



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJADOR FRENTE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL JUS VARIANDI POR PARTE DEL EMPLEADOR

OSVALDO H. SACHET
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

Estas notas no pretenden ensombrecer la algarabía con que ha sido recibida por los sectores más progresistas de la disciplina laboral la modificación introducida por la Ley 26.088 (BO.24-04-06) al art.66 de la Ley de Contrato de Trabajo, aunque sí formular un discreto llamado de atención acerca de algunas consecuencias derivadas del nuevo régimen que el estrépito puede haber ocultado.

Como es sabido, la norma regula el derecho del empleador de introducir todos los cambios inherentes a la forma y modalidad de la prestación del trabajo, potestad que descansa en la heterodeterminación del objeto contractual que debe asumirse en el tipo que atrapa la actividad dependiente ejecutada por cuenta ajena.

Alude a una decisión unilateral que se adopta sin el consentimiento del trabajador –aunque nada impide que éste pueda buscarse- que deriva de aquellos poderes de organización y dirección que la Ley asigna al empleador (Arts. 64 y 65 L.C.T.) y que por su naturaleza supone un ejercicio funcional, orientado a los fines de la empresa.

Es esta finalidad funcional la que permite calificarlas de “potestades” y no de “facultades” como lo hace el régimen legal citado, adoptando al decir de

Rodriguez Mancini¹ su denominación mas apropiada, ya que precisamente aquella se distingue del derecho subjetivo en la finalidad para la cual le ha sido reconocida jurídicamente.

Esta atribución no representa una nota de menor entidad en las fronteras de la dependencia, en tanto no ha sido conferida similar posibilidad al trabajador que debe cumplir con su prestación conforme las órdenes que le sean impartidas, pudiendo constituir una inobservancia sancionable cualquier decisión de semejante naturaleza de su parte.

Por ello al decir de algunos esta potestad crea un importante grado de indeterminación al objeto del contrato de trabajo en orden a la calificación del trabajador y la enfrenta con su débito, en tanto obligarse a ejecutar una tarea no definida lo aleja del hombre libre.

Por estas y otras razones el orden jurídico ha previsto límites a su ejercicio, reprobando –al igual que en otros casos- su ejecución abusiva, sometiéndola a condiciones de regularidad, que es del caso sólo mencionar en cuanto su desarrollo no constituye el propósito de este comentario. Son estas su razonabilidad, la inalterabilidad del núcleo del contrato y finalmente la indemnidad del trabajador.

Allende todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se ha suscitado alrededor de estos recaudos, en la disposición legal modificada, cuando el empleador disponía alguna medida vedada por la norma, el resultado siempre era el mismo: se asignaba al trabajador únicamente la posibilidad de colocarse en situación despido.

El régimen vigente, a partir de la reforma introducida por la Ley 26.088 al citado art. 66 de la L.C.T., confiere ahora al agraviado la alternativa de accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas, impidiendo o suspendiendo la ejecución de la medida, excepto que ésta fuese general.

No se trata de una vía novedosa, habida cuenta que la citada ley, en su redacción originaria (Art. 71), ya consagraba este derecho conferido al trabaja-

¹ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. “Notas de la Dependencia Laboral”, en Revista de Derecho Laboral, edit. Rubinzal Culzoni, 2005-2, p.31 y sgtes.

dor, sin que puedan rescatarse demasiadas experiencias sobre su articulación, merced a su temprana derogación por parte de la reforma que a través de la Ley 21.297 se introdujo al régimen general en el año 1976.

La decisión del legislador de suprimir esta facultad condujo a interpretar en sentido restrictivo la norma, en orden a limitar las alternativas que asistían al trabajador frente al ejercicio abusivo de este derecho por parte del empleador.

Y tal limitación fue extremada al punto de entenderse que, de cara al acto ilegítimo, la única posibilidad que quedaba al dependiente era la de considerar extinguido el vínculo fundado en esta causa, sin contar con una acción de restablecimiento a modo de la actualmente contemplada.

