

Javier Spaventa

APUNTES SOBRE DERECHOS SOCIALES



Chilavert Artes Gráficas

APUNTES SOBRE
**DERECHOS
SOCIALES**

Spaventa Javier

Apuntes sobre derechos sociales. - 1a ed. - Buenos Aires : Cooperativa
Chilavert Artes Gráficas, 2012.

348 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-987-27253-3-4

1. Sociología. I. Título.

CDD 301

Fecha de catalogación: 07/12/2012

APUNTES SOBRE DERECHOS SOCIALES es un libro fuera del comercio y de
entrega gratuita.

Impreso en Artes Gráficas Chilavert
Cooperativa de Trabajo LTDA.
Empresa recuperada desde 2002
Chilavert 1136, Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Diciembre de 2012

INTERMEDIA

Diseño y diagramación: Intermedia

www.estudiointermedia.com.ar / contacto@estudiointermedia.com.ar

Javier Spaventa

APUNTES SOBRE
**DERECHOS
SOCIALES**

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN	13
2. CRÍTICA A LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA	23
3. EL INFORME DE BIALET MASSÉ SOBRE LA CLASE OBRERA	57
4. EL INFORME DE MANUEL GÁLVEZ SOBRE LA DESOCUPACIÓN	75
5. ESTUDIO SOBRE LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN LA ARGENTINA	99
6.- SOBRE EL INFORME DEL GRUPO DE EXPERTOS DEL AÑO 2008	117
6.1.- Causas y efectos	118
6.2.- Capitalismo y derechos humanos	122
6.3.- Discusión sobre la propiedad	123
6.4.- Base material	125
6.5.- Crecimiento o reactivación	128
6.6.- El estado como tercero	139
6.7.- Gobierno, corrupción y gasto	142
6.8.- Ciertas magistraturas	146
6.9.- Derecho nacional y derecho internacional	150
6.10.- Derechos humanos: ¿fines o medios?	153
6.11.- El trabajo como ordenador, el descanso y el salario	154
6.12.- Sobre el ordenamiento de las fuentes	172
6.13.- La irrenunciabilidad	174
6.14.- Sobre los fundamentos de las propuestas, el derecho laboral, el fordismo y la tercerización	179

6.15.- Solidaridad de socios y directores	189
6.16.- Contra las supuestas pasantías	190
6.17.- La participación en las ganancias	191
6.18.- La estabilidad	193
6.19.- Procedimiento preventivo de crisis	194
6.20.- La prescripción	196
6.21.- Accidentes y enfermedades inculpables	203
6.22.- Accidentes y enfermedades profesionales	205
6.23.- Accidente in itinere y acción civil	208
6.24.- La libertad sindical	214
6.25.- Negociación colectiva y democracia	218
6.26.- El principio de la norma más favorable al trabajador y los métodos de comparación	219
6.27.- Los conflictos colectivos	225

7. APUNTES A PARTIR DEL PLENARIO VÁSQUEZ **229**

7.1.- Los hechos relevantes	229
7.2.- Primeras críticas	231
7.3.- Otras críticas	232
7.4.- Inicio de la discusión sobre los alcances del plenario	233
7.5.- Los alcances del plenario	234
7.6.- Algunos ejemplos (y el imperialismo)	236
7.7.- Sobre la doctrina fiscalista	239
7.8.- Derecho civil y derecho laboral	242
7.9.- Acerca de las nulidades laborales	246
7.10.- Defensa de la facultad de dictar plenarios	247

8. LA INFLACIÓN, EL REAJUSTE IGUALITARIO Y LOS DERECHOS SOCIALES **257**

8.1.- Introducción	257
8.2.- La inflación en Argentina	257
8.3.- La inflación y los intereses compensatorios y moratorios	260
8.4.- Algunas razones a favor de la indexación monetaria de los créditos sociales	274
8.5.- El reajuste por parámetros igualitarios	282

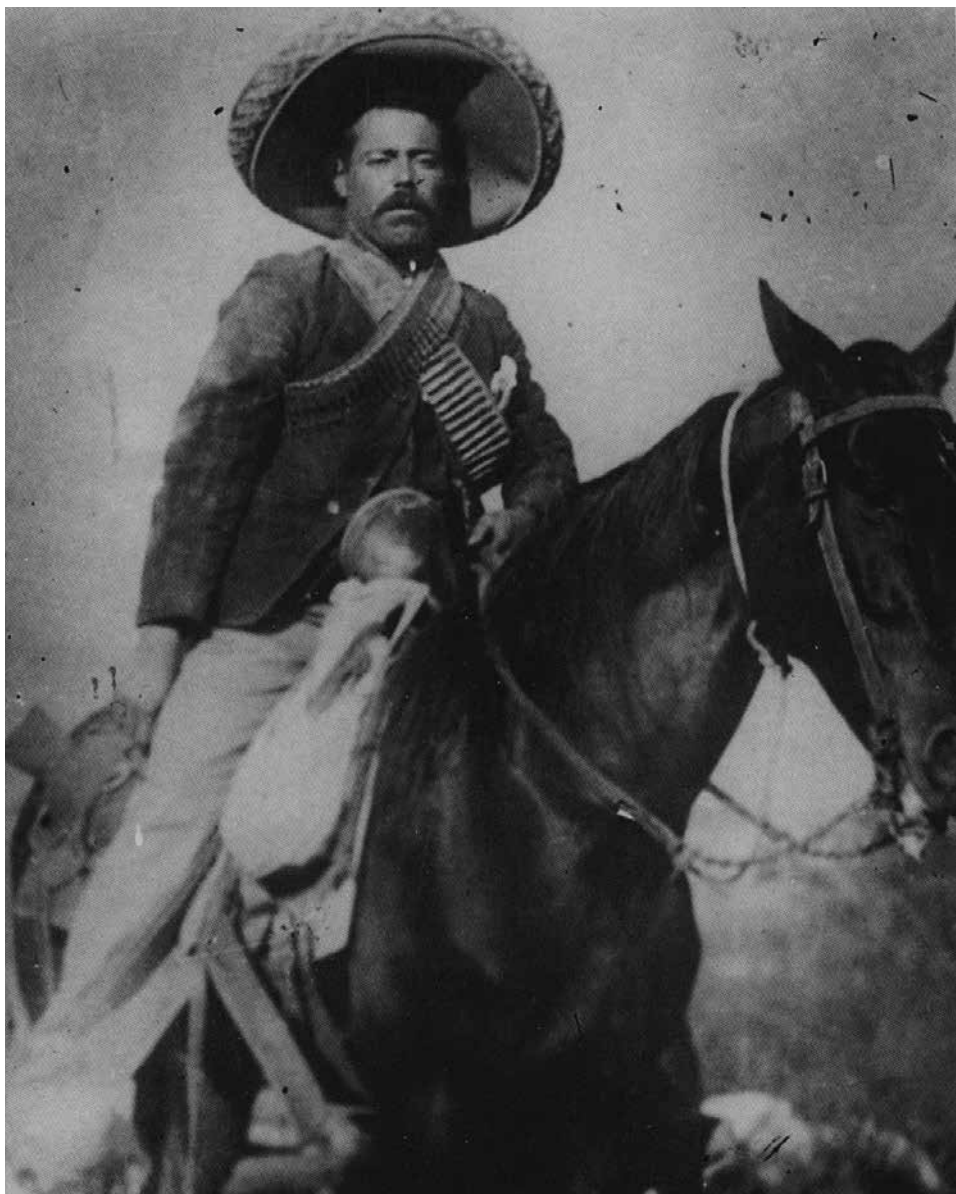
9. ALGUNAS OBSERVACIONES A PARTIR DEL PLENARIO FONTANIVE	289
9.1.- Introducción	289
9.2.- La cuestión bajo estudio y los votos en el plenario	290
9.3.- Del Plenario Rodríguez al Plenario Fontanive	298
9.4.- El dogma de la autonomía de la voluntad	302
9.5.- La doctrina de la incorporación	318
9.6.- La doctrina de los derechos adquiridos	320
9.7.- Sobre la representación sindical	333
10.- EL ORDEN Y LA REVOLUCIÓN	341



**Las costumbres de una sociedad fundada sobre la
desigualdad de clases jamás podrán fraternizar con los
principios de la igualdad democrática. Esteban Echeverría,
Dogma socialista de la Asociación de Mayo**

(párrafo 10: Independencia de las tradiciones retrógradas
que nos subordinan al antiguo régimen).-

El revolucionario Mexicano Francisco "Pancho" Villa



1. INTRODUCCIÓN

Este es un libro que se escribe en defensa de los obreros y los pobres en general y que se inspira en una doctrina absolutamente opuesta a la que impera en los ámbitos académicos o profesionales de nuestro país. En nuestra doctrina no hay críticas ni debates. Hay una ausencia de discusión o hay debates sólo aparentes. No hay exposición de razones. Hay una tendencia al monólogo, a no escuchar, porque no se cree en la discusión como un método para conocer, evaluar o construir con el otro a quien no se lo reconoce como tal sino sólo como a un inferior que está para obedecer, repetir o aplaudir. Hay silencios y miedos. No quiero decir que no existan desacuerdos principales o accesorios, permanentes u ocasionales, sino que los mismos no se dirimen a través de la discusión racional sino por medio de la exhibición de recursos retóricos efectistas o especiosos que responden a personalidades egocéntricas o narcisistas que buscan su propio beneficio o, en otras palabras, que no son compatibles con las costumbres que debe ostentar el reformador social o aquella persona que en serio procura el beneficio de la humanidad.

La ausencia de críticas y debates nos muestra la existencia de un consenso muy amplio a favor de la concepción represiva del trabajo. Este libro se escribe contra esta concepción. No es cierto que el trabajo dignifique al ser humano. El trabajo no humaniza a la persona. El trabajo necesario para vivir, el trabajo obligatorio, el trabajo dependiente, no tiene esas características que le adjudican los patrones. Hay que abandonar la moral de las patronales. Es que no es verdad que los sufrimientos o las fatigas que ocasiona el trabajo sean el rescate que debemos abonar a Dios por el pecado original. Trabajar no es un castigo que tenga su razón de ser en el pecado original o en la naturaleza pecadora del hombre. Hay que terminar con esta concepción represiva del trabajo. Trabajar no es un deber. Descansar no es un deber, no es una obligación del obrero. Si el obrero no descansa no incumple con ninguna obligación y por supuesto no debe ser sancionado. Hay que terminar con la doctrina que impone sanciones al obrero porque no descansa o porque trabaja horas extraordinarias. El salario no tiene límites superiores por arriba de los cuales deja de ser justo y el obrero no tiene derecho a percibir nada. El salario justo no es la compensación debida al obrero frugal. No es cierto que el obrero deba ser frugal o que el salario sólo deba mantener con vida al obrero o facilitarle su reproducción. Debemos

desmontar toda esta concepción sobre la cual se ha fundado el derecho laboral en nuestro país. El consenso es grande: es el poder de las patronales.

El problema de la sociedad dividida en clases es sencillo. Toda la cuestión se reduce en definitiva a estar a favor o en contra del pobre, del débil o del explotado. Desde el punto de vista moral se está a favor de los obreros o de los pobres o a favor de las grandes patronales nacionales o multinacionales extranjeras. Ser bueno es estar a favor de los obreros o los pobres: es decidir a favor de todos y cada uno de ellos. Ser malo es favorecer a los ricos (a las grandes empresas) o al poderoso (al gobierno).

El derecho del trabajo o está al servicio de la clase dominante o al servicio de la clase de los trabajadores. Si está al servicio de la clase dominante el derecho del trabajo puede ser pensado como un mero reglamento de trabajo (por sus doctrinarios más conservadores) o como un instrumento atenuador de la explotación (por sus doctrinarios populistas). No son concepciones incompatibles: puede ser presentado como lo debido al obrero y ser sólo un reglamento de fábrica. Es que ofrecen dignidad y no riquezas: tratan de dignificar al obrero y no de enriquecerlo. Si está al servicio de la clase de los trabajadores el derecho del trabajo es un instrumento para el cambio social ya sea en su versión reformista (donde el cambio es paulatino y pacífico) o revolucionaria (donde la transformación es rápida y violenta); en cualquiera de estas dos versiones el derecho del trabajo (al igual que todo el derecho) es eminentemente transitorio o precario.

Los iuslaboralistas y profesores de derecho en su inmensa mayoría han sostenido y sostienen posiciones antiliberales y conservadoras. En nuestra doctrina laboral es notorio cada día más ver que los temas centrales o más importantes de la materia se pierden en el comentario de la ley o de la sentencia. Entre ellos está éste que aquí señalo: han difundido doctrinas compatibles con dictaduras más o menos fuertes o con democracias más o menos restringidas; han defendido formas de organizar las magistraturas de tipo corporativistas o de representación funcional que resultan opuestas a los derechos humanos, a la democracia, al comicio libre e igualitario de un hombre un voto, y que tienen sólo por resultado la consolidación de una elite oligárquica en la administración del gobierno. No se discute la relación del derecho del trabajo

con la forma de gobierno. Es una grave omisión. El derecho del trabajo de neto corte populista que presentan nuestros juristas (que ofrece dignidad, que afirma que el trabajo no es una mercancía, que sólo reconoce al obrero un salario justo para satisfacer sus necesidades frugales, que le niega el pago de sus horas extras o de sus descansos no gozados, que le suprime la libertad de asociarse -o lo impone el unicato sindical-, que le limita el derecho a la salud, que lo carga con tributos al consumo o que le quita poder adquisitivo a la moneda) es un instrumento de la demagogia.

En la lucha contra la pobreza, contra la explotación, no hay que perder de vista una concepción liberal, no hay que abandonar al liberalismo, que, sin lugar a dudas, aporta un límite adecuado a la arbitrariedad del gobierno y a la maldad particular. Una concepción liberal mínima estaría integrada por los principios que en adelante sólo enuncio. Primero: una doctrina contractual del gobierno. El gobierno es una creación popular. El gobierno está creado por el pueblo. El gobierno queda establecido en un pacto popular, en la constitución, que, vale aclarar, no es una ley gubernamental sino popular. Segundo: hay derechos personales y sociales (derechos humanos) de origen popular, no gubernamental, que son anteriores a la creación del gobierno, que están expuestos en la constitución y son un límite al actuar arbitrario y explotador. Tercero: el pueblo tiene derecho de resistir a la tiranía (a la supresión de los derechos humanos) o a la opresión (a la limitación de los derechos humanos). Cuarto: el imperio de los derechos humanos es incompatible con el concepto de la política como una lucha o una guerra. Quinto: el imperio de los derechos humanos implica un gobierno democrático, representativo y republicano (o con división de poderes). Sexto: el imperio de los derechos humanos es incompatible con el capitalismo.

Esta concepción liberal se integra a una doctrina política de izquierda. Podemos afirmar que una doctrina política de izquierda está formada por las siguientes tesis. Primero: la situación de una persona, o de una clase, encuentra explicación en el sistema de relaciones sociales más que en sus características o propiedades particulares; la situación de los pobres, la insatisfacción de sus necesidades básicas, el embrutecimiento y la degradación moral en la que viven no se debe a que, por ejemplo, sean vagos, indolentes u holgazanes, o adolezcan de espíritu de progreso o de iniciativa, sino al capitalismo en cuanto

sistema social que los excluye de los bienes que ellos contribuyen a crear. Segundo: el capitalismo adolece de viabilidad por el estado de miseria de la mayor parte de la población y por la situación de guerra social que acompaña, como una característica sobresaliente, a su forma de organizar la producción sobre la base de la propiedad privada de los medios de producción y del principio de la competencia. La guerra social se da entre los patronos, entre los patronos y sus dependientes y entre los obreros entre sí. La guerra social asimila la disciplina imperante en las fábricas, por medio de los reglamentos o contratos elaborados por los patronos, a la militar. La empresa es un ejército en operaciones. Tercero: el capitalismo es inestable; en gran medida resulta que no es viable porque carece de estabilidad; la inestabilidad del capitalismo son las crisis económicas o, en otros términos, el desequilibrio periódico entre la oferta y la demanda, producto del azar y de la falta de racionalidad en la producción, que genera desocupación y miseria, hambre y muerte, y lucha social. Cuarto: la introducción de las máquinas, como los sucesivos perfeccionamientos de aquéllas y de los procesos productivos, genera desocupación; el capitalismo es un sistema social que produce desarrollo y miseria o que no puede generar aquél sin ésta. Quinto: tomar partido por los obreros, o por los necesitados, o menesterosos o pobres, responde a un sentimiento a favor de la igualdad entre los hombres y por el sólo hecho de ser tales. Sexto: la concepción moral del hombre de la clase dominante promueve sentimientos de lucha, de competencia, de egoísmo y de afán de ganar dinero a los que se contraponen costumbres amorosas, de solidaridad o fraternidad. Séptimo: hay desarrollo histórico, no como una mera sucesión de hechos o una acumulación de etapas, sino en cuanto avance hacia la realización de un ideal de justicia, paz, libertad e igualdad para todos. Octavo: la clase dominante posee los medios de producción y controla al gobierno o al monopolio de la fuerza coactiva: a los guardianes del orden. Noveno: la libertad de contratación es inexistente para la persona que carece de medios de producción para satisfacer sus necesidades y las de su familia; es que se trata de una persona que se encuentran en un estado de necesidad tal que para ella queda eliminada toda otra alternativa más que no sea la aceptación de las condiciones impuestas por el rico o el poderoso o la muerte. Décimo: el capitalismo es un sistema de producción y distribución encaminado a que la clase dominante gane dinero y no dirigido a la satisfacción de las necesidades de la inmensa mayoría de los seres humanos. Undécimo: en el capitalismo la

situación de los pobres en general es un estado de necesidad que facilita el incremento de la miseria material y moral; es el círculo de la pobreza.

Esta concepción liberal y de izquierda es compatible con el método científico, la técnica moderna y el cambio tecnológico. El derecho del trabajo es una rama moderna del derecho que no se opone al avance científico y técnico sino que lo acompaña en aseguramiento de los intereses y derechos del dependiente o del débil.

En el derecho del trabajo se deben retomar las discusiones sobre la propiedad de los medios de producción. Desde hace muchísimos años esta cuestión ha quedado desatendida por los profesores de la materia que están más entretenidos en el comentario de los fallos judiciales (que, en muchos casos, es la descripción o defensa de sus propias actividades) que en abordar los problemas que atañen a la condición obrera.

Si el gobierno tiene algún sentido o alguna razón de ser ella es sólo para asegurar los derechos de la persona y para coadyuvar o facilitar el progreso individual o social. Aseguramiento y progresividad son dos principios básicos de la doctrina política democrática o que se inspira en la plena vigencia de los derechos humanos. El derecho del trabajo de la doctrina dominante no es compatible con la democracia o con los derechos humanos. El principio protectorio del obrero es propio de una sociedad estamental, jerarquizada, no igualitaria, notoriamente antiliberal, sobre el cual erradamente se ha edificado la doctrina del derecho del trabajo en nuestro país. El principio cambia protección al obrero por su obediencia al patrón, protección al obrero por su aceptación del orden capitalista. El obrero es sólo eso: un integrante de la clase trabajadora con un rol social específico. Trabajo y obediencia, necesidades frugales o ausencia de afán de lucro, son caracteres que constituyen su identidad acorde al régimen capitalista o de acumulación de un excedente a favor de una elite oligárquica. El principio protectorio debe ser reemplazado por el aseguramiento y la progresividad. Se trata de un cambio no meramente nominal como el que se puede ver actualmente en nuestra doctrina donde se escribe progresividad y se alude al viejo principio protectorio. Aseguramiento y progresividad no significan protección. Aseguramiento y progresividad son los pilares que edifican un orden social progresivo, un orden social

ascendente. Sobre la base del aseguramiento y la progresividad se construye el orden jerárquico y de prelación de las normas para que siempre impere la más favorable al trabajador y no la ley superior, o la ley especial o la ley posterior como sostiene la doctrina dominante y regresiva que defienden nuestros juristas o profesores de derecho.

Hay cuatro escuelas: la estatista y obrerista; la estatista y antiobrerista; la antiestatista y obrerista; y la antiestatista y antiobreristas. Entre los iuslaboralistas han predominado las escuelas estatistas o intervencionistas más o menos obreristas o antiobreristas. Una política popular no necesariamente es una política estatista o intervencionista. Ampliar las facultades discrecionales del gobierno no necesariamente tiene por consecuencia una mejora de las clases postergadas. Los intereses del gobierno (o del estado como gustan decir los absolutistas) no necesariamente son los intereses de las clases explotadas. Es más que notoria la existencia de intereses contrapuestos o en conflicto entre los gobiernos (que son uniones de personas con sus claras y definidas necesidades) y los obreros o pobres en general. El gobierno tiene un costo cuyos beneficiarios directos (empleados, funcionarios o proveedores) lo defienden en contra de quienes (conciente o inconcientemente) lo solventan. No hay que ocultar los intereses contrapuestos entre el gobierno (los administradores y los guardianes), los patrones y los obreros o empleados. Una concepción antiestatista y obrerista (que es compatible con la democracia o el imperio de los derechos del hombre) en definitiva inspira la elaboración de los estudios que aquí presento.

Como no hay críticas ni debates la doctrina de los profesores de derecho del trabajo se repite y se reproduce. Pueden variar las expresiones o las formas de presentarla, los énfasis que se ponen en uno u otro tema, pero ahí siempre la encontramos. Tenemos un problema en la enseñanza del derecho del trabajo. Hay que echar a los mercaderes de la universidad. Las exigencias morales de nuestros dirigentes están muy por detrás de los reformadores de 1918 que desde Córdoba promovieron el cambio hacia una mayor libertad e igualdad. La universidad ha sido tomada por los comerciantes. Han degradado los estudios profesionales. Han caído en lo peor de las doctrinas normativistas. Ya no se estudia ni filosofía, ni economía, ni historia, ni sociología. Confunden el análisis de casos con la lectura de sentencias. Han transformado el postgrado

en su negocio particular. Utilizan la universidad para sus negocios y lucran con los cursos de postgrado. Es muy grave. Da vergüenza. Paralelo al negocio de los postgrados está el negocio de las editoriales. Ya no hay juristas sino proveedores de materias primas para la industria del libro. Se multiplican los tratados de derecho y cuantos más se editan más pierden su individualidad y se uniforman. Son todos iguales: recopilaciones de artículos bajo la dirección de las mismas personas. A veces hasta se pueden ver casi al mismo tiempo varios tratados dirigidos por las mismas personas. Es todo un negocio y como tal ha perdido la finalidad propia de la actividad intelectual a la que se integra la producción del auténtico jurista. La enseñanza del derecho no puede estar en manos de quienes han transformado la universidad pública en una explotación de sus propios negocios a través de los cursos de postgrados pagos en contra de los principios de la Reforma de 1918 que desde Córdoba se expandieron por toda nuestra América.

El estudio del derecho del trabajo no se puede limitar a la legislación positiva o a las normas que dicta el gobierno. Mucho menos a la descripción de las sentencias de los tribunales. De ser así es ir muy por detrás de los hechos. El derecho del trabajo de nuestros profesores no discute ni pone en duda, ni analiza ni estudia el modelo de organización social en comparación a otros posibles y así la materia del derecho laboral queda en definitiva reducida al normativismo y aislada de la filosofía política, de la economía, de la sociología, de la historia, de la arquitectura (o del urbanismo) y las ciencias médicas (o de la sanidad). La ciencia jurídica no se agota en la descripción de las leyes o de las sentencias sino que avanza hacia la determinación de los medios adecuados para la obtención de los fines valiosos. Así construye instrumentos, propuestas, planes de acción como una parte integrante de la política aunque no necesariamente como una ciencia del gobierno sino como una ciencia popular y social o, en definitiva, para el desarrollo y mantenimiento del poder popular (del pueblo y de sus organizaciones) frente a los ricos y sus gobiernos. La ciencia jurídica debe ser pensada y practicada como la construcción de soluciones jurídicas a favor del pobre. La ciencia jurídica se ocupa de la producción y distribución del poder y los recursos en un lenguaje que la identifica y la separa de las otras ciencias sociales pero que, no por ello, la hace perder su clara impronta política. La forma de llevar a cabo la producción y la distribución del poder y la riqueza es para muchos otra manera de presentar

(o de mostrar) a la razón. No hay que huir ni a la moral ni a la economía (o la sociología) sino reivindicar a la ciencia jurídica como una discusión sobre la producción y la distribución del poder y los recursos con un lenguaje y unos conceptos propios (elaborados a lo largo de varios siglos) que la distingue de la ciencia política y de las otras ciencias sociales. Y así ante la ciencia jurídica del orden debemos contraponer la actividad intelectual como una lucha, como un combate o como una resistencia contra el explotador; con críticas y con propuestas; con críticas para abrir el camino, para demoler a los ídolos, para ampliar los límites de nuestras posibilidades y con propuestas para mostrar los senderos posibles de progreso social o de avance en el sentido de una mayor libertad e igualdad.

El derecho del trabajo no puede estar ajeno al estudio del delito, del derecho penal y de la práctica represiva del gobierno. Una concepción liberal en estas materias es *prima facie* abolicionista y así busca más la seguridad de las personas que el castigo de las mismas. El delito del pobre en principio es una de las formas que adopta la resistencia. Hay que disponer la liberación de todos los presos sociales. Hay que disponer el cese de todas las causas penales donde se investiga al obrero como un medio para reprimir o frenar su reclamo laboral directo o judicial. El reclamo de los pobres, de los explotados o de los obreros no es un delito. Quienes tengan un sincero apego al derecho del trabajo no pueden dejar de sostener un fuerte repudio a la trata de blancas o a la trata de personas. La prostitución no es un trabajo y debemos convenir que en general su ejercicio es sólo y exclusivamente la explotación que el dueño del negocio lleva a cabo de la puta.

Hay que cambiar la orientación del derecho penal para que deje de ser un instrumento de represión al pobre, al activista social o al explotado y se convierta en un medio de disuasión o de castigo del explotador y su cómplice gubernamental. Se trata de construir un derecho penal acorde con las libertades individuales y públicas y como una técnica adecuada para el fomento de la igualdad. Se impone que se piense el delito de empobrecimiento social como la acción deliberada que llevan a cabo los integrantes del gobierno (en forma individual o conjunta) y que tiene por objeto o por resultado la degradación material y moral de la persona o de un grupo de seres humanos. La degradación material y moral es un camino descendente que se inicia en la

pobreza o en la pérdida de los bienes superfluos y en la sola satisfacción de las necesidades esenciales; continúa con la indigencia que se da cuando la persona y su familia no pueden siempre satisfacer sus requerimientos de comida, vestido o habitación; sigue con la miseria o el estado de indigencia permanente que termina corrompiendo sus facultades intelectuales y sus sentimientos morales para terminar en el pauperismo o la pobreza generalizada. Los integrantes del gobierno, que con las políticas que proponen o ejecutan causan, motivan o dan ocasión para generar o incrementar el empobrecimiento social, deben ser separados de sus cargos y castigados.

No es cierto que el incremento de los juicios laborales (o de los pleitos donde los trabajadores reclaman por el reconocimiento de sus intereses y derechos) se deba a la existencia de leyes favorables a los dependientes, o porque se dictan sentencias con abultadas condenas a las empresas, o por el fácil (o barato) acceso al pleito o por el accionar inescrupuloso de los abogados (que serían los industriales del juicio o quienes explotan la industria del juicio y, en definitiva, los únicos o principales beneficiarios de las diligencias). La verdad es bien distinta. Es absolutamente diferente. El reclamo obrero se debe a la explotación (o al aprovechamiento) del trabajador por parte del capitalista.

Desde el derecho del trabajo se debe abordar la cuestión del proceso o del juicio. Las alternativas son las siguientes: o el juicio se integra a una política del gobierno o de las grandes empresas para la supresión o limitación de los derechos de los habitantes o se constituye en una política de aseguramiento de los intereses o derechos de la persona y en especial del débil o del pobre en general; o el pleito es una política de ajuste o de explotación de las grandes empresas al obrero o al consumidor (o del gobierno al habitante) o es parte integrante de una política progresiva de aseguramiento y de máxima reparación que en definitiva opera como compensadora de la explotación o del aprovechamiento sufrido durante la relación de empleo o de consumo. De aquí que se requiera de un proceso rápido, sencillo y absolutamente favorable al habitante (débil o empobrecido) frente al gobierno y a la gran empresa. Debemos abordar al conjunto de los pleitos que requiere el habitante (y, en especial, el habitante débil o más desfavorecido). Es que el habitante (en su inmensa mayoría trabajadores o dependientes) no sólo sufre el pleito laboral

sino también el litigio civil (donde se debate su accidente de tránsito o su desalojo o cobro de alquileres) o el proceso comercial (donde el banquero o el prestamista le ejecutan su crédito con intereses usurarios).

En estos apuntes sobre derechos sociales reúno algunos breves estudios que están en un todo de acuerdo con los principios que defendí en Constitución y Trabajo (en 2008). Son un complemento a los conceptos y valores que allí utilicé. Están llenos de errores pero bajo ningún aspecto pueden ser usados a favor del fuerte contra el débil, del rico contra el pobre, o para sostener los privilegios de una elite oligárquica en contra de las mayorías populares.

Buenos Aires, septiembre de 2012.

2. CRÍTICA A LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

Extraviado en un inmenso bosque durante la noche, sólo tenía una lamparita para guiarme. Aparece un desconocido que me dice: “Amigo mío, apaga la vela para encontrar mejor el camino”. Ese desconocido es un teólogo. Denis Diderot, Adición a los Pensamientos Filosóficos (1770), párrafo VIII.-

2.1.- La Doctrina Social de la Iglesia católica se encuentra expuesta a través de un numeroso conjunto de documentos papales formado por las encíclicas, las cartas pastorales, las constituciones pastorales, los radiomensajes y, entre otros, por los discursos papales. En estos documentos se desarrollan ideas y se presentan principios morales acerca de temas tales como el hombre, el trabajo, el salario, el descanso, el sindicato, la huelga, la empresa, la familia, las asociaciones intermedias, la sociedad y el estado.¹

2.2.- La Doctrina Social de la Iglesia ha tenido una gran difusión y aceptación en nuestro país. Muchas causas la han favorecido. Que el catolicismo sea la religión predominante es una de ellas. La prédica del nacionalismo a partir de la década del veinte, que terminó con la hegemonía del pensamiento liberal en la política y en las artes, es otra. El peronismo contribuyó a la propagación del magisterio eclesiástico y desde su advenimiento la Doctrina Social ha prevalecido sobre cualquier otra en el derecho del trabajo, donde la mayoría de sus más importantes e influyentes expositores la suscriben. Ha sido así una fuente de inspiración de la legislación, de la jurisprudencia y de los estudios sobre el

1 Las versiones de los documentos papales aquí utilizados corresponden a las siguientes ediciones: 1) Doctrina Social de la Iglesia. Desde la “Rerum Novarum” a la “Mater et Magistra”, Madrid, Ed. Rialp S.A., 1963; 2) Ocho Grandes Mensajes, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1979, 11va. ed. (para el caso de Octagesima Adveniens); 3) Concilio Vaticano II, Documentos Completos, Bogotá, Ed. Paulinas, 1987, 4ta. ed. (para la constitución pastoral Gaudium et Spes); 4) Laborem Exercens, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre El Trabajo Humano, Buenos Aires, Ed. Paulinas, 1981; y 5) Centesimus Anus, sin datos. ACLARACION: En adelante indicaremos los documentos papales con las siguientes abreviaturas: Rerum Novarum (RN); Quadragesimo Anno (QA), La Solemnité (LS); Mater et Magistra (MM); Octagesima Adveniens (OA); Gaudium et Spes (GS); Laborem Exercens (LE) y Centesimus Anus (CA). Los números colocados entre paréntesis al lado de cada abreviatura indican el número del párrafo del documento apostólico.

derecho del trabajo en el país. Por ello la crítica a la Doctrina Social es pasible de ser extendida a las leyes, las sentencias y la ciencia jurídica laborales. A pesar de su importancia y su influencia, desde el peronismo hasta nuestros días la Doctrina Social prácticamente no ha sido objeto de críticas o cuestionamientos en el derecho del trabajo. No hay discusiones en torno a sus principios morales y su predominio es casi absoluto.²

2 Esto no excluye, por cierto, la existencia de críticas ajenas al derecho y provenientes de la izquierda cristiana. En este sentido ver, por ejemplo, Ezcurra, Ana María, Doctrina Social de la Iglesia. Un reformismo antisocialista, México, Ed. Nuevomar S.A., 1986. Se trata de un estudio que cuestiona la interpretación que de la Doctrina Social realiza la derecha eclesiástica -a mi entender aquélla no admite otra. Sin analizar en gran medida los textos eclesiásticos, sus observaciones pueden extenderse a los documentos papales. Consultar también Dussel, Enrique, El Tercerismo Eclesial (Táctica Política y Mecanismo Ideológico), en Tamez, Elsa Y Trinidad, Saúl (eds.), Capitalismo: Violencia y Anti-Vida, Tomo 1º, San José, Educa, 1978; donde se formulan fuertes críticas a la estrategia y el pensamiento de la Iglesia. Por ejemplo dice: “El tercerismo, el reformismo, consiste en el error práctico que se funda en el error teórico de querer condenar a todos (“derecha” e “izquierda”) sin discernir el sentido práctico-real de dicha crítica” (pág. 323), y agrega que “El no cerrar la puerta a un proyecto no-capitalista tiene la mayor importancia histórica. Esta alternativa sí es una nueva alternativa; no es tercerista, ni reformista, ni acomodaticia. La diferencia abismal entre la no-condenación de un proyecto no-capitalista (y por ello la no condenación de los cristianos que bajo su propia responsabilidad ante el Señor optan por ella) y la condenación ideológica del capitalismo y el socialismo, es que la segunda, la tercerista, en apariencia muy independiente y progresista, da un apoyo estratégico al capitalismo y en el fondo intenta mejorar el sistema con sus reformas parciales. En cambio, la primera, al no condenar una salida no-capitalista se mantiene como tribunal ante el capitalismo vigente...” (pág. 325). Pero Dussel acepta la Doctrina Social en Ética Comunitaria (Buenos Aires, Ed. Paulinas, 1987; ver especialmente el cap. 19). Y es que la izquierda cristiana en general suscribe el magisterio de la Iglesia. Por ejemplo: los teólogos de la liberación; ver: 1) Equipo Dei, Juan Pablo II, Sobre el trabajo Humano (Laborem Exercens), San José, Ed. DEI, 1982, 3ra. ed.; 2) Franz J. Hinkelammert, ¿De la Doctrina Social a la Doctrina Social?, Revista Pasos, N° 9, págs. 1 a 9, San José, Ed. DEI, segunda época 1987; o Democracia y Totalitarismo, San José, Ed. DEI, 1990, 2da ed., págs. 61 y ss; 3) Dussel, Ética Comunitaria; 4) Antoncich, R. y Munárriz, J.M., La Doctrina Social De La Iglesia, Ediciones Paulinas, Madrid, 1987; 5) Antoncich, R., Trabajo Y Libertad, Reflexiones En Torno A La Teología De La Liberación Y A La Encíclica Sobre El Trabajo Humano, Latinoamérica SRL, Buenos Aires, 1988; y 6) Antoncich, R., Teología De La Liberación Y Doctrina Social De La Iglesia, en Ellacuría, Ignacio y Sobrino, Jon, Mysterium Liberationis, Conceptos Fundamentales De La Teología De La Liberación, Ed. Trotta SA, Madrid, 1990, T° I, págs. 145/168. Por ello Ezcurra cuestiona una interpretación

2.3.- Quizás una de las últimas críticas al pensamiento social de los cristianos, de inspiración liberal, sea la conferencia que pronunció Lisandro De la Torre en el Colegio Libre de Estudios Superiores en 1937. Y también quizás una de las últimas discusiones en torno a este tema haya sido la que mantuvo el político santafecino con Monseñor Franceschi, que contestó la conferencia de aquél dando lugar a una fuerte y áspera polémica, sostenida por ambas partes y explicable no sólo por la personalidad de los contrincantes sino además por las irreconciliables posiciones existentes entre un laico, ateo y demócrata y un nacionalista católico, expuestas en momentos en que estaban en juego el comunismo ruso, el fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán como alternativas reales a la democracia capitalista y España se había transformado en un feroz campo de batalla.

