noción común, con la única excepción del trabajo intencionalmente mal hecho, que debería situarse dentro de las formas de sabotaje[493]. Coincidiendo con ese enfoque, otro autor francés, Georges Lavau, afirma que ante la variedad medios de lucha que han puesto en práctica los trabajadores, el rasgo característico de la huelga ya no es tanto la suspensión de la actividad corno la molestia que causa[494].

A nuestro juicio, el problema de la licitud o no licitud de estas formas de lucha no debe enfocarse en relación al cumplimiento o a la violación del principio de la buena fe.

Hay que partir de la base de que todo medio de lucha por su propia naturaleza tiende a perjudicar a la otra parte. Si no, no sirve como medio de lucha.

La huelga tiene una naturaleza especial, ya que se le atribuyen efectos jurídicos a determinados hechos que en sí mismos constituyen violaciones de deberes. La huelga clásica significa dejar concertadamente de trabajar en un momento en que debía trabajarse. Si no se contraria la obligación de trabajar, no hay huelga. Una omisión de prestar las tareas realizadas con el consentimiento del empleador, no constituye huelga. Por eso,

[401] Ob. oit., t. II, ps. 284 y ss.

[492] Uno de los exámenes más severos de la *grève perlée* puede leerse en el libro de J. DE HULSTER, Le *droit* de grève et sa réglamentación, Paris, 1952, ps. 52 y ss.

[493] *Traité du droit du travail,* Paris, 1955, t. III, p. 725.

[494] *Transformations* et *significations de la grève,* en "Efficacité", diciembre 1953, p. 225.

se ha dicho que elaborar una teoría jurídica de ia huelga importa una labor tan difícil corno exponer la cuadratura del círculo, según la feliz frase de Scelle.

No puede, pues, invocarse para condenar medio de lucha gremial la existencia de un deber que sería violado, pues justamente de eso se trata: de violar un deber existente.

La admisibilidad o no admisibilidad de estos medios atípicos de huelga deriva de otros criterios. En nuestro país, ellos han sido especialmente excluidos y sanciona[d]os dentro de una reglamentación particularmente restrictiva de la huelga, como la contenida en el decreto 622 del 1 de agosto de 1973, sobre reglamentación sindical[495]. Pero situándonos en el plano doctrinal, pensamos que en esta materia la 'Tida no corre en vano. La experiencia enseña que hay un dinam[i]smo natural derivado de la búsqueda de la eficacia cíe los instrumentos de lucha que se crean, se modifican, se perfeccionan, asforman siempre en procura de mayor eficiencia.

Salvo el sabotaje --que supone daño directo en objetos ajenos— y las formas que se le asimilen, cualquier otra forma de lucha puede ser mirada como una manera de huelga. Claro que según los casos, la repercusión sobre la retribución deberá ser distinta. Pero evidentemente éste es un Lema diferente del que estamos tratando.

[495] La disposición referente al terna es el art. 44, cuyo texto' es el siguiente:

"Fuera del legal ejercicio del derecho de huelga,, los trabajadores que en forma voluntaria, individual o colectivamente, paralicen o perturben el servicio o la labor que les está encomendada; trabajen apartándose de las normas habituales del servicio o empresa que integran, aunque ello ocurra en forma alternada o irregular; reduzcan deliberadamente su rendimiento o de cualquier otro modo dificulten o impidan el normal cumplimiento de la actividad laboral o funcional, incurrirán en conducta ilícita y serán susceptibles, según la gravedad y consecuencias de la falta, de las siguientes sanciones:

"a) pérdidas del jornal;

"b) suspensión;

"c) despido.

"El dirigente que, en la actividad pública o privada, promueva las formas de conducta mencionadas precedentemente, incurrirá en el delito previsto en el art. 165 del Código Penal".

Paradójicamente esta disposición confirma el razonamiento expuesto. No basta la invocación del principio de la buena fe para descartar estos medios de lucha gremial: se requiere una previsión expresa en el derecho positivo.

Lo importante es señalar que no creemos que este problema pueda resolverse en función del principia de la buena fe, el cual, como es lógico, supone el cumplimiento normal del contrato.

211. Párrafo final.- Este libro no debe tener conclusiones. Es un libro inconcluso; mejor dicho, abierto en el más amplio sentido.

Se ha limitado a exponer aquellos principios que se han considerado fundamentales. Pero ellos no están encuadrados en un marco cerrado y congelado. No puede descartarse la posibilidad de incorporar otros, como resultado del propio dinamismo de la vida laboral o como fruto de las observaciones, críticas o sugerencias de quienes profundicen su estudio o discrepen con sus afirmaciones y desarrollos.

Cada principio no representa un repertorio acabado de soluciones ni siquiera un elenco determinado de directivas. Son orientaciones fermentales, de una gran riqueza potencial por el variadísimo número de aplicaciones posibles.

Por eso, pretende ser un libro incitativo, cuyo mérito principal sea su fecundidad. Aspira a ser semilla, no fruto.