Si bien es cierto que primitivamente, cercanos en el tiempo a la derogación de la acción ahora reinstaurada, algunas voces del sector doctrinario se rehusaban a adjudicar tal alcance a la mentada restricción admitiendo la acción de nulidad u otras vías de impugnación como la “exceptio non adimpleti contractus”, se fue abriendo paso hasta consolidarse prácticamente con exclusividad tanto en el sector doctrinario como en el jurisprudencial, el criterio según el cual el trabajador afectado únicamente se encontraba habilitado para impugnar la decisión ilegítima mediante la denuncia contractual, colocándose en situación de despido.

De modo tal que, si frente el ejercicio del “ius variandi” el trabajador no se consideraba despedido no podía obligar -ni aún judicialmente se decía- al empleador a restablecer sus anteriores condiciones de trabajo, conforme fue el criterio de la influyente Corte Bonaerense observado hasta el año 2004².

Cabe acotar aquí que esta línea de pensamiento era considerada la más compatible con el resto del ordenamiento jurídico laboral ya que admitir la alternativa invalidante importaba una suerte de intromisión en las atribuciones de organización y dirección que le estaban legalmente conferidas en forma exclusiva al empleador.

Parecía éste el sistema más adecuadamente conciliable con el régimen de estabilidad impropia adoptado por el legislador, que ha decidido proteger al

² SCBA. L 50178, S, 16-3-1993 “Maglione, Marcelo Ricardo c/ Chuit y Maglione S.A. s/ Reinstalación en el puesto de trabajo, etc.”, LL 1993-C, 61 - DJBA 144, 165 entre otras.

trabajador frente al despido arbitrario mediante el pago de una indemnización tarifada.

En otros términos, las conductas del empleador, aún aquella que decide ponerle fin a la relación contractual sin expresión de causa (“ad nutum”), es decir la más gravosa de todas, si bien ilícita o contraria a un deber legal, no por ello ha de resultar inválida, y producirá sus efectos en forma instantánea, generando sólo consecuencias resarcitorias para su autor.

En este sentido se pronunció la Corte Federal en aquel conocido y antiguo precedente del año 1969 (CS. “De Luca c. Banco Frances”) cuestionando la validez constitucional de los regímenes estatutarios que por entonces consagraban la estabilidad propia como el de los trabajadores bancarios, destacando su irrazonabilidad en tanto suprimía el poder discrecional del empleador respecto de la integración de su personal, vulnerando otras garantías de similar orden como el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, la libertad de comercio y el derecho de propiedad.

Ya se lo anticipaba en la antesala de la reforma constitucional instrumentada a través del art. 14 bis en palabras del recordado Carlos Bravo por aquel entonces convencional cuando expresaba, persiguiendo diferenciarle del ámbito público, que “en el campo de las relaciones de derecho privado la situación es distinta. El poder discrecional que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. Resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más”³.

Y si los efectos del despido del trabajador se muestran como irreversibles, podría fácilmente inferirse, que las mismas consecuencias cabe asignar al incumplimiento contractual que se evidencia a través de una alteración abusiva de las condiciones esenciales del contrato, dado que “quien puede lo más con mayor razón aún debería poder lo menos”.

Del otro lado sin embargo podría aducirse que la validez de la reforma no

³ Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Bs.As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t.II, p.1226, citado in re “Madorrán, Marta c. v. Administración Nacional de Aduanas”, CS. 3-5-07.-

se encuentra comprometida, en tanto la mera restricción transitoria a la facultad de alterar las condiciones contractuales no parece cercenar el derecho de propiedad o la garantía a la libertad de comercio y empresa contenida en la Ley fundamental ya que el empleador siempre se encontrará facultado para disponer la ruptura del vínculo sin necesidad de tener que tolerar al dependiente que ha puesto en tela de juicio su poder de organización y dirección (aunque admito que el efecto suspensivo de la acción de restablecimiento pone una nota de duda en la cuestión).

Justo es decir que la innovación legislativa introducida al art.66 de la L.C.T. había sido de algún modo augurada vía pretoriana en un reciente precedente de la Suprema Corte Provincial que decidió variar la doctrina interpretativa del citado artículo que anteriormente fuera objeto de mención.