En su conferencia como en la discusión posterior, De la Torre no se avocó a un análisis estricto de los documentos papales sino que atacó directamente a la acción y a las ideas del cristianismo social o, como lo entendió, de la “minoría del catolicismo que se preocupa de la cuestión social” y que “profesa, en general, ideas más avanzadas que las encíclicas pontificias, pero hasta el presente sólo ha obtenido éxitos precarios, debido a que su sujeción en último término a los conceptos dogmáticos de la Iglesia, no le permite otros”.³ El propósito que tuvo De la Torre en la conferencia de 1937 -la discusión con Franceschi amplió los temas- fue defender que “los proletarios ven que el social cristianismo, no obstante los ataques que dirige a la burguesía egoísta, es apenas un paliativo, y que, siguiendo sus orientaciones favorecerían la prolongación de un régimen injusto que hasta el nazismo alemán habla de demoler”.⁴

De la Torre consideró que los católicos, y los cristianos en general, habían abandonado el mensaje evangélico desde el siglo segundo y, más especialmente,

y no directamente al magisterio social de la Iglesia.-

3 De la Torre, Lisandro, *La Cuestión Social Y los Cristianos Sociales*, en *Obras de Lisandro de la Torre*, Buenos Aires, Editorial Hemisferio, 1976, pág. 41. Y lo expresado puede ser dicho también, por ejemplo, de muchos teólogos de la liberación que, unas cuantas décadas después, han quedado atrapados en los límites impuestos por la jerarquía eclesiástica.-

4 De la Torre, ob. cit., pág. 49.-

después de Constantino. Insinuó que había buenas razones para asegurar que las enseñanzas de Jesús eran comunistas y afirmó que los cristianos no cumplían con el mandato de dar al pobre todos los bienes que resultaren superfluos para satisfacer las necesidades propias. Sin embargo dijo también que el cristianismo, al igual que otras religiones, había sido una contribución al progreso moral de los hombres. Por otro lado deslizó breves observaciones sobre el comunismo y criticó más al fascismo y al nazismo que a aquél. Y no dejó de expresar que la Iglesia servía al régimen de Mussolini. Asimismo sostuvo que la Iglesia no era reformista por cuanto si bien León XIII y Pío XI habían “impregnado sus encíclicas de sentimientos laudables de caridad y de amor al prójimo”, al mismo tiempo combatían “los medios de que pueden valerse los desheredados para mejorar su condición” porque no aceptaban la “legitimidad de la lucha de clases, que es un hecho primario de una verdad abrumadora”.⁵

Para De la Torre la cuestión social debía ser planteada a partir de la lucha de clases entre la burguesía y el proletariado, entre las clases privilegiadas y las clases explotadas, al mismo tiempo que consideraba que el proceso histórico del comunismo en Rusia era determinante para decidirla a favor de una u otra. Y señaló con acierto que la Iglesia defendía la propiedad privada y que, en los tiempos modernos, en gran medida su poder provenía del apoyo brindado por la burguesía industrial. Así la Iglesia estaba con los ricos y por el mantenimiento del régimen burgués, o capitalista o imperialista. Para De la Torre resultaba inadmisibles postergar la realización de la justicia en este mundo ante la posibilidad de obtenerla en el juicio final para gozarla en el cielo. Reivindicó la tradición del liberalismo argentino -a Moreno, Rivadavia, Echeverría, Mitre, Alberdi, López, Sarmiento, Gutiérrez, Alsina, Roca, del Valle, Pellegrini, Alem, Sáenz Peña y Juan B. Justo- y manteniendo su fe en la democracia indicó que su programa social era el “de la evolución, bajo el influjo de la opinión pública”.⁶

Resumiendo sus ideas concluyó diciendo que “los social cristianos no presentan soluciones proporcionadas a la magnitud del problema proletario

5 De la Torre, ob. cit. págs. 43 y 44.-

6 De la Torre, ob. cit., pág. 68.-

y sus críticas a los excesos e inhumanidades del régimen capitalista no llegan hasta condenarlo en sí mismo, pues ese régimen tiene la aprobación oficial de la Iglesia. Atacan determinados hechos o algunas consecuencias de la explotación del hombre por el hombre y consienten abiertamente la política y las doctrinas de donde emergen. A título de partidarios del orden sostienen las condiciones sociales que preparan el desorden futuro, procediendo como aliados efectivos de la causa que pretenden combatir. No se avienen a que las reformas toquen lo fundamental y dejarán que la violencia tome la palabra. Y el delirio imperialista, que lleva en sus entrañas el germen de la guerra, allanará el camino a la catástrofe universal”.⁷

2.4.- Si adoptamos el criterio siempre impreciso que clasifica a las ideas políticas por su ubicación espacial se puede decir que la Doctrina Social oscila desde posiciones de ultraderecha y filofascistas hasta posturas de centro con un tono reformista: ejemplo del primer caso son las encíclicas *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno*; esta última, de 1931, elogia al fascismo italiano; ejemplos de lo segundo son *Mater et Magistra* (1961) y *Octagesima Adveniens* (1971). Desde *Rerum Novarum* hasta *Centesimus Anus* (1991), la Doctrina Social evoluciona desde una cosmovisión antiiluminista, con claras reminiscencias medievales, y defensora de un orden cristiano -o de la Cristiandad-, como sistema social excluyente de cualquier otro y ámbito del poder institucional de la Iglesia, a posiciones que adoptan algunas ideas democráticas suavizando aquellos aspectos y que, en consecuencia, proponen una actitud de tolerancia hacia ideas de origen no cristiano.

La encíclica *Rerum Novarum* expresa el pensamiento católico restaurador del orden medieval y, en este sentido, es claramente contraria al iluminismo y al liberalismo político. Se opone a la modernidad y reivindica un orden social cristiano que, sin lugar a dudas, añora.⁸ Sobre la base de estas ideas,

7 De la Torre, ob. cit., págs. 69 y 70.-

8 Marx y Engels, en el Manifiesto Comunista, clasifican la literatura socialista y comunista de la siguiente manera: 1) socialismo reaccionario: a) socialismo feudal; b) socialismo pequeñoburgués y c) socialismo alemán o “verdadero”; 2) socialismo conservador o burgués y 3) socialismo y comunismo crítico-utópicos. Sin perjuicio que no comparto esa taxonomía, me interesa indicar lo siguiente: el denominado socialismo feudal es el sostenido por la aris-

Quadragesimo Anno, ante el advenimiento de Mussolini y más allá de los Tratados de Letrán suscriptos entre el dictador italiano y Pío XI, asume una postura filofascista en los siguientes párrafos, que transcribo para ilustrar el tema y porque además se refieren a la organización sindical:

“91. Como todos saben, recientemente se ha iniciado una especial manera de organización sindical y corporativa, que, dada la materia de esta encíclica, debe ser explicada aquí brevemente, añadiendo algunas oportunas observaciones”.

“92. La propia potestad civil constituye al sindicato en persona jurídica, de tal manera, que al mismo tiempo le otorga cierto privilegio de monopolio, puesto que sólo el sindicato, aprobado como tal, pueda representar (según la especie de sindicato) los derechos de los trabajadores o de los patronos, y solo él estipular las condiciones sobre la conducción y locación de mano de obra. Inscribirse o no a un sindicato es potestativo de cada uno, y sólo en este sentido puede decirse libre un sindicato de esta índole, puesto que, por lo demás, son obligatorias no sólo la cuota sindical, sino también algunas otras peculiares aportaciones absolutamente para todos los miembros de cada oficio o profesión, sean éstos obreros o patronos, igual que todos están ligados por los contratos de trabajo estipulados por el sindicato jurídico. Si bien es verdad que ha sido oficialmente declarado que este sindicato no se opone a la existencia de otras asociaciones de la misma profesión, pero no reconocidas en derecho”.

toocracia francesa e inglesa, desplazadas por la revolución burguesa. Defiende una posición restauradora del antiguo régimen y para “crearse simpatías” y simular “no tener en cuenta sus propios intereses”, formula “su acta de acusación contra la burguesía sólo en interés de la clase obrera explotada”. A pesar de ello, “toman parte en todas las medidas de represión contra la clase obrera”. Y aquí ubican al socialismo clerical (nótese que el Manifiesto es anterior a la *Rerum Novarum*). Dicen: “Del mismo modo que el cura y el señor feudal marcharon siempre de la mano, el socialismo clerical marcha unido con el socialismo feudal. Nada más fácil que recubrir con un barniz socialista el ascetismo cristiano. ¿Acaso el cristianismo no se levantó también contra la propiedad privada, el matrimonio y el Estado? ¿No predicó en su lugar la caridad y la pobreza, el celibato y la mortificación de la carne, la vida monástica y la iglesia? El socialismo cristiano no es más que el agua bendita con que el clérigo consagra el despocho de la aristocracia”.

“93. Los colegios o corporaciones están constituidos por delegados de ambos sindicatos (es decir, de obreros y patronos) de un mismo oficio o profesión y, como verdaderos y propios instrumentos e instituciones del Estado, dirigen esos mismos sindicatos y los coordinan en las cosas de interés común”.

“94. Quedan prohibidas las huelgas; si las partes en litigio no se ponen de acuerdo, intervenga la magistratura”.

“95. Con poco que se medite sobre ello, se podrá fácilmente ver cuántos beneficios reporta esta institución, que hemos expuesto muy sumariamente: la colaboración pacífica de las diversas clases, la represión de las organizaciones socialistas, la supresión de desórdenes, una magistratura especial ejerciendo una autoridad moderadora. No obstante, para no omitir nada en torno a un asunto de tanta importancia, y de acuerdo con los principios generales anteriormente expuestos y con los que añadiremos después, nos vemos en la precisión de reconocer que no faltan quienes teman que el Estado, debiendo limitarse a prestar una ayuda necesaria y suficiente, venga a reemplazar a la libre actividad, o que esa nueva organización sindical y corporativa sea excesivamente burocrática y política, o que (aun admitiendo esos más amplios beneficios) sirva más bien a particulares fines políticos que a la restauración y fomento de un mejor orden social”.

En *Mater et Magistra* (de 1961) la Iglesia no mantiene esta posición y comienza a adoptar ideas democráticas que irá confirmando en las encíclicas posteriores. Además merma la idea de imponer un orden social cristiano. Esta posición casi desaparece en *Octagesima Adveniens* (de 1971). En estas dos encíclicas las propuestas de la Iglesia se aproximan al modelo de organización política y social desarrollado en Europa occidental después de la segunda guerra mundial y que suele ser denominado con las expresiones “Estado de Bienestar”.⁹ Mientras que, por ejemplo, en *Centesimus Anus* (de 1991), manteniendo y ampliando sus críticas al socialismo y al marxismo, festeja los cambios acaecidos en los países comunistas (la caída del muro de Berlín y el fin del comunismo) y acepta la economía de mercado al decir, por ejemplo,

9 Para los distintos tipos de estados de bienestar y sus diferencias con el estado social se puede consultar de Ignacio Sotelo, *El Estado Social*, Trotta, Madrid, 2010.-

que “Da la impresión de que, tanto a nivel de Naciones, como de relaciones internacionales, el libre mercado sea el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades”¹⁰. Sin embargo, no por ello rechaza la acción del Estado ni adopta todas las ideas básicas del liberalismo económico, por cuanto sigue considerando, como lo ha hecho desde la *Rerum Novarum*, que “Es un estricto deber de justicia y de verdad impedir que queden sin satisfacer las necesidades humanas fundamentales y que perezcan los hombres oprimidos por ellas”.¹¹

2.5.- La Doctrina Social se edifica a partir de la lucha de clases entre la burguesía y el proletariado como un intento por guardar una clara y definida distancia teórica de lo que considera que constituye, por un lado, la causa de todos los males sociales (el liberalismo) y, por otro lado, la más errada de todas las soluciones posibles (el socialismo).

Contra el liberalismo, entre otras cosas, la Doctrina Social entiende: 1) que destruye y se opone a los gremios y asociaciones; 2) que desprotege a las clases inferiores; 3) que promueve la usura y la avaricia; 4) que tiende a prácticas

10 CA (34).-

11 CA (34). Muchos otros ejemplos de sus diferencias con el liberalismo se pueden dar a partir de esta última encíclica. Así frente a la pregunta de si el capitalismo es el sistema que deben adoptar los países de Europa oriental o del Tercer Mundo después del fracaso del comunismo, manifiesta que “la respuesta obviamente es compleja. Si por ‘capitalismo’ se entiende un sistema económico que reconoce el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, la respuesta ciertamente es positiva, aunque quizá sería más apropiado hablar de ‘economía de empresa’, ‘economía de mercado’, o simplemente de ‘economía libre’. Pero si por ‘capitalismo’ se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa”; ver CA (42). Además mantiene las “funciones de suplencia” del Estado y el principio de subsidiaridad, incorporado básicamente por *Quadragesimo Anno*, en el sentido que “una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común”; ver CA (48).-

monopólicas en el comercio y en la contratación laboral; 5) que los proletarios son tratados casi como esclavos; 6) que resulta impotente para resolver los problemas sociales impidiendo una labor eficaz de los gobernantes; 7) que es individualista; 8) que sus leyes económicas son incontrastables; 9) que dichas leyes favorecen la acumulación del capital a favor de los ricos; 10) que el orden económico no puede basarse en la libre concurrencia de fuerzas; 11) que la acumulación del poder económico por parte de unos pocos (más que propietarios, administradores) impone la dictadura económica y el imperialismo económico (nacionalismo) y el internacionalismo o imperialismo internacional del dinero; y 12) que dicho proceso de acumulación produce luchas para obtener el poder económico y el poder político y los conflictos entre las naciones.¹²

Frente al socialismo la Doctrina Social considera: 1) que, al proponer la propiedad colectiva de los bienes, niega al trabajador la libertad de disponer del salario y, en consecuencia, le quita toda posibilidad de aumentar su patrimonio familiar y de usufructuarlo; 2) que deshace la cohesión del hogar; 3) que sostiene una pretensión vana: el igualitarismo; 4) que el orden social no puede basarse en la lucha de clases; 6) que procura una sociedad totalitaria y violenta; y 5) que ha realizado feroces persecuciones a los cristianos.¹³

12 Ver: RN (1); QA (10-27-30-46-54-78-88-105-109); LS (6-9); MM (35-36-153-211); OA (26-35-36). Es innegable que la doctrina eclesiástica (al igual que la actuación de la Iglesia romana) en los tiempos modernos ha sido y es opositora a la doctrina de los derechos del hombre y del ciudadano que aparecieron expuestos en la Declaración de Virginia (de 1776) o en la Declaración francesa (de 1789). La propia organización política de la Iglesia sigue siendo profundamente antiliberal. No es ni siquiera una monarquía constitucional sino más bien una monarquía absolutista que no tolera disidentes internos. Pensemos en las sanciones (contemporáneas) impuestas a Yves Congar, a Hans Küng, a Leonardo Boff o a Gustavo Gutiérrez, o a Ernesto Cardenal o a su hermano Fernando. La Iglesia católica calla o expulsa a sus mejores teólogos en pos del mantenimiento de los privilegios de una élite con asiento en Roma. Es provechosa la lectura de las memorias de Küng (el tomo primero titulado *Verdad Controvertida* y el tomo segundo denominado *Libertad Conquistada*), o de Ernesto Cardenal (sus tres tomos: *Vida perdida*, *Las ínsulas extrañas*, y *La revolución perdida*), o de Fernando Cardenal (*Un sacerdote en la revolución*); o los diarios de Congar (*Diario de un teólogo 1946-1956*) o de Boff (*Memorias de un teólogo de la liberación, conversaciones con Christian Dutilleul*).

13 Ver: RN (2-3-9-10-13); QA (10-46-55-88-11-112); LS (6); MM (216-217); OA (26-31-34). El lector también encontrará críticas al liberalismo y al socialismo en CA (4-5-6-8-10-12-13-

Para la Doctrina Social el liberalismo y el socialismo son ideologías materialistas que no sólo atienden al aspecto individual -la primera- o al aspecto social -la segunda- del hombre, sino que además no contemplan su orientación sobrenatural o trascendente. A diferencia de ellas, entonces, la doctrina pontificia tratará de armonizar o equilibrar aquellos aspectos sin desconocer, al mismo tiempo, la vocación trascendente del hombre. Como dice Mater et Magistra (219): “El principio capital de esta doctrina afirma que el fundamento, la causa y el fin de toda institución social son necesariamente los hombres individualmente considerados; es decir, los hombres en cuanto sociables por naturaleza y en cuanto han sido elevados al orden sobrenatural”.

A partir de sus críticas al liberalismo y al socialismo, la Iglesia construye una doctrina tercerista -ni liberal ni socialista- que, sin perjuicio de sus características religiosas típicas, la acerca y asimila en muchos aspectos a diferentes posiciones políticas y económicas que, sin cuestionar al capitalismo, proponen reformas de la propiedad, limitaciones a la libertad contractual, la adopción de derechos laborales y de la seguridad social o, en general, la distribución de la riqueza por parte del gobierno. Al igual que estas posiciones políticas y económicas, que pueden ser muy diferentes entre sí -piense el lector en las medidas de Bismark o de Franklin D. Roosevelt, en las reformas de Mussolini, en las propuestas de la internacional socialdemócrata, en el programa de Perón entre 1943 a 1955, o en el modelo del “estado de bienestar” predominante en Europa occidental después de la segunda guerra y hasta la crisis del petróleo de 1973, que se proyectó hacia algunos países del tercer mundo con el nombre de “desarrollismo”-, la Doctrina Social de la Iglesia es un mero paliativo que resulta insuficiente para mejorar la situación de los pobres y que opera para la inserción (o la adhesión) de los trabajadores y los desocupados al sistema de explotación capitalista.

2.6.- La enseñanza social de la Iglesia, siguiendo a la tradición doctrinaria de la Cristiandad, reconoce la existencia de un orden contingente y temporal, integrado por el mundo de las cosas y del hombre, y un orden necesario y eterno, formado por un Dios trascendente, el paraíso y el infierno, los santos y los pecadores. En la Doctrina Social se sostiene una confrontación entre lo corporal (y material) y lo espiritual, que se resuelve a favor de éste.

La persona humana es presentada como un ser social dotada de entendimiento que se encuentra encaminada a lograr la felicidad temporal y eterna. Para ello la doctrina establece que el ser humano posee un cuerpo y un alma. La unidad de cuerpo y alma corresponde a la existencia del hombre en el orden temporal, mientras que con la noción de alma se abre la posibilidad de participar en el orden eterno junto al Dios creador.

Por el pecado original la persona humana queda escindida entre, por un lado, la degradante vida mundana y, por el otro, la ilusión de su reencuentro con Dios en la vida eterna. Así el alma deviene en un elemento necesario del ser humano a través del cual puede acceder a la gracia eterna.

Al orden jerárquico integrado por la vida eterna, como componente principal y superior, y la vida terrenal, como compuesto contingente e inferior, corresponde otro orden jerárquico entre las dimensiones de la persona humana -entre el cuerpo y el alma-. Toda vez que ésta contiene la posibilidad de trascender las imperfecciones mundanas, deviene en el elemento superior del hombre y al que se subordina el cuerpo. La dependencia del cuerpo al alma se traduce en la subordinación de lo material a lo espiritual, de la moral a la religión, del estado a la iglesia o del laico al cura.

La persona humana posee necesidades materiales y espirituales en correspondencia con las dos dimensiones que la integran, a saber: el cuerpo y el alma. Y así como se encuentran jerarquizados el orden celestial y el temporal, el alma y el cuerpo, también existe una relación de subordinación entre las necesidades de la persona: las necesidades espirituales son superiores -más importantes- que las materiales, toda vez que con la satisfacción de aquéllas se alimenta el alma y, en su consecuencia, se aumenta la probabilidad de recuperar la amistad de Dios y de acceder a la vida eterna junto a él. La austeridad, el sacrificio y la represión de los placeres corporales constituyen algunos de los medios que, elevados a virtud, permiten satisfacer las necesidades espirituales del hombre.

Los sufrimientos y limitaciones que el hombre padece en la vida terrenal son las penas que Dios ha impuesto a aquél como consecuencia del pecado original. Como decía León XIII, en RN (13), “lo propio del hombre es

padecer y sufrir, y aunque los hombres hagan toda clase de experimentos y tentativas, con ninguna fuerza, con ninguna industria, podrán arrancar de la vida humana tales inconvenientes”. Los sufrimientos, entonces, constituyen una característica necesaria de la vida mundana en la medida que son penas divinas o, en otros términos, son una propiedad inevitable de la vida humana que resulta sólo superable por el reencuentro con Dios.

Por el contenido represivo que de la vida humana posee, la concepción cristiana deviene en postulados plausibles de la clase dominante para contener las aspiraciones reivindicativas de los explotados. Así esta visión del ser humano, sobre la que se asientan y estructuran las otras nociones fundamentales de la enseñanza social -el trabajo y la organización social y política-, posee una función opresiva que consiste en atemperar los reclamos de las clases explotadas y en brindar fundamentos en contra de las peticiones que éstas formulan. Desde ya es posible señalar algunos aspectos centrales de esta función que encierra la noción de ser humano expuesta y que constituyen los caracteres más relevantes que, en conjunción con la noción de trabajo, forman el núcleo principal de la fundamentación del rechazo de los reclamos de las clases dominadas.

A partir de la jerarquización que se realiza entre las necesidades materiales y las espirituales, ubicando a éstas en un nivel superior a aquéllas sobre la base de una supuesta conexión de lo espiritual con las posibilidades de alcanzar la vida eterna en la gracia de Dios, se edifica una posición de desprecio de lo mundano como de lo transitorio y contingente. Ya decía León XIII, en RN (21), que “las costumbres cristianas...reprimen esas pestilencias de la vida que, con demasiada frecuencia, hacen al hombre desgraciado, aun en la misma abundancia de bienes, a saber: la demasiada apetencia de riquezas y la sed de placeres”. Y en el mismo sentido se pronuncia cien años después Juan Pablo II cuando afirma, en CA (36), que “no es malo el deseo de vivir mejor, pero es equivocado el estilo de vida que se presume como mejor, cuando está orientado a tener y no a ser, y que quiere tener más no para ser más, sino para consumir la existencia en un goce que se propone como fin en sí mismo”, toda vez que al consumir o satisfacer las necesidades es imprescindible “dejarse guiar por una imagen integral del hombre, que respete todas las dimensiones de su ser y que subordine las materiales e instintivas a las interiores y espirituales”. Así es

posible menospreciar o rechazar las aspiraciones o los deseos de superación material poniendo un límite o techo insuperable bajo la pena de incurrir en pecado y, entonces, perder la posibilidad de alcanzar la gracia eterna.

Asimismo sobre la base que la persona humana se encuentra sometida, de manera irremediable, a sufrir y padecer, resulta imposible pensar y, menos aún, realizar una superación de los daños y de los males a los que se encuentra sometido el ser humano por mandato divino y como consecuencia del pecado original. De esta manera, al igual que en el caso anterior, se anula cualquier intención de eliminar estos nefastos caracteres y, al mismo tiempo, se presentan y justifican actitudes y comportamientos conformistas frente a ellos. En este sentido, por ejemplo, enseñaba Juan XXIII en MM (235) que “quien considere este asunto en el plano sobrenatural no puede en modo alguno ignorar que el Evangelio, la Iglesia y toda su tradición ascética exigen de los cristianos que mortifiquen decididamente sus pasiones y soporten con paciencia las contrariedades de la vida”.

El ser humano queda condenado a una fatal disyuntiva, a saber: o acepta el lugar que le corresponde como explotado dentro de la organización social o se rebela contra ésta y, en consecuencia, se destruye. La Doctrina Social de la Iglesia al presentar como naturales y necesarias ciertas propiedades contingentes de la vida humana y, en su consecuencia, postular la superación de éstas en otra vida posterior y más elevada que la terrena, elimina cualquier tentativa de proyectar y realizar el progreso material ilimitado, toda vez que un intento de este tipo deviene en un inevitable atentado contra la naturaleza humana y, por ello, contra Dios.

2.7.- El trabajo y, en especial, el trabajo dependiente (o sea: la prestación de servicios a favor de otra persona que lo recibe, lo dirige y en contraprestación abona un salario), se califica como un deber, jurídico o moral, o se entiende como necesario, al mismo tiempo que se lo elogia como actividad creadora de riqueza, espiritual o material, que dignifica o humaniza al ser humano.

El trabajo, y el trabajo en general (no sólo el dependiente), provoca fatiga y sufrimiento. Este trabajo, cuya ejecución provoca dolor, es el castigo divino que padecemos por el pecado original de Adán y Eva. El concepto de trabajo

obligatorio corresponde al relato bíblico cuando narra que Dios “al hombre le dijo: ‘Por haber escuchado la voz de tu mujer y comido del árbol del que Yo te había prohibido comer, maldito sea el suelo por tu causa: con fatiga sacarás de él el alimento todos los días de tu vida’”.¹⁴

Este trabajo, en cuanto pena divina, debe ser distinguido de la labor que Dios encomendó al hombre en el jardín de Edén (o sea: en el paraíso): “Tomó, pues, Yahvéh Dios al hombre y le dejó en el jardín de Edén, para que lo cuidase y labrase”.¹⁵ Hay un trabajo que es una sanción impuesta por Dios al hombre por haber pecado que está necesariamente integrado por la fatiga y el sufrimiento que conlleva su realización, mientras que hay otro trabajo (la labor encomendada en el jardín de Edén) que no es un castigo sino una actividad libre y recreativa: “lo que el hagiógrafo quiere destacar es que el hombre ha perdido sus dones preternaturales, y el trabajo, lejos de ser una distracción gustosa del tiempo, será una labor penosa en lucha con la naturaleza pobre”.¹⁶ Antes del pecado, de la caída, el trabajo constituyó “una distracción gustosa del tiempo” (como enseñan los Profesores); o sea: el hombre cultivaba el jardín de Edén que había plantado Dios.

La idea del trabajo obligatorio como una condena que sufre el hombre coincide con la etimología de la palabra “trabajo”, que proviene del latín vulgar “TRIPALIARE ‘torturar’, deriv. de TRIPALIUM ‘especie de cepo o instrumento de tortura’, S. VI. Este es compuesto de TRES y PALUS, por los tres maderos cruzados que formaban dicho instrumento, al cual era sujetado el reo. De TRABAJAR deriva el sustantivo TRABAJO, 1212, que conserva en la Edad Media y aun hoy en día el sentido etimológico de ‘sufrimiento, dolor’”.¹⁷ En este sentido el derecho al trabajo es el derecho al sufrimiento, al dolor y a la tortura.

14 Génesis, 3-17, Biblia de Jerusalem, Desclée de Brouwer, Bélgica, 1967, edición española.-

15 Gen. 2,15.-

16 Profesores de Salamanca, Biblia Comentada, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1967, Tº I, pág. 94.-

17 Corominas, Joan, Breve Diccionario Etimológico De La Lengua Castellana, Editorial Gredos, 3ra. edición, Madrid, 1976, palabra “trabajar”, pág. 577.-

2.7.1.- Hay que distinguir entre diferentes actividades productivas, tanto como entre las distintas formas sociales de ejecución de las mismas. Hay que diferenciar las labores creativas, artísticas, deportivas o superfluas, de búsqueda de la verdad y la belleza, del goce o del placer, de la actividad de trabajar. Hay que distinguir a la labor -en cuanto es una actividad que practica el hombre en libertad o liberado de la necesidad- del trabajo que ejecuta en cuanto es esclavo de la misma. Pero además y en relación a lo que aquí denomino trabajo, hay que distinguir sus diferentes formas sociales de realización: el trabajo de los esclavos, de los libertos, de los siervos, o de los trabajadores (hombres libres) en el capitalismo.

2.7.2.- La Doctrina Social construye su noción de trabajo sobre la base de sus semejanzas con la obra creadora de Dios, de su inevitable producción de fatiga, cansancio y sufrimientos, y como un proceso de humanización del hombre.

Por ser el hombre una criatura hecha a imagen y semejanza de Dios, el trabajo constituye una actividad de cocreación. El hombre, al dominar y someter la tierra, es el continuador mundano de la obra creadora de Dios. Así, por ejemplo, en LE (4) Juan Pablo II expresa que “el hombre es la imagen de Dios, entre otros motivos por el mandato recibido de su Creador de someter y dominar la tierra” y que “en la realización de este mandato, el hombre, todo ser humano, refleja la acción misma del Creador del universo”. De manera tal que cualquier trabajo -también el más denigrante- participa de la obra creadora junto a Dios y, por ello, posee una característica que permite su correcta calificación más allá de toda apreciación mundana: todos los diferentes trabajos que realizan los distintos hombres poseen un valor común que permite considerarlos como iguales en dignidad e importancia. Ahora bien, de ninguna manera es posible entender esta argumentación del magisterio social como un intento de justificar una revalorización de todas las actividades laborales con prescindencia de la apreciación económica y social que reciben por la ley de la oferta y la demanda; esta tentativa se traduce en un postulado de sometimiento, de aceptación y conformismo frente a la posición social en la que se encuentran los individuos integrantes de las clases explotadas. León XIII, en RN (13), es claro en esta cuestión al sostener que “es necesario aceptar la condición humana, tal como ella es; que en la sociedad

no pueden hacerse iguales los de arriba con los de abajo”, y que es conveniente que así sea “para utilidad tanto de los individuos como de la comunidad; pues la vida común necesita, para que todo se ordene, que haya variedad de capacidad y diversidad de funciones, para cumplir las cuales los hombres se sienten movidos por la diferente condición propia de cada uno”. Entonces es importante para el mantenimiento del orden social que el miserable, a través de su trabajo, se considere un participante de la obra creadora de Dios y no un piojo putrefacto con ansias de venganza y un proyecto político revolucionario.

El trabajo humano constituye el cumplimiento del mandato divino de dominar y someter la tierra y, en su consecuencia, deviene en una ocupación a la que se encuentran compelidos de forma necesaria los hombres. Pío XI ya decía, en QA (61), que “el hombre ha nacido para el trabajo, como el ave para volar” y, años después, en el prefacio de *Laborem Exercens*, insistirá Juan Pablo II que “hecho a imagen y semejanza de Dios en el mundo visible y puesto en él para que dominase la tierra, el hombre está por ello desde el principio, llamado al trabajo”. El ser humano no puede romper con su destino trágico de tener que trabajar sin, al mismo tiempo, desobedecer a Dios y, en su consecuencia, incurrir en pecado, destruirse como persona y perder la posibilidad de la gracia eterna. La Doctrina Social de la Iglesia presenta como natural, esencial o necesaria a la actividad de trabajar y a sus formas sociales de realización. De manera tal que cierra toda posibilidad de eliminar esta ocupación humana y, entonces, limita la utopía del progreso a algunas modificaciones en las formas del trato social. Así el hombre se encuentra por siempre ordenado a trabajar -llamado al trabajo- y las clases dominadas a seguir sufriendo la explotación.

Pero además, con este concepto del trabajo, la Doctrina Social suprime al ocio y a la vagancia, que son diferentes al descanso, como actividades plausibles de la persona humana. El hombre es un ser que trabaja y descansa para recuperar sus fuerzas o energías, de manera tal que el ocio y la vagancia no constituyen actividades propias del ser humano y, en consecuencia, quien las realiza desnaturaliza su esencia o, en otras palabras, pierde su condición humana. El ocio y la vagancia se encuentran excluidos de la esfera de actividades humanas y no sólo como posibilidades ideales sino también como necesidades reales de la persona humana. Así la Doctrina Social postula un

concepto del hombre y otro del trabajo adecuados al modo de producción capitalista, a saber: el hombre se encuentra llamado al trabajo y al realizar esta actividad participa de la obra creadora de Dios.

Para la Doctrina Social, las molestias, inconvenientes, sufrimientos o fatigas que provocan la actividad de trabajar resultan acontecimientos inevitables para el hombre. La persona humana no puede liberarse de la fatiga y, en su consecuencia, se encuentra condenada de por vida a sufrir y padecer a causa del trabajo. En la medida que la fatiga laboral constituye una pena divina, motivada por el pecado original del hombre, la enseñanza social de la Iglesia sostiene como alivios temporales la paciencia y la resignación. De manera tal que con esta concepción, por un lado, se elimina toda posibilidad ideal de suprimir la fatiga como sufrimiento real del ser humano y se resuelve el problema trasladando la solución al más allá y, por otro lado, se limitan los reclamos de las clases explotadas que sufren la fatiga que provoca el trabajo que realizan. Y ésto es así toda vez que si la fatiga laboral es inevitable por ser una pena divina, su eliminación sólo se logra a través de la reconciliación con Dios en la vida eterna y, en su consecuencia, para lo mundano queda la posibilidad real de atemperarla o reducirla. Además el ser humano al trabajar y sufrir se redime del pecado original y comienza un largo y penoso camino de acercamiento a Dios. Así el trabajo y los sufrimientos que produce son el rescate que el hombre debe pagar a Dios para liberarse del pecado. Juan Pablo II en LE (27), por ejemplo, recuerda esta idea básica de la Doctrina Social al decir que “todo trabajo -tanto manual como intelectual- está unido inevitablemente a la fatiga” y que en aquél “el cristiano descubre una pequeña parte de la cruz de Cristo y la acepta con el mismo espíritu de redención, con el cual Cristo ha aceptado su cruz por nosotros”. Y pagar el rescate, al trabajar y sufrir, es muchísimo más valioso que ganar dinero.

El trabajo es una actividad que favorece el perfeccionamiento del hombre. El ser humano al trabajar se perfecciona, se dignifica, se valoriza como tal. El trabajo es un proceso de humanización a través del cual la persona se desarrolla. Como dice Juan Pablo II, en LE (9), “el trabajo es un bien del hombre -es un bien de su humanidad- porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más en un cierto sentido ‘se hace

más hombre””. Elevado a virtud por la laboriosidad y la modestia, el trabajo es el medio más adecuado para que el hombre devenga más humano. De manera tal que para el hombre debe ser más importante la actividad de trabajar que el tipo de trabajo que realiza. Y es que cualquier trabajo, por más puerco y sucio que sea, favorece el desarrollo de la persona, dignifica y humaniza al hombre. Así el verdadero valor del trabajo se considera que viene dado por constituir una actividad que realiza un sujeto que, siendo de por sí valioso, se valoriza y enriquece cuando la lleva a cabo.¹⁸

El hombre, hecho a imagen y semejanza de Dios, es valioso y digno pero sin embargo al trabajar se revaloriza, se dignifica y humaniza. Para la Doctrina Social de la Iglesia, que acepta el trabajo asalariado, la explotación económica y moral favorece el desarrollo de la persona humana. La persona que trabaja debe identificarse con su labor o, mejor dicho, hay que identificarla, adherirla y someterla a las formas sociales dominantes. El ser humano debe estar convencido que trabajando se humaniza o que se hace más humano. Para el mantenimiento del capitalismo no cabe la menor duda que es mucho mejor que los trabajadores se identifiquen con sus labores, aceptando que a través de ellas desarrollan sus mejores y más elevadas cualidades, en vez que consideren al trabajo como una actividad que entorpece el desarrollo de la persona.

Si el hombre no trabaja, no se humaniza; pierde la posibilidad de desarrollarse y realizarse. Por ello el ocio y la vagancia atentan contra este proceso de valorización del ser humano y, en consecuencia, no deben ser practicados. Es más, si trabajar humaniza, la vagancia y el ocio embrutecen, pervierten

18 Oscar Wilde en *El Alma del Hombre* bajo el Socialismo decía que no podía “menos que denunciar las muchas tonterías que hoy día se escriben sobre la dignidad del trabajo manual. En el trabajo manual no hay nada forzosamente ennoblecedor, y la mayor parte de él es absolutamente degradante. Lo mismo mental que moralmente, es ofensivo para el hombre hacer nada en que no encuentre placer, y muchas formas de trabajo son actividades absolutamente ingratas, y como tales deberían ser consideradas. Barrer una encrucijada fangosa durante ocho horas al día con el levante soplando es una ocupación enojosa, no cabe duda. Barrerla con dignidad mental, moral o física se me antoja imposible. Barrerla con alegría sería estupefaciente. El hombre está hecho para algo mejor que el recoger basura. Todo trabajo de esta índole debería ser llevado a cabo por una máquina” (Wilde, Oscar, *Obras Selectas*, Librería “EL ATENEO” Editorial, Buenos Aires, 1959, pág. 1138).-

y desnaturalizan al ser humano. El hombre debe elevarse y desarrollar su humanidad y, entonces, debe trabajar y alejarse del ocio y la vagancia. Además toda vez que trabajando el hombre deviene más humano resulta importante, o relevante para el punto de vista ético de la Iglesia, aquél hecho que las consecuencias económicas que tiene para el trabajador. El trabajo humaniza y es más valioso trabajar que ganar dinero porque lo importante y plausible es ser (humanizarse o dignificarse) y no tener; aunque quien sea, fuere sólo una piltrafa, un deshecho, un explotado o un obrero.¹⁹

Exceptuando a la encíclica *Octogesima Adveniens* y en parte a *Mater et Magistra*, el resto de los documentos papales integrantes de la Doctrina Social sostienen que el trabajo es una obligación. Y, por supuesto, esta opinión mayoritaria, dentro del magisterio social de la Iglesia, coincide con la idea de considerar al trabajo como el cumplimiento del mandato divino de dominar y someter la tierra. Si Dios ha ordenado al hombre que debe dominar y someter la tierra, entonces el trabajo humano deviene, en primer lugar, en una actividad de cocreación y como un medio obligado para mantener la amistad con aquél -la gracia divina- y, en segundo lugar, en una actividad tendiente a la superación material del ser humano. Así de acuerdo a la escala de valores que propone la Iglesia en su Doctrina Social encontramos que resulta más importante la actividad laboral entendida como el cumplimiento de un mandato de Dios que como un medio, dentro del sistema capitalista, para ganar dinero. El obrero,

19 En general el deber de trabajar se acompaña de una concepción limitativa de las libertades públicas, de un elogio al esfuerzo y de una estricta disciplina laboral. A ello se agrega una posición represiva del ocio y la vagancia, que en la Doctrina Social no es incompatible con el deber de asistir o ayudar al menesteroso dando limosnas. Bertrand Russell, en *Elogio De La Ociosidad*, dice que “la idea de que el pobre pueda holgar siempre ha sido nefanda para los ricos. A principios del siglo XIX, la jornada normal de trabajo de un hombre era, en Inglaterra, de quince horas; los niños hacían la misma jornada algunas veces, y, por lo general, trabajaban doce horas al día. Cuando los entremetidos enredadores apuntaron que quizá tal número de horas fuese más bien largo, les dijeron que el trabajo aleja a los adultos de la bebida y a los niños del mal. Cuando yo era niño, poco después de que los trabajadores urbanos hubieran adquirido el voto, la ley estableció ciertas fiestas públicas, con gran indignación de las clases elevadas. Recuerdo haber oído a una anciana duquesa decir: “¿Para qué quieren las fiestas los pobres? Deberían trabajar”. Hoy, las gentes son menos francas, pero el sentimiento persiste, y es la fuente de gran parte de nuestra confusión económica”. (Russell, *Elogio de la ociosidad y otros ensayos*, Madrid, 1954, págs. 26 y 27).-

el trabajador, el empleado o dependiente, al desarrollar su actividad obedece a Dios. Entonces el resultado de la actividad laboral es la conservación de la amistad divina y su consecuencia, calificada como un derecho del ser humano, es la obtención de los medios necesarios para la conservación de la vida. O en otras palabras: el hombre trabaja por mandato de Dios y con su actividad se acerca a él y de ninguna manera, en la sociedad capitalista, su actividad se encamina a la superación material o a la obtención de dinero más allá del imprescindible para la satisfacción de sus necesidades y las de su familia.²⁰

2.7.3.- Una crítica, interesante y actual, a la noción represiva del trabajo, es la que formula Paul Lafargue (1842-1919), casado con Laura Marx (una de las hijas de Carlos Marx), en su conocido ensayo titulado *El derecho a la pereza* (1880). Claramente Paul Lafargue vincula a la ética cristiana (sin distinguir entre la católica y la protestante -algo que es un acierto-) con la ética capitalista, y, desde los inicios de su pequeño ensayo, dice que “la moral capitalista, lastimosa parodia de la moral cristiana, anatematiza la carne del trabajador; su ideal es reducir al que produce a lo más mínimo de sus necesidades, suprimir sus alegrías y sus pasiones y condenarlo al papel de máquina de producir trabajo sin tregua ni gracia”.

Paul Lafargue se alza contra el “amor al trabajo”, muestra al trabajo como una actividad de esclavos y reivindica la concepción liberadora de la antigüedad griega (no corrompida por el cristianismo) a favor del ocio o la pereza como una actividad del hombre libre. Así sitúa al trabajo en su real dimensión, como una actividad de los esclavos, en contraposición a “los ejercicios corporales y los juegos de la inteligencia”, actividades propias del hombre libre. Para Lafargue el trabajo es un “freno para las nobles virtudes del hombre”, mientras que la pereza engendra “sentimientos de dignidad e independencia”.

Señala con claridad que el trabajo produce dolor, miseria y corrupción. Lafargue muestra cómo la pasión por el trabajo, lleva a un incremento de la productividad y a un empobrecimiento del obrero; muestra cómo aumenta

20 Ver para el concepto de hombre y de trabajo: RN (4-5-6-7-13-17-21-32-40); QA (53-61-69-118-131-132-136); LS (15-19-20); MM (18-44-107-189-208-211-213-214-219-234-235-246-247-256); OA (7-14-15); CA (6-8-11-22-24-25-31-32-34-36-39-41-43-44-48-53-54-55).-

la riqueza en general, al mismo tiempo que se empobrecen las mayorías populares; vincula al exceso de trabajo con las crisis económicas y dice que “si las crisis industriales siguen a los períodos de sobretrabajo tan fatalmente como la noche al día, acarreado el desempleo forzado y la miseria sin salida, aportan también la bancarrota inexorable”, aunque, antes de que esta suceda, Lafargue señala que el capitalista buscará la solución en la expansión territorial o comercial (en el imperialismo), en nuevos mercados bajo su dominio, para la venta de sus productos. Lafargue entiende que el sistema de producción capitalista, o la forma de trabajar capitalista, requiere de consumidores y para ello debe “excitar sus apetitos y crearles necesidades ficticias” (una idea que desarrollarán tiempo después, aunque no necesariamente vinculados a Lafargue, los integrantes de la Escuela de Frankfurt Horkheimer, Adorno y Marcuse), y así el burgués adquiere una “función social de improductivo y de superconsumidor”.

Sobre la base de esta crítica al trabajo, Lafargue se alza contra el derecho al trabajo para defender el derecho a la pereza, al ocio, a una drástica reducción de la jornada de labor (incluso critica la divisa “el que no trabaje que no coma”). Lafargue piensa que una rebaja importante de las horas de trabajo, que un aumento del descanso, traerá un incremento de la productividad, que, a su vez, acarreará una mejora de las máquinas, un desarrollo técnico. Para él hay que prohibir el trabajo.

Lafargue es un pensador marxista, o, en otras palabras, es un comunista seguidor y divulgador de las ideas de su suegro Carlos Marx, y dentro de esa concepción deben ser entendidas sus ideas, que, sin lugar a dudas, poseen un tono o contenido hedonista, festivo, liberador que es ajeno a las concepciones mayoritarias de los marxistas e incluso a la retórica o forma de exponerlas. Los marxistas agotan, cansan, hastían. Lafargue entretiene a pesar de sus errores: “Pero para que tome conciencia de su fuerza es necesario que el proletariado pisotee los prejuicios de la moral cristiana, económica, librepensadora; es necesario que vuelva a sus instintos naturales, que proclame los Derechos de la pereza, mil veces más nobles y sagrados que los tísicos Derecho del hombre, cocinados por los abogados metafísicos de la revolución burguesa; que se obligue a no trabajar más que tres horas por día, a haraganear y a farrear el resto de la jornada”. Se equivoca cuando sostiene que los derechos

del hombre son tísicos, o cuando afirma que “no son más que los derechos de la explotación capitalista”, o cuando se burla de las libertades políticas. En Lafargue, al igual que en muchos marxista (e inclusive en Marx y en Engels), hay un insensato menosprecio o repudio a los derechos humanos, expresados, en aquella época y en gran medida, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sancionada por la convención francesa revolucionaria en 1789; repudio que, a todas luces, ha suprimido o limitado muchísimo la propuesta liberadora que han intentado llevar a cabo.²¹

2.7.4.- La concepción represiva elogia al trabajo como una actividad que humaniza o dignifica al hombre porque lo redime del pecado o porque lo aleja del ocio que lo envicia; en definitiva, ensalza al trabajo para que el obrero se someta a la explotación; no es más que un recurso para facilitar la expoliación. Y en paralelo a la alabanza al trabajo, se glorifica al trabajador.

Aparece el trabajador como un salvador, como un redentor, cuyo dolor, cuyo sacrificio revolucionario, libera a la humanidad. Ernest Jünger, el literato alemán simpatizante del nazismo y amigo de Carl Schmitt y Martín Heidegger, ha sostenido también una posición de alabanza hacia el trabajador, que ha sido típica de la derecha o de la extrema derecha europea de los años de 1920 y de 1930. Jünger es autor de un ensayo titulado *El Trabajador* (de 1932), y sobre ella manifiesta, en sus conversaciones con Julien Hervier, que “debe haber sido hacia el año de 1930 cuando comencé a preocuparme por esas cuestiones. Veo en el trabajador una figura mítica que hace su entrada en nuestro mundo, y las cuestiones del siglo XIX que se apoyan sobre la economía no intervienen en mí sino en segunda línea. Es decir, que el que posee el poder en su calidad de titán posee también naturalmente el dinero... Lo que importa en *El Trabajador* es la visión. Se trata de una magnitud que no es ni económica ni política, sino casi mítica: ha pasado la edad de los dioses y entramos en la edad de los titanes”.²² Es el elogio al trabajador, a quien Ernest Jünger no presenta como el integrante de una clase revolucionaria sino como un héroe mítico, como un titán, como un superhombre.

21 Ver Lafargue, Paul, *El derecho a la pereza* (1880), Editorial Galerna, Buenos Aires, 1970.-

22 Hervier, Julien, *Conversaciones Con Ernest Jünger*, FCE, Buenos Aires, 1990, pág. 61.-

2.7.5.- De la noción cristiana del trabajo, Max Weber, en *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, muestra su utilización para la formación y desarrollo de la idea burguesa o moderna de profesión.²³ Al respecto dice Weber que “aquella idea peculiar -tan corriente hoy y tan incomprensible en sí misma- del deber profesional, de una obligación que debe sentir el individuo y siente de hecho ante el contenido de su actividad ‘profesional’, consista ésta en lo que quiera -y dejando a un lado el que se la sienta naturalmente como pura utilización de la propia fuerza de trabajo o de la mera posesión de bienes (‘capital’)-, esa idea, decimos, es la más característica de la ‘ética social’ de la civilización capitalista, para la que posee, en cierto sentido, una significación constitutiva”.²⁴

Para Weber la ética protestante aporta, como algo “absolutamente nuevo”, el “considerar que el más noble contenido de la propia conducta moral consistía justamente en sentir como un deber el cumplimiento de la tarea profesional en el mundo. Tal era la consecuencia inevitable del sentido, por así decirlo, sagrado del trabajo, y lo que engendró el concepto ético-religioso de profesión: concepto que traduce el dogma común a todas las confesiones protestantes... que como único modo de vida grato a Dios reconoce no la superación de la moralidad terrena por medio de la ascesis monástica (que pertenecería según Weber a la ética católica), sino precisamente el cumplimiento en el mundo de los deberes que a cada cual impone la posición que ocupa en la vida, y que por lo mismo se convierte para él en ‘profesión’”.²⁵

Weber muestra como esta idea cristiana, común al catolicismo y al protestantismo, y que consiste en la concepción ascética del trabajo -o en sostener que el trabajo es una actividad necesaria que, en cuanto mortificante, perfecciona al hombre al acercarlo a la gracia de Dios- es utilizada por los reformistas a partir del siglo XVI para justificar moralmente el cumplimiento de las tareas o funciones que les corresponden a los hombres según sea la clase

23 Ver Weber, Max, *La Ética Protestante Y El Espíritu Del Capitalismo* (1904-5), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.-

24 Ver Weber, ob. cit., pág. 45.-

25 Ver Weber, ob. cit., págs. 84 y 85.-

a la que pertenezcan, dentro del nuevo orden social que se está formando (o sea: del capitalismo).

En este sentido es claro Weber cuando dice: “Yo afirmo expresamente, como se ve, la continuidad interna entre la ascesis religiosa monástica y el ascetismo laico profesional... esa continuidad es el supuesto básico de mis razonamientos: la Reforma aplica a la vida profesional en el mundo el ascetismo cristiano racional y la vida metódica practicada antes en el claustro”.²⁶

A Weber no se le escapa el carácter represivo que posee esta concepción con respecto a los intereses de los obreros. Al final de su estudio expresa: “El empresario burgués podía y debía guiarse por su interés de lucro, si poseía la conciencia de hallarse en estado de gracia y de sentirse visiblemente bendecido por Dios, a condición de que se moviese siempre dentro de los límites de la corrección formal, que su conducta ética fuese intachable y no hiciese un uso inconveniente de sus riquezas. Además, el gran poder del ascetismo religioso ponía a su disposición trabajadores sobrios, honrados, de gran resistencia y lealtad para el trabajo, por ellos considerado como un fin de la vida querido por Dios; y, por otra parte, tenía la seguridad tranquilizadora de que la desigual repartición de los bienes de este mundo es obra especialísima de la providencia divina, que, por medio de estas diferencias y del particularismo de la gracia, persigue finalidades ocultas, desconocidas para nosotros. Ya Calvino había dicho que ‘el pueblo’, es decir, la masa de trabajadores y artesanos, sólo obedece a Dios cuando se mantiene en la pobreza; esta afirmación había sido ‘secularizada’ por los holandeses (Pieter de la Cour y otros) en el sentido de que los hombres sólo trabajan cuando la necesidad les impulsa a hacerlo, y la formulación de este leitmotiv de la economía capitalista es lo que condujo más tarde a construir la teoría de la ‘productividad’ de los salarios bajos”.²⁷

Y sobre el mismo tema agrega: “...toda la literatura ascética de casi todas las confesiones estaba dominada por la idea de que el trabajo honrado es también cosa grata a Dios, aun cuando se realice por bajo salario por parte de aquel

26 Ver Weber, ob. cit., pág. 145, nota 80.-

27 Ver Weber, ob. cit., págs. 241, 242 y 243.-

a quien la vida no ha brindado otras posibilidades más favorables; en esto, la ascesis protestante no introdujo novedad alguna, pero no sólo profundizó en esta idea con la mayor agudeza, sino que desarrolló lo que más importaba para la eficacia de la norma: el impulso psicológico motivado por la concepción de este trabajo como profesión, como medio preferible y aun único de alcanzar la seguridad de la gracia; por otra parte, legalizaba la explotación de esta buena disposición para el trabajo, desde el momento que también el enriquecimiento del empresario constituía una ‘profesión’. Ya se ve, pues, cuán poderosamente tenía que influir sobre la ‘productividad’ del trabajo en sentido capitalista la exclusiva aspiración a alcanzar el reino de Dios por medio del cumplimiento del deber profesional y el severo ascetismo, que la disciplina eclesiástica imponía como cosa natural a las clases desposeídas. Para el trabajador moderno, la consideración del trabajo como ‘profesión’ es algo tan característico como la correspondiente concepción del enriquecimiento para el empresario”.²⁸

2.7.6.- Francois Bédarida dice que “en la vida de los hombres la noción de trabajo ha estado durante siglos como enturbiada por la lacra de una maldición. Sinónimo de servidumbre, ¿acaso no consagraba el trabajo la caída histórica de la humanidad? En esto, el siglo XIX lleva a cabo una revolución: de instrumento de esclavizamiento que era, el trabajo pasa a convertirse en medio de liberación y signo de dignidad. Tan sólo él puede asegurar a la colectividad humana la salvación y un futuro esplendoros”. Y esa revolución se debe a “una convergencia notable”, ya que “el pensamiento socialista y el pensamiento liberal, el pensamiento obrero y el burgués, el librepensamiento

28 Ver Weber, ob. cit., págs. 243 y 244. Y en las notas que amplían este párrafo Weber expresa que el ascetismo educó “a las masas en el trabajo (en la producción de “plusvalía”, para hablar en términos marxistas), posibilitando de ese modo su utilización en la relación capitalista de trabajo (industria doméstica, arte textil)”. Y, como si fuera poco, agrega: “Todavía más: cabe dudar sobre la magnitud del factor psicológico de la ‘alegría’ que el artesano medieval sentía en ‘su creación’; pero algo de cierto habrá en ello. En todo caso, el ascetismo despojaba al trabajo de esta atracción puramente terrenal (hoy definitivamente destruída por el capitalismo), orientándolo hacia la allendidad. El trabajo profesional en cuanto tal es querido por Dios. Lo que desde el punto de vista individual parece insensatez del trabajo, su impersonalidad, recibe glorificación religiosa. El capitalismo, en su primera época, necesitaba trabajadores que se entregasen convencidos en conciencia a su explotación económica. Hoy, firme y robusto, puede obligarles al trabajo sin ofrecer primas ultraterrenales”.

y la teología, coinciden hacia últimos del siglo XIX y comienzos del XX en proponer un nuevo y entusiástico significado del trabajo, en liberar al hombre de un trabajo inhumano que aplasta inexorablemente los destinos individuales, y en instaurar un genuino humanismo del trabajo”. Aunque excluye de la “convergencia notable”, pienso que con error, a la “moral calvinista”.²⁹ Por otro lado si bien es cierto que hay un nuevo significado, de modo que el trabajo es un “signo de dignidad” o que dignifica o humaniza, este nuevo sentido implica una concepción represiva de la vida humana que en este escrito subrayo y critico.

2.7.7.- Esta valoración positiva del trabajo queda expuesta en el Tratado de Paz de Versalles cuando declara que “el trabajo no debe ser considerado como una mercancía o un artículo de comercio” (art. 427, inc. 1º). Pero sucede lo siguiente: si se trata de una descripción, es falsa; si se trata de una prescripción, colisiona con otras que disponen que el salario debe asegurar un nivel de vida conveniente (inc. 3º), o que debe ser igual por tarea de igual valor (in. 7), y que, en definitiva, lo tratan como una mercancía. Entonces: ¿qué queda del enunciado? Su función represiva: como el trabajo no es una mercancía, sino un medio de dignificación de la persona, es más importante trabajar (dignificarse) que ganar dinero con el servicio. Y así se usa.

2.8.- La enseñanza social de la Iglesia establece límites mínimos y máximos a la remuneración del trabajador. Así el salario no debe ser inferior a cierto piso mínimo pero además tampoco debe ser superior a cierto techo máximo. Y esta fijación de topes máximos al salario constituye, sin lugar a dudas, una de las características más notoria de la Doctrina Social.

Los límites mínimos y máximos permiten definir al salario justo. Este será la contraprestación que reciba el trabajador o empleado y que se encuentre dentro del margen que determinan, por debajo, el límite mínimo y, por arriba, el límite máximo. De manera tal que una vez fijado el salario siguiendo los criterios que establece la enseñanza social se alcanza la justicia y, entonces, se cierran todas las posibilidades, o se agotan todos los derechos, para efectuar cualquier reclamo en torno a aquél.

29 Ver Historia General del Trabajo, Tomo 3, págs. 457 y ss.-

Para determinar el salario justo, siguiendo al magisterio social de la Iglesia, hay que considerar el doble carácter que posee el trabajo humano. Así deviene imprescindible tener presente, por un lado, el carácter individual o personal del trabajo -toda vez que se realiza poniendo en ejercicio las capacidades y fuerzas de la persona- y, por otro lado, el carácter social del mismo -dado que sus frutos se obtienen en cooperación con otros y dentro de una organización social.

Con estos dos aspectos del trabajo humano en la enseñanza social de la Iglesia se indican una serie de criterios que permiten definir al salario justo. Así cuando se señala que hay que tener presente el carácter individual o personal del trabajo se hace referencia, entre otros, a los siguientes criterios: la sustentación del obrero o empleado que sea frugal y de buenas costumbres, al honesto bienestar, a la dignidad de la persona y a la existencia o inexistencia de una familia a su cargo. Asimismo cuando se indica que hay que tener presente el carácter social del trabajo se hace referencia, entre otros, a los siguientes criterios: las condiciones de la empresa y del empresario, al bien común nacional -en especial al pleno empleo- e internacional y al aporte realizado por el trabajador a la producción (su cargo y productividad).

En principio se puede entender que con el carácter personal del trabajo humano se fija el límite inferior del salario, mientras que con el carácter social de aquél se establece el techo insuperable de la remuneración. Sin embargo ésto no es necesariamente así. Los criterios agrupados bajo la idea del carácter personal o individual del trabajo humano podrían ser utilizados de la siguiente manera, a saber: la sustentación del obrero o empleado y su familia permiten, sin lugar a dudas, establecer el piso del salario; el honesto bienestar, la frugalidad y las buenas costumbres constituyen criterios que, a primera vista, otorgan razones para fijar el techo salarial; y la dignidad de la persona podría usarse, por la notoria vaguedad que tiene la expresión, tanto para fijar el límite inferior como el superior o para reforzar el límite definido con la carga emotiva que posee el término. Asimismo los criterios agrupados bajo el carácter social del trabajo podrían ser utilizados de la siguiente forma, a saber: las condiciones de la empresa y del empresariado para fijar el límite superior de la remuneración; el bien común y en especial el ideal del pleno empleo permiten establecer el límite superior del salario; y el cargo y la productividad del obrero o empleado posibilitan determinar tanto el piso como el techo salariales.

Toda vez que el salario justo queda definido dentro del marco establecido por el límite inferior y el límite superior no se identifica con la noción de salario mínimo. El salario justo implica a la noción de techo o límite superior y, en su consecuencia, constituye la remuneración razonable o moralmente plausible, mientras que el salario mínimo tiene por finalidad garantizar la subsistencia del obrero o empleado pero sin por ello establecer un techo o límite superior insuperable. Y lo dicho es así sin perjuicio que el nivel del salario justo sea equivalente, en los hechos, al nivel del salario mínimo.³⁰

2.9.- La Doctrina Social de la Iglesia contempla la existencia de dos tipos de descanso. El primero es el reposo de los días festivos y santificados por la religión; es un descanso semanal que no sólo aleja al hombre de su trabajo sino que también tiene por finalidad adorar a Dios. Así este descanso está encaminado a satisfacer las necesidades espirituales de la persona humana. El hombre, hecho a imagen y semejanza de Dios, se encuentra obligado al descanso semanal así como reposó Dios después de haber concluido su obra creadora. El segundo es el descanso laboral. Siendo el trabajo una actividad fatigosa, cansadora, para el hombre, éste requiere un tiempo de recuperación. Así el reposo laboral constituye el tiempo necesario para compensar las fuerzas consumidas en el trabajo. Conforme al magisterio social la duración del descanso deberá ser la que baste para compensar las fuerzas consumidas en el trabajo. Y establecido este criterio la Doctrina Social no compromete opiniones sobre la periodización de este descanso. Pero no cabe la menor duda que con esta idea del descanso se puede hacer referencia al reposo diario -limitación de la jornada laboral-, al semanal y al anual.³¹

2.10.- El hombre es un ser social por naturaleza y, por ello, posee una inclinación a convivir y a formar la sociedad civil y a una multitud de asociaciones inferiores e imperfectas. La sociedad se encuentra encaminada al bien común y engloba a todas las manifestaciones sociales del hombre -las asociaciones inferiores-, que colaboran y participan en la construcción del

30 Ver: RN (3-32-33); QA (63-64-65-66-68-69-70-71-72-74-75); LS (19); MM (31-32-33-68-71-78-112-138); OA (14); GS (67); CA (8-9-15).-

31 Ver: RN (30-31); MM (248/253); CA (7-15).-

bien general. La sociedad es entendida como un cuerpo integrado por partes ordenadas jerárquicamente y unidas armónicamente por el amor fraterno. Las partes de la sociedad son los patronos y los obreros, agrupados en sus respectivas asociaciones o integrando la misma corporación, y las demás asociaciones que forma el hombre como son la familia, las congregaciones religiosas, las sociedades educativas, las culturales o, entre otras, las deportivas. El individuo vive y se desarrolla como integrante de asociaciones de las más variadas características y finalidades y que en conjunto, como partes u órganos del cuerpo, configuran la sociedad. A diferencia del liberalismo (que entiende a la sociedad constituida básicamente por individuos unidos por las leyes del mercado) y del socialismo (que describe a la sociedad a través de las luchas de las clases que la componen y que proyecta un ideal de sociedad sin clases) la Doctrina Social elabora un modelo de sociedad, como valor político, integrado por asociaciones intermedias entre el individuo y el estado, a través de las cuales el hombre se desarrolla en mutua y pacífica colaboración. La asociación, en cuanto comunidad, es un ámbito interclasista que supera necesariamente las diferencias sociales existentes entre sus miembros integrantes y que posibilita el armónico balance de sus intereses.

La Doctrina Social de la Iglesia, al defender a la propiedad privada y al trabajo asalariado, acepta a la sociedad civil como al conjunto de las relaciones sociales del capitalismo, que posee como partes a la clase burguesa y a la proletaria.

La Doctrina Social siempre ha reconocido el derecho de los trabajadores a formar sindicatos, como una especie del derecho natural de asociación. La acción de los sindicatos -de la representación de una de las partes- va a ser pensada como el conjunto de funciones que desarrolla uno de los órganos del cuerpo social. Así la Doctrina Social justifica sólo las actividades sindicales que se desarrollan dentro del marco que fija el cuerpo social o el sistema capitalista. En otras palabras: los sindicatos, como cualquier otra asociación inferior imperfecta, al ser órganos del cuerpo social, participan y colaboran en alcanzar el bien común de la sociedad. Esta concepción general de la acción de los sindicatos se traduce en la siguiente función económica, a saber: deben colaborar en el progreso económico. Así los sindicatos constituyen las organizaciones sociales de participación de la clase obrera en la sociedad

capitalista para colaborar con la burguesía en la explotación que lleva a cabo de los trabajadores. Los sindicatos devienen en instrumentos de cooptación de la clase trabajadora al sistema económico y político burgués y así son los vasos comunicantes de las ideas y de los proyectos que la clase dominante impone a los explotados.

La conciliación de la clase obrera con la burguesía comienza en el proceso productivo toda vez que para su desenvolvimiento resultan imprescindibles tanto el capital como el trabajo. El lugar de trabajo deja de ser una fábrica para transformarse en una empresa o comunidad de trabajo, donde la participación obrera en las decisiones y en las ganancias, la cogestión y un sindicalismo reformado a las necesidades de la burguesía son algunos de los recursos recomendados para lograr la armonía o el equilibrio sociales. La fábrica, la industria, el establecimiento o la sociedad comercial se transforman en corporaciones cuando se constituyen en ámbitos cuyas partes integrantes, los obreros y los burgueses, se encaminan al logro de fines comunes que vendrían a beneficiar a todos sus componentes. Este acuerdo básico permite acceder a ámbitos de conciliación más amplios, como pueden ser los celebrados entre los integrantes de todo un ramo o los concertados entre los diferentes ramos o sectores de la producción, como etapas para concluir en la reconciliación definitiva de las clases sociales.³²

Para la Doctrina Social la sociedad civil, como sociedad burguesa -con propiedad privada y trabajo asalariado-, es una asociación natural, un organismo o cuerpo bien estructurado, sano o sin explotación. De manera que si la sociedad burguesa es pensada como un cuerpo sano, entonces aquellas actividades que tiendan a su destrucción son entendidas como enfermedades. Así toda propuesta o acción revolucionarias serán consideradas como las ideas de algunos hombres malos y pecadores que es necesario extirpar como tumores malignos. En este sentido la acción sindical revolucionaria no responde al sistema de explotación que estructura al cuerpo, sino a la infección virósica que provoca la maldad de algunas células humanas. Y de la misma manera la noción de la lucha de clases no corresponden al proceso real o histórico

32 Así, por ejemplo, Antoncich y Munárriz (en *La Doctrina Social de la Iglesia*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1987), recomiendan una “sana ‘teología de la reconciliación’” (pág. 208).-

de la sociedad burguesa, sino que constituye sencillamente un proyecto de vida social que, a no dudarlo, se contrapone con la esencia social -solidaria e interclasista- del ser humano y, en su consecuencia, de prosperar lo destruye.

Los sindicatos no deben participar de las disputas por el poder político y mucho menos aspirar a llevar a cabo modificaciones o cambios revolucionarios al capitalismo. Las actividades sindicales dentro del marco de la sociedad burguesa para la Doctrina Social son las siguientes: conseguir que se moderen los contratos de trabajo abusivos de los derechos de los trabajadores y violatorios de su dignidad de personas; recordar los deberes religiosos que apartan al hombre de la intemperancia y que le impiden traspasar la moderación; contribuir para que sus miembros reciban los bienes del cuerpo, del alma y del patrimonio familiar y alcancen la perfección religiosa y moral; trabajar en beneficio de la instrucción y la educación de sus integrantes; velar para que los trabajadores posean los beneficios y las garantías de la seguridad social; y participar en la celebración de los convenios colectivos de trabajo y hacer oír su voz ante las autoridades del estado, para contribuir a generar las condiciones más favorables para el progreso económico y social o, en otras palabras, para la reproducción del sistema capitalista. Entonces las actividades de los sindicatos no constituyen un aspecto de la lucha de clase ni un cuestionamiento a la sociedad burguesa sino que se realizan dentro de los límites de ésta.

Y también dentro de estos límites la Doctrina Social va a regular a la huelga, sobre la que no tiene una opinión muy favorable. Como derecho aparece reconocida por Octagesima Adveniens (14). La misma calificación mantiene Laborem Exercens (20), mientras que Quadragésimo Anno elogia su prohibición por parte del fascismo (94-95). La encíclica Rerum Novarum distingue entre las “turbulencias” que provocan el “motín” y la “huelga colectiva”, contra los cuales recomienda el uso de la fuerza pública (26), y el “paro voluntario” generado por las gravosas condiciones del trabajo, que requiere como solución la remoción de “las causas de donde puede proceder el conflicto entre patronos y obreros” (29). Octagesima Adveniens advierte que, a pesar de constituir un derecho, su ejercicio posee “dificultades” toda vez que puede producir “condiciones gravosas para la economía” o constituir un medio para alcanzar “reivindicaciones políticas”. Estas dificultades, para la carta pastoral de Pablo VI, devienen en límites al ejercicio del derecho de

huelga. Lo mismo puede afirmarse de la huelga para el caso de los servicios públicos. Toda vez que si bien no queda prohibida, sí se encuentra limitada sobre la base del deber de garantizar aquellas actividades necesarias “a la vida diaria de toda la comunidad” (14). *Laborem Exercens* mantiene en gran medida el esquema sostenido e introducido por la encíclica de Pablo VI. Reconoce a la huelga como un derecho de los trabajadores y como un método legítimo pero “en las debidas condiciones y en los justos límites”. La huelga es un “medio extremo” del cual no se debe abusar como cuando se cae en “función de juegos políticos” o se “paraliza toda la vida socio-económica”. Pero a diferencia de *Octagesima Adveniens* recomienda que se adopten “medidas legales” que aseguren los servicios esenciales para el caso de verse afectados por la huelga (20). En resumen: la doctrina social cuando acepta el derecho de huelga limita su ejercicio dentro del sector de los servicios públicos o esenciales.

La enseñanza pontificia constituye una doctrina que establece y defiende como principio, de la sociedad que postula, a la satisfacción de las necesidades de alimentación, vestido, habitación, educación y cultura del hombre. La idea es importante por el valor humanitario que encierra. No todas las doctrinas políticas pretenden garantizar la satisfacción de un mínimo de necesidades básicas. Para lograr este objetivo el magisterio social prescribe el salario justo que constituye tanto un límite a la remuneración del trabajador como una restricción al derecho de propiedad, y a la limosna o la caridad (o la ayuda al prójimo). La doctrina eclesiástica no considera injusto al capitalismo pero condena la concentración de la riqueza en pocas personas en detrimento de la satisfacción de las necesidades del resto de los seres humanos. En alguna medida proyecta una sociedad de pequeños propietarios y trabajadores asalariados, donde todos tengan satisfechas sus necesidades básicas y estén jerarquizados e integrados en corporaciones y asociaciones intermedias, ya sean familiares, educativas, recreativas, religiosas o encaminadas a la producción, que actúan dentro de los límites del bien común (del orden capitalista).³³

33 Ver: 1) para la concepción de la sociedad: RN (4-5-6-7-8-9-10-11-13-14-15-16-18-20-25-34-35-36-37-38-39-40); QA (29-31-32-33-37-38-44-45-46-47-48-53-64-65-78-79-80-83-84-85-86-87-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99); LS (12-13-14-15-16-17-18-23-25); MM (19-22-23-30-31-32-37-43-51-65-66-67-82/121-258); OA (24); CA (13-32-35-43-48); 2) para la organización sindical: RN (34-35-37-38-40); QA (79-80-81-82-83-84-85-87-90-91-92-93-

El principio del deber de la satisfacción de las necesidades es incongruente o incompatible con el capitalismo. En el capitalismo no hay satisfacción de las necesidades (de subsistencia o de desarrollo) para todos los seres humanos. En el capitalismo (ya sea en su centro como en su periferia) hay una permanente o periódica situación de insatisfacción de las necesidades para numerosas personas. Este principio de la Doctrina Social opera como un medio para aparentar su divergencia con el capitalismo, para facilitar su propio atractivo y, en definitiva, la adhesión al orden social.

Tina Modotti México D.F., 1924, Fotografía Edward Weston



3. EL INFORME DE BIALET MASSÉ SOBRE LA CLASE OBRERA

Por decreto del 22 de enero de 1904 el presidente Roca y su ministro del interior, Joaquín V. González, comisionaron a Juan Bialet Massé para que, recorriendo la República, presente “un informe detallado sobre las condiciones del trabajo y de la población obrera en general”.³⁴ El 30 de abril de ese año, Bialet Massé cumplió con el encargo presentando un extenso y detallado informe de más de mil páginas, no sólo acerca de las condiciones de los trabajadores, de los sistemas de producción utilizados, de la calidad de los servicios y productos y de los problemas sociales de las diferentes provincias y territorios nacionales que visitó -como la situación del indio, de las mujeres y los niños, del criollo y sus diferencias con el extranjero, y las migraciones internas, entre muchos otros-, sino que, además, aportó sus recomendaciones para mejorar el proyecto de ley del trabajo que, por aquel entonces, había elaborado Joaquín V. González, y que sería enviado al Congreso de la Nación el 6 de mayo 1904. Por ello su informe no es una mera descripción del estado de la clase obrera a principios del siglo veinte en Argentina sino, más bien, un relato magnífico, y de gran valor como fuente histórica, del país y sus paisajes, de sus habitantes, sus costumbres y condiciones de vida, al mismo tiempo que constituye una exposición de sus propias ideas sociales y políticas y de los problemas de la nación, que su sensibilidad y concepción le permiten descubrir y señalar.

Juan Bialet Massé era español, de Cataluña. Había llegado al país en 1876 siendo médico y aquí obtuvo el título de abogado. Contrajo matrimonio con una nieta de Laprida, se afincó en Córdoba y desarrolló una importante obra industrial, docente, literaria y profesional: impulsó y trabajó en la edificación del Dique San Roque, fué profesor de legislación laboral, escribió sobre temas de derecho y medicina y, como abogado, asesoró no sólo a la Bolsa de Comercio de Rosario sino, además, a diferentes sociedades obreras en forma gratuita.