Ello ocurrió en el año 2004⁴, en un supuesto de cambio de categoría del dependiente que había provocado a su vez una rebaja en su nivel de ingresos, revocando el pronunciamiento de grado que aplicando el criterio hasta entonces señero, dispuso el rechazo de la pretensión de cobro de las diferencias salariales derivadas de la modificación.

Se dijo allí que el art. 66 de la L.C.T. en su segundo párrafo al hablar de la “posibilidad” indica la voluntad del legislador: retener para el trabajador el arbitrio de valorar sobre la forma de proteger mejor sus derechos, cuestionando la medida adoptada por su empleador a través de otros instrumentos jurídicos que le provee el ordenamiento (se cita como ejemplo a la exceptio del art.1201 del Cód.Civil) o recurrir a la extrema solución de aniquilar el vínculo por despido indirecto, juzgando que tal interpretación constituye la hermeneútica mas valiosa de lo que la norma pretende mandar.

Aunque es cierto que algunas voces señalaron con acierto que la nueva doctrina emanaba de un supuesto ligado al reclamo salarial, evidenciando algunas dudas sobre su aplicabilidad en caso de alteración de otras condiciones de la prestación –jornada, lugar, etc.- que exteriorizarían una directa invasión de la esfera de potestades patronales, lo cierto es que la incorporación legislativa al

⁴ SCBA., L.73.314, Sent.del 29-9-04, autos “Quiroga, José Ramón c. Consigna S.R.L. s. Cobro de Haberes”.-

no hacer distinción alguna despeja toda vacilación al respecto.

Y si bien la reciente herramienta agregada al art. 66 ha despertado profundos y variados comentarios sobre sus alcances, éstos en su mayoría han girado sobre la naturaleza de la acción, efectos y contornos en la órbita procesal, cuyo análisis no es motivo de este comentario.

Se pretende en cambio llamar la atención sobre otras consecuencias que la modificación proyecta sobre la interpretación tanto de la decisión extintiva del contrato de trabajo, como del eventual consentimiento que puede atribuirse al trabajador respecto de las condiciones alteradas en principio unilateralmente por el empleador.

1.

Sabido es que el art. 10 de la Ley 20.744 consagra una pauta de interpretación de aquellas situaciones dudosas que puedan generarse en el seno de una relación que ha nacido con vocación de permanencia, mandando que las mismas deban resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato, en lo que constituye una manifestación del denominado “principio de continuidad laboral”, aceptado uniformemente como uno de los puntos de partida generales del derecho del trabajo.

A su vez del juego de los arts. 90 y 91 puede inferirse indudablemente que el legislador ha privilegiado la permanencia y continuidad en el empleo, otorgando tutela preferente al contrato celebrado por tiempo indeterminado, que no es otro que aquel que dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de acogerse a los beneficios jubilatorios, en lo que debe entenderse en definitiva como una verdadera causal de extinción por expiración de su plazo.

De modo tal que conforme se lo ha resuelto en algún caso, la naturaleza de la relación laboral impone a ambas partes la obligación de hacer lo posible para que ésta se mantenga, siendo la resolución contractual sólo una solución excepcional para casos de suma gravedad⁵.

Si bien el citado art.91 admite la ruptura contractual antes de la expiración

⁵ CNAT., Sala VIII, 22-11-91, DT, 1992-B-1670.

del plazo cuando se configuren algunas de las causales de extinción previstas por la propia ley (renuncia, muerte del trabajador, quiebra del empleador, etc.), en el supuesto de despido, se habilita a cualquiera de las partes a hacer denuncia del contrato en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo, que constituyan injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación (Art. 242 Ley cit.).

Se advierte así que esta categoría típica de nuestra disciplina alude a un incumplimiento contra los derechos del otro, mas no a cualquiera, sino a aquel que sea de una gravedad tal que haga intolerable la subsistencia del ligamen – aún en forma provisoria-, como lo reclamaba la primitiva Ley 20.744 en su art. 263.