Da de su persona la imagen del hombre práctico y hacedor -conocedor de los más variados oficios-, del emprendedor que proyecta, sueña y construye

³⁴ Bialet Massé, Juan, Informe sobre el estado de la clase obrera, Tº I y II, Hyspamérica, Madrid, 1985, pág. 12.-

invadido por la pasión del progreso. Se presenta como un hombre de acción, a quien no “es extraño ningún oficio, desde la carpintería y la herrería, hasta el ajuste y el montaje; desde la fabricación del ladrillo y de la cal hasta las altas construcciones; desde la mina y la cantera hasta la fundición y el tallado”, que ha “organizado muchos obradores, muchos talleres y mucho personal”, y que por ello no es un “lírico”.³⁵

Manifiesta prescindir de toda teoría y de sus propias ideas socialistas³⁶ que, a mi entender, sería exagerado decir que posee. Bialest es un demócrata que suscribe el ideario político de la Constitución de 1853, que declara, en reiterados pasajes de su obra, sus desacuerdos con los socialistas argentinos o extranjeros, sean Marx, Lasalle o Jaurés, y sus críticas a las prácticas de los anarquistas criollos y sus inspiradores europeos, Malatesta o Bakunin, al mismo tiempo que, siendo partidario de la iniciativa privada y el emprendimiento particular, no participa del pensamiento manchesteriano ni comparte el accionar burgués que desató, a su entender, la revolución francesa.

Admira al Deán Funes y está en un todo de acuerdo con el sistema de responsabilidad civil proyectado por Vélez Sarsfield para el Código Civil, que defiende como amparo suficiente para los accidentes del trabajo. Descrie del método estadístico de Le Play y su escuela para el estudio del sistema social, y sus propuestas sociales encuentran, por un lado, apoyo en las enseñanzas de la *Rerum Novarum*, sin por ello compartir el monarquismo absolutista que la inspira y que considera, correctamente, incompatible con la organización

35 Bialest Massé, ob. cit., pág. 22. Pocos recuerdos sobre sus trabajos en el Dique San Roque, por los que estuvo preso, deja Bialest en su informe. El lector los encontrará en las págs. 246, 323 y 324, y 807. Toda su pasión queda, en gran medida, resumida en este pasaje: “Me parece que tengo quince años menos, que estoy en mis campamentos de San Roque y del Mal Paso; me siento poseído de los ardores de la construcción, de esa fiebre, cuyo delirio es poner piedra sobre piedra, llenar el plano, elevar la obra como se eleva el pensamiento, acabarlo por la impaciencia; se quiere salir pronto de las angustias del parto, y ver y gozar del hijo que nace, fruto de la concepción científica” (pág. 265).-

36 “Al hacer todo esto he procurado, y creo haberlo conseguido, prescindir de toda teoría ó sistema, y aun de mis propias ideas socialistas y de los recuerdos de los libros y estadísticas, para atenerme puramente á la apreciación de los detalles de los hechos” (Bialest Masse, ob. cit., págs. 14 y 15).-

política del país, y, por otro lado, en la fisiología de la mecánica humana, en la ciencia, que permite determinar la cantidad del trabajo y su distribución, el descanso necesario y la ración mínima. Para Bialet Massé, el “motor térmico humano, considerado, si así se quiere, como cosa, prescindiendo de sus calidades de hombre y de ciudadano, obedece á las leyes de la mecánica; tiene elementos determinados por la experimentación científica”³⁷, de manera que “la idea clara de la energía humana, de sus gastos y reposiciones, de la jornada y de la ración mínima, conducen, en la cuestión social, a la solución racional única que tiene”.³⁸

Las propuestas de Bialeto quedan resumidas en la idea de “oponer al abuso el freno de la moderación”.³⁹ Se inspiran en la aceptación del mandato cristiano de amar al prójimo, de reconocer en el otro a una persona igual y en la creencia que la ciencia aporta los conocimientos necesarios para solucionar el problema de la pobreza en el país. Son propuestas de moderación, de morigeración de las costumbres abusivas, de atenuación de la riqueza y de la pobreza productos de la codicia y la ignorancia.

Bialet Massé propone que se fije la jornada máxima para los hombres, las mujeres y los niños, que se disponga la prohibición de trabajar para los menores de 15 años, que se establezca el jornal mínimo y la ración, la asistencia en las enfermedades, el descanso dominical y el compensatorio. Bialeto considera necesario mejorar la higiene, como prevención de las enfermedades infecciosas, y la seguridad en el trabajo. Quiere que a los pobres, a los indios y a los criollos y a los extranjeros, se les entreguen tierras, y se les brinde enseñanza. Desea que se les otorgue la libertad de gastar el salario y por ello propone la eliminación de los vales y las proveedurías obligatorias. Quiere la eliminación de los malos tratos, de las sevicias, del uso del látigo y del palo y de las multas impuestas por los patronos. Bialeto pretende que los contratos de

37 Bialeto Massé, ob. cit., pág. 746.-

38 Bialeto Massé, ob. cit., pág. 749.-

39 Bialeto Massé, ob. cit., pág. 370. Para él la cuestión social consistirá en “hacer que no haya en lo posible esas diferencias tan enormes entre el gigante y el enano, mantenerlas en límites compatibles con la posible justicia humana” (pág. 533).-

trabajo sean escritos y que los jornales se paguen en moneda nacional. Que se limite la acción de los intermediarios o conchavadores. Promueve la formación y el reconocimiento de sociedades obreras; acepta la huelga y defiende, como solución de los problemas laborales, la conciliación y el arbitraje. “La vivienda de la libertad y el decoro, del patriotismo y de la honradez es”, para Biale Massé, “esa casita, aunque sea hecha con tablas de eucalipto y cubierta con chapas de zinc, que tiene un jardincito delante y una quintita detrás, y con un corralito para una vaca ó una oveja para leche. Es esa vivienda contenida en un acre (4.000 metros cuadrados), por donde pasan á la mañana los carros de la cooperativa municipal recogiendo flores, frutas y el sobrante de la leche para reducir las á dinero á fin de mes, dada al pobre jornalero a un precio tal que puede pagarla con lo que pagaría de alquiler en un conventillo asqueroso. Es la vivienda australiana”⁴⁰, que debería ser obra del gobierno.

Estos beneficios sociales deben ser según Biale impuestos por la ley, por cuanto la codicia desmedida y la ignorancia técnica sobre la organización del trabajo les impiden ver a los patrones las utilidades que aquéllos traerían para todos los integrantes de la sociedad.

Biale Massé sostiene que “una buena ley del trabajo no produce solamente el efecto de encarrilar por las vías de la justicia las relaciones entre patrones y obreros, sino que eleva, dignifica y moraliza al obrero”, en atención a que le da “al par de la conciencia de sus derechos la correlativa de sus deberes”⁴¹.

Estas son algunas de las ideas de Biale Massé que se encuentran desperdigadas en su voluminoso informe. Pero, además, las desarrolla con más detalle en capítulos dedicados en especial al derecho a la vida, la jornada racional, el descanso semanal, los accidentes de trabajo, las multas patronales, la mujer y el niño, las sociedades obreras y las agencias de conchavo.

40 Biale Massé, ob. cit., pág. 361.-

41 Biale Massé, ob. cit., pág. 403. También dirá que “hay que dignificar al criollo, elevando sus salarios” (pág. 122), o que “el buen trato y la dignificación del obrero y del empleado importan tanto ó más que el buen salario” (pág. 973), o que “hay más que hacer: la grande obra, la creación del ciudadano, demócrata y dignificado” (pág. 50).-

El derecho a la vida es natural e inalienable y, en gran medida, encuentra sustento en que “no puede haber sociedad si el socio se muere”⁴². Encuentra inspiración Biale Massé en la doctrina de la *Rerum Novarum*, cuyo párrafo 32 cita. Para León XIII el trabajo es personal y necesario por cuanto lo realiza el hombre y, a través de él, obtiene los frutos indispensables para sustentar su vida. Así el trabajo es considerado un deber del hombre para la satisfacción de sus necesidades: en la encíclica se dice que “el salario no debe ser insuficiente para la sustentación de un obrero que sea frugal y de buenas costumbres”⁴³.

A partir de estas ideas Biale Massé determina el concepto de frugalidad. La frugalidad “sin vicios es el ideal de las calidades del obrero, que lo ponen en condiciones de mejor salud, de más prolongada vida, de mayor potencialidad nacional”⁴⁴. Ve en ella a un precepto higiénico, relativo y variable según las características de las personas (su edad, sexo, desarrollo cultural) y las circunstancias del lugar.

“Frugal es para un obrero, escribe Biale, la ración que contiene los principios nitrogenados, las grasas y los hidratos de carbono necesarios á su conservación y á los desgastes del trabajo en la forma más sencilla y más barata que se encuentran en el mercado, ó que él pueda producir, según las costumbres racionales del lugar y tiempo en que vive; frugal es el vestido más sencillo y para todos más barato, dentro de los que la decencia social admite... Frugal es la habitación limpia y sencilla, aislada, en que pueda acariciar sin testigos, hablar sin ser espiado, vestirse y desnudarse sin ofensa del pudor; y esas ropas y esa vivienda mantenerse limpias, para conservar su salud y no dañar á la de los demás, requieren jabón y plancha, cepillo, peine y escoba”⁴⁵.

42 Biale Massé, ob. cit., pág. 484. Aunque si bien es cierto que para que exista una sociedad es necesario que existan socios, con ello no se justifica que todos los actuales miembros deban serlo. Y ésta es, casualmente, todavía la cuestión.-

43 El párrafo 32 de la *Rerum Novarum* (RN) lo cita Biale en las págs. 485, 486 y 487 de su informe.-

44 Biale Massé, ob. cit., pág. 487.-

45 Biale Massé, ob. cit., págs. 487 y 488.-

Y todos estos beneficios son necesarios para el trabajador y para toda su familia, para su esposa, para sus hijos y padres y para su “hermana inválida”, si fuera el caso que tuviera una. Además “si queremos al hombre civilizado, culto, moral, hay que darle” también “alimento moral, de cultura y civilización, descanso del trabajo para que los pueda goza”.⁴⁶

Propone que se fije por ley un salario mínimo y si se dice que hay empresas que no pueden pagarlo “pues que cesen: pero que no se haga la concurrencia rabiosa sobre el sudor y la sangre del pobre; tenemos donde colocar al sin trabajo; 30.000 leguas de campo vacío lo reclaman”.⁴⁷

Dedica muchas páginas de su informe a la determinación de la ración que deberá ser suministrada por el patrón como un medio para asegurar su consumo y la adecuada alimentación del trabajador. Luego establecerá el costo del alojamiento, del lavado y del planchado de la ropa, de la escoba, del calzado (las alpargatas del obrero, su esposa y los niños, que las usan para ir a la escuela porque si no andan descalzos), del vestido, de la yerba y del mate y del tabaco, y de la cuota del socorro mutuo para la asistencia médica y del alumbrado (las velas y los fósforos), para terminar, casi exclamando que su propuesta no es “la del obrero sobrio y de buenas costumbres de que habla la encíclica de León XIII ni mucho menos; es la ración de la conservación del hombre, bajo de la cual está la miseria fisiológica, la degeneración de la raza y el vicio”.⁴⁸

46 Bialet Massé, ob. cit., pág. 488. En otras palabras: “El obrero frugal necesita leer, necesita solaz, música, paseo, por la sencilla razón de que es hombre; necesita el club político, porque es ciudadano; necesita ahorrar para la vejez, ó asegurarse... Necesita, en una palabra, vida civilizada, porque es miembro de una nación culta” (págs. 536 y 537). ¿Somos una nación culta?

47 Bialet Massé, ob. cit., pág. 537.-

48 Bialet Massé, ob. cit., págs. 532 y 533. Y en igual sentido, pocas páginas más adelante, repetirá que “esa no es la ración ni el salario que corresponden al obrero frugal y de buenas costumbres á que se refiere la Encíclica, ni mucho menos” (pág. 536). Idea que aquí subrayo porque, si bien es cierto que Bialet parte de la enseñanza social católica, a mi entender sus propuestas son más beneficiosas. Se trata de una diferencia importante entre las medidas protectorias que aquí estamos analizando.-

Al igual que el jornal y la ración, “la verdadera jornada racional es variable según los individuos, las temperaturas y demás influencias”⁴⁹, por ello Bialet propone la adopción de la jornada tipo, general, de ocho horas para los hombres y de siete para las mujeres y los niños desde los quince a los dieciocho años.⁵⁰

La jornada tipo debe ser establecida por ley al igual que el límite al trabajo extraordinario que fija en diez horas mensuales pagaderas con un salario incrementado en un 50% cuando son diurnas y en un 100% cuando son nocturnas.

Recomienda que la imposición legal de la jornada de ocho horas sea progresiva, que no se reduzcan bruscamente las extensas labores diarias sino que paulatinamente se vayan disminuyendo a razón de media hora cada dos meses y que se combine con la introducción de la enseñanza para los obreros; idea esta última que aconseja en muchas partes de su informe por cuanto Bialet va “cada día más á este convencimiento: para que las clases obreras vayan adelantando en el camino de un porvenir mejor y tengan garantido el derecho á un porvenir mejor, se necesitan tres cosas: universidad, colegio y escuela”.⁵¹

Ve en el socialismo y, en especial en Marx, una tendencia a la “ociosidad progresiva” que rechaza sobre la base de considerar que el trabajo mínimo o limitado es favorable a la salud, por cuanto así como el trabajo excesivo embrutece, desgasta y enferma al hombre, que luego de sus labores se encierra en el boliche, escenario del juego y la riña, de la lujuria y la bebida, también la pereza lo lleva al alcoholismo y al crimen. Bialet Massé no distingue el trabajo dependiente (y obligatorio), para el hombre que no posee los medios de producción imprescindibles para satisfacer sus necesidades, del trabajo voluntario. La propuesta de la izquierda favorable a la “ociosidad progresiva”,

49 Bialet Massé, ob. cit., pág. 583.-

50 Por lo menos ésta es su recomendación en la pág. 584 de su informe. Sin embargo en la pág. 574 se pronuncia a favor de la jornada de siete horas para las mujeres (aunque cuando las distribuye ubica cuatro a la mañana y cuatro a la tarde) y de seis horas para los niños (aunque no indica las edades de los menores).-

51 Bialet Massé, ob. cit., pág. 571.-

para usar estas palabras de Bialet, es la liberación del hombre de su trabajo dependiente, de la tiranía de los capitalistas, de los propietarios, y de ninguna manera un elogio a la pereza o a la vagancia.⁵²

La jornada limitada favorece la salud del hombre, desarrolla “el sentimiento de dignidad y de la libertad de los pueblos”⁵³ y produce un aumento de las ganancias. Mientras que la jornada larga causa la degradación física y moral del hombre y lo somete a la servidumbre y a la tiranía.

Bialet Massé considera que sin descanso “no hay pueblo libre y culto”, ni “hay república y democracia”⁵⁴, si entendemos por aquél no sólo el lapso para reponer la fuerza de trabajo, para aliviar la fatiga, sino, además, el tiempo para el estudio y el aprendizaje, la diversión y la adquisición de los bienes de la cultura, que transforman al individuo en una persona ubicada en la historia, conocedora de sus derechos, con capacidad de evaluar, de discernir y decidir.

El descanso debe ser una imposición legal, de orden público y sin que se admitan “pactos ni dispensas sobre la asistencia, siquiera para pagarle sus haberes. El domingo es completamente del obrero”.⁵⁵

Recuerda el Decálogo de Moisés y aquí también sus ideas buscan el

52 Marcuse dice: “Razonablemente, el sistema de trabajo social sería organizado bajo el punto de vista encaminado a ahorrar tiempo y espacio para el desarrollo de la individualidad fuera del mundo del trabajo inevitablemente represivo... La desublimación de la razón es un proceso tan esencial en el surgimiento de una cultura libre como la sublimación personal de la sensualidad... la estructura represiva de la razón y la organización represiva de las facultades de los sentidos se suman y se sostienen entre sí. En términos freudianos: la moral civilizada es la moral de los instintos reprimidos; la liberación de los últimos implica el ‘abatimiento’ de los primeros. Pero este abatimiento de los altos valores puede hacerlos regresar a la estructura orgánica de la existencia humana de la cual fueron separados. Si los altos valores pierden su lejanía, su separación de y contra las facultades inferiores, éstas son capaces de convertirse libremente en cultura” (Eros y Civilización, cap. IX, in fine).-

53 Bialet Massé, ob. cit., pág. 546.-

54 Bialet Massé, ob. cit., págs. 588 y 599.-

55 Bialet Massé, ob. cit., pág. 591. Propone, además, a mi entender con error, que ese día se prohíba la venta de alcohol (ver pág. 598).-

sustento del magisterio de la *Rerum Novarum*, en sus párrafos 30 y 31, que considera coincidentes con las pruebas de la ciencia: el mandato divino, “para los que creen; el precepto humano, para los otros, tiene una comprobación en la fisiología experimental, y el precepto científico concuerda plenamente con el moral, legal y religioso”.⁵⁶ Compara al hombre con una máquina, con un motor, que al trabajar consume energías acumuladas por la digestión y la respiración, al mismo tiempo que junta toxinas, como barro una caldera, que de no eliminarse, por medio del descanso diario, semanal o anual, no sólo provocan el desgano y la ineficiencia en las labores sino que, también, ocasionan “la fiebre eliminadora, la excitación morbosa, la degeneración y la muerte”⁵⁷, o la vejez prematura. Por ello para Biale Massé el descanso tiene justificación en las propiedades morales de la persona y también en los mayores beneficios que trae a la producción, en cuanto a ella se incorporan trabajadores que han recuperado sus fuerzas de trabajo o que han eliminado de sus cuerpos las toxinas del desgaste laboral.

Para Biale Massé el descanso es una obligación: descansar es un deber y trabajar durante el descanso está prohibido. Si el patrón exige labores o el dependiente presta servicios durante el tiempo de descanso, incumplen con la obligación e incurrir en conductas prohibidas. Para el caso de incumplimiento Biale propone que se impongan sanciones pecuniarias para las dos partes del contrato de trabajo.

He dicho que Biale Massé defiende el sistema de responsabilidad civil del código redactado por Vélez Sarsfield como amparo suficiente para los accidentes del trabajo, en contra de la opinión de los socialistas de aquel entonces que propiciaban la sanción de una legislación especial. Sus análisis del Código Civil argentino se encuentran en el Informe y en un libro anterior a éste y titulado *Tratado De La Responsabilidad Civil En El Derecho Argentino Bajo El Punto De Vista De Los Accidentes De Trabajo*.

Si bien acepta el sistema del Código Civil no por ello deja de realizar algunas

56 Biale Massé, ob. cit., pág. 592.-

57 Biale Massé, ob. cit., pág. 592.-

propuestas que deberían ser incorporadas a la legislación argentina. Para Bialek debe existir a favor del trabajador la libertad de elección del médico; hay que extender la protección a los accidentes del trabajo producidos por la fuerza mayor; debe fijarse una indemnización mínima por la vida o la incapacidad absoluta; las compensaciones deben ser fijadas teniendo en cuenta la familia del accidentado; los patronos deben contratar seguros que garanticen su solvencia; y el pago de las indemnizaciones a los menores se deben realizar con títulos de la deuda pública.⁵⁸

Bialek Massé propone la prohibición absoluta y radical de las multas patronales; pena por cierto muy difundida no sólo a principios del siglo veinte conforme a su informe sino también en nuestros días. Por ello sigue siendo oportuno su consejo en el sentido de prohibirlas, estableciendo sanciones pecuniarias a quien las cobre.⁵⁹

La protección de la mujer y del niño es una cuestión de orden público y “es materia de humanidad, de vida ó muerte de los pueblos y de las razas”.⁶⁰ Por ello propone que a las mujeres se les paguen salarios iguales a los hombres cuando realizan las mismas tareas y que no existan diferencias, en esta materia, que se basen en el sexo. Pide la real valoración del trabajo de las mujeres sin perjuicio de considerar, a la manera tradicional, que su misión principal es la maternidad y cría de sus hijos, el cuidado de su hogar y el dormir con su marido. Entonces sostiene la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres no admitiendo “más excepción que la del servicio del Estado en casos de orden público y de seguridad nacional, de catástrofe, si no hubiera hombres con que reemplazarlas”.⁶¹

Si bien afirma que a la mujer “es preciso que la tome” el empleador “con sus calidades naturales, con las necesidades que nacen de su organismo” no establece protecciones especiales a la maternidad, como son las licencias

58 Bialek Massé, ob. cit., pág. 605 y ss.-

59 Bialek Massé, ob. cit., págs. 645 a 648.-

60 Bialek Massé, ob. cit., pág. 649.-

61 Bialek Massé, ob. cit., pág. 657.-

anteriores y posteriores al parto.

Recomienda la prohibición del trabajo para los menores de doce años, toda vez que para el niño “su misión es hacer carne y hacer hueso”⁶²; prohíbe el trabajo de los menores que no tengan la instrucción primaria y propone que entre los doce años y hasta los quince se combinen tareas de aprendizaje, de no más de dos horas diarias a la mañana y a la tarde, con la continuación de los estudios escolares.

Dos temas ocupan la atención de Bialec en el capítulo 19 de su informe; por un lado, las sociedades obreras y, por el otro, la huelga.

Con respecto a las primeras es partidario de su formación y reconocimiento estatal y patronal sin recomendar para el primer caso ningún requisito especial o diferente que los dispuestos por la legislación común para las asociaciones civiles. No le merecen muy buena opinión los círculos católicos creados bajo la inspiración de la *Rerum Novarum* con los que mantiene diferencias con respecto a su actividad y organización y además en relación a la concepción monárquico absolutista que sostienen, que Bialec considera incompatible con la Constitución de 1853.⁶³ Bialec señala tres grandes defectos de los círculos católicos, a saber: que están integrados por patronos y obreros, aunque son manejados por los primeros; que en muchos de ellos la dirección está en manos del clero extranjero y, por último, que promueven un mensaje de sumisión favorable a la explotación. Por ello, y a diferencia de las organizaciones anarquistas o socialistas, no se extienden en el interior del país pese al elevado sentimiento religioso de la población.⁶⁴

62 Bialec Massé, ob. cit., pág. 658.-

63 Por ello concluye que “grave error sería aceptar esa doctrina monárquico absolutista en un país que jamás vió al rey sino en firma, que parecía un garabato, y en retrato, que era casi siempre un mamarracho. Aquí no cabe ni puede aplicarse la Encíclica sino como la interpretaría el cardenal Gibson y los obispos norteamericanos” (pág. 671).-

64 Sin dejar de lado su opinión desfavorable Bialec Massé considera que “si los círculos católicos deben ser factor importante en el país en la cuestión obrera, es preciso: primero, que sean inmediata y directamente dirigidos por el clero nacional; segundo, que tome el rumbo de la democracia cristiana, amoldada á nuestras instituciones; y tercero, que sea activa, que

Bialet Massé promueve también la formación y desarrollo de las asociaciones patronales como el medio más eficaz para superar la competencia feroz y el aislamiento y en la inteligencia que a través de ellas los patronos se pondrán en contacto con las sociedades obreras y “verán los pobres que los ricos no son tan malos, y éstos que en los pobres hay hombres con todas las virtudes y los vicios; y en cuanto es posible en la variedad, que la armonía de la naturaleza exige, la lucha de clases, lo atávico que queda de la ferocidad del hombre de las cavernas, si no desaparece se amortiguará, elevándose el trono de la caridad cristiana sobre el pedestal siempre hermoso, siempre variado y nuevo de la ciencia y el amor”.⁶⁵

Si bien acepta y promueve la formación de sociedades obreras Bialet se pronuncia en contra de una práctica común del sindicalismo, a saber: la imposición al patrón de los trabajadores afiliados al gremio.

Los conflictos deben ser resueltos a través de la conciliación y el arbitraje. Bialet sostiene que la huelga debe ser obrera: “Es decir, referirse á las relaciones entre patronos y obreros, so pena de desnaturalizarla y convertirse en manifestación política del partido que la promueve ó mistifica”.⁶⁶ Para la huelga establece sus causas justificantes: las sevicias y malos tratos, la falta de pago en tiempo oportuno, la suspensión del racionamiento diario, la violación de la jornada legal o convenida, el incumplimiento de las normas de higiene que pongan en peligro la salud o la vida de los trabajadores, la declaración en el establecimiento de una epidemia grave, “ó por exigirse el trabajo á temperaturas ó circunstancias excesivas”.⁶⁷

Con respecto a las agencias de conchavo (este lesivo flagelo del trabajador, hoy tan extendido como a principios del siglo veinte), Bialet Massé propone

no haya pereza, que se trabaje. El socorro mutuo no es ya bastante para mantener ligados á los obreros” (pág. 666).-

65 Bialet Massé, ob. cit., pág. 684.-

66 Bialet Massé, ob. cit., pág. 689. Opinión que lo diferencia del pensamiento anarquista y socialista de aquel entonces, que critica en este tema como en muchos otros.-

67 Bialet Massé, ob. cit., pág. 720.-

su eliminación no por medio de la prohibición directa de la actividad de los intermediarios, sino a través de la creación de aquellas condiciones que la haga innecesaria o superflua. Para Bialek las sociedades obreras y el estado, en forma gratuita, deben suministrar toda la información necesaria sobre los puestos de trabajo. También recomienda la aplicación de las normas sobre los corredores (establecidas en el Código de Comercio), que se les exijan garantías de su solvencia y que se fijen multas y penas de arresto para los infractores de las leyes.

Bialek Massé solicita al poder ejecutivo nacional que las disposiciones sobre esta materia se apliquen en toda la República y no sólo en la Capital Federal, en una época en que uno de los argumentos contrarios a la legislación obrera era sostener su carácter local en atención a que no se encontraba su dictado previsto en el art. 67, inc. 11, de la CN (según la redacción de 1853), como una atribución del Congreso Nacional.⁶⁸

El informe de Bialek excede en mucho la mera descripción del estado de la clase obrera argentina en 1904 ya que también formula las propuestas para solucionar el problema de los pobres y expresa consideraciones sobre la actividad y la organización políticas.

En el informe de Bialek hay vestigios de la cuestión nacional, del imperialismo económico y cultural. Desde las primeras páginas llama la atención sobre el “afán imitativo” a la legislación extranjera que impera en las universidades. Bialek señala que la imitación tiene sus límites en la raza, las necesidades del pueblo, los medios de vida, la legislación general del país y el clima. Bialek manifiesta una notoria preferencia por la legislación indiana en atención a “la identidad de la raza y del medio y de las circunstancias”⁶⁹.

68 Bialek Massé, ob. cit., pág. 723 y ss.. El argumento expuesto contrario a la legislación obrera será uno de los principales escollos que se plantearán contra los proyectos de Alfredo L. Palacios al iniciar su labor parlamentaria poco tiempo después de la presentación del informe de Bialek.-

69 Bialek Massé, ob. cit., pág. 16. En relación a su preferencia por la legislación indiana, en cuanto dispone regímenes de trabajo (jornadas, descansos, salarios, raciones, compensaciones por enfermedad y accidente, o límites a las cargas), es manifiesta y francamente llama-

Y así sucede que si bien algunas de sus propuestas encuentran sustento en las enseñanzas de la *Rerum Novarum*, no por ello considera que la encíclica deba ser aplicable al país.⁷⁰

Para Bialest es un grave problema, un defecto con consecuencias nefastas, “pensar con cabeza ajena”⁷¹ y por ello, desde el inicio de su informe, señalará las “radicales diferencias” entre la Argentina y los EE.UU., para “evitar errores de aplicación”⁷². No por ello las ideas de Bialest son ajenas a influencias exóticas (recordemos, por ejemplo, su propuesta de vivienda “australiana”). Sin embargo su posición frente a lo extranjero posee ciertos resguardos: “Yo no tengo miedo -dice- de que al extranjero más remoto y extraño al país se le hagan todo género de concesiones, nada importa, con tal de que en el país se quede, porque lo que en el país está al país enriquece, y los hijos del extranjero argentinos son; pero á la sociedad formada allá lejos, sanguijuela permanente y cada vez más exigente, á esa sí le temo; lo que lleva no vuelve”.⁷³

tiva, llegando a considerar que está vigente. Dice en su Informe de 1904: “Esas leyes no han sido derogadas por ninguna otra; por el contrario, el artículo 2º del estatuto del año 13, las declaró vigentes; ese estatuto sólo derogó las leyes que se opusieran al nuevo régimen del gobierno argentino que se había dado al asumir su soberanía, y las leyes que comentamos no sólo no se oponen al régimen republicano democrático, sino que son necesarias á su verdad práctica; sin domingo no hay libertad” (pág. 591).-

70 Bialest Massé, ob. cit., págs. 671 y 833. Además, como ya indiqué, entiende que la encíclica de León XIII debe ser interpretada, para nuestro país, como lo han hecho Gibson y los obispos norteamericanos para los EE.UU..-

71 Bialest Massé, ob. cit., pág. 1000.-

72 Bialest Massé, ob. cit., págs. 35 y ss., párrafo 8, donde indica que la formación del pueblo norteamericano consistió en la mezcla del inmigrante, de las razas europeas, y en el exterminio del indio. En su informe continuará con las comparaciones con los EE.UU., indicando en algunos casos las diferencias. Así sobre las diferencias con el Far West (págs. 55, 173, 193); sobre que la industria y la agricultura deben ser nacionales para lograr “la grandeza norteamericana” (pág. 246); sobre el industrialismo improvisado como en EE.UU. (pág. 332); sobre la imposición sindical de contratar obreros afiliados (pág. 681); o sobre el consumo de azúcar (pág. 831).-

73 Bialest Massé, ob. cit., pág. 911.-

Dentro de estas preocupaciones aparece el problema de la industria nacional (criolla), de su desaparición por la falta de protección y por el exceso de impuestos y de la necesidad de su resurrección.⁷⁴

Bialet llama la atención, sobre el final de su informe, acerca del desprecio a lo criollo y del uso de la palabra “criollo” como un adjetivo descalificante de la ropa, de la justicia, de los vicios, o de cualquier cosa o acción que se pretenda criticar; hecho que provoca por su difusión que la nacionalidad sea “una causa deprimente”. Por ello además de la instrucción y la educación Bialet recomienda “elear el patriotismo” en la inteligencia que “la mejor propaganda, el mejor llamado para el extranjero, es el bienestar del hijo del país”.⁷⁵

La cuestión nacional no es ajena al objeto de su informe, al estado de las clases pobres y a la determinación de los instrumentos para remediarlo por cuanto para él se trata de sancionar la legislación del trabajo y además de modificar el régimen impositivo y de la tierra. Esta es para Bialet la cuestión social.

La injusticia y arbitrariedad de las patronales y del estado son la causa de la revolución, de la reacción del socialismo y del anarquismo, que “no tienen de nuevo sino los nombres y las formas; han existido siempre como expresión reaccionaria contra la concentración excesiva y los abusos del capital y los abusos de los poderes públicos, en Babilonia como en Grecia, en Roma como en el Bajo Imperio, como en las sociedades actuales, en las que las máquinas, los latifundios y el imperialismo han producido un desequilibrio y abusos tales que amenazaban resucitar las castas, clasificadas ahora por el dinero, en ricos y pobres; cuando los progresos de la ciencia y de la democracia elevan como dogmas sacrosantos, sobre todo otro, la libertad, la igualdad y

74 Bialet Massé, ob. cit., págs. 120 y 501 donde dice: “...los telares deben resucitar, pero con objetos diferentes: para honor del país y fomento de su riqueza, para el bienestar de las clases obreras, sobre todo para elevar á la mujer. No hay aquí clases medias; aumenta cada día el número de personas que no tienen cómo mantener el aparato social de un bienestar perdido; la escuela normal, el teléfono, el comercio no sirven para todas. A eso debe remediar el telar criollo, la industria criolla”.-

75 Bialet Massé, ob. cit., págs. 1002 y ss., párrafo 7.-

la fraternidad”.⁷⁶ De alguna manera entonces se trata de hacer justicia para prevenir el advenimiento del socialismo colectivista (o del anarquismo), de la reacción explicable y razonable, en la inteligencia que si ello se pretende es mejor a sus hombres no transformarlos en mártires sino en propietarios.⁷⁷

Tres ideas de Bialel merecen especial atención: primera, que la competencia es “la ruina de todo”⁷⁸; segunda, que la ley de la oferta y la demanda debe tener un límite en el salario mínimo⁷⁹; y tercera, que la democracia es incompatible con la acción de los grandes capitales si no están en manos del estado.⁸⁰

En la medida que Bialel Massé no adopta una posición anticapitalista es claro que estas tres ideas son meras expresiones de deseos de atenuar o morigerar la explotación de los pobres o desposeídos y que (irremediablemente) quedan incumplidos en el orden social. El capitalismo no es incompatible con ciertas limitaciones a la competencia o a la ley de la oferta y la demanda, o con la fijación de un salario mínimo o con la estatización de las grandes empresas sino que, muy por el contrario, puede requerir de estas políticas para su mantenimiento y reproducción.

Bialel es un demócrata que no cuestiona el sistema de representación política de la Constitución Nacional de 1853. Pero considera como un objetivo de la legislación laboral el desarrollo de las asociaciones de trabajadores y de patronos. Propicia la armonía del capital y del trabajo sobre la base que éste produce a aquél y que no son antagónicos sino concurrentes. Niega, al igual que

76 Bialel Massé, ob. cit., pág. 607 y 608. La misma idea expresa en las págs. 674, 931, 990.-

77 Bialel Massé, ob. cit., págs. 674 y 676.-

78 Bialel Massé, ob. cit., pág. 595; aunque en otras partes de su Informe también se pronuncia en contra del principio de la competencia.-

79 Bialel Massé, ob. cit., pág. 537.-

80 Bialel Massé, ob. cit., pág. 413. Siguiendo en gran medida esta idea, Bialel dirá más adelante: “Lo que no es legítimo, y se hace en la más libre de las naciones, es que empresas ferrocarrileras y de todas las industrias tengan diputados y senadores hechos elegir por ellas y que les costean sus gastos, para que defiendan sus intereses contra los intereses generales de la Nación” (pág. 695).-

la enseñanza pontificia, la lucha de clases, porque no “se trata de clases sociales, es una mentira, una mistificación; se trata del trabajo de todas las clases en las relaciones entre los que prestan y los que lo adquieren ú ordenan”.⁸¹

La armonía del capital y del trabajo es una finalidad de la política del estado que se cumple a través de la legislación laboral por cuanto no consiste en “hacer caridad á los proletarios, sino de dar á cada uno lo que le corresponde en justicia, y de ello resulta un beneficio para todos”.⁸² Para ello el estado cuenta con los principios de la democracia y de la enseñanza social cristiana y también con el conocimiento científico que permite determinar la jornada, el descanso y las comidas imprescindibles para la manutención del trabajador y su familia.

Bialet se opone al socialismo y al anarquismo. Pero denomina a las propuestas que formula con algunas de las siguientes expresiones: “socialismo local”, “socialismo racional” o “socialismo práctico”. Y con los adjetivos “local”, “racional” y “práctico” subraya ciertas características de aquéllas, como son: que atiendan a las circunstancias del país en lo que hace a las necesidades de sus habitantes y los medios existentes para satisfacerlas, a través del uso de la ciencia y superando la ignorancia reinante entre los patrones sobre la cuestión social, y sin recurrir a doctrinas preconcebidas. El socialismo que propicia debe resolver la cuestión obrera, la cuestión agraria y la cuestión impositiva, confiando que “las reformas

81 Bialet Massé, ob. cit., pág. 1011. Mero juego de palabras que no controvierte la noción de la lucha de clases. Una argumentación similar a las que realiza la doctrina social es la siguiente: “Pero la verdad es que fatalmente el hombre es sociable, fatalmente, por más que griten todas las escuelas y quieran hacer del capital y del trabajo dos elementos antagónicos: ellos son y serán concurrentes, y el principio cristiano como el principio democrático son tendencias que no permiten sacar de la ruta ascendente por la que la humanidad va hacia su destino; los más son y valen más que los menos, porque individualmente, para la ley y para la moral, todos son iguales, y no caben distinciones que no vengan del propio mérito. El trabajo creó el capital, y es justo que por lo menos tome el rango que la paternidad le asigna” (págs. 1005 y 1006). Otras expresiones a favor de la armonía del capital y del trabajo se encuentran en las págs. 734 y en la 1010 y 1011. Que la legislación laboral fomenta el espíritu de asociación lo expresa en diferentes partes de su informe; ver, por ejemplo, pág. 865.-

82 Bialet Massé, ob. cit., pág. 1013.-

se introducirán por la acción patronal más que por la obrera misma”⁸³, y descartando la violencia política.⁸⁴

Después de la pormenorizada descripción de las condiciones del obrero, del peón rural, del gaucho y del indio, de la industria y el transporte, de los paisajes y climas del país que recorrió; y luego de presentar sus propuestas para una legislación laboral en la Nación Biale llama la atención sobre la “despreocupación de las autoridades públicas respecto de las diversiones del pueblo trabajador”. Es que para Biale el teatro posee una “acción civilizadora”, además de constituir un “medio de propaganda y educación” populares; mientras que la música ejerce una “acción suavizadora de las costumbres” y de “elevación de sentimientos”. La diversión y el entretenimiento constituyen una necesidad que, desde los tiempos de “los egipcios y griegos á los romanos, desde los señores feudales á las sociedades modernas”, ha sido satisfecha por el estado, ya que no se trata sólo de hablar al estómago, sino también al espíritu del pueblo. Por ello deben ser fomentados.⁸⁵

83 Biale Massé, ob. cit., pág. 772.-

84 Para el socialismo local ver la pág. 770; para el racional, la pág. 772; para el práctico, la pág. 384. Con respecto a éste último tipo de socialismo no está demás recordar que Biale es un hombre de acción, un emprendedor, un empresario, que admira el obraje, la producción, la actividad y que, por ello, afirma: “Hacer agrónomos, enólogos, es trabajar para el prove-nir, con éxito muy dudoso, mientras que si profesores ó alumnos, gente que supiera hacer, recorrieran viñas y bodegas, y dijeran: así se hace, pero haciendo, el resultado sería inmediato” (pág. 899). Su opinión sobre la violencia: “La brutalidad quiere que estas cuestiones sean una cuestión pura y simple de fuerza; los unos quieren fusilar ideas; en cambio, los obreros entienden que pueden imponer sus derechos á garrotazos” (pág. 1009); en la siguiente página se pronuncia en contra de la resolución del congreso socialista de Amsterdam a favor de la revolución violenta.-

85 Biale Massé, ob. cit., pág. 1013 y ss.-

4. EL INFORME DE MANUEL GÁLVEZ SOBRE LA DESOCUPACIÓN

En septiembre de 1910 se realizó en París una Conferencia Internacional Contra El Paro Forzoso que contó con el patrocinio y los auspicios del estado francés. A la misma fue invitada la República Argentina que, ese año y por decreto del poder ejecutivo del 21 de julio, designó como representantes a Belisario J. Montero, Juan G. Beltrán y Manuel Gálvez (hijo). El doctor Beltrán fue el miembro informante de la delegación argentina mientras que Manuel Gálvez tuvo a su cargo realizar un trabajo para el gobierno nacional sobre las decisiones de la Conferencia que terminó siendo un extenso y documentado estudio sobre las causas de la desocupación, sus consecuencias y, principalmente, sobre los medios para combatirla que se estaban llevando a cabo en muchos países europeos y en los Estados Unidos. El estudio de Gálvez fue dado a conocer en 1913.⁸⁶

Para Gálvez la inseguridad de la vida obrera es la incertidumbre del paro forzoso, de la desocupación, de “la inquietud de no saber si mañana descenderá á la miseria, si habrá de mendigar, si habrá de ver cómo el más ínfimo sustento falta en su casa, cómo le arrojan de la vivienda y cómo sus hijas se prostituyen en busca del pan”.⁸⁷ El paro forzoso acarrea una reducción del bienestar de los obreros. La desocupación genera una disminución de los salarios y del consumo que, a su vez, produce un aumento del precio de los bienes y de los servicios, del costo de la vida, y que tiene como consecuencias la caída de la actividad económica de la

86 Estos son los datos bibliográficos de la obra de Gálvez: *La inseguridad de la vida obrera* (Informe sobre el paro forzoso), Boletín del Departamento Nacional del Trabajo N° 22, febrero 28 de 1913, Imprenta Alsina, Buenos Aires. (Nuestras citas, salvo aclaración, son de esta publicación). Hay otra edición igual, de la misma imprenta y en el mismo año, pero privada. Ambas ediciones se encuentran en la biblioteca de la Academia Nacional de Letras, donde está la biblioteca que pertenecía a Manuel Gálvez. La edición oficial también se puede consultar en la biblioteca del Ministerio de Trabajo de la Nación. Además, la introducción del libro, con el mismo título que éste (*La inseguridad de la vida obrera*), fue publicada con anterioridad en la *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, volumen IV, año 1912, págs. 614/626, Buenos Aires, que dirigía Rodolfo Rivarola y que se puede consultar en la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

87 Gálvez, ob. cit., pág. 3.-

nación y el origen del malestar social y político. La desocupación no es sólo un problema individual -que provoca en quien la padece el alcoholismo, el crimen y la prostitución- sino además un problema social, económico y político.⁸⁸ Y si bien Gálvez está más interesado en las consecuencias morales y materiales que provoca el fenómeno en el individuo, no por ello deja de señalar el peligro político que acarrea al decir, por ejemplo, que el paro forzoso “engendra no sólo vicios, odios y miseria trágica sino también una inquietud y un malestar económico que pueden ser gravísimos para una sociedad” y que, en muchos casos, “las agitaciones ocasionadas por los desocupados se han convertido en verdaderas revoluciones”.⁸⁹

Gálvez da una noción de paro forzoso que tiene por límite su interés en utilizarla para determinar la clase de personas que debe ser asistida por la acción social del estado. Para Gálvez la desocupación “es la supresión o disminución de trabajo con supresión ó disminución de la renta en un individuo habitualmente ocupado y que tiene voluntad y capacidad de trabajar”.⁹⁰

En primer lugar para ser un desocupado es necesario haber tenido una ocupación y estar privado de ella en forma total (sin trabajo alguno) o parcial (con jornada y salario reducidos). En este concepto no están incluidos quienes se incorporan al mercado, como los jóvenes o los inmigrantes que buscan su primer trabajo, aunque incorpora a quienes trabajan “en sus casas, ya sea por cantidad de trabajo, por cuenta de otro, ó por cuenta propia”.⁹¹

88 Gálvez, ob. cit., págs. 6 y 7.-

89 Gálvez, ob. cit., pág. 37. En igual sentido dirá que “abandonar á sus propias fuerzas á los innumerables sin trabajo, que producen las épocas de crisis, es dejar libre el paso á los desórdenes de toda clase, á la revolución” (pág. 153); o que la desocupación “puede exasperar de tal modo á una multitud hasta llegar á demandar trabajo con la amenaza de las balas, “du plum”, si se les niega su petición” (pág. 158).-

90 Gálvez, ob. cit., pág. 19. En el mismo sentido dirá que “el paro forzoso supone la pérdida de un empleo para los trabajadores válidos” (pág. 130, nota 1); o que la desocupación “es ese período de dos ó tres semanas ó de dos ó tres ó cuatro meses, generalmente, en los cuales el profesional válido no encuentra ocupación” (pág. 384).-

91 Gálvez, ob. cit., pág. 20.-

En segundo lugar tanto hay desocupación cuando hay pérdida del trabajo como cuando hay disminución del mismo. Para ello Gálvez supone que la ocupación recibe un salario suficiente para satisfacer las necesidades del obrero. De manera que tanto en la supresión (o paro forzoso total) como en la disminución del trabajo y, entonces, del sueldo (paro forzoso parcial), existe una pérdida de remuneración suficiente para ser cubierta por el seguro. El seguro estatal no debe ser utilizado para proteger a los trabajadores que sufren la desocupación que tiene origen en un lock-out, o sea: en el cierre dispuesto por los patrones como defensa a los reclamos obreros. En este caso el estado debe ser neutral al conflicto y no proceder a brindar ningún tipo de asistencia a los obreros.

En tercer lugar se requiere voluntad de trabajar. Así no se ampara a quienes pueden ser considerados desocupados crónicos como los mendigos y los atorrantes ni tampoco se protegen a los obreros en huelga. Pero la voluntad de trabajar “no ha de ser exigida fuera de la profesión. Así un tipógrafo no carece de voluntad de trabajar por rehusar un empleo en la cosecha, para la cual carece de fuerzas y de salud”.⁹²

En cuarto lugar para ser un desocupado se necesita tener capacidad de trabajar. Por ello quedan excluidos los inválidos, los locos, ciertos niños, los presos o los enfermos que, en muchos casos, son objetos de otras protecciones o asistencias públicas o privadas.⁹³

92 Gálvez, ob. cit., pág. 23. En igual sentido, insiste: “Nosotros damos enorme importancia á lo del punto de vista profesional. A ningun escritor ó especialista europeo ni argentino se le ocurriría que el remedio á la falta de trabajo profesional ha de ser buscado fuera de la profesión. En todo caso quiere decir que la falta de brazos en ciertas profesiones puede ser, mientras no se exija una competencia técnica especial, un remedio de última hora para los casos de largo paro forzoso. Pero en todo caso, la existencia de un remedio, triste remedio por cierto, no puede autorizar á nadie á negar la existencia de la enfermedad” (pág. 386).-

93 Y agrega que “las palabras capacidad de trabajar nos indican también que el paro forzoso ha de ser mirado bajo el punto de vista individual y profesional. En nuestro país se oye decir que entre nosotros no falta trabajo, que siempre se precisan brazos para la cosecha. Es absurdo considerar las cosas de tal manera. A un ebanista que no halla colocación como ebanista, ¿qué le importa que falten brazos para la agricultura si él no es agricultor y no tiene capacidad para trabajar en este oficio?” (pág. 24).-

Varias causas del paro forzoso señala Gálvez en su extenso y documentado libro. Para el breve estudio que les dedica, las divide en cuatro clases y que son: las generales, las climatéricas, las especiales a las industrias y las especiales a los individuos.

Dentro de las causas generales incluye a la crisis económica, que provoca paro forzoso en el país que se produce y “en los países tributarios”; a “las expansiones y depresiones periódicas del mercado; las quiebras; las reacciones obradas por el desarrollo de las industrias en los nuevos países industriales”, que son concomitantes con la crisis económica; a “las perturbaciones de la paz internacional y nacional”; a “la despoblación de las campañas por la aglomeración de las gentes en las ciudades”, ya que “los propietarios se han ido con sus hijas para exponerlas á los deseos sensuales, con sus hijos para enviarlos á la muerte en las usinas”; a la inmigración extranjera y la emigración; a la “duración excesiva de la jornada” según los socialistas; a la concurrencia local, la “de la producción extranjera” y la de las mujeres; a la “carestía de la vida”; a “la mala distribución de los asalariados”; a la acción estatal “por la falta de previsión y de plan en la ejecución de los trabajos públicos”; a la lucha de clases (el lock-out y la huelga); a la supresión de la protección oficial; a los impuestos excesivos y a “las leyes de protección al obrero”.⁹⁴

94 Gálvez, ob. cit., págs. 25 a 31. De todas ellas la más importante es la “crisis económica. La crisis económica, sea originada por un exceso de crédito, de consumo ó de producción, termina al final de su desarrollo por golpear directamente al trabajador. Cuando llega el momento de liquidar, la producción se suspende ó disminuye considerablemente. Entonces se origina, como consecuencia, una disminución de la mano de obra y una baja muy grande en los salarios. Los industriales despiden á sus obreros y disminuyen los salarios de los que quedan; ésto, cuando no cierran sus fábricas por algún tiempo ó para siempre” (pág. 25). Y de la concurrencia dice que “es un fenómeno moderno originado por las nuevas teorías económicas, por el maquinismo, y sobre todo por el desarrollo de las vías de comunicación. Esta, pues, vendría á ser una poderosa causa de paro forzoso. Cuando la industria estaba en manos de los artesanos el paro forzoso no podía existir. Los artesanos se reunían en corporaciones que reglamentaban el precio de la venta de los productos; el número de aprendices y de trabajadores que podía tener cada patrón; la cantidad de mercadería que podía producir para no encumbrar el mercado; la calidad de las materias primas que debía utilizar á fin de no desacreditar la fama industrial de la ciudad ó de la corporación; y la clase de instrumentos de que había de servirse de modo que no se aprovechase de alguna invención nueva en detrimento de los otros patrones. Fué más tarde, en la época moderna, con la proclamación

Las causas climatéricas son periódicas y no periódicas. Entre las primeras están las estaciones: las lluvias, las sequías, el invierno con sus hielos y nevadas; y entre las segundas: las inundaciones, los huracanes y los terremotos.⁹⁵

Entre las causas especiales a las industrias se ubican “las transformaciones técnicas e industriales”, como son la introducción de máquinas y de “nuevos productos químicos”, y la desaparición de “industrias y cultivos” ocasionada por los accidentes (ej: incendio) o por la disminución o “agotamiento de las materias primas”.⁹⁶

Por último y como causas especiales a los individuos Gálvez indica: a la deficiente “preparación técnica”; a la “demasiada especialización”; al “mal humor” o “mal carácter”, ocasionado por “las enfermedades del estómago y la neurastenia”; a integrar el grupo de “los obreros sospechados como agitadores”; a ser socialista o anarquista; y a padecer enfermedad e invalidez o semivalidez.⁹⁷

Pero más allá de todas estas consideraciones, que en el libro de Gálvez son breves, su informe estudia, en forma detallada y pormenorizada, los medios

de la libertad del comercio y de la industria, que nació la concurrencia. La concurrencia ocasiona una sobreproducción enorme é influye en las crisis. Por otra parte ella ha suprimido al pequeño comerciante y al pequeño industrial. Actualmente sólo la gran industria puede vivir y aún ésta, para no arruinarse mutuamente, se aglomera en trust. Pero estos mismos trusts, por el hecho de concluir con la concurrencia, suprimen todas las probabilidades de encontrar trabajo y crean un paro forzoso crónico” (págs. 28 y 29).-

95 Gálvez, ob. cit., págs. 31 y 32.-

96 Gálvez, ob. cit., págs. 33 y 34. Pero no sostiene una postura contraria al maquinismo; dice: “¿Quiere decir ésto que para evitar los males de este paro forzoso deben rechazarse las máquinas? No. Las máquinas benefician á la larga á los trabajadores y á toda la sociedad. Desde luego aumentan la cantidad de trabajo y disminuyen el esfuerzo muscular que cuando es excesivo y lo es siempre en cierta edad y en ciertos oficios, ocasiona tan grandes males en el trabajador. Además mejora socialmente la condición del obrero, pues en la dirección de una máquina hay algo de intelectual. Y lo que es todavía más importante las máquinas abaratan el precio de las cosas disminuyendo por consiguiente la carestía de la vida” (pág. 33).-

97 Gálvez, ob. cit., págs. 34 y 35.-

de lucha contra el paro forzoso que ya se han implementado en Europa y Estados Unidos o que sólo se han proyectado. Y el análisis que realiza, muy documentado, académico, es la parte más importante de su obra.

El desarrollo de los medios de lucha los divide en tres períodos. El primero comenzaría con la crisis del sistema corporativo a partir del siglo XVI y el desarrollo de la caridad o de las limosnas; que tiene dos inconvenientes, a saber: favorecen a los audaces e inescrupulosos y siendo de origen religioso (cristiano o católico) aleja a quienes (como los socialistas o anarquistas) no participan del culto. El segundo es posterior a la revolución francesa cuando se acepta el derecho al trabajo y el deber estatal de dar trabajo. Es el período de los talleres nacionales. Pero también es la época del ahorro individual y del inicio del seguro obrero organizado por los trabajadores. El tercero empieza a partir del último cuarto del siglo XIX cuando se acepta una mayor intervención estatal. Y así nacen las subvenciones a las cajas de seguro obreras y el seguro oficial obligatorio bajo la dirección del estado.⁹⁸

Gálvez clasifica a los medios de lucha en dos grupos: los preventivos y los curativos. Pero previo a ello estudia una serie de políticas que se presentan como susceptibles de suprimir el paro forzoso y que en gran medida pueden quedar incluidas algunas como medios preventivos y otras como curativos. Las “teorías sobre la supresión del paro forzoso” son: la reducción de la jornada de trabajo; el cooperativismo y municipalismo; el librecambismo; el single tax y los campos de trabajo. Y analiza a cada una de ellas a pesar que considera que “no es posible suprimir el paro forzoso y menos, por tratarse de un fenómeno tan vasto y complejo, recurriendo á un solo remedio al cual se quiere convertir en panacea singular”.⁹⁹

La disminución de la jornada de trabajo es una política que despierta la simpatía de Gálvez. Pero siempre que no se adopte en forma brusca sino paulatina de modo que los patrones no prefieran “reemplazar los hombres

98 Gálvez, ob. cit., pág. 130 y ss.-

99 Gálvez, ob. cit., pág. 135.-

por máquinas”¹⁰⁰; y siempre que vaya “acompañada de la supresión ó reglamentación de las horas suplementarias, del descanso dominical ó hebdomadario, de la supresión del trabajo ‘á destajo’, como se dice aquí, de la reglamentación del trabajo á domicilio y de la fijación por las autoridades de un salario mínimo”.¹⁰¹ Como la idea es que la reducción de la jornada se traduzca en un incremento de la ocupación de la mano de obra, aquélla debe ir acompañada de la limitación de las horas extraordinarias y de un incremento del descanso, ya que de no ser así, la disminución de la jornada normal se compensa con un incremento de las horas extras y, en su consecuencia, no se obtiene el fin buscado que es el aumento del empleo. La fijación de un salario mínimo tiene por objeto impedir la caída de los salarios que dispondrían los patrones ante el aumento del personal.¹⁰²

100 Gálvez, ob. cit., pág. 136.-

101 Gálvez, ob. cit., pág. 137.-

102 Pero la fijación de un límite para el trabajo extra no debe constituir una razón para rechazar el reclamo del pago de los servicios prestados más allá del mismo. De no ser así, el límite es represivo. El obrero que supera ese límite no lo hace ni por afán de lucro, ni por un egoísmo inaceptable, ni por falta de solidaridad de clase, sino sólo para cumplir con una orden patronal y conservar su trabajo. Para Gálvez la reducción de la jornada laboral “es además una medida de gran alcance intelectual y moral. Ella tendrá como efecto indirecto, decía Julio Malebranche en el Congreso de Milán, cambiar rápidamente la mentalidad de la sociedad humana. Y es cierto. Millones de hombres tendrían tiempo disponible para leer y estudiar. La cultura universal mejoraría en una proporción formidable. Digamos lo propio del aspecto moral de la cuestión. Pero hay en ésto algo interesante. La mejor repartición del trabajo y por ende el equilibrio de la producción, cosas ambas que resultan del conjunto de las medidas de que hemos hablado, impiden que los patrones satisfagan los caprichos de la clientela haciendo “reventar” á los trabajadores. Esto cobra, tratándose de los vestidos una gran importancia moral. Actualmente los cambios incesantes de las modas, el lujo exorbitante de las mujeres en los trajes, obliga á los patrones á tomar empleados extraordinarios, que luego quedan en paro forzoso, á dar trabajo á domicilio y por cantidad pagando sumas irrisoria (el sweating system de los ingleses), á establecer una atroz jornada con el aumento de las horas complementarias, á utilizar el trabajo de los domingos, etc. El conjunto de las medidas indicadas impediría tales abusos, é impidiendo á los patrones satisfacer los pedidos desordenados de la clientela, pues sólo mediante abusos pueden satisfacerlos, ésta tendría que moderarse necesariamente en el afán de un lujo que ya no podría ser satisfecho; las modas por su parte no cambiarían como en estos momentos. No es preciso que comentemos cuánto ganaría con ello la moral y el bienestar general” (págs. 138 y 139).-

Por cooperativismo alude Gálvez a la doctrina que propone que los sindicatos dirijan las industrias. No cree que lleguen a poder hacerlo. Y además si lo hicieran quedan “ciertas formas de paro forzoso que el cooperativismo no podría evitar ni remediar”: como es la desocupación ocasionada por “la paralización de una industria” por falta de materias primas. El municipalismo consiste en el monopolio estatal, o comunal, de los servicios públicos: para Gálvez “lleva á la tiranía del Estado”.¹⁰³

El librecambismo es la teoría liberal que propone la iniciativa privada, la ley de la oferta y la demanda, el principio de la competencia y la no intervención estatal como medios para suprimir la desocupación. Es una política que Gálvez rechaza.¹⁰⁴ El single tax es la propuesta tributaria de Henry George: el impuesto único sobre la propiedad inmueble. Su objetivo es socializar la tierra para crear empleos. Y para eso se recomienda un impuesto único progresivo sobre la propiedad territorial al mismo tiempo que se declaran exentos del tributo a los instrumentos de trabajo y a los productos agropecuarios. A ello se agregan otros medios de lucha como la colocación y el seguro.¹⁰⁵

Los campos de trabajo son un proyecto de Thury que se inspira en las comunidades medievales. El campo de trabajo es un tipo de taller nacional. Consiste su idea en establecer una prestación obligatoria a favor del campo de trabajo que se retribuye en especies; o sea: en los bienes que se producen en el campo y que son de primera necesidad. Así se trata de un servicio civil obligatorio coordinado por un ministerio “del trabajo cívico”. La idea entusiasma a Gálvez.¹⁰⁶

Los medios preventivos “pretenden obrar directa ó indirectamente sobre las causas del fenómeno y son tantos como causas existen”. En general y cuando se trata del paro forzoso industrial consistirán “en disminuir el número de los que ofrecen sus brazos y en crear trabajo”. Entre ellos Gálvez ubica a las

103 Gálvez, ob. cit., págs. 139 y 140.-

104 Gálvez, ob. cit., pág. 140.-

105 Gálvez, ob. cit., págs. 140 y 141.-

106 Gálvez, ob. cit. págs. 141 y 142.-

políticas estatales que promueven el bienestar general; a la reglamentación del trabajo; a las ocupaciones accesorias; a los trabajos públicos; a ciertas medidas sobre la agricultura; a la emigración y reglamentación de la inmigración; al aprendizaje y las escuelas profesionales; y a los seguros contra la vejez y la invalidez.¹⁰⁷

Sobre la base que toda política estatal incide sobre el nivel de ocupación, se trata que el gobierno promueva el bienestar general y en consecuencia contribuya a evitar el paro forzoso. Para ello, entre otras cosas, debe disminuir o suprimir los impuestos “a los artículos de primera necesidad”; proteger “a ciertas industrias nacionales”; realizar “obras de riego”; canalizar los ríos; crear nuevos puertos; y, en general, “reducir el encarecimiento de la vida”, facilitar “la creación de nuevas industrias”, obtener “una mejor repartición de la tierra” y buscar el “equilibrio entre la producción y el consumo”.¹⁰⁸

La reglamentación del trabajo abarca muchas de las materias que hoy pertenecen al derecho del trabajo y de la seguridad social: el descanso semanal, la supresión de las horas extras, la fijación del salario mínimo, la eliminación del trabajo a domicilio y a destajo, la reglamentación del trabajo de las mujeres y niños (en especial, igual salario por igual labor en el caso de las mujeres como medida para evitar la concurrencia perjudicial de ellas, ya que son contratadas para ocupar el trabajo del varón pero a menor remuneración), la higiene y seguridad industriales y la resolución de los conflictos colectivos.¹⁰⁹

Las ocupaciones accesorias son aquellas labores secundarias a la principal que es útil que la persona aprenda para obtener otro empleo cuando cesa la actividad habitual en que se desempeña. La función del estado es contribuir a la enseñanza profesional del obrero. Y esta política es beneficiosa para las personas que trabajan en industrias que quedan paradas en determinadas estaciones por causas de las lluvias o las nevadas.¹¹⁰ Por su parte los trabajos

107 Gálvez, ob. cit., pág. 132 y ss.-

108 Gálvez, ob. cit. págs. 143 y 144.-

109 Gálvez, ob. cit., pág. 144.-

110 Gálvez, ob. cit., págs. 144 y 145.-

públicos, o las obras públicas diríamos hoy, resultan medios preventivos cuando son “permanentes y normales” y “contribuyen bien ordenados a regular el consumo y a aumentarlo, es decir,... previenen también el paro forzoso”. Pero si son excepcionales, lo curan; o sea: son un medio paliativo del paro forzoso ya producido.¹¹¹

Siendo el abandono del campo y la migración interna a las ciudades una causa importante de desocupación, son recomendables aquellas políticas que posibiliten “el retorno a la tierra”. Y entre ellas se ubican: “fuerte impuesto” a los latifundios; exención tributaria a los instrumentos de trabajo y a la pequeña propiedad rural explotada por su dueño; creación de colonias agrícolas; restricción de la división de la tierra entre los herederos para mantenerla como una especie de bien de familia (ej: homestead exception estadounidense); y facilitar la adquisición de la tierra al productor y su preparación técnica o profesional.¹¹²

La emigración en relación al paro forzoso consiste en políticas que favorezcan a los obreros la salida del país o del mercado de trabajo local ya sea a sus colonias o a otras naciones. Se combina con la colocación internacional de trabajadores y, cuando así sucede, constituye un medio curativo. Pero, claro, si bien puede beneficiar el nivel de empleo en el país expulsor al mismo tiempo puede generar desocupación en el país receptor. Y ello, a su vez, lleva a la adopción de políticas restrictivas de la inmigración; o sea, a tomar medidas proteccionistas del mercado laboral local.¹¹³

A través de las escuelas profesionales se puede evitar la desocupación si contribuyen a una mejor distribución de los oficios y a la propagación del trabajo manual para evitar la concurrencia desmedida en el empleo público y de comercio no calificado.¹¹⁴ El seguro contra la vejez es una política que

111 Gálvez, ob. cit., pág. 145.-

112 Gálvez, ob. cit., págs. 145 a 147.-

113 Gálvez, ob. cit., pág. 147.-

114 Gálvez, ob. cit., págs. 148 y 149. Y agrega: “Para algunos países el trabajo manual representa una riqueza inexplorada; así para España. Este país estará salvado el día en que sus

contribuye a evitar el paro forzoso ya que limita la concurrencia de los trabajadores viejos con los jóvenes al sacar del mercado de trabajo a “un buen número de individuos”.¹¹⁵

Los medios de lucha curativos son aquellas medidas privadas o públicas que hacen desaparecer el paro forzoso: operan una vez producido el paro y tienden a evitar o reparar sus consecuencias nefastas o la miseria del obrero y su familia. Entre ellos están la repartición del paro forzoso; la asistencia; la colocación; el ahorro y el seguro. El primer “método se practica principalmente en Inglaterra cuando disminuye la producción. En este caso, el industrial, de acuerdo con sus obreros, en lugar de despedir á algunos de ellos, les disminuye las horas de trabajo, y el jornal, á todos. De este modo reparte el paro forzoso, pues á todos les toca una disminución del sueldo”.¹¹⁶

Gálvez distingue la beneficencia de la asistencia. La primera consiste en socorrer al desocupado “dándole dinero, ropas o alimentos, es decir, dándole una limosna”. Mientras que la asistencia es dar trabajo y pagar un sueldo creando ocupación para el parado. Así para Gálvez la asistencia “es absolutamente indispensable cuando ocurren grandes crisis económicas” y “el cierre de un establecimiento industrial es hecho cotidiano”, ya que es el estado quien puede “salvar la situación”, no sólo por razones humanitarias o de ayuda al pobre, sino, además, “por un interés de orden público”, a fin de evitar “desórdenes de toda clase” o la revolución.¹¹⁷

gobernantes comprendan todo el valor de las escuelas profesionales. España no se levantará económicamente sino cuando se hayan cerrado las dos terceras partes de sus Facultades de Derecho y destinados sus presupuestos á escuelas profesionales” (pág. 149).-

115 Gálvez, ob. cit., pág. 149. Pero en la Argentina, como en muchos otros países, se aumenta la edad para obtener la jubilación, ya que el estado no tiene los fondos para abonar el haber mensual del retiro, por haber malversado los caudales, al mismo tiempo que tiene necesidad de aumentar sus ingresos con la contribución patronal y obrera al fondo para, por ejemplo, pagar la deuda externa.-

116 Gálvez, ob. cit., pág. 150.-

117 Gálvez, ob. cit., págs. 151 y ss.-

Dentro de este medio de lucha Gálvez distingue a la asistencia por el trabajo, a los trabajos de socorro y a las colonias de trabajo. La primera es ocupar al parado en los trabajos públicos normales (construcción y mantenimiento de caminos y puentes; tareas de barrido y limpieza de las calles, etc.); de aquí que se lo “asiste por el trabajo”. La segunda es la creación de “obras extraordinarias realizadas con el objeto principal ó exclusivo de socorrer á los obreros”. Mientras que las colonias de trabajo, en general agrícolas, son empresas donde se ubica al parado para que tenga una ocupación pero sin contraprestación salarial o en dinero alguna. La asistencia puede ser privada ya sea porque los sindicatos organizan industrias o talleres o porque son instalados y administrados por instituciones de beneficencia.¹¹⁸

Luego estudia los talleres públicos creados por Turgot en 1770; los de la revolución francesa y los talleres nacionales fundados en 1848, y los “jardines obreros” de 1899; la asistencia en Alemania con sus refugios y colonias de trabajo y en Inglaterra con sus workhouses que existen desde la ley de pobres (poor-law) de 1834 y la unemployed workmen’s act y sus distres committee (comités de la miseria) de 1905; la asistencia en Bélgica, en Holanda, en Italia, en Australia, en Finlandia y en Hungría. Pero su opinión es desfavorable a la asistencia ya que “es un medio transitorio en la lucha contra el paro forzoso”: demanda grandes gastos, su organización es difícil y es rechazada por los obreros. Así “solo tiene verdadera utilidad en los casos de grandes crisis y en aquellas naciones donde no se halla organizada la colocación y donde ni las asociaciones obreras ni el Estado se preocupan por el seguro”.¹¹⁹

La colocación consiste en los procedimientos que acercan, relacionan o encuentran a la oferta y la demanda laborales, como son las agencias y las bolsas de trabajo. Hay diversas clases de colocación: la privada y paga; la filantrópica; la patronal y sindical; y la pública y oficial. La primera es para Gálvez la “más atrasada y absurda” ya que “no puede tener un serio interés en la organización del mercado del trabajo -que es el fin real de la agencia de colocación- dado que ella vive precisamente de la desorganización”. La

118 Gálvez, ob. cit., págs. 154 y 155.-

119 Gálvez, ob. cit., pág. 169.-

segunda es de “escasa importancia” y, en general, subsidiaria de la oficial. La tercera no es más que una forma de la lucha de clases. Y la cuarta es la colocación estatal, que puede estar administrada por empleados públicos o en forma paritaria (mixta) por los obreros y los patrones y presidida por una persona elegida por el gobierno.¹²⁰

La colocación ideal se funda en los siguientes principios: gratuita, nacional, industrial, imparcial, neutral y facultativa. Así, deben ser “gratuitas para ser universales, es decir, para que todos los obreros, hasta los más pobres, puedan utilizar sus servicios”; aunque se podría hacer una excepción con los gastos de traslado. Debe ser nacional, o sea: “abarcarse todo el país”. Que la colocación sea industrial significa que “no ha de tener carácter de asistencia o de beneficencia”. Además, para ser útiles a los obreros tanto como a los patrones, la administración de las bolsas de trabajo deben ser imparciales y neutrales ante el conflicto individual o colectivo (lock-out y huelga). Y, por último, debe ser facultativa, de modo que nadie esté obligado a usar de la bolsa de trabajo para conseguir empleo.¹²¹

Luego dedica todo un capítulo a la colocación en Alemania, para, en el siguiente, estudiarla en Bélgica, Francia, Suecia, Italia, Inglaterra, Luxemburgo, Dinamarca, Estados Unidos, Australia y en el proyecto de Roque Sáenz Peña sobre colocación internacional presentado en 1909 al Instituto Internacional de Agricultura.¹²²

“Las medidas curativas -dice Gálvez- que hemos estudiado hasta este momento son absolutamente insuficientes en la lucha contra el paro forzoso. La asistencia por el trabajo no puede remediar el mal sino en los períodos de crisis y aun en muy pequeña parte. No se refiere sino al paro colectivo que es el menos común; además espera para producirse que el número de parados sea considerable lo cual agregado á su naturaleza hace que la asistencia siempre

120 Gálvez, ob. cit., pág. 171 y ss.-

121 Gálvez, ob. cit., pág. 180 y ss.. Y a partir de la pág. 183 presenta siete principios secundarios que deben regir la organización y administración de las bolsas de trabajo.-

122 Gálvez, ob. cit., pág. 189 y ss.-

llegue tarde. La colocación también llega tarde siendo harto raro el caso de un obrero colocado el mismo día en que se ha producido el paro forzoso. La colocación ni la asistencia ni la mayor parte de las medidas curativas ó preventivas evitan al obrero en paro involuntario sus días de miseria”. Por ello quedan el ahorro individual y el seguro, siendo éste el “único remedio general y eficaz en la lucha contra el paro forzoso”.¹²³ Y es que sólo el ahorro obrero resulta insuficiente como medio de lucha contra la desocupación por cuanto poco o nada le queda al trabajador de su salario, una vez cubiertas sus necesidades básicas y solventada alguna enfermedad o diversión, para guardar en previsión del paro, así dure éste pocos días. Pese a ello se ha organizado el ahorro de los trabajadores en las “cajas obreras” de diferentes formas. Una de ellas es el ahorro obligatorio; otra el facultativo. Además pueden ser subvencionadas por los patrones o por el estado.¹²⁴

Para Gálvez el seguro es el medio de lucha que puede hacer desaparecer la inseguridad de la vida obrera en todas sus manifestaciones (accidente, enfermedad, vejez y desocupación). Pero hay diferencias entre el seguro del paro (“seguro-paro”) y los seguros sociales (accidente, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, etc.) y comerciales (contra incendios, responsabilidad civil, etc.). El primero es un seguro especial, no especulativo, que no responde necesariamente a un cálculo actuarial y que tiene un carácter asistencial o benéfico cuando está a cargo del estado o es subvencionado por éste.¹²⁵

El seguro puede ser organizado de distintas formas. Puede ser libre o

123 Gálvez, ob. cit., pág. 243.-

124 Gálvez, ob. cit., pág. 243 y ss.. En ellas estudia la caja de ahorro voluntario de la Cervecería Dietrich en Düsseldorf; la de ahorro obligatorio de Tillmann y Cía en Barmen; los proyectos de Schanz, de Rademacher, de Wassilieff; de Denjean y de Eberstadt; el ahorro en las cooperativas de producción; la caja de Bolonia; y la caja de la ciudad de Gante.-

125 Gálvez, ob. cit., págs. 255 y ss. Y dice: “En algunas naciones, Alemania por ejemplo, los seguros sociales son materia de derecho público. El Estado ha impuesto, con gran aceptación general, la obligación de asegurarse. El asegurador viene a ser el propio Estado; un asegurador desinteresado que en el sentido material pierde miles de millones de marcos pero que siempre los recupera en cuanto la tranquilidad es mayor, la cultura se difunde, el trabajo es más fecundo, la vida más higiénica y la raza más sana y fuerte” (pág. 256).-

facultativo; en este caso puede estar a cargo de instituciones privadas o públicas; las cajas privadas pueden ser obreras, patronales, comerciales, filantrópicas y subvencionadas. O puede ser obligatorio y, en este caso, sólo está a cargo del estado. De todas ellas, las “formas privadas no obreras” (las cajas de seguros patronales, comerciales y filantrópicos) no han sido ensayos exitosos contra el paro forzoso. Y también resulta insuficiente la organización obrera del seguro-paro ya sea cuando es creada por los sindicatos (gremios o sociedades de resistencia), las mutualidades profesionales o las no profesionales (sociedades de socorros mutuos). Y cuando es oficial pero facultativo resulta un remedio parcial, no general. En definitiva para Gálvez las formas privadas obreras o no obreras y el seguro oficial facultativo no satisfacen las necesidades del hogar obrero durante el paro, no son una garantía ante la desocupación y por ello hay que buscar el amparo de toda la sociedad a través de la intervención estatal para que el seguro alcance resultados “generales y eficaces”.¹²⁶

La subvención es la primera y más elemental forma de actuación oficial con respecto al seguro contra el paro involuntario. Pero ha recibido fuertes críticas de los economistas liberales, de los obreros y de los partidarios del seguro obligatorio. Frente a la escuela liberal Gálvez considera que el sistema de subvenciones “no impide el libre juego de las facultades individuales”, ya que ella supone dos actividades: la creación de la asociación y del seguro; que favorece el incremento del ahorro individual; que constituye una reducción de los gastos oficiales en comparación con las erogaciones que requiere la asistencia; que no constituye tomar partido en la lucha de clases a favor de los obreros, sino “de salvar de la miseria a una gran masa de individuos”. Las objeciones de los obreros (que Gálvez también descarta) son varias. La primera proviene de quienes no aceptan ninguna relación con el estado y, en consecuencia, repudian el subsidio. La segunda: si la subvención es a favor del individuo y no del sindicato, quita libertad y fuerza al gremio. La tercera: si es a favor del gremio y el estado controla el uso de los fondos, la subvención es un medio para interferir en la organización obrera (o sea: suprime o limita la libertad de asociación). Siendo Gálvez partidario del seguro oficial, acepta con más facilidad las objeciones de los “obligacionistas”, de los defensores del seguro obligatorio que señalan que dependiendo el subsidio de la existencia de

126 Gálvez, ob. cit., pág. 271 y ss.-

obreros asociados no alcanza a los que no están organizados gremialmente. Pero Gálvez no condena al sistema de las subvenciones, ya que el “seguro obligatorio no puede ser establecido de golpe; requiere un país preparado para recibirlo” y el “sistema de las subvenciones es la mejor preparación para llegar al seguro obligatorio”. Por último estudia algunos ensayos de este sistema que, en general, puede estar a cargo del estado nacional, provincial o municipal y ser abonado directamente al obrero parado o en forma indirecta a través del sindicato.¹²⁷

Dedica un capítulo al seguro oficial, facultativo y obligatorio; otro al control estatal y termina dedicando la cuarta parte de su estudio al paro forzoso en la Argentina, donde realizó un pequeña encuesta a la Unión Industrial, a los Círculos de Obreros presidido por Alejandro E. Bunge, a la Liga Social Argentina cuya Secretaría General ejercía Gustavo Franceschi, al Dr. Avellaneda, y a los diputados socialistas Juan B. Justo y Alfredo L. Palacios. Luego realiza una reseña de los antecedentes, desarrollos y resultados de la Conferencia de París de 1910, que lo tuvo como asistente, y, por último, presenta un programa de lucha contra el paro forzoso en la Argentina.¹²⁸

Cuando Gálvez dio a conocer *La Inseguridad en la Vida Obrera* tenía treinta años y todavía no era ni el conocido ni el influyente escritor que sería poco tiempo después y por varios años. Tampoco en 1913, y en la obra que aquí ocupa nuestra atención, Gálvez sostiene las ideas políticas que lo constituyeron en uno de los más importantes expositores del nacionalismo argentino desde finales de la década del veinte y hasta su muerte a principios de los años sesenta. Sin embargo en *La Inseguridad en la Vida Obrera* ya se encuentran algunos vestigios de su futura posición.