Pese a que la misma norma deja al arbitrio judicial su valoración, puede decirse que el art. 66 que hoy nos convoca, consagraba de algún modo una suerte de injuria “tipificada”, en tanto de cara al ejercicio abusivo del *jus variandi* por parte del empleador, al trabajador no le asistía otro derecho que disponer la ruptura contractual colocándose en situación de despido.

De lo contrario si la alteración adoptada por el empleador no afectaba aquellos derechos alcanzados por el orden público laboral y por este motivo irrenunciables, la subsistencia del vínculo aún frente la acción antifuncional de aquella potestad empresarial, podía interpretarse como un consentimiento tácito derivado de un comportamiento omisivo, y en consecuencia reputarse configurada una novación objetiva del nexo.

En otras palabras el dependiente quedaba colocado ante la disyuntiva de tener que recurrir a la disolución contractual, o soportar el cambio y de este modo exponerse al riesgo que su obrar fuese interpretado como una voluntad concurrente generadora de un nuevo acuerdo.

En este contexto, devenía en todos los casos legítima la reacción resolutoria adoptada luego de la afectación abusiva del núcleo contractual y en consecuencia, quebrantado su derecho a la estabilidad, se generaba una carga indemnizatoria para el autor del ilícito.

No parece haber quedado incólume esta solución luego de la reforma legislativa, a poco que se vea que ahora el trabajador cuenta con una nueva herramienta legal que le permite impugnar la medida preservando la perdurabilidad

originaria del vínculo.

Ya no puede hablarse de “única alternativa” y sí de un abanico de posibilidades que le asisten al afectado, cuya conducta deberá compatibilizarse con aquel deber de conservación del contrato que pesa sobre ambas partes, ya que no debe olvidarse que el ejercicio abusivo del *ius variandi* no admite un único grado e intensidad, cuya valoración otrora quedaba necesariamente enfrentada al exclusivo derecho asignado al subordinado con los contornos antes apuntados.

Si bien podría decirse que la nueva disposición legal agrega un nuevo derecho al preexistente sin mengua del primitivo que aún se mantiene como opción, cabe recordar que el régimen estatutario alberga situaciones comparables.

Resulta indudable que el incumplimiento liso y llano en el pago en tiempo y forma de remuneraciones afecta una prestación esencial que la ley pone a cargo del empleador como núcleo del sinalagma contractual. Sin embargo, contando el deudor con una acción de cobro, reiteradamente se ha resuelto que para que la deuda por salarios constituya injuria y se perfeccione el despido indirecto con justa causa, es necesario que antes que el dependiente exteriorice su voluntad de rescindir el contrato llegue a conocimiento del destinatario la intimación de pago, a los efectos de establecer su situación respecto de la relación de trabajo y su posterior decisión de considerarse despedido⁶.

En caso de esgrimir el empleador causas eximentes de su obligación de pago, la decisión de ruptura que se adopte deberá ser valorada con los parámetros que en orden a la gravedad de la injuria se han explicitado, asumiéndose que asistía al dependiente otra alternativa directamente orientada a satisfacer su pretendida acreencia sin afectar la vigencia del vínculo contractual.

Semejante situación se advierte en el caso de suspensiones injustificadas impuestas por razones disciplinarias al trabajador que reconozcan un plazo razonable menor a treinta días y que obviamente afectan el derecho al cobro de remuneraciones, en tanto estas medidas ilegítimas, en principio no dan derecho por sí solas al trabajador a disolver el contrato que puede mantenerse

⁶ SCBA.2-8-00, TySS, 2001-226.

incoándose la acción de cobro⁷.

Indudablemente en estos casos si el régimen vigente vedase al trabajador la posibilidad de perseguir exclusivamente el cobro de lo adeudado, asignándole como única vía para resistir el incumplimiento recurrir a la disolución del contrato para de este modo hacer efectivo el crédito salarial, la valoración de la conducta del afectado debería realizarse en base a estos extremos, y casi podría decirse que la inobservancia fatalmente tendrá entidad suficiente para impedir la subsistencia del vínculo.