Puedo afirmar, creo sin error, que en aquel entonces Gálvez todavía era un demócrata o que, por lo menos, no efectuaba manifestaciones contrarias a la democracia. Casi al final de su trabajo dice a modo de orden: “Perfeccionemos,

127 Gálvez, ob. cit., pág. 289 y ss.. El estudio de Gálvez se extiende a los sistemas de Francia, Bélgica, Alemania, Dinamarca, Noruega e Italia.-

128 Gálvez, ob. cit., pág. 327 y ss.-

por medio de las leyes sociales, nuestra joven democracia”.¹²⁹ Consiente la democracia y reclama justicia social, protección para la clase trabajadora argentina. Todo su trabajo se inspira en la aceptación del deber de proteger al obrero. Esta idea lo acompañará toda su vida y constituye un contenido destacado del pensamiento político de la derecha contraria al liberalismo que, poco tiempo después, lo tendrá como a uno de sus principales expositores.¹³⁰ Sin embargo no por proponer medidas protectorias de los trabajadores Gálvez acepta el socialismo. Gálvez no es socialista: “Hacer segura la vida del obrero, protegerlo en caso de paro forzoso no es hacer obra socialista de cuyas doctrinas el autor no puede estar más distante”.¹³¹

Se va vislumbrando su futura posición. Gálvez no es socialista. Pero tampoco es liberal. Manuel Gálvez se pronuncia en contra del liberalismo, de la doctrina del ‘laissez-faire, laissez passer’ y de la revolución francesa. Gálvez considera que el liberalismo provoca la miseria de los trabajadores. Pero también se opone al liberalismo en cuanto es una expresión de la modernidad. Desde la introducción a su obra define claramente este asunto al decir que “con el Renacimiento las condiciones del trabajo empezaron á transformarse. Las corporaciones desaparecieron y con ellas se fue un poco de libertad; los obreros quedaron á merced de los patrones. Lentamente la producción fue creciendo y, como consecuencia de tal crecimiento, nace en la edad contemporánea la industria moderna y aparece el proletariado. En nuestros

129 Gálvez, ob. cit., pág. 429.-

130 En la introducción a *La Inseguridad en la Vida Obrera*, Gálvez dice: “Protejamos al trabajador, al creador de nuestra grandeza, al que será el verdadero obrero de nuestra república de mañana. Empleemos los enormes presupuestos de guerra y marina ó siquiera una buena parte de ellos en hacer la vida más sana y más bella, destinemos esas sumas á construir y sostener hospitales, sanatorios para los obreros, á fomentar la higiene, á la institución de los seguros sociales finalmente. Demos cultura al obrero, démosles bienestar, aún que no lo quiera. El día que tal obra tengamos realizada, habremos dado al mundo un tipo superior de república democrática, que no puede darle ni Francia, donde para media nación la libertad no existe, ni los Estados Unidos donde la igualdad no rige para diez millones de ciudadanos, que cometieron el crimen de no haber nacido blancos” (pág. 626 de la *Revista Argentina de Ciencias Políticas*).-

131 Gálvez, ob. cit., pág. 13.-

días, las fábricas aglomeran á los trabajadores en locales propicios á múltiples enfermedades, las máquinas hacen crecer en cifras fabulosas el número de los accidentes, el exceso de producción ocasiona enormes crisis que dejan sin trabajo á millones de obreros, los colosales organismos modernos que son las grandes ciudades encarecen la vida y aumentan la inseguridad del trabajo, y por fin, la competencia, el desenvolvimiento de las vías de comunicación, los inventos, la lucha de clases contribuyen, más ó menos indirectamente, á gravar de inestabilidad la vida del actual asalariado. El régimen de la libertad fue funesto para el trabajador. Los principios de la escuela liberal, cuya atroz doctrina se encarnaba en el egoísta ‘laissez faire, laissez passer’, dictaban la indiferencia del Estado hacia el trabajador. En cuestiones sociales la revolución francesa significa el atraso de un siglo”.¹³²

Y sobre esta base -o sea: a partir de la crítica al liberalismo y el rechazo del socialismo- aparece en Gálvez el elogio al medioevo y al corporativismo. Y es “que ahora, pasada la escarlatina del manchesterismo, se está volviendo al régimen medioeval. Los gremios resucitan en los sindicatos, el trabajo es reglamentado con la misma minucia de antaño, se recuerda que la colocación, el aprendizaje, y hasta un principio de seguro existían en aquella época tan calumniada por la ignorancia inteligente, en aquella ‘larga noche’ que ha venido a tornarse, por contragolpe, en llamarada genial”.¹³³

132 Gálvez, ob. cit., pág. 4. En igual sentido expresa, más adelante, que “la escuela económica liberal, que triunfaba entonces, negaba al Estado el derecho y el deber de intervenir en estas cuestiones. Con un egoísmo enorme se afirmaba que el Estado no debía obstaculizar el libre juego de las facultades individuales. Todavía, aun hoy, los economistas liberales sostienen tales opiniones y se oponen á toda acción oficial argumentando que favorecer al obrero es ponerse de parte de una de las clases en lucha perjudicando á la otra. Pero felizmente la doctrina del ‘laissez faire, laissez passer’ ha perdido su prestigio” (págs. 8 y 9); o afirma, criticando la Ley de Chatelier, que “vino la revolución francesa y con ella el régimen funesto de la libertad. Esta libertad no era sino un individualismo extremado e impuesto por las leyes. ¿No se llegó, en nombre de la libertad, á prohibir en la ley de 1791, que los obreros se reunieran y asociaran ‘en vista de sus pretendidos intereses comunes?’” (pág. 176).-

133 Gálvez, ob. cit., pág. 4. Y en igual sentido dice que “la colocación, como casi todas las modernas instituciones relacionadas con la vida obrera, existió en la Edad Media y bajo formas análogas á las actuales. Las corporaciones, que tan sabia y minuciosamente habían reglamentado el trabajo, practicaban la colocación de sus afiliados, aunque no en forma

Así Gálvez ya se encuentra ubicado en la tradición opuesta al liberalismo y al socialismo.

En Gálvez el elogio al medioevo es coincidente con su catolicismo militante o práctico. De manera que su rechazo a la modernidad es su oposición al proceso de secularización, al retroceso de la influencia de la Iglesia y de las creencias religiosas en la vida privada y en la acción pública, a la modificación de las costumbres sexuales y, en última instancia, a la pérdida de una época injustificadamente idealizada a partir de la supuesta vigencia de los principios cristianos por él aceptados. ¿Qué pruebas podemos tener sobre que “el trabajador de la Edad Media, bajo los reglamentos de las corporaciones y en una época de producción escasa y regular, vivía una vida plácida y feliz”?¹³⁴ Pienso que ninguna.

Gálvez quiere proteger al obrero y para ello está dispuesto a utilizar las partidas presupuestarias correspondientes a los gastos del ejército y la marina. El fin es justo y el medio adecuado y beneficioso en sí mismo por cuanto tendería a eliminar una actividad despreciable y de graves consecuencias lesivas para los hombres como es la preparación para la guerra y su práctica. Pero no por ello Gálvez deja de admirar lo que denomina “militarización” en forma tal que, ya en esa época (me refiero a 1913), hace dudar de su aceptación de la

sistemática y organizada” (pág. 175). Y dentro de esta posición llega a decir que “la desocupación por falta de trabajo era casi nula” (pág. 3); pero, luego, corrige esta opinión, en alguna medida, cuando afirma que “mientras las corporaciones existieron no hubo paro forzoso, aunque pudo haber desocupados” (pág. 130, nota 1). O sea: no hubo paro forzoso en el sentido por él definido (“Ya sabemos que el paro forzoso supone la pérdida de un empleo para los trabajadores válidos”, nota 1 de la pág. 130), pero sí desocupados; idea más acertada que la primera, toda vez que en el medioevo no hubo plena ocupación y, en consecuencia, su sistema de producción no permitía a todos satisfacer sus necesidades.-

134 Gálvez, ob. cit., pág. 3. O “los trabajadores podían gozar el lujo de la alegría, de lo que nos da un delicioso ejemplo aquel admirable Hans Sach y los maestros cantores de Nuremberg” (págs. 3 y 4). Y su concepto de felicidad es el siguiente: “La felicidad, la relativa felicidad humana, sólo es real y apreciable, cuando hemos adquirido ciertos bienes espirituales, cuando hemos llenado con algo el vacío de nuestras almas” (nota 1 de la pág. 12). De modo que a partir de ese concepto, de pensar que aquel vacío se llena con la religión cristiana y que así sucedía en el medioevo, Gálvez sostiene que el hombre era feliz en esos tiempos.-

democracia como práctica social y política. Esta cuestión queda presentada de la siguiente manera: “Alemania es un país preparado para el seguro obligatorio. La militarización que se advierte en toda la vida del pueblo alemán, su sentido práctico, su falta de individualismo, le predisponen á aceptar la obligación del seguro. No sucede lo mismo en los países latinos, donde el amor a la libertad y el orgullo individualista rechazarán toda imposición gubernativa”.¹³⁵ Aquí Gálvez muestra cierto gusto por la regulación social militar y niega que la democracia -cuya base podría estar formada en gran parte por “el amor a la libertad y el orgullo individualista”- resulte compatible con la protección de los obreros.

Queda por indicar otra idea o, si se quiere, el vestigio de un tema que luego tendrá mayores y lamentables desarrollos en la obra de Gálvez. Me refiero a la cuestión racial. Primero: para Gálvez solucionar “la inseguridad de la vida obrera es también realizar un gran esfuerzo en el interés de la raza. La vida insegura significa, para millones de seres: inquietudes que restan energías al cuerpo y salud al alma; deudas y hambres que afrentan, que entristecen, que deprimen; exceso de trabajo a vil precio para reemplazar una parte de las entradas desaparecidas; un demandar de empleos, ante aquéllos que los tratan como mercaderías y no como hombres, en humillaciones que agrían el ánimo y que envilecen el carácter. En cambio si la muchedumbre de los trabajadores y sus familias tienen la vida segura, si pueden atenderse sus enfermedades sin desembolso alguno, si no están obligados a mendigar socorros en desmedro de su dignidad, puede afirmarse que la raza será en el porvenir más sana, más fuerte, más culta y más noble”.¹³⁶ Y segundo: a lo dicho agrega que “en ésto, como en tantas cosas, entran por mucho las condiciones de la raza”. Los obreros de los países del norte dotados de un sentido práctico de que carecen los latinos aplican las energías sobrantes del trabajo no á gritar contra los burgueses ni á alterar el orden sino á buscar, por la vía más rápida, su mejoramiento económico, social é intelectual. Es así como los trabajadores alemanes, bajo un gobierno casi absolutista, se hallan en situación muy superior

135 Gálvez, ob. cit., pág. 339.-

136 Gálvez, ob. cit., pág. 12.-

á la de los obreros franceses bajo un gobierno radicalísimo”.¹³⁷ Y así en su informe aparece la condición racial, el antisocialismo y el autoritarismo junto a la protección y bienestar de los obreros: partes de una doctrina política.

En gran medida en 1913 encontramos las bases de su futura posición política. Su tenue aceptación de la democracia es la gran diferencia. Pero ya están presentes la oposición al liberalismo y al socialismo, el panegírico del medioevo y del corporativismo, el elogio al militarismo y al esfuerzo por el esfuerzo mismo, y un racismo moderado.¹³⁸

En 1934, siendo ya uno de los principales representantes del nacionalismo argentino, Manuel Gálvez da a conocer *Este Pueblo Necesita*.¹³⁹ El libro es una recopilación de diez artículos periodísticos y un apéndice; pequeño y de lectura sencilla, es un panfleto lleno de elogios al autoritarismo, al fascismo, a la censura y a la violencia; una diatriba contra la democracia y las libertades públicas y la constitución, contra el parlamentarismo y los políticos, contra el materialismo y el dinero, contra la sensualidad y el cinematógrafo. ¿Qué necesita el pueblo argentino? Necesita ser joven; patriotismo; un sentido heroico de la vida; una reforma moral; ideales e idealismo; orden y disciplina; jerarquía; realizaciones y no política; practicar la justicia social y autoridad.

Para Gálvez los tiempos que corren son testigos de la más profunda crisis moral, que es producto de la democracia y el liberalismo; del materialismo y

137 Gálvez, ob. cit., págs. 59 y 60.-

138 Marx y Engels, en el Manifiesto Comunista al criticar al “socialismo pequeñoburgués”, dicen que “el contenido negativo de ese socialismo consiste, bien en su anhelo de restablecer los antiguos medios de producción y de cambio, y con ellos las antiguas relaciones de propiedad y toda la sociedad antigua, bien en querer encajar por la fuerza los medios modernos de producción y de cambio en el marco estrecho de las antiguas relaciones de propiedad, que ya fueron rotas, que fatalmente debían ser rotas por ellos. En uno y otro caso, este socialismo es a la vez reaccionario y utópico. Para la manufactura, el sistema gremial; para la agricultura, el régimen patriarcal; he aquí su última palabra. En su ulterior desarrollo esta tendencia ha caído en un decepción cobarde”; o en el fascismo.-

139 Gálvez, Manuel, *Este Pueblo Necesita...*, Librería de A. García Santos, Buenos Aires, 1934.-

del afán de lucro o del deseo de ganar dinero; del egoísmo; de la sensualidad y la desnudez; del relajamiento de las costumbres religiosas y del paganismo. Por ello el pueblo necesita ser joven; o sea: entusiasmo, deseos de crear; abandonar los placeres materiales y la imitación de Europa; afirmarse ante el desastre que se avecina. Necesita patriotismo ante los políticos holgazanes que han entregado el país al capital extranjero; ante los ricos que no fundan universidades o museos, como en Estados Unidos, sino que malgastan sus fortunas en algún dancinng o boite de París; ante un periodismo lleno de pasquines donde quien no sabe opina; ante el mismo pueblo que elige a los corruptos. Por ello se requiere patriotismo y nacionalismo: un patriotismo militante. Necesita un sentido heroico de la vida; concebir la vida como un sacrificio, como un deber, como un ejercicio de fuerza, dejando a un lado la sensualidad, el carácter afeminado o débil. Se trata de querer el esfuerzo por el esfuerzo mismo; de amar la lucha por los ideales, el trabajo y las virtudes del hombre fuerte. Necesita una reforma moral; un gobierno menos ocupado de las finanzas, de los ferrocarriles o la agricultura, y más del espíritu; de un gobierno que termine con las diferencias de riquezas entre los hombres. Necesita ideales e idealismo; ponerle fin al materialismo y al egoísmo; anhelar la solidaridad y la justicia social; recobrar la enseñanza religiosa. Necesita orden y disciplina; terminar con el individualismo y la rebelión, que generó entre los jóvenes, por ejemplo, la reforma universitaria de 1918; en definitiva, optar por el interés colectivo. Necesita jerarquía; el predominio de lo espiritual sobre lo material; que cada uno ocupe su puesto; el que sabe mandar que lo haga y el resto, ubicado cada uno en sus funciones, que obedezca. Necesita realizaciones y no política. Para ello hay que terminar con la democracia, la igualdad y el sufragio universal; los partidos políticos deben ser suprimidos; hay que crear un nuevo orden, un estado fuerte antes de la victoria del comunismo, para que preserve a la familia, a la religión, a la raza y a las tradiciones latinas y católicas. Necesita practicar la justicia social y si para ello la constitución es un estorbo, entonces debe ser removida, ya que, en definitiva, se requiere de un hombre fuerte, que actúe sin contemplaciones, sin intereses de ninguna clase y con capacidad para imponerla a los ricos. Se trata de hacer socialismo, sin que el hombre pierda su personalidad; sin que pierda el instinto de propiedad, sus ansias de perfección y sus ambiciones; es decir, hay que practicar la justicia social, hacer obra para el pueblo, dentro del orden y la disciplina, respetando la jerarquía y con autoridad. Y necesita autoridad; restaurar la pena de muerte, abandonar la

constitución norteamericana de 1853 (sic) e imponer el corporativismo.

¡Un horror! El librito es un repertorio de políticas crueles, de maldades expresadas con desparpajo, impudicia y un desprecio mayúsculo hacia la persona humana. Son políticas que en nuestro país han tenido la más nefasta influencia. La larga serie de dictaduras que hemos sufrido en este siglo son una prueba de ello. Dice Gálvez: “Creo que algún día un poco de violencia será indispensable. No se echa abajo un régimen político y económico sin que algunos padezcan. La salvación de la patria no podrá realizarse con mano blanda”.¹⁴⁰ Agrega: “Estoy muy lejos de ser un derechista. Si en política puedo considerarme reaccionario -porque voy contra el régimen demoliberal y las gastadas mentiras que son el sufragio universal y el parlamentarismo-, en materia social no ocurre lo propio”.¹⁴¹

¿Y el apéndice de su libro? Lleva el siguiente título: “Posibilidades del fascismo en la Argentina”. Y allí explica que el fascismo “es sólo una doctrina de derecha en cuanto se opone a la democracia y al socialismo; pero en lo social y en lo económico es una doctrina de izquierda, en cuanto realiza una obra en favor del pueblo y conduce al socialismo de estado”.¹⁴² Y aclara que el “verdadero fascismo no es antisemita. A lo sumo, cree que no deben venir al país más judíos y que los judíos han de ser un poco apartados en las actividades directivas del país. Pero no quiere la persecución, y la repudia”.¹⁴³

Gálvez cree que el fascismo es necesario en la Nación Argentina, con su “mano de hierro...violenta, justiciera, salvadora” del “comunismo, con sus crímenes, con su satánico poder destructor, con su aniquilamiento del hombre, con su ateísmo militante”. En definitiva: “Hace falta una mano de hierro, que ejerza la más severa censura en el teatro y en el cinematógrafo, en la radio y en el libro. Hace falta una mano de hierro que suprima la afición a la desnudez pagana, que corrompe a las mujeres, emporca el periodismo y difunde en

140 Gálvez, ob. cit., págs. 28 y 29.-

141 Gálvez, ob. cit., pág. 51.-

142 Gálvez, ob. cit., pág. 119.-

143 Gálvez, ob. cit., pág. 129.-

todos los rincones la inmoralidad. Hace falta una mano de hierro, como la de Mussolini, como la de Hitler, como la de Dollfuss, que no solamente salve al país del comunismo destructor y bárbaro, sino también que salve a la familia cristiana y a la moral. Yo no apruebo las persecuciones realizadas por lo nazis, pero me entusiasman aquellos campos de concentración en donde millares de jóvenes aprenden la vida austera”.¹⁴⁴

Después del golpe de estado del 4 de junio de 1943, de la revolución de los coroneles con la que se inicia el justicialismo, Gálvez apoya la obra social que realiza Perón. Dice que lo hace en forma desinteresada ya que no aspira a cargo alguno; que no conoce a Perón y que sus opiniones son las de un patriota que, desde su juventud, siempre bregó por la justicia social movido por un sentimiento piadoso hacia los trabajadores y los pobres. Recuerda haber publicado *La Inseguridad en la Vida Obrera*, para demostrar que no es sólo un hombre de letras, un artista, sino una persona que habla de una cuestión que ha estudiado. Expresa su admiración a Yrigoyen: el líder radical es el primer presidente que amó al pueblo. Pero el acontecimiento más favorable para los obreros ha sido la revolución del 4 de junio y la actuación de Perón, que es un nuevo Yrigoyen aunque con más méritos (una gran capacidad para actuar; “despreocupación de la politiquería”; buen orador; y visión general de la cuestión social) y una importante ventaja por cuanto no cuenta con el Congreso, un verdadero obstáculo que el golpe del 4 de junio había sorteado al clausurarlo.¹⁴⁵

144 Gálvez, ob. cit., pág. 133.-

145 Gálvez, Manuel, *La Obra Social que desarrolla el Coronel Perón*, en Perón, Juan Domingo, *El Pueblo Quiere Saber De Qué Se Trata*, Editorial Freeland, Buenos Aires, 1973, págs. 7 a 9.-

5. ESTUDIO SOBRE LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN LA ARGENTINA

Aproximadamente a mediados de los años '80 comenzó en nuestro país la divulgación de las más importantes reformas a la legislación laboral, que, desde una década antes, se estaban llevando a cabo en Europa occidental. Por aquél entonces también se empezó a mostrar las disposiciones que estaban adoptando los convenios colectivos en los EE.UU. después de la crisis del petróleo de 1973. A ello se agregó la difusión de las ideas inspiradoras y el uso de palabras que, en gran medida, resultaban extrañas al lenguaje común del derecho del trabajo.

Al inicio de la presidencia de Carlos Menem se sancionó la ley 24.013 (1991), denominada “Ley Nacional de Empleo”, que, sin ser por supuesto la primera ley antiobrera argentina, era la primera ley fruto de las ideas y normas que acababan de ser promocionadas y aceptadas. En los años 1990 se elaboraron los primeros proyectos de reforma a la legislación laboral que fueron enviados por el poder ejecutivo nacional al congreso nacional. Con el correr de los años la difusión se incrementó y se llegó (a mediados de la década de los años noventa del siglo veinte) a formar un consenso entre la administración nacional, los legisladores, los jueces, los dirigentes sindicales profesionales y amarillos, las patronales y la mayoría de los juristas, economistas y sociólogos a favor de la adopción de normas análogas o similares a las que se veían aplicar en Alemania o en Francia, en Italia o en España, en Inglaterra o en EE.UU.¹⁴⁶

Casi sin uso diez años atrás, o con alguna aparición excepcional, hoy es común encontrar en los estudios de derecho del trabajo palabras tales como “flexibilizar”, “flexibilización”, “flexibilidad”, “flexible”, “flexibilizador”, “rigidizar”, “rígido” o “rigidez”. Aunque la palabra “flexible” y el término “rigidez” aparecen

146 Un ejemplo de lo expuesto es el Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social, firmado el 25 de julio de 1994 entre el gobierno nacional, la Confederación General del Trabajo y las principales asociaciones patronales. El Libro Blanco sobre el Empleo en la Argentina, editado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación en 1995, que recopila ensayos de Adolfo Canitrot, Rodolfo Díaz, Alfredo Monza, Juan Luis Bour, Adrián Goldín, Carlos Reboratti y María Antonia Gallart, puede ser un ejemplo de juristas, economistas o sociólogos que participan de estas ideas y las impulsan.

en el derecho argentino con bastante anterioridad al tiempo que estamos considerando (finales de la década de los ochenta y principios de los noventa del siglo XX) y utilizados en un sentido muy similar al actual. Así sucede en el fallo plenario N° 101 de la CNAT (de 1965) donde el Procurador General dijo en su dictamen que “a través de tan autorizadas opiniones bien puede inferirse que la rigidez conceptual acerca del orden público y su inmediata consecuencia, que es la irrenunciabilidad a los derechos reconocidos, en las leyes que participan de ese carácter, va cediendo posiciones a influjo de una serie de circunstancias y acontecimientos que han ido minando el basamento sobre el que se apoyó aquella rigidez para transformarla en algo más flexible, capaz de adaptarse a las modernas concepciones de los institutos componentes del derecho laboral, sin mengua de los principios fundamentales que lo gobiernan”.¹⁴⁷

Dice Caro Figueroa -uno de los principales difusores y promotores de la flexibilización en el país- que “la flexibilidad laboral... es la capacidad que el sistema de relaciones de trabajo, sus normas y el comportamiento de sus actores, brinda a quienes organizan y dirigen el proceso de producción para adaptar cuantitativamente y cualitativamente sus Recursos Humanos a la evolución de los mercados y para responder rápida y adecuadamente a los requerimientos de los entornos cambiantes”; y que “es la aptitud del sistema de relaciones de trabajo a través de la cual este sistema contribuye a la competitividad de las economías y, correctamente gestionada y formalizada, al crecimiento económico, al empleo y a la mejora de las condiciones de trabajo”.¹⁴⁸

147 Pero la CNAT no siguió la opinión del Procurador y estableció la siguiente doctrina: “No es válido el pacto por el cual un trabajador de la industria de la construcción conviene que su salario diario involucre beneficios tales como feriados nacionales pagos, vacaciones, salario familiar y sueldo anual complementario, cubriendo los mínimos legales o convencionales relativos a dichos beneficios” (CNTrab, Plenario 101, Cháves, Manuel y otros c. Lutgen Mora Ricotti, 15/12/65, DT, XXVI-197).-

148 Caro Figueroa, Armando, *La Flexibilidad Laboral. Fundamentos comparados para la Reforma del Mercado de Trabajo Argentino*, Editorial Biblos y AM Consultores, Buenos Aires, 1993, págs. 39 y 40. Caro Figueroa es uno de los principales promotores de la flexibilidad laboral en el país; fue secretario de trabajo en 1986, durante la presidencia del Dr. Raúl Alfonsín, y ministro de trabajo en 1994, 1995, 1996 y 1997 en la presidencia de Menem. El libro que aquí citamos es una completa síntesis de las ideas flexibilizadoras y además con-

La flexibilidad laboral es la facultad jurídica de las patronales para aumentar o disminuir el número de los trabajadores contratados, o para modificar sus calidades, rápidamente y conforme al proceso económico (o si se quiere al mercado o a la relación entre la oferta de los bienes y de los servicios y la demanda de los mismos); o puede ser la capacidad fáctica (o habilidad) de las patronales para aumentar o disminuir el número de los trabajadores o para modificar sus calidades; o la habilidad de los trabajadores (dice “actores”) para obtener trabajo, o cambiar de trabajo o modificar sus calidades, rápidamente y conforme al proceso económico¹⁴⁹; también la flexibilización laboral son las normas que favorecen la competencia y los mismos comportamientos competitivos.

Para Caro Figueroa, “la flexibilidad de un ordenamiento laboral determinado está en relación directa con las facilidades que brinde al empleador para que pueda realizar los ajustes a la baja en la cantidad de trabajo contratado, en la medida en que éstos vengan impuestos por necesidades económicas, organizativas o tecnológicas”.¹⁵⁰ Se trata entonces de reformar la legislación laboral para que resulte más sencillo despedir, ya sea porque la empresa necesita reducir su personal en atención a los requerimientos del mercado, o porque posee personal superfluo a raíz de la introducción de nuevas formas de organizar la producción o de la incorporación de nuevas máquinas o herramientas. Aparecen nuevas expresiones como “movilidad externa”, que alude a la capacidad del empleador de aumentar o disminuir la mano de obra según el estado del mercado y de las técnicas de producción; o a la habilidad del obrero despedido para reinsertarse en el mercado de trabajo; o al derecho que incrementa la facultad patronal de despedir. Hacer ésto es aumentar la movilidad externa. Y para ello hay que reducir el precio del despido; hay que bajar el costo de la indemnización o, directamente, suprimirla. Se recomienda entonces, por un lado, reformar los

tiene el proyecto de reformas a la ley de contrato de trabajo elaborado por Caro Figueroa.-

149 En sentido similar se ha dicho que “la flexibilité, c’est la capacité des individus, dans la vie économique et en particulier sur la marché du travail, de renoncer á leurs habitudes et de s’adapter á des circonstances nouvelles” (ver La Flexibilité Du Marché Du Travail, Rapport d’un groupe d’experts de haut niveau au Secrétaire général, OCDE, París, 1986, pág. 6; obra también conocida como el Informe Dahrendorf, en atención a que el presidente del “grupo de expertos de alto nivel” fue Ralf Dahrendorf).-

150 Caro Figueroa, ob. cit., pág. 262.-

contratos de trabajo o introducir nuevos que para su resolución no prevean el pago de indemnización o que disponga una menor a la existente y, por otro lado, redistribuir los costos del despido entre el empresario, el trabajador y el sistema de seguridad social público.¹⁵¹

Facilitar los despidos, reformar los contratos o incorporar nuevos y, en definitiva, reducir o eliminar la indemnización son tres propuestas básicas de la flexibilización que dejan de lado la defensa de la estabilidad en el empleo, y, con ella, el predominio del contrato de trabajo por tiempo indeterminado. La flexibilidad laboral privilegia la capacidad de adaptación cuantitativa a los cambios del mercado por sobre la estabilidad en el trabajo. Esta, entonces, no dependerá de protecciones legales que la transforman en un bien incompatible con los principios morales que supone y requiere la economía de mercado para su funcionamiento sino que estará unida indisolublemente al proceso económico.

Decía Caro Figueroa, conforme señalamos, que la flexibilidad consiste también en la capacidad de adaptación cualitativa del personal contratado a las necesidades del mercado o a los cambios de la organización del trabajo o a la incorporación de nuevas técnicas de producción. La capacidad de adaptación cualitativa no consiste sólo en la instrucción de la mano de obra, los trabajadores, en el uso de herramientas o en la adopción de conductas acordes con los nuevos procesos de producción o de prestación de servicios, sino que, además, constituye la facultad del patrón para modificar en forma unilateral las condiciones del contrato de trabajo. La flexibilidad propone el derecho del empleador para modificar, como mínimo, la distribución del tiempo de prestación de los servicios (y, en su consecuencia, del tiempo de descanso), el lugar de trabajo o la categoría profesional y, como máximo, la remuneración. Así desaparece el

151 En este sentido se pronuncia el poder ejecutivo nacional cuando dice que “la Ley de Contrato de Trabajo contemplará una nueva modalidad de control temporal con el mínimo de requisitos formales y sin costos de extinción”; y que “el proyecto propone modificar el cálculo de la indemnización por despido injustificado utilizando el criterio de la proporcionalidad y suprimiendo el tope mínimo de dos salarios. De esta manera se pretende hacer más equitativo el régimen, ajustándolo estrictamente a la antigüedad del trabajador. Por otra parte, se establece que el preaviso comienza al día siguiente de su comunicación, suprimiendo la denominada ‘integración del mes de despido’” (Mensaje 1740, Trámite Parlamentario, Período 1993, N° 79, Imprenta del Congreso de la Nación, pág. 3252).-

derecho a una jornada limitada o, más precisamente, a que la jornada de trabajo tenga un límite diario; en su reemplazo se fija un tiempo máximo de prestación de servicios en forma anual que el empleador puede distribuir de acuerdo a las necesidades de su empresa. En forma correlativa se elimina el descanso semanal y el período estival para gozar de las vacaciones (el descanso anual); es más: no hay vacaciones corridas y a gozar en época estival sino períodos de descanso determinados unilateralmente por el patrón.¹⁵²

El traslado del dependiente de un lugar a otro, así sean muy distantes entre sí e impliquen el alejamiento de su hogar familiar o de su residencia habitual, es una conducta permitida y, en su consecuencia, no constituye una injuria a los intereses y derechos del empleado que justifiquen su rechazo y el mantenimiento de sus condiciones de labor o su despido indirecto. Y esto mismo sucede con la categoría profesional que puede ser disminuida. La idea consiste en suprimir los derechos a una categoría y a una carrera profesionales y que el dependiente realice distintas tareas. A esta característica del trabajador se alude con la palabra “polifuncional”. La flexibilidad laboral pretende que el obrero sea polifuncional y que, en consecuencia, tenga derecho al mismo salario para los distintos servicios que preste. También aquí aparecen nuevas palabras en el derecho del trabajo. Por ejemplo, para aludir a la modificación patronal del lugar de trabajo se usan los términos “movilidad geográfica” y para el cambio de la categoría profesional o puesto de trabajo se utilizan las palabras “movilidad interna”. Así la flexibilización laboral propone facilitar la movilidad externa (los despidos), la movilidad geográfica (los traslados) y la interna (la polifuncionalidad), todo ello (claro

152 Así dice el poder ejecutivo que “la organización del trabajo dentro de la empresa y las necesidades de la producción, hacen necesario modificar las normas sobre ordenación del tiempo de trabajo” de forma que faciliten “prolongar el período de utilización de los equipos o adaptar la producción a las variaciones de la demanda”; y vinculado “con la distribución del tiempo de trabajo dentro de la empresa está el tema de las vacaciones, los descansos y licencias. Respecto al primero, el convenio colectivo de trabajo podrá determinar el momento de su goce. Esto permitirá un mejor aprovechamiento del tiempo de trabajo en los momentos en que la empresa lo necesita y la posibilidad del trabajador de convenir su fraccionamiento, el que no podrá ser menor de catorce días corridos. Para el segundo, se autoriza la posibilidad de acumular descansos y su disposición a través de la negociación colectiva, en virtud de la cual podrán establecerse regímenes diferentes” (Mensaje 1740, pág. 3252).-

está) sin aumento de las contraprestaciones patronales sino con la reducción de las mismas.

El sueldo deja de ser la contraprestación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo con independencia de si es o no utilizada, para ser el pago de los servicios realizados.¹⁵³ Además, se propone reemplazar por vales, cambiables en comercios por mercaderías, a una parte del sueldo pagadero en dinero de curso legal. A los diferentes vales propuestos se los denomina “beneficios sociales” y no tienen carácter remunerativo; de modo que su valor no se tiene en cuenta para el cálculo del pago de las vacaciones, de cualquier adicional salarial, de las indemnizaciones o de las contribuciones al sistema de jubilaciones y pensiones. Asimismo se acepta la facultad patronal de disminuir el salario de acuerdo a las necesidades del mercado. De manera tal que, por ejemplo, si baja la demanda de los bienes o servicios que la empresa ofrece y por ello ésta debe reducir la producción de los mismos, el patrón puede proceder al despido del personal o a la disminución de sus salarios. La flexibilidad laboral no asegura el salario mínimo, vital y móvil, que, en algunos casos, se reemplaza por la participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa. En definitiva con estas propuestas se trata, incrementando las facultades del empleador y limitando los derechos del dependiente, aumentar la disponibilidad de éste a favor de aquél y hacerlo partícipe del riesgo de la empresa capitalista.

La flexibilización propone el incremento de la autonomía individual y de la autonomía colectiva para la regulación del contrato de trabajo; o, en otros términos, pretende una mayor libertad contractual para celebrar contratos individuales de trabajo o convenios colectivos de trabajo. Así aconseja la supresión o reducción de las normas de orden público en el derecho del trabajo.¹⁵⁴ Una posición muy flexibilizadora recomendará el regreso total

153 En los considerandos del decreto N° 333/93 (DT 1993-A, 460) el poder ejecutivo dice “que los conceptos de remuneración y de beneficios sociales se distinguen claramente, ya que el primero es la contraprestación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, o en mejor definición, por realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a las órdenes del empleador...”-

154 Al respecto dice el poder ejecutivo que “las partes podrán dejar sin efecto las condiciones más beneficiosas pactadas por acuerdo individual o decisión unilateral del empleador

y absoluto al principio de la autonomía de la voluntad del derecho civil, y, en consecuencia, postulará que el derecho laboral no establezca mínimos y máximos inderogables para las partes contratantes y dispuestos en protección del trabajador, ya sean de fuente legal o convencional. De modo tal que los derechos reconocidos en la legislación laboral o en los convenios colectivos de trabajo, a favor de los obreros, podrán ser dejados de lado al celebrarse, ejecutarse o extinguirse los contratos de trabajo. Así, entonces, se acepta la idea que los derechos laborales son disponibles y renunciables por el trabajador. Una posición menos flexibilizadora limitará la autonomía individual a través de la autonomía colectiva. Así los contratos individuales de trabajo deberán respetar los derechos establecidos en los convenios colectivos de trabajo. Pero éstos podrán disponer libremente las condiciones de labor ya que la legislación laboral, para esta concepción, pierde su carácter de orden público.

Los flexibilizadores pretenden reemplazar los convenios colectivos de trabajo por actividad o profesión, por los convenios colectivos de trabajo por empresa. La modificación puede ser total o parcial. En el primer caso es claro que la flexibilización laboral deja de lado el efecto erga omnes que se reconoce al convenio colectivo, que, entonces, tendrá vigor en el ámbito de una empresa o para las relaciones de un patrón con sus dependientes. En el segundo caso (modificación parcial) se mantiene el convenio colectivo por actividad o profesión en cuanto acuerdo general o marco, que, a su

de fecha anterior” (Mensaje N° 1740, pág. 3253); que se “privilegia la negociación colectiva en todos sus niveles como una forma de responder a las cada vez más complejas formas de actividad colectiva”; que “uno de los aspectos fundamentales del proyecto lo constituye la posibilidad de negociar cláusulas que modifiquen la legislación laboral vigente en ciertas materias que hacen a las necesidades específicas de la organización del trabajo en la empresa, tales como contrato a prueba, jornada, descansos, licencias y vacaciones, ampliando el margen de autonomía colectiva” (Mensaje N° 1740, pág. 3251); y que “los convenios colectivos de trabajo, acuerdos colectivos de trabajo celebrados entre el empleador y una seccional, delegación o comisión interna autorizada o avalada al efecto por la correspondiente asociación sindical con personería gremial y los laudos con fuerza de tales originados en procedimientos voluntarios de arbitraje, podrán reglamentar, modificar o derogar las normas de los estatutos especiales o regímenes legales particulares” (Mensaje N° 1740, pág. 3255). Nótese que en este último caso se permite que un acuerdo privado derogue la legislación (los estatutos profesionales).-

vez, puede ser complementado o ajustado para las relaciones entre un patrón y sus dependientes a través del convenio colectivo por empresa. Y también se propone que estos últimos convenios puedan ser celebrados sólo y exclusivamente por los representantes de los trabajadores en el lugar del trabajo; o sea: por los delegados obreros. La flexibilización laboral es contraria a que los convenios colectivos mantengan su vigencia hasta la celebración de uno nuevo; así rechaza la llamada “ultraactividad” del convenio colectivo.¹⁵⁵ Y repudia que las condiciones de labor dispuestas en un convenio colectivo se incorporen a los contratos individuales de trabajo vigentes en su ámbito de aplicación. En definitiva considera que los convenios colectivos deben regir sólo durante el plazo determinado por las partes contratantes y que las estipulaciones pactadas en uno nuevo pueden desconocer o retrogradar los mejores derechos reconocidos en otro anterior o en los contratos individuales vigentes al tiempo de su adopción.¹⁵⁶

La flexibilización laboral trata de limitar el reclamo obrero ya sea a través de la prohibición de la huelga, o de cualquier otra medida de fuerza, en determinadas circunstancias o actividades; o manteniendo el arbitraje obligatorio como un medio adecuado para la solución de los conflictos colectivos; o fomentando la posibilidad de dividir o debilitar el movimiento sindical por medio, por ejemplo, del reconocimiento de la facultad de celebrar convenios colectivos a los representantes gremiales de una empresa; o suprimiendo las garantías legales que amparan la actividad de los delegados sindicales (el fuero gremial).

El derecho del trabajo que critican los flexibilizadores se presenta como un derecho laboral acorde a una política económica intervencionista,

155 El proyecto de los flexibilizadores consiste en establecer “que vencido el plazo de un convenio colectivo, perderán vigencia todas sus cláusulas”; y que “el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tiene la facultad de prorrogar dicha vigencia hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo de ámbito funcional igual o mayor y que esta prórroga no puede ser superior a un año” (Mensaje 1740, pág. 3251).-

156 Así se proyecta que “los convenios colectivos de trabajo podrán dejar sin efecto las condiciones más beneficiosas acordadas en un convenio colectivo de fecha anterior” (Mensaje N° 1740, pág. 3253); y que se termina con el denominado “efecto jurídico subsistente en las relaciones individuales de trabajo” (Mensaje N° 1740, pág. 3255).-

mientras que la flexibilización laboral se muestra como el derecho laboral compatible (o necesario) a una economía de mercado (o libre de la intervención estatal o gubernamental).¹⁵⁷ En ambos casos (o más o menos rígido o flexibilizado) es el derecho del trabajo conforme al capitalismo. En teoría la flexibilización es la propuesta laboral de la política económica de mercado, mientras que en la práctica es la legislación obrera que acompaña a las políticas de ajuste económico.¹⁵⁸

Estos dos aspectos son señalados por Mauricio Birgin cuando sostiene que si “nos adentramos en el tema surge que el problema de fondo es el avance de las ideas liberales, o más bien neoliberales, que se ha impuesto en los Estados más desarrollados. Se trata de un sistema político-económico cuyos sostenedores lo implementan vinculando a la política social”, y agrega que el “ideólogo contemporáneo más destacado de esta posición es Friedrich A. Hayek cuyos fundamentos sobre el mercado y contra el poder del Estado es seguido por los neoliberales actuales” que, en última instancia, serían “los partidarios de ‘laissez faire’ del siglo XIX”.¹⁵⁹ Para Birgin, por eso, no se trata del “problema de la crisis económica, ni la revolución científico-técnica, ni una política de crecimiento

157 En este sentido dice el poder ejecutivo que “las reformas descritas deben ser parte del amplio proceso de cambio que está haciendo avanzar a la Argentina desde un capitalismo asistido por el Estado, hacia una organización social competitiva desregulada por el Estado” (Mensaje N° 1740, pág. 3253).-

158 Que la flexibilización es la política laboral del ajuste económico se encuentra expresamente reconocido por Caro Figueroa cuando afirma que “la flexibilidad del mercado de trabajo es...un elemento central en todo proceso de ajuste económico con eficacia social” (Caro Figueroa, ob. cit., pág. 47). La idea se encuentra en el Informe Dahrendorf cuando expresa que “le premier objectif est celui de l’adaptation du marché du travail aux impératifs de l’ajustement économique” (ob. cit, pág. 19).-

159 Birgin, Mauricio, Política de Empleo e Ingresos ¿Qué es la flexibilidad laboral?, DT, 90-A, pág. 872. Asimismo este autor relaciona al liberalismo y la flexibilidad con la acción de las multinacionales de la siguiente forma: “La política macroeconómica liberal tiene como objetivo cambios estructurales impulsados por los verdaderos detentadores del poder: las empresas multinacionales, que controlan el 50% de la producción industrial y el 60% del comercio, ambos en orden internacional. Y la flexibilización laboral constituye una de las herramientas utilizadas para este cambio” (pág. 874). La obra de Birgin que aquí utilizo es una buena exposición y crítica de las ideas flexibilizadoras.-

y reconstrucción”, sino de “una antigua concepción filosófica y política, el liberalismo que se agiorna como neoliberalismo”.¹⁶⁰

Birgin no distingue (al igual que en general todos los críticos a la flexibilización) entre el liberalismo político (la república democrática o la democracia liberal), el liberalismo económico (o la economía de mercado) y el ajuste económico como política de absoluto favoritismo a los ricos y oposición a los pobres. Birgin no duda en señalar que los daños que provoca la reforma propuesta por la flexibilidad “son aún más importantes en los países subdesarrollados, donde predominan las formas flexibles de trabajo. Estos cambios -continúa- se trata de presentarlos como medidas de ‘estabilización y ajuste estructural’. Son directivas impuestas por los organismos financieros internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial”, para el pago de la deuda externa “sacrificando las posibilidades de crecimiento y desarrollo”.¹⁶¹

Como acompaña al ajuste económico la flexibilidad laboral no se limita a una modificación de las condiciones de labor (de la jornada, del descanso y las vacaciones, del salario y de las facultades disciplinarias y directivas del patrón), o de sus fuentes reguladoras (merma del orden público laboral e incremento de la autonomía individual y colectiva), o del proceso de negociación colectiva (propuesta del convenio por empresa en detrimento del acuerdo por actividad o profesión), sino que, además, auspicia la reducción de la higiene y seguridad en el lugar del trabajo y que el estado deje de efectuar su control; la merma en la reparación de los accidentes y enfermedades profesionales y de los beneficios de la seguridad social. Asimismo con la flexibilidad laboral aparecen trabas al reclamo judicial de los obreros y pensionados y toda una serie de medidas que favorecen al rico y perjudican al pobre. Así por ejemplo disminuyen los intereses judiciales de los créditos del dependiente; no se permite la actualización monetaria de sus derechos a pesar del aumento del costo de la vida; se hacen más expeditivos los procesos ejecutivos en beneficio

160 Birgin, ob. cit., pág. 873.-

161 Birgin, ob. cit., pág. 875. Asimismo vincula a los planes de ajuste con el monetarismo y con las ideas de Milton Friedman y su escuela, en los siguientes términos: “Los planes de ajuste son seguidos de acuerdo a las recetas monetaristas que implican una comprensión de la demanda global y de la utilización de la capacidad productiva instalada” (pág. 874).-

de la banca a cuyo favor se reconocen intereses usurarios; o, entre muchas otras, se libera de toda responsabilidad al patrón fallido, haciendo además del concurso y la quiebra unos procesos inadecuados para satisfacer los derechos del acreedor laboral. Por ello la flexibilidad laboral, con su supresión de los derechos de los trabajadores y su aumento de la libertad (o de los derechos) de los patronos, es parte de una política general y completa de favoritismo a los ricos en perjuicio de la inmensa mayoría del pueblo, que, por su causa, experimenta la degradación material y moral.¹⁶²

A pesar de las fuertes e importantes críticas que formulan los flexibilizadores al derecho del trabajo clásico, sería errado pensar que la flexibilización laboral abandona por completo sus concepciones y propuestas, ya que, si bien es cierto que elimina aquellas que son más beneficiosas a los obreros, mantiene sus contenidos más opresivos de los derechos del dependiente. La flexibilización no cuestiona el concepto de trabajo como un medio de humanización y dignificación del hombre; ni que el descanso sea un período durante el cual esté prohibido trabajar, y que, por ello, el descanso no gozado no sea compensable en dinero; ni el deber de colaboración del obrero o del sindicato; ni el unicato sindical; ni el arbitraje obligatorio; ni, entre muchas otras políticas típicas del derecho laboral clásico, las limitaciones al derecho de huelga y a la democracia a través del corporativismo. La flexibilización laboral mantiene estas políticas de modo que el resultado del proceso de cambio legislativo no es un nuevo sistema de derecho, la pura flexibilidad, sino una mezcla horrenda de los peores contenidos del viejo derecho del trabajo con las propuestas de la flexibilización laboral.

La flexibilidad laboral ha recibido muchas críticas de la doctrina iuslaboralista nacional. Pero sus opositores no se han detenido a realizar una evaluación

162 Que la flexibilidad es parte de una política general de desprotección no cabe la menor duda. El Poder Ejecutivo Nacional dice que “en 1989 se inició en la Argentina una etapa de cambio estructural cuyos pilares fueron las leyes de Reforma del Estado, Emergencia Administrativa y el Plan de Convertibilidad en materia económica”; y que esos “cambios deben acompañarse con una transformación en materia laboral y previsional; en este sentido, los objetivos del Poder Ejecutivo han estado dirigidos a bajar el desempleo y diseñar una política de ingresos que sea compatible con el plan económico y, fundamentalmente, aliente las inversiones” (Mensaje 1740, pág. 3250).-

constitucional de la flexibilización.¹⁶³ En general, la discusión se ha mantenido en el plano de la técnica económica y política, social y jurídica, donde fue ubicada por los partidarios de la flexibilidad, y así no es posible encontrar intentos de justificar moralmente ni su adopción ni su rechazo.

El origen extranjero de la flexibilidad laboral provoca el rechazo de parte de la doctrina nacional, aunque no se advierte que aquél no es una razón que justifique a éste. El problema no es el origen, sino el contenido y las consecuencias de la flexibilización laboral. Al respecto nótese el elevado grado de alienación, de extrañamiento y dependencia cultural que expresa el poder ejecutivo cuando dice que “el desafío está planteado aquí y en todo el mundo por el sesgo de los profundos cambios estructurales sucedidos a partir de la década del 70 en el contexto económico y social internacional en el que se ubica la Argentina. La crisis del petróleo dio lugar a la caída de las economías occidentales en la mayor recesión producida desde el año 1930, con un impacto importante sobre el mercado de trabajo y el empleo. Los cambios estructurales se inscriben en una crisis del mundo cuyas características son las siguientes: a) Una nueva división internacional del trabajo, con el surgimiento de nuevas potencias como Japón, y la internacionalización de la economía que supone la necesidad de dar mayor competitividad a las empresas nacionales para conservar o ganar mercados; b) Desempleo estructural, que en estas dos últimas décadas ha alcanzado tasas superiores a las históricas; c) Cambios de tipo demográfico, migratorio y de composición del mercado de trabajo, con la incorporación masiva de mujeres y jóvenes; d) Cambios en la organización del trabajo dentro de la empresa y la incorporación de nueva tecnología, con la consecuente necesidad de adaptación de la mano de obra a los requerimientos productivos”.¹⁶⁴

163 Llevé a cabo tal estudio en La Constitución, los Tratados y la Flexibilidad Laboral (DT 1996-B, 2707), donde sostuve que las propuestas flexibilizadoras son inconstitucionales, y, entonces desde un punto de vista jurídico no pueden ser adoptadas.-

164 Ver: Mensaje 1740, pág. 3251. En nuestro país es casi inexistente la creación de ideas como resultado del imperialismo cultural. En todas las disciplinas observamos la adopción de escuelas, tendencias, estilos o modas de origen extranjero. Aquí no hay auténticos productores, sino más bien difusores o divulgadores, que se distinguen entre sí por las diferentes escuelas foráneas que copian. Conocer un objeto, cualquiera sea, es estar enterado de la

La posición nacionalista, como se bosqueja en general en algunos estudios de derecho laboral, adolece de una teoría del imperialismo y de un programa de liberación nacional y social. Queda reducida a indicar el origen foráneo y los medios a través de los cuales se adopta. Señala que las reglas flexibilizadoras responden a realidades sociales, económicas y políticas diferentes a las nuestras, y concluye, por ello, que no son válidas en el país, que no son trasladables o transportables. Pero esto último no es cierto; es más: de hecho se trasladan y logran encaminar las conductas del gobierno y de los empresarios hacia la desprotección de los pobres. Por su parte, los más partidarios de la flexibilidad laboral reconocen que no ha sido inventada en el país y, por ello, recomiendan que hay que adaptarla y, así, adecuar la legislación y, en definitiva, la nación al mundo, que es Europa o los EE.UU.¹⁶⁵

La flexibilización laboral se presenta como una reforma integrante o paralela a la revolución científica y técnica. Pero en países como el nuestro no es cierto que exista una revolución científica y técnica que justifique las reformas flexibilizadoras.¹⁶⁶

También se defiende la flexibilización laboral como una respuesta a las

última opinión extranjera sobre él. Se ha perdido todo deseo de originalidad. No hay pasión por el descubrimiento. La invención ha quedado reemplazada por conocer y difundir la creación ajena. Saber es imitar; y si saber es poder, en nuestro país, resulta poderoso el copión. Así vivimos de prestado y el costo del crédito es la desubicación histórica, la pérdida del sentido y el mantenimiento de la dominación. La élite que nos gobierna cree que la cultura se encuentra en Europa o en EE.UU. Y allá recurre en la búsqueda de la verdad, la belleza y el bien. En la política y en la economía son tan obedientes como en el arte o en la música, en la escultura o en la filosofía. Representan intereses extranjeros y sus disputas internas las deciden gracias a los apoyos foráneos que reciben.-

165 Caro Figueroa sostiene que su posición “si bien apela al concurso de técnicas comparadas, rehúye la tentación simplista de trasladar mecánicamente normas o instituciones diseñadas para otras realidades económicas o culturales” (pág. 372).-

166 Al respecto dice Birgin que “en Argentina, y menos aún en América Latina, aún no ha concluido el ciclo de industrialización. De manera tal que mal puede hablarse de las consecuencias para esta región de los portentosos progresos e innovaciones aportados por la Revolución Científico-Técnica” (pág. 837). Aunque ello es cierto si se afirma de la economía en general, no lo es para determinados sectores o actividades de la producción y distribución.-

crisis económicas. Si por “crisis económica” entendemos los desajustes entre la oferta y la demanda, el mercado, suponiendo la inexistencia de toda intervención, padece de crisis económicas más o menos importantes. De ello resulta que la flexibilización más que una política que favorezca el equilibrio (como se pretende insinuar) es una política que hace recaer el pago de la crisis a las clases sociales más pobres o desfavorecidas.¹⁶⁷ En general (en la literatura sobre la flexibilidad laboral), con las palabras “crisis económica” se alude al aumento de los precios del petróleo del año 1973 y a las consecuencias que trajo en Europa y los EE.UU. Pero la crisis del petróleo de 1973 no es un hecho que se pueda invocar en la Argentina veinte años después para propiciar la flexibilidad laboral.

Quizás una de las principales críticas a la flexibilidad laboral sea indicar que la reducción o, si se quiere, la eliminación total de los derechos de los trabajadores no tiene como consecuencia ni el incremento del empleo ni, mucho menos, la ocupación plena. Para Birgin nadie “ha logrado demostrar con cifras reales que, a pesar de haberse aplicado en los países con economía de mercado una fuerte política flexibilizadora, se hubiese disminuido en lo más mínimo el porcentaje de desocupación”.¹⁶⁸

La objeción lanza un desafío a la doctrina de la economía de mercado, que ésta no puede contestar sin contradecir sus propios presupuestos y, en especial, que la asignación de los recursos -entre los cuales se encuentra la mano de obra- se realiza en función a los precios del mercado.¹⁶⁹ Sobre la

167 Birgin, sin explicar el tema, dice que “la crisis económica no puede constituir un fundamento valedero para aplicar una política de flexibilidad laboral. Se trata de un fenómeno objetivo que se repite periódicamente. En consecuencia no puede alegarse desconocimiento de su problemática y fundamentar en la misma un cambio radical en cuanto a la vigencia de la legislación laboral” (pág. 833).-

168 Birgin, ob. cit., pág. 847. Para este autor no hay “una teoría económica convincente que muestre la existencia de una relación causal positiva entre la flexibilidad del mercado de trabajo y una baja significativa de la desocupación” (pág. 866). Las protecciones al obrero no son necesariamente las causas de los desajustes entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo. Antes de las protecciones al obrero, existía desocupación; Birgin, ob. cit., pág. 865.-

169 Como dice Friedman: “Los precios desempeñan tres funciones en la organización de

base que los recursos se utilizan en atención a la información que brindan los precios, en cuanto relaciones entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, la doctrina del mercado puede sólo suponer que el mercado será equilibrado y que habrá ocupación plena. Pero no lo puede asegurar. Si lo hiciera, estaría aceptando que conoce todos los precios y, en consecuencia, que el mercado, como fuente de información de éstos para decidir nuestros comportamientos y la distribución de los bienes, es superfluo.

Hayek considera que la economía de mercado es un juego con reglas determinadas que se resuelve, en parte, por la capacidad y la fuerza de los participantes, y, además, por el azar o la casualidad. El economista austriaco parte de la imposibilidad general de conocer todos los hechos particulares y sus propiedades y, en especial, todas las condiciones que determinan el resultado de algunos procesos como el económico. Entiende al mercado como un sistema de conocimiento y de comunicación que facilita a la persona obtener y transmitir la mayor información posible sobre los hechos más variados de forma más eficiente que cualquier otro medio. Dice que “la principal razón por la cual no podemos esperar que la conducción central logre nada parecido a la eficiencia en el empleo de los recursos que el mercado hace posible, es que el orden económico de cualquier sociedad reside en el empleo del conocimiento de las circunstancias particulares ampliamente diseminados entre miles o millones de individuos”; que “el mercado y la determinación competitiva de los precios han proporcionado un procedimiento por el cual es posible transferir a los administradores de las unidades productivas tanta información condensada como necesiten para integrar sus planes en el orden del resto del sistema”; y que “el mercado y el mecanismo de precios proporcionan una especie de proceso de descubrimiento constante de nuevos hechos que mejoran la adaptación a las circunstancias siempre cambiantes del mundo en que vivimos. Desde ya

la actividad económica: primero transmiten información; segundo, aportan el estímulo para adoptar los métodos de producción menos costosos, y por esta razón inducen a emplear los recursos disponibles para los empleos mejor remunerados; tercero, determinan quién obtiene las distintas cantidades del producto -la llamada ‘distribución de la renta’-. Estas tres funciones están íntimamente relacionadas” (Milton y Rose Friedman, *Libertad de Elegir*, Ediciones Orbis, 1983, Madrid, pág. 32). Y, además, esas tres funciones se desarrollan en el mercado.-

que esta adaptación no es nunca tan perfecta como lo sugieren los modelos matemáticos del equilibrio mercantil pero, ciertamente, es mucho mejor que cualquier otra que sepamos producir por cualquier otro medio”.¹⁷⁰

Para Hayek la adaptación no es perfecta sino sólo la mejor posible: no hay tal cosa como un equilibrio perfecto, o una “competencia perfecta” ni plena ocupación de todos los factores. La ciencia económica, el teórico de la economía, al igual que el planificador estatal o cualquier persona, no puede predecir de antemano el resultado del juego ya que no cuenta con el conocimiento de cuáles objetos son valiosos y cuáles son escasos, y, en definitiva, cuáles son preferidos a otros. Lo único que puede hacer es suponer que el mercado tenderá al equilibrio o se aproximará a un modelo ideal de orden equilibrado. Entonces, “la teoría puramente económica representa el horizonte de todas las posibilidades hacia las cuales puede ser encaminada la producción de cualquier combinación proporcional de productos y servicios. El mercado deja que la combinación particular de productos y su distribución entre los individuos queden, en gran medida, abandonadas a merced de circunstancias impredecibles y, en este sentido, a la casualidad”.¹⁷¹

170 Hayek, Friedrich A., *La nueva confusión sobre “Planificación”*, en Hayek, Friedrich A., *Nuevos Estudios en Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, Eudeba, 1981, pág. 204. Sobre la base de su escepticismo, que es una postura que facilita la crítica al intervencionismo y a la planificación, es dudoso que pueda, al mismo tiempo, justificar que el mercado sea el mejor medio para asignar los recursos de manera más eficaz que cualquier otro conocido.-

171 Hayek, Friedrich A., *La competencia como procedimiento de descubrimiento*, en Hayek, ob. cit., pág. 161. Aunque el proceso de mercado no puede ser entendido sólo como un sistema de conocimiento, ya que, al mismo tiempo, es un sistema constitutivo de los hechos (qué producir, cuándo) que Hayek dice que permite descubrir. Y cómo se forman esos hechos es no sólo un problema central, sino, además, motivo de preocupación moral cuando son el resultado, según Hayek, de la habilidad y la fuerza de los participantes en la competencia, y del azar. La habilidad puede ser considerada un bien o un medio valioso por ser adecuado para obtener bienes; pero éste no es el caso de la fuerza, del atropello, de la arbitrariedad o del engaño cuando se usan para obtener bienes en perjuicio de otras personas. Asimismo que la vida de los hombres quede a merced del azar o que deba quedar al resultado de la casualidad, resulta no sólo irracional, sino, además, moralmente inaceptable. Hayek sostiene que “por más que nos disguste, una y otra vez estamos forzados a reconocer que no existen valores verdaderamente absolutos. Ni siquiera la vida humana misma. Una

La teoría no puede predecir el resultado del proceso de mercado y, en el caso especial que nos ocupa, no puede determinar que con una disminución de las protecciones a los obreros, o con la flexibilidad laboral, se incrementará el empleo o disminuirá la desocupación. Y es que para Hayek, “la causa de la desocupación es una desviación de los precios y salarios de su posición de equilibrio, que se establecería con un mercado libre y una moneda estable. Pero jamás podemos saber en qué sistema de precios y salarios relativos se establecería dicho equilibrio. Es por eso que somos incapaces de medir la desviación de esa posición de equilibrio por parte de la oferta laboral. Y por eso nos encontramos igualmente imposibilitados de demostrar una correlación estadística entre la distorsión de los precios relativos y el volumen de la desocupación”.¹⁷²

Hayek es claro no sólo al indicar que ni la teoría ni el mercado pueden asegurar la plena ocupación de los factores, sino, además, al señalar que el ajuste económico produce desocupación ya que “cuanto mayor sea el período de inflación, mayor será el número de trabajadores cuyos empleos dependerán de la permanencia de la inflación”, y “no porque no hayan encontrado una ocupación en la que no exista la inflación, sino porque ésta los llevó a ocupar cargos atractivos en forma temporaria, los cuales, una vez que disminuya o cese

y otra vez estamos preparados para sacrificarla, y debemos sacrificarla por otros valores superiores, aun cuando se trate de una vida que salve a muchas otras vidas”; y que “sufrir desilusión, adversidad, y penuria es una disciplina a que está sometida la mayor parte de los hombres en una sociedad y son disciplinas a las cuales se desea que todas las personas capaces se sometan. Lo que mitiga la penuria en una sociedad libre es que no se impondrá arbitrariedad humana sino que su incidencia estará determinada por un proceso impersonal y una posibilidad imprevisible” (Hayek, F.A., *Socialismo y Ciencia*, en Hayek, ob. cit., págs. 262 y 270). A lo que agrega una propuesta de democracia restringida o limitada, para que no obstruya al mercado (ver, en especial, la segunda parte de *Nuevos Ensayos*, pág. 63 y ss.).-

172 Hayek, Friedrich A., *La campaña contra la inflación keynesiana*, en Hayek, ob. cit., pág. 173. Si bien el libro de Hayek que aquí usamos (*Nuevos Estudios...*) aborda diferentes temas que dan una visión bastante completa de su pensamiento, el ensayo sobre la campaña anti-inflacionaria es de especial interés para el tema que aquí nos ocupa, el de la flexibilidad, ya que contiene sus análisis y propuestas en materia de política monetaria posteriores a la crisis del petróleo de 1973 y al aumento de la inflación en Europa.-

la inflación, desaparecerán nuevamente”.¹⁷³ Pero no por ello recomienda “la desocupación como un método para combatir la inflación”, aunque advierte “acerca de una situación en la que la elección que se nos ofrece es únicamente entre cierta desocupación en un futuro cercano y una mayor desocupación en una fecha posterior”.¹⁷⁴

Antonio Berni. Desocupados (1934)



173 Hayek, Friedrich A., La campaña contra la inflación keynesiana, en Hayek, ob. cit., pág. 176.-

174 Hayek, Friedrich A., La campaña contra la inflación keynesiana, en Hayek, ob. cit., pág. 177. Y, por supuesto, el problema que tiene en mente es que la política contra la inflación no cause un proceso deflacionario, donde se dé una caída de la demanda por un aumento de la desocupación, que, a su vez, genere mayor desocupación y otra reducción de la demanda. Por ello pensaba estar acertado “al decir que nos acercamos más efectivamente a una posición de equilibrio si se evita que la demanda de los consumidores caiga sustancialmente proporcionando fuentes de trabajo a través de obras públicas con salarios relativamente bajos, de manera que los trabajadores deseen cambiar lo más pronto posible por otros empleos mejor remunerados, y no estimulando directamente los tipos individuales de inversión u otros tipos similares de gastos públicos que inducirán a trabajos que ellos esperan que sean permanentes, pero que cesarán cuando la fuente de gastos se agote” (Hayek, op. cit., págs. 182 y 183).-

6. SOBRE EL INFORME DEL GRUPO DE EXPERTOS DEL AÑO 2008

El 1-7-2005 el ministro de Trabajo Carlos Alfonso Tomada dicta la Resolución 502 y crea el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales con el objetivo de “elaborar un informe en el que se identifiquen los principales problemas que enfrenta el sistema argentino de relaciones laborales y que sugieran los lineamientos generales de las acciones conducentes a resolverlos, propendiendo a crear las condiciones necesarias para el establecimiento y la consolidación del paradigma de Trabajo Decente”.¹⁷⁵

Se invitó a integrar el grupo de expertos a los doctores Julio César Simón, Eduardo Oscar Álvarez, Jorge Elías, Pablo Topet, Mario Elffman, Jorge Jerónimo Sappia, Jorge Alberto Rodríguez Mancini, Carlos Aldao Zapiola y Mario Eduardo Ackerman (quien, al poco tiempo, fue reemplazado por Beatriz Fontana). El grupo de experto estuvo presidido por Oscar Valdovinos.

A los tres años (a mediados del 2008) el grupo de expertos dio a conocer su informe que lleva por título Estado actual del sistema de Relaciones Laborales en la Argentina.

No es la primera vez que en la Argentina se elaboran estudios gubernamentales sobre la situación de los obreros y se formulan propuestas legislativas para la regulación de las relaciones de los patrones con sus dependientes. Como ejemplo de ello se puede indicar al informe realizado por Juan Biale Massé en 1904 por encargo del presidente Roca y su ministro del Interior Joaquín V. González; o al estudio sobre la desocupación de Manuel Gálvez de 1913 (escrito por encargo del gobierno argentino luego de su participación en la Conferencia Internacional contra el Paro Forzoso de 1910 llevada a cabo en París); o los escritos y proyectos de ley de Caro Figueroa

175 Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, Oscar Valdovinos (Presidente) - Eduardo Oscar Álvarez - Carlos Aldao Zapiola - Mario Elffman - Jorge Elías - Beatriz Fontana - Jorge Rodríguez Manzini - Jorge Sappia, Julio César Simón - Pablo Topet, Estado actual del sistema de Relaciones Laborales en la Argentina (en adelante Estado Actual), Rubinzal - Culzoni Editores, 2008, pág. 15.-

en la década de 1990 cuando fue ministro de Trabajo de Carlos Saúl Menem, como las publicaciones que llevó a cabo el Ministerio de Trabajo en esos años.

Tanto en la Resolución 502 del Ministerio, como en la presentación del informe, el ministro Tomada señala “la necesidad de producir un debate que coadyuve a la actualización y recuperación del marco de las relaciones laborales que demanda la República Argentina”.¹⁷⁶

En adelante formulo algunos desacuerdos con el informe y propongo ciertas reformas a la legislación argentina. Que mis observaciones sean parciales no debe entenderse como que estoy de acuerdo con el resto del informe no objetado. No es así. Sobre lo que nada expongo puede ser que en algunos casos tenga diferencias como que en otros los diagnósticos y reformas sugeridas me parezcan aceptables. Aquí no hago un estudio completo del informe sino sólo unos apuntes críticos, parciales y provisionales.

6.1 CAUSAS Y EFECTOS En el capítulo primero del informe se da cuenta de ciertos hechos políticos, económicos, científicos y técnicos que se habrían producido en los últimos treinta años del siglo XX, para luego, en el capítulo segundo indicar las consecuencias que esos hechos tuvieron o tienen sobre el empleo, el salario, la regulación normativa y la estructura social.

Apenas comenzado el capítulo primero y luego de dar cuenta de los principales cambios acontecidos en el último cuarto del siglo XX, el grupo de expertos dice que “las causas de una transformación tan significativa son sin duda diversas, constituyen el objeto de investigaciones y debates por cierto inacabados y no resultan sustanciales para este trabajo”; después de lo cual señalan que esas causas están vinculadas “con las sucesivas conmociones experimentadas por el mercado del petróleo a mediados de los años setenta, con la acumulación de un formidable stock de activos financieros que requería urgente colocación y con la declinación paulatina de la tasa industrial de ganancia. Todo ello habría determinado un desplazamiento del poder económico dominante del sector industrial al financiero, desencadenando

176 Estado Actual, pág. 9.-

un proceso que algunos caracterizan como un tránsito hacia la sociedad posindustrial e inclusive posmoderna”.¹⁷⁷

La consecuencia que puede tener declarar que las causas de los cambios políticos, económicos y técnicos “no resultan sustanciales” para un estudio encaminado a identificar y resolver los problemas que exhibe el sistema de relaciones laborales en la Argentina, es que las propuestas (que se realicen a partir de ese análisis) operen sólo sobre los efectos.

Analizando el caso argentino (ya en el capítulo segundo) el grupo de expertos da cuenta que, a pesar del crecimiento económico de los últimos años (el informe se cierra en septiembre de 2007), subsiste un “núcleo duro de la desocupación”, lo que “indica que la matriz productiva no contempla una inclusión automática plena”.¹⁷⁸ Esto último para el grupo de expertos “advierde sobre la necesidad de diseñar políticas complementarias de ingreso” que, como acabo de señalar, es operar sobre los efectos: si “la matriz productiva no contempla una inclusión automática plena”, entonces se impone su reemplazo.

Para el grupo de expertos la cuestión es más grave que lo señalado; o sea no se trata sólo de que “la matriz productiva no contempla una inclusión automática plena”, sino, además, que en la “etapa de la globalización... la excepción se convirtió en la regla y... ciertos fenómenos -especialmente la desocupación masiva- que sólo se manifestaban como consecuencia de crisis extremadamente agudas y por definición transitorias, han adquirido naturaleza estructural y se tornaron crónicos”.¹⁷⁹ A ello se agrega que la desigualdad

177 Estado Actual, pág. 31.-

178 Estado Actual, pág. 53. En igual sentido se dice que “pese a que en los últimos cuatro años se ha superado el pico más alto del producto logrado en los años noventa y se han creado cerca de cuatro millones de puestos de trabajo, el impacto en los porcentajes de pobreza e indigencia ha sido moderado” (pág. 75). En contra de esta opinión del grupo de expertos se pronuncia Héctor Palomino (junto a sus colaboradores) en *La Nueva Dinámica de las Relaciones Laborales en la Argentina*, Buenos Aires, 2010, quien adopta una categórica defensa de las políticas del gobierno nacional a partir de 2003.-

179 Estado Actual, pág. 46.-

también “constituye una de las características -quizás la mas dolorosa- que tipifican a la actual fase histórica”.¹⁸⁰

Así resulta que para el grupo de expertos la “desocupación masiva” es “estructural”, lo que abre el debate sobre la estructura e impone la cuestión de la reforma total del sistema, máxime cuando, además, la política social es una operación sobre los efectos, un mero paliativo o una acción insuficiente o absolutamente inconducente para favorecer el desarrollo de las clases postergadas.