Habilitada entonces en cabeza del trabajador una pretensión procesal que permite restablecer o evitar la violación contractual preservando paralelamente el vínculo, a semejanza de las situaciones precedentes que me he limitado a mencionar sólo a título de ejemplo, se pone en crisis la aptitud rupturista que otrora debía adjudicarse al ejercicio abusivo de la potestad de variar cualquier modalidad esencial del contrato.

2.

Otro costado que ofrece la reforma se vincula a la apreciación del consentimiento que puede sobrevenir de parte del trabajador frente a la modificación ilegítima de las condiciones esenciales de la prestación y que, de no afectar el orden público laboral daría origen a la novación objetiva del contrato.

Me refiero claro está a la exteriorización de voluntad derivada de su comportamiento, como convalidación tácita de la variación, en tanto la reservada a la declaración expresa no ofrece dificultad alguna al menos que resulte novedosa luego de la actual redacción dada al art. 66.

Tampoco he de detenerme en el silencio confrontado a la disminución remuneratoria, en tanto éste debe apreciarse en consonancia con lo dispuesto por el art. 260 de la L.C.T., que deja expedita la acción para reclamar la diferencia en caso de pago insuficiente, aunque este “se reciba sin reservas”.

En cambio merece atención la apreciación del consentimiento del trabajador relativo a otros elementos del contrato que hayan sido objeto de modificación,

⁷ ETALA, “Contrato de Trabajo”, Ley comentada, anotada y concordada, edit. Astrea, p.526.

aún en el marco de la rigurosa pauta de interpretación que contiene el art.58 L.C.T. con arreglo al cual no se admitirán presunciones en contra del dependiente que conduzcan a sostener la renuncia a derechos que deriven de su silencio, habida cuenta que inmediatamente el legislador ha desfraccionado⁸, permitiendo hacerlo cuando se observe un comportamiento inequívoco en tal sentido.

Se vislumbra una diferencia en la norma al consagrar esta excepción ya que al requerir la presencia de un “comportamiento” no podría entonces hablarse de un mero “silencio”, conducta aquella que adquiere especial relevancia en el supuesto que estamos analizando, siempre que esté libremente expresado, es decir que carezca de algún vicio que afecte su voluntad.

Excluida por las salvedades expuestas la remuneración, prácticamente coincide la doctrina en admitir que la categoría laboral, la jornada y el lugar de trabajo, constituyen las restantes condiciones esenciales tenidas en vista al contratar por ambas partes, pero especialmente por el trabajador.

Cuando los afectados por la variación abusiva fuesen algunos de estos otros elementos del contrato, la conducta del empleado adquirirá allí un papel protagónico, dado que normalmente, en el supuesto de ejecutar la tarea con su nueva modalidad de prestación, estará exteriorizando un comportamiento inequívoco en tal sentido.

Se comprende fácilmente que en estas circunstancias no será extraño encontrar tal forma de aceptación, habida cuenta que la manifestación de voluntad del trabajador estará evidenciada naturalmente a través del cumplimiento de la nueva tarea, con otra extensión temporal o en distinto ámbito.

Podrá objetarse con acierto que siempre y mas allá de la concreta ejecución de la prestación innovada el afectado estará habilitado para poner de manifiesto su resistencia o falta de anuencia haciendo saber al empleador que impugna y rehusa la medida, pero es aquí donde la reforma al régimen agrega una relevante pauta para la interpretación de la voluntad del trabajador.

Vale tener presente que ambas partes se encuentran obligadas a observar

⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, Op.Cit., “Introducción Filosófica al Derecho”, edit. Depalma, Sexta edición, p.401 y sgtes.

todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del contrato aún cuando no resulten expresamente de sus términos (Art. 62 L.C.T.), deber genérico que se complementa con aquel otro ingrediente moral imprescindible constituido por el obrar de buena fe, que se patentiza tanto en la celebración y extinción del vínculo, como durante su ejecución (Art. 63).

Este estándar impone al trabajador que pretende exteriorizar su disconformidad con el cambio vedado dispuesto por el empleador hacerlo en forma razonablemente contemporánea ya que como ha expresado PODETTI⁹, la buena fe queda contrariada por la actitud de quien pudiendo oponerse, acepta la nueva situación y extemporáneamente se atribuye la calidad de pretensor de acreencias acumuladas por el transcurso del tiempo, o simplemente de un crédito para el futuro.

Pero ocurría -no debe olvidarse- que en definitiva no asistía al dependiente otro derecho que colocarse en situación de despido invocando como causa el ejercicio abusivo del *ius variandi* por parte del empleador, ya que por más que hubiese procurado evidenciar su disconformidad con la medida impugnándola, de no recurrir a aquella vía disolutiva iba a desembocar en la ejecución de la prestación en su nueva versión, configurando inevitablemente luego de transcurrido un tiempo apreciable aquel comportamiento inequívoco previsto por la ley como forma tácita de expresión del consentimiento.

De forma tal que con el diseño normativo ya superado, el trabajador afectado se veía en la disyuntiva de tener que soportar el cambio en la modalidad contractual -en definitiva “consintiéndolo”-, o de lo contrario optar por resolver el vínculo y someterse al fantasma de la desocupación, como se lo recuerda en el precedente de la Corte Bonaerense previamente citado¹⁰.

Ahora el dependiente víctima del ilícito contractual, cuenta con la opción de accionar contra la medida a través de un procedimiento sumarísimo y con efectos suspensivos sobre la misma, persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas adoptando un camino que le permite conservar la rela-

⁹ CNAT, Plenario N° 131, 4/6/70, “Morillo, Carlos A. c. Frigorífico Armour de La Plata, DT., 1970-475, Dictamen del Procurador General.

¹⁰ SCBA, L 73.314.

ción contractual (Art. 10). Ya no puede hablarse de un comportamiento de algún modo condicionado por la afligente alternativa resolutoria al existir otro procedimiento eficaz para repeler la decisión abusiva que además supone la preservación esencial del acuerdo.

En consecuencia, la apreciación de su tácito consentimiento frente a la variación, en los casos de cumplimiento de la prestación, deberá tener en mira que el afectado ya no está inexorablemente expuesto a perder el trabajo si decide impugnarle, en tanto el orden jurídico le ha provisto de esta flamante herramienta que le habilita a conservar su empleo. No será sencillo poner en tela de juicio al comportamiento como manifestación inequívoca de aquel consentimiento, cuando el agraviado ha podido prevalerse de otro obrar para invalidarle.

3. FINAL

Mas allá de cuáles fuesen las proyecciones futuras sobre el funcionamiento de la nueva norma en la faz procesal y su utilidad para contrarrestar el abuso patronal reiteradamente evocado por aquellos efusivos defensores de la reforma, contenido en el fatídico “si no te gusta te vas”, lo cierto es que no puede predicarse su intrascendencia fuera de aquel aspecto estrictamente ritual.

De cara a la necesidad de recuperarla como herramienta apta para conjurar los abusos patronales en tal sentido –y que los hay, los hay-, a un año y medio de su sanción no parece aquella evidenciarse de manera palmaria a través del ejercicio de la típica acción judicial, ausente hasta ahora del fuero especializado en este tipo de controversias, al menos del elenco de conflictos usuales entre empleados y empleadores.

Tampoco ha venido a llenar un vacío absoluto en la materia, encontrándose reglada una tutela de diseño similar en caso de menoscabo o perturbaciones al ejercicio de la libertad sindical conforme la prevista por los arts. 47 y 52 de la Ley de Asociaciones Profesionales N° 23.551.

Valorar su restablecimiento, después del entusiasmo que ha despertado su llegada y luego de más de treinta años de ausencia, fundamentalmente frente a los desafíos que hoy nos depara la posmodernidad en relación a lo que ha sido el objeto tradicional del Derecho de Trabajo, no es tarea sencilla.

No obstante ello se ha pretendido adoptar una visión crítica a partir de poner de relieve un costado de la reforma no siempre auspicioso para el trabajador. Al hilo de su funcionamiento se apreciará con adecuada perspectiva si se trata sólo de un recóndito y minúsculo perfil, o si por el contrario ha sido éste su único e inesperado resultado.