En este sentido, es claro para el grupo de expertos que el derecho constitucional “clásico individualista y cosificado” no abarca a los excluidos; que el derecho del trabajo “no alcanza a ocuparse de esas manifestaciones fenomenológicas del ‘no trabajo’”; que la solución no puede ser la represión penal; y que el “sistema de la seguridad social tiene limitaciones considerables”; motivo por el cual considera que, aunque sea “prematureo hablar de un rama del Derecho”, el “derecho de inclusión social... debe formar parte de cualquier prognosis que... se oriente hacia el desarrollo social”.¹⁸¹

De esta forma se soslaya el tema que se impone: la reforma social o el cambio de la estructura o del sistema, que, como conlleva desocupación y desigualdad, es inmune a las políticas sociales (que, en el mejor de los casos, son acciones paliativas o atenuantes).

Para el grupo de expertos, “la desigualdad se profundiza. La sociedad de los hombres se degrada como ámbito para que cada uno de ellos pueda realizarse en plenitud, y ello ocurre, paradójicamente, cuando el avance científico-

180 Estado Actual, pág. 74. Para el grupo de expertos, “los ricos son cada vez más ricos y los pobres cada vez más pobres”, lo que “contribuye a acentuar las paradojas y ha dado lugar al fenómeno de crecimiento con desigualdad”, o a que en “las últimas dos décadas la integración económica ha producido más desigualdad y menos capacidad para compensar la desigualdad” (pág. 92).-

181 Estado Actual, pág. 84.- Antes el grupo dijo que “el tema ha originado una profusa literatura especializada y aquí sólo se pretende mencionarlo para señalar que, si bien es imprescindible continuar y profundizar las políticas de recuperación laboral en curso, seguramente ellas no son suficientes para afrontar esta nueva ‘cuestión social’” (pág. 77).-

tecnológico ofrece la posibilidad concreta de remediar los peores flagelos y de contribuir, como nunca antes en la historia de la humanidad, a promover el desarrollo humano”.¹⁸²

Ante ello cabe preguntar: si el “avance científico-tecnológico ofrece la posibilidad concreta de remediar los peores flagelos y de contribuir... a promover el desarrollo humano” y, en vez de ello, la “desigualdad se profundiza”, ¿no será que hay que distinguir a la ciencia o a la técnica del uso o empleo capitalista de esa ciencia o técnica tal cual hizo Marx al estudiar a la maquinaria y la gran industria?¹⁸³ La pregunta abre el debate sobre el cambio del sistema.

Hay que distinguir a la herramienta, a la máquina (al instrumento de producción) de su uso capitalista. El problema no está en el medio de producción sino en su empleo capitalista. La nueva máquina facilita el trabajo. Con la nueva máquina se puede producir más en menos tiempo. Pero en el capitalismo no es esta la finalidad de la incorporación de una nueva máquina. En el capitalismo el uso de herramientas tiene por finalidad acortar el trabajo necesario y alargar el trabajo excedente (o sea: aumentar la plusvalía). La incorporación de nuevas máquinas o técnicas de producción causa desempleo mientras que el personal empleado debe intensificar su trabajo (su productividad o rendimiento), que se acentúa (o mejora) con la reducción legal de la jornada: a menor tiempo de trabajo, mayor productividad (que se obtiene con nuevas máquinas -instrumentos más veloces- o con una nueva organización de las labores).¹⁸⁴

182 Estado Actual, pág. 43.-

183 Carlos Marx, El Capital, Tomo I, Capítulo XIII, Maquinaria y gran industria.-

184 Estos temas -que están expresamente analizados por Marx en 1867- no son ajenos al informe donde el grupo de expertos dice que la competencia, las nuevas técnicas, los nuevos métodos de organizar el trabajo y de gestionar los recursos humanos, produjeron “tres efectos perniciosos: supresión de puestos de trabajo, precarización del empleo y alta tasa de rotación, fenómenos que constituyen características salientes de esta etapa laboral y que resultan insoslayables a la hora de analizar las tendencias imperantes y los demás cambios experimentados” (Estado Actual, pág. 33).-

Dentro de este mismo marco es donde se debe ubicar la evaluación de las técnicas de manejo del trabajador en el proceso productivo, tales como el taylorismo o el toyotismo (o cualquier otra similar): se trata de procedimientos para aumentar la productividad o el rendimiento del trabajador, técnicas que procuran (sin aumentar la jornada) reducir el trabajo necesario e incrementar el trabajo excedente (o lo que es lo mismo, obtener mayor plusvalía relativa).

6.2. CAPITALISMO Y DERECHOS HUMANOS El informe omite todo análisis sobre la compatibilidad del capitalismo y la plena vigencia de los derechos humanos. Como mínimo hay capitalismo cuando hay propiedad privada de los medios de producción y trabajo asalariado.¹⁸⁵ En el informe no se cuestiona ni al régimen de la propiedad privada de los medios de producción ni al trabajo asalariado.

A título personal Oscar Valdovinos, en el prólogo, suscribe la concepción del derecho del trabajo como un medio para atenuar la explotación o para equilibrar o emparejar las fuerzas, lo que, en definitiva, supone el mantenimiento del capitalismo.¹⁸⁶ A esta idea del derecho laboral se le puede contraponer otra donde éste es una técnica, precaria o transitoria, de liberación, un medio a través del cual en forma progresiva (a mayor o menor velocidad) se procura la superación del capitalismo. Estas concepciones del derecho laboral tienen consecuencias prácticas diferentes.

En el informe, a lo sumo, cuando se presenta el derecho a la inclusión social se señala como uno de sus principios la “funcionalidad social de la propiedad”¹⁸⁷, aunque no se avanza en la discusión sobre su reforma.

185 Es un concepto mínimo de capitalismo que se encuentra, por ejemplo, en el capítulo 24 (la llamada acumulación originaria) del tomo I de El Capital de Marx. Max Weber agrega (a la propiedad privada y al trabajo asalariado) otros elementos más, a saber: contabilidad racional, libertad de comercio, técnica racional, derecho racional y uso de títulos de valor (ver de Max Weber, Historia Económica General -1923-, FCE, México, 1997, págs. 236, 237 y 238).

186 Estado Actual, pág. 26.-

187 Estado Actual, pág. 84.-

6.3. DISCUSIÓN SOBRE LA PROPIEDAD En el derecho del trabajo (en Argentina) se impone un debate sobre el régimen de la propiedad ya que se trata de uno de los temas centrales de la materia que, desde hace muchos años, no se aborda. Aquí no se pueden soslayar las clases de Alfredo Lorenzo Palacios sobre el nuevo derecho donde sostenía que la Constitución Nacional era compatible con un régimen socialista de la propiedad y que el obstáculo se encontraba en el Código Civil.¹⁸⁸ Esta discusión está presente (o es actual) porque los problemas subsisten, se mantienen o reproducen. No hay duda alguna al respecto. Ante las permanentes políticas gubernamentales de distribución de dinero (que, en el mejor de los casos, son paliativos insuficientes) cabe analizar la reforma del régimen de propiedad para que, como mínimo, se incremente la participación de los trabajadores en el producto o ingreso nacional a través del dominio de los medios de producción.

La discusión sobre el régimen de la propiedad privada de los medios de producción y del trabajo asalariado, como mínimo, es relevante en las siguientes cuestiones que no son excluyentes de otras, que son de cierta actualidad y que requieren de soluciones desde el derecho laboral.

En primer lugar, se puede indicar a las nacionalizaciones (o reestatizaciones o caducidades de las concesiones) que se han llevado a cabo en la Argentina (después del 2002) y que plantean la cuestión de la participación obrera en el control de la producción y de la colaboración en la dirección, ya que es dable cuestionar si sólo el mero paso del sector privado al sector público de una empresa resulta beneficioso para los trabajadores de la misma, para los consumidores y los habitantes en general.

Se trata de un tema que, a todas luces, excede el ámbito nacional si nos atenemos a lo que sucede en otros países tales como Bolivia, Ecuador, Venezuela y Estados Unidos. Parece cada vez más claro que sin un control obrero o popular la empresa nacionalizada responde a intereses ajenos u opuestos a los de los trabajadores o pobres y no se transforma en un medio que ayuda al desarrollo autónomo y sostenido.

188 Alfredo Lorenzo Palacios, El nuevo derecho (de 1920).-

Aquí se impone avanzar en que cualquier nacionalización requiere de la participación directa de los trabajadores de la empresa en cuestión, de modo tal que pasen a ser accionistas de la compañía. Este accionariado obrero debe ser intransferible e inmutable. Por intransferible entiendo que las acciones obreras sólo pueden ser transferidas entre los obreros de la compañía pero nunca compradas por la misma empresa ni por otros patrones. Por inmutable considero que el porcentaje de participación en el capital social (o sea: el treinta por ciento) no puede ser modificado, de modo tal que cualquier ampliación o reducción del mismo debe contemplar que a los trabajadores le corresponde el treinta por ciento de las acciones. A ello se le debe sumar, en cumplimiento del mandato del art. 14 bis, la participación en las ganancias con control de la producción y colaboración en la dirección.

En segundo lugar (que no indica un orden de importancia) se encuentra la cuestión de las empresas recuperadas que, sin lugar a dudas, requieren de una solución general que les brinde seguridad jurídica a los trabajadores que asumieron la continuidad de las explotaciones.¹⁸⁹

En tercer lugar se impone el deber de asegurar para todos los trabajadores (desde la ley de Contrato de Trabajo) el derecho a la participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección (según manda el art. 14 bis de la Constitución desde 1957).¹⁹⁰

En cuarto lugar es un deber del Congreso de la Nación con respecto a “los pueblos indígenas argentinos... reconocer... la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten” (art.75.17, CN). Aquí aparece el problema de las tierras comunales, del cercamiento de las tierras y de la expulsión de los

189 Ver, por ejemplo, Sin Patrón, Fábricas y empresas recuperadas por sus trabajadores, Lavaca, 2007.-

190 Ver Constitución y Trabajo, párrafo 6.7, en www.javierspaventa.com.ar .-

aborígenes que las explotaban.¹⁹¹ No es un tema ajeno a nuestro país. Y el derecho del trabajo -en cuanto disciplina que tiene por vocación promover el avance del ser humano- debe tratarlo.

El informe del grupo de expertos del 2008 -que aquí critico- claramente adopta (a través de la mayoría de sus integrantes) una posición que se presenta como favorable a los trabajadores (o al incremento de sus derechos) y como opuesta a políticas regresivas (o llamadas de ajuste económico) que serían beneficiarias de las grandes empresas nacionales o extranjeras. Pero el progresismo que exhibe el informe del grupo de expertos tiene sus enormes límites en la medida que incurre en algunas de las omisiones que en este trabajo señalo. No hay progresismo si no hay una crítica a la propiedad privada de los medios de producción y al régimen del asalariado. Esto es básico. No hay progresismo cuando la propuesta consiste, en el mejor de los casos, en ejecutar políticas morigeradoras o atenuantes de la explotación y no en su lisa y llana abolición. De aquí que el progresismo del informe sea sólo aparente; que el informe opere -a través de sus diagnósticos y propuestas- como un instrumento de ocultación de las reales relaciones de producción o como un camuflaje verbal de la explotación capitalista o de su proceso de consolidación (conformado por las políticas que, luego de la crisis del 2001, debió ejecutar la elite gobernante para su mantenimiento).

6.4. BASE MATERIAL La mejora permanente (o continua) de las clases postergadas de la sociedad (que en Argentina se integran de millones de personas) para que gocen de buena alimentación, vestimenta, alojamiento, salud, educación y de los beneficios de la libertad, requiere de un importante desarrollo económico, entendiéndolo por éste el incremento de la producción de bienes y servicios.

191 Sobre el tema hay una amplia bibliografía desde Utopía de Tomás Moro hasta Las Guerras Campesinas en Alemania de Engels. Pero aquí quiero sólo mencionar un pequeño y muy ilustrativo librito de Irma Bernal titulado Rebeliones Indígenas en la Puna (Búsqueda-Yuchán, Buenos Aires, 1984). Ver además de Gabriela A. Vázquez, Propiedad comunitaria indígena en el proyecto, LL, 12-7-2012.-

En el informe nada se indica sobre qué producir, cómo hacerlo y para quién. Las recomendaciones y propuestas del informe aparecen aisladas de un modelo de producción de bienes y servicios. Puede ser que tal tarea exceda la comisión dada al grupo de expertos pero también es cierto que la mejora continua de la situación de los trabajadores y de los pobres en general se encuentra necesariamente vinculada al modelo de producción (que conlleva, a su vez, un modelo de distribución del ingreso). No abordar esta cuestión puede quitarle base material a las propuestas del grupo de expertos, al mismo tiempo que limita las recomendaciones a políticas que resultan notoriamente insuficientes.

Hay que recuperar y retomar la discusión sobre qué bienes producir; con quién producirlos; cómo financiar la producción y cómo repartir el excedente. No son debates novedosos ni son ajenos a nuestro tiempo. Se trata de determinar fines (objetivos prioritarios) y de evaluar los medios adecuados para alcanzarlos. De no hacerlo así el gobierno (en el mejor de los casos) seguirá inexorablemente ejecutando, de diferentes maneras, políticas paliativas o distribuciones de dinero que siempre resultan insuficientes. La eliminación de la pobreza no se consigue con la distribución de dinero (con políticas de subsidios o con planes sociales más o menos universales) sino con la producción de bienes y servicios encaminada a la satisfacción de las necesidades vitales (de subsistencia y desarrollo).

El grupo de expertos da cuenta de “un desplazamiento del poder económico dominante del sector industrial al financiero”¹⁹² que, aunque en el informe no se dice, está íntimamente vinculado con el endeudamiento externo de los gobiernos.

En el informe no se aborda el tema de la deuda pública externa argentina. Se trata de una cuestión que, como mínimo, es central en la política de la nación desde 1976. Para personas que nos educamos en políticas opuestas a las ejecutadas por la última dictadura militar está más que claro que la deuda pública externa no se debe pagar. El endeudamiento del gobierno no sólo limita su accionar sino que, además, resulta en una enorme carga para el pueblo

192 Estado Actual, pág. 31.-

argentino. La deuda pública externa afecta cualquier política de crecimiento económico, cualquier política de desarrollo, que es una condición necesaria para el bienestar general de la población y, en especial, de las clases pobres.

Por lo menos desde 1976 en Argentina gobernar ha sido y es administrar un crédito extranjero. Escribo estas líneas en el verano de 2010 cuando se debate otra vez el tema de la deuda pública a partir de la creación del llamado Fondo del Bicentenario.¹⁹³ La cuestión está más que presente y condiciona cualquier actuar político. No puede haber duda al respecto.

Eduardo Conesa escribe: “La ideología del supply-side economics se apoya en dos pilares: por una parte el tipo de cambio bajo, es decir, la moneda local sobrevaluada, y por la otra, el déficit fiscal. La moneda sobrevaluada genera déficit en la cuenta corriente de la balanza de pagos. Y para financiar esos déficit, un país necesita endeudarse. Pero al mismo tiempo, la moneda sobrevaluada genera recesión económica y desempleo. Para contrarrestar los efectos nocivos de la sobrevaluación cambiaria se hace necesario que el Estado tenga déficit fiscal para expandir la economía mediante el gasto público. Pero para evitar la inflación proveniente del financiamiento monetario del déficit fiscal se torna imperioso financiar el déficit fiscal, no con emisión monetaria, sino con deuda externa. De esta manera, la deuda externa adquiere una condición de droga aparentemente expansiva sobre la economía y compensatoria del efecto recesivo causado por la sobrevaluación cambiaria”.¹⁹⁴

193 Se impone señalar que el gobierno oculta el pago de la deuda pública externa -que es un acto de sometimiento al capital extranjero, al imperialismo- con el recuerdo o el festejo del bicentenario de la revolución de mayo de 1810 -que es un acto de liberación-.

194 Eduardo Conesa, La economía política de la deuda externa, La Ley, 18-12-2009, págs. 1 a 5. Es un artículo muy ilustrativo. Por ejemplo: “La ideología del supply-side economics es la preferida por los banqueros porque un país con moneda sobrevaluada necesita del financiamiento externo, lo cual da un relieve extraordinario a la banca proveedora del mismo... cuando el tipo de cambio está sobrevaluado en un país, las tasas de interés internas son altas en ese país... las tasas altas de interés permiten obtener una alta rentabilidad al sector bancario local. Así se explica que la ideología de supply-side economics sea en realidad una ideología que defiende un interés sectorial: el de los banqueros”. El texto fue escrito sobre la base de la conferencia que pronunció en la Cátedra Libre de Deuda Pública Externa de la Facultad de Derecho de la UBA, que dirige el Dr. Miguel Angel Espeche Gil, quien

La elaboración de un modelo de desarrollo económico que tienda a la creación de bienes y servicios suficientes para incluir en los beneficios de la sociedad moderna a millones de personas debe contemplar el costo ambiental. El desarrollo económico tiene el límite que le impone el medio ambiente (la naturaleza) de modo tal que no cualquier modelo de producción puede resultar viable. Así parece que hoy (a diferencia de hace cien años atrás) el modelo de desarrollo económico debe atender no sólo a la fuente de energía que le da sustento a las máquinas sino, además, a la cantidad de desechos o basura que produce.¹⁹⁵ El informe aquí bajo análisis es completamente ajeno a estas cuestiones, que no son menores, objeto de grandes debates y sobre las que hay que fijar ciertas posiciones (técnicas y compatibles con el imperio de los derechos humanos) en aras a la inclusión de millones de seres humanos en los beneficios de la civilización moderna.

6.5. ¿CRECIMIENTO O REACTIVACIÓN? La política económica que impone el peronismo -durante la década de los años noventa del siglo veinte- de privatización de las empresas estatales, de fuerte ajuste monetario (a través de la ley de convertibilidad del peso con el dólar estadounidense, no para frenar la inflación sino para asegurar las ganancias de las empresas extranjeras en dólares fácilmente remesables) y de endeudamiento para financiar los gastos estatales altamente deficitarios (o de escaso retorno social o nacional ya que no estuvieron encaminados a la construcción de infraestructura productiva sino al mantenimiento de la burocracia gubernamental, sus proveedores y al pago de los acreedores extranjeros), colapsa con la continuidad que le da la

(hasta donde tengo conocimiento), por lo menos desde 1989, propone formular un pedido de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre la base (entre otras cosas) de entender que es una acción ilícita o usuraria el alza unilateral de los intereses de la deuda externa (ver de Miguel Angel Espeche Gil, *Ilícitud del Alza Unilateral de los Intereses de la Deuda Externa*, anteproyecto de ponencia presentado en la VII Comisión del XV Congreso del Instituto Hispano - Luso - Americano de Derecho Internacional, celebrado del 23 al 29 de abril de 1989 en Santo Domingo (República Dominicana); ver también diario *La Nación*, 24-3-2010, pág. 1 y pág. 11, donde se publica un reportaje a Miguel Espeche Gil).-

195 Ver de Edward Goldsmith, Robert Allen, Michael Allaby, John Davoll y Sam Lawrence, *Manifiesto para la supervivencia*, Alianza, Madrid, 1972.-

administración de la llamada “Alianza” que une al término de la solvencia su propia inoperancia y la oposición peronista.

La política de ajuste del peronismo de los años noventa tuvo por consecuencia inevitable la recesión económica que operó aproximadamente a partir de 1997 o 1998 (o sea: a los cinco o seis años de la ley de convertibilidad del austral N° 23.928 del 27-3-1991).¹⁹⁶ La recesión se extiende hasta enero de 2002 cuando (con la declaración del no pago de la deuda pública externa y la devaluación del peso), se equilibran provisoria y precariamente las cuentas del gobierno, se facilitan las exportaciones de bienes y servicios y se reactiva el mercado interno o nacional.

Estos cambios de política económica operados a partir del 2002 (que son muy limitados ya que no resuelven los problemas de la deuda externa y el déficit estatal y que revierten y ahogan la producción de bienes y servicios que, además, no encuentra reales incentivos por parte del gobierno para su desarrollo) ha abierto la discusión sobre si la producción crece (o sea: sobre si hay crecimiento económico) o si sólo estamos en presencia de una reactivación (o puesta en marcha) de unas máquinas que no sólo estaban detenidas sino que, además, están amortizadas (o son viejas).

Esta cuestión aparece en el informe del grupo de expertos. Al presentar el informe el ministro de Trabajo Tomada hace referencia a “un robusto crecimiento económico que se extiende por más de cinco años ininterrumpidos”.¹⁹⁷ El presidente del grupo de expertos (Oscar Valdovinos)

196 Que el ajuste monetario (o la reducción de la emisión de moneda para el financiamiento del gasto público) causa recesión está claramente expuesto por Milton Friedman cuando (en 1974) dice: “Terminar con la inflación también tendría el efecto colateral de producir un período de recesión o desaceleración económica temporaria, aunque, quizá medianamente prolongado, y de relativamente alto desempleo. Hoy falta la voluntad política de aceptar ese efecto colateral”. (ver Corrección monetaria, en Milton Friedman, *La economía monetarista*, Ed. Altaya, Buenos Aires, 1999, pág. 35). Recuerdo que en el mismo sentido sobre que el ajuste monetario provoca recesión y desempleo se pronuncia Hayek (ver *La campaña contra la inflación keynesiana*, en Friedrich A. Hayek, *Nuevos Estudios en Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, Eudeba, 1981).-

197 Estado Actual, pág. 8.-

en su prólogo personal se pronuncia por la recuperación.¹⁹⁸ Mientras que en el informe propiamente dicho el diagnóstico no resulta tan claro cuando, por ejemplo, al ocuparse del desempleo, se afirma que “ese núcleo duro de la desocupación, que subsiste a pesar del extraordinario crecimiento, de que la capacidad ociosa ya ha sido colmada y de que en general se han recobrado los niveles de 1998, indica que la matriz productiva no contempla una inclusión automática plena”.¹⁹⁹

Frente a estos dichos no cabe duda que habría que ponerse de acuerdo sobre qué significa la palabra “crecimiento” ya que con ella se puede aludir sólo a un aumento de la producción con respecto al año anterior; o puede querer decir la recuperación de un nivel perdido hace unos años (“los niveles de 1998”); o a un proceso progresivo y sostenido de aumento de la producción de bienes y servicios (que se puede acompañar del desarrollo educativo, sanitario, social de la población en general con una distribución equitativa del ingreso nacional o de promoción de los necesitados).²⁰⁰

No creo que estemos en presencia de un crecimiento económico progresivo y sostenido ni menos aún en un proceso de desarrollo general (o, entre otras, de la mejora de la república democrática en sus magistraturas, de un incremento de la producción de bienes y servicios, de una igualación de la distribución del ingreso nacional para favorecer a las clases postergadas, ni en presencia de

198 Valdovinos escribe: “Nuestro caso presenta modalidades propias que responden a causas igualmente singulares. La profunda crisis de los años 2001/2002 -a la que hace se hace referencia en el informe, así como a sus causas próximas y mediatas- determinó la postración casi total del aparato productivo. Esa situación se ha revertido en los últimos cinco años, especialmente durante la gestión del presidente Kirchner. El hecho de partir de un punto situado muy debajo de la línea de flotación de la economía determinó que -dentro de parámetros estimulantes, sostenidos con férrea voluntad política- se produjera una rápida y sostenida recuperación del producto y del empleo” (ver Estado Actual, pág. 23).-

199 Estado Actual, pág. 53.-

200 Recuerdo aquí la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas del 4-12-1986 donde se reconoce que “el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos”. Ver Constitución y Trabajo, párrafo 2.2 (El principio de la progresividad), pág. 42 a 44, en www.javierespaventa.com.ar

Asamblea de campesinos Jalapa, México, 1927. Tina Modotti.



una política educativa o sanitaria progresistas) que revierta la larga decadencia que padece la Argentina en forma ya definida desde el término de la segunda guerra mundial. Pero no cabe duda que, a pesar de la notoria manipulación de las estadísticas oficiales que ejecuta la administración nacional, como mínimo se salió de la recesión en que había caído la economía a partir de 1998. Sin embargo la situación general sigue siendo pésima, lastimosa, mientras que el largo plazo, la mirada de la larga duración, muestra la decadencia de la Nación argentina ocultada bajo la verborrea o palabrería nacionalista (y demagógica tan típica del peronismo) que es, al mismo tiempo, por un lado una señal de la propia impotencia, de la propia incapacidad para elaborar y ejecutar un plan de desarrollo nacional y favorable a los pobres, y por el otro un ocultamiento de las reales políticas de mantenimiento del sistema social de explotación.

Veamos algunos datos sobre la economía argentina en comparación con la brasilera y la mexicana.²⁰¹ El Producto Bruto Interno (a dólares constantes de U.S.A. del 2000 y en millones) desde 1950 a 2008 muestra la decadencia del país.

	ARGENTINA	BRASIL	MEXICO	TOTAL ALC
	80.913,3	56.769,5	56.081,0	267.537,6
1960	108.462,9	108.997,5	101.325,3	438.997,8
1970	165.622,4	185.923,7	199.673,7	748.255,9
1980	213.139,4	429.128,6	378.363,8	1.322.913,1
1990	190.034,2	501.631,9	452.557,8	1.525.130,8
2000	284.346,2	664.476,4	636.731,1	2.084.748,9
2008	395.571,0	835.706,6	766.258,9	2.763.622,3

La participación de la Argentina en la producción de América Latina y el Caribe (ALC) disminuye, mientras que la brasilera y la mexicana aumentan. Los porcentajes son los siguientes:

	1950	1960	1970	1980	1990	2000	2008
ARG	30,2	24,7	22,1	16,1	12,8	13,8	14,6
BRA	21,2	24,8	24,8	32,4	33,7	31,4	31,4
MEX	21	23,1	26,7	28,6	30,4	31,0	28,2

La producción argentina crece poco en comparación al aumento de la brasilera o de la mexicana. Pero como la población argentina tampoco se incrementa en la misma proporción que lo hace la brasilera o la mexicana, en la Argentina el producto bruto interno por habitante es superior al de Brasil o al de México.

201 Todos los datos sobre la economía argentina, brasilera y mexicana que en adelante presento están tomados de las estadísticas que elabora y da a conocer la CEPAL y que se pueden consultar en su sitio web.-

Empecemos por la cantidad de habitantes (en millones).

	ARGENTINA	BRASIL	MEXICO	TOTAL ALC
1950	17.150	53.975	27.741	164.733,7
1960	20.616	72.757	37.877	216.972,5
1970	23.962	96.021	52.028	283.839,6
1980	28.094	121.672	69.325	360.130,9
1990	32.581	149.690	84.002	439.623
2000	36.784	174.719	99.684	518.188
2008	39.746	195.138	107.677	575.082

La población argentina crece muy poco en relación a la brasilera y la mexicana, y, además, disminuye su participación en el total de América Latina y el Caribe. En porcentajes:

	1950	1960	1970	1980	1990	2000	2008
ARG	10,4	9,5	8,4	7,8	7,4	7,1	6,9
BRA	32,8	33,5	33,8	33,8	34,0	33,7	33,9
MEX	16,8	17,5	18,3	19,2	19,1	19,2	18,7

El Producto Bruto Interno por habitante siempre es superior en Argentina que en Brasil y en México, aunque las diferencias se van achicando. Con respecto al Producto Bruto Interno por habitante, en 1950 la relación entre Argentina y Brasil es de 4,48:1, mientras que en 2008 es de 2,27:1; en 1950 la relación entre Argentina y México es de 2,33:1 y en 2008 es de 1,39:1; en 1950 la relación entre Argentina y América Latina y el Caribe es de 2,74:1, mientras que en 2008 es de 2,04:1. Veamos el Producto Bruto Interno por habitante (siempre a dólares USA constantes de 2000).

	ARGENTINA	BRASIL	MEXICO	TOTAL ALC
1950	4.718,0	1.051,8	2.021,6	1.721,5
1960	5.261,1	1.498,1	2.675,1	2.134,8
1970	6.911,9	1.936,3	3.837,8	2.769,2
1980	7.586,7	3.526,9	5.457,8	3.835,9
1990	5.832,7	3.351,1	5.387,5	3.516,8
2000	7.730,2	3.688,6	6.387,5	4.073,9
2008	9.952,5	4.374,9	7.116,3	4.863,0

En los datos anteriores se ve claramente la decadencia de la Argentina. El Producto Bruto Interno de la Argentina entre 1950 a 2008 creció en un 388,88%, mientras que en Brasil lo hizo en un 1372,1049% y en México en un 1266,3431%. En promedio, América Latina y el Caribe crecieron -entre 1950 a 2008- en un 932,9846%. Así la Argentina incrementó su Producto Bruto Interno muy por debajo del aumento promedio de América Latina y el Caribe: en un 41,68% del crecimiento promedio de la región.

Algo similar pero a diferentes proporciones sucede con las variaciones en la población. De los datos anteriores surge que el aumento de la población de la Argentina, entre 1950 a 2008, es del 131,7551%, mientras que en Brasil es del 261,53404% y en México es del 288,15111%. En América Latina y el Caribe el incremento de la población en ese mismo período es del 249,097996%. Así el aumento en la Argentina es inferior a todos los otros casos.

Si el Producto Bruto Interno argentino, entre 1950 a 2008, hubiese crecido al ritmo que lo hizo en promedio en América Latina y el Caribe (932,9846%), a partir de un producto de 80.913,3 en 1950, en 2008 sería de 835.821,92 (miles de millones a dólares USA constantes del 2000). De la misma manera si la población argentina hubiese crecido, entre 1950 a 2008, al ritmo que lo hizo en América Latina y el Caribe (249,09796%), a partir de una población de 17.150 en 1950, habría llegado a 59.870,3 (en millones) en 2008. Así el Producto Bruto Interno por habitante sería (en 2008) de dólares usa 13.327,69.-

La producción de la Argentina crece muy poco en comparación al resto de

América Latina y el Caribe. Así queda demostrado en el largo plazo, en la larga duración. La diferencia es mucha: entre 1950 a 2008 creció el 41,68% de lo que lo hizo América Latina y el Caribe. La Argentina crece entre 1950 a 2008 menos de la mitad que el resto de los países de la región. Es muy poco. La Argentina tiene un grave problema de crecimiento económico, de producción de bienes y servicios, que es una base ineludible para el desarrollo sostenible y progresivo, para la educación y salud generales de la población. A ello se suma una distribución desigualitaria del ingreso. Es que a mi entender no se trata de poner sólo el acento en la inequitativa distribución del ingreso -como hacen ciertos supuestos y equivocados progresistas que no superan el populismo o la demagogia- sino también de subrayar la necesidad de incrementar la producción (el ingreso nacional).

La decadencia de la Argentina coincide con la difusión (o vulgarización) de las ideas nacionalistas a través del peronismo (o de la doctrina peronista). Tiene que haber cierta relación entre estas ideas o doctrinas políticas -que a fines de los años veinte del siglo veinte comenzaron a difundir los hermanos Irazusta, Ernesto Palacio o Manuel Gálvez (entre otros)- y la postración general del país. De la misma manera que tiene que haber alguna relación entre las ideas y políticas profascistas o pronazis de la élite argentina -que se ocultan bajo la doctrina de la neutralidad durante la segunda guerra mundial- y el retraso que padece el país con respecto a otros países de la región o a toda la región en general a partir del término de esa guerra.²⁰²

Desde la derecha a los progresistas o populistas se les escucha decir con notoria y equivocada insistencia que en Argentina no hay “políticas de estado”.

202 La supuesta neutralidad que mayoritariamente defendieron los nacionalistas con respecto a los contendientes de la Segunda Guerra Mundial fue desacertada tanto desde el punto de vista pragmático como moral. Desde el punto de vista pragmático (tan caro a la derecha o los conservadores que elogian al realismo, al cálculo de los fines y medios -de los costos y beneficios- o que privilegian el uso liso y llano de la fuerza para el mantenimiento del orden jerárquico que los beneficia) la doctrina de la neutralidad mostró ser completamente errada. Más allá que era una doctrina para ocultar las simpatías con los fascistas y nazis, el sostenimiento de la neutralidad mantuvo alejada a la Nación del bando que, en definitiva, ganó la guerra. Desde el punto de vista moral la neutralidad -ante las maldades nazis- es absolutamente inaceptable.-

Asamblea de campesinos, en la mesa Guerrero y Julio Antonio Mella, Jalapa, México. Tina Modotti.



Pero las hay. En lo constitucional -o en el orden de las magistraturas- ha habido un permanente alejamiento de la república democrática y un predominio de la dictadura, del estado de sitio o del estado de emergencia (acompañado con el elogio al gobierno de Rosas en el siglo XIX o al primer gobierno de Perón en el siglo XX). El gobierno es uno de los principales defensores del capitalismo: de la propiedad privada y el trabajo asalariado. Las cuentas del gobierno son, generalmente, deficitarias. El financiamiento del gobierno se realiza, principalmente, con impuestos regresivos, con endeudamiento externo y con emisión monetaria (todo ello con la clara consecuencia de la inflación, de la que no se ocupa el informe que aquí critico). La forma de administrar el gobierno es corrupta. Se promociona a la educación privada en desmedro de la pública; a la salud privada en perjuicio del hospital público; al transporte con camiones contra el transporte por ferrocarril; en los últimos años a la seguridad privada (inclusive en los edificios del gobierno) contra la seguridad pública; el unicato sindical en oposición a la libertad sindical; entre otras acciones constantes que han producido el estado de empobrecimiento que se ve en la Nación. Entonces hay “políticas de estado” y las mismas han sido ruinosas.

El desempleo en la Argentina muestra fuertes oscilaciones. En Brasil los cambios en el nivel de ocupación han sido más suaves. Mientras que en México pocas han sido las modificaciones.

	ARG	BRA	MEX		ARG	BRA	MEX
1980	2,6	6,3	4,5	1995	17,5	4,6	6,2
1981	4,6	7,9	4,2	1996	17,2	5,4	5,5
1982	5,3	6,3	4,2	1997	14,9	5,7	5,4
1983	4,6	6,7	6,6	1998	12,9	7,6	4,7
1984	4,6	7,1	5,7	1999	14,3	7,6	3,7
1985	6,1	5,3	4,4	2000	15,1	7,1	3,4
1986	5,6	3,6	4,3	2001	17,4	6,2	3,6
1987	5,9	3,7	3,9	2002	19,7	11,7	3,9
1988	6,3	3,8	3,5	2003	17,3	12,3	4,6
1989	7,7	3,4	2,9	2004	13,6	11,5	5,3
1990	7,4	4,3	2,7	2005	11,6	9,8	4,7
1991	6,5	4,8	2,7	2006	10,2	10	4,6
1992	7,0	5,8	2,8	2007	8,5	9,3	4,8
1993	9,6	5,4	3,4	2008	7,9	7,9	4,9
1994	11,5	5,1	3,7	2009	8,8	8,1	6,8

Aquí también se ve la política de empobrecimiento que ejecutó el peronismo en la década del noventa del siglo veinte. En la primera década del siglo veintiuno la Argentina no alcanza los niveles de desempleo que exhibía en la década de los años ochenta del siglo veinte. En esta cuestión -y en igual sentido que lo expuesto en el informe- no hay recuperación. Además la recuperación no se puede evaluar sólo a través de los índices de desempleo sin tomar en cuenta que el paro forzoso causa daños en el desarrollo integral de la persona que lo sufre y que, en términos generales, se pueden entender como un retraso en quienes lo han padecido (que puede ser físico, mental, sanitario, educativo, de habitación o de vestimenta, y que puede acompañar a la persona por el resto de su vida aunque se reduzca a su mínima expresión el desempleo o se alcance el pleno empleo).

La distribución del ingreso nacional en la Argentina es altamente desigualitaria, aunque menos que en Brasil y en México. En otras palabras:

Argentina, Brasil y México exhiben una distribución del ingreso muy poco igualitaria, pero en la Argentina la desigualdad es menor que en Brasil y que en México, aunque con respecto a este último país las diferencias se han achicado casi hasta desaparecer. Veamos la distribución del ingreso, expresada en porcentajes del Producto Bruto Interno, entre cinco grupos de la población (donde cada grupo o quintil es el 20% de la población, el quintil 1 es el integrado por los más pobres y el quintil 5 por los más ricos).²⁰³

1986	ARG	BRA	MEX	1992	ARG	BRA	MEX
Q.1	4,86	2,58	3,94	Q.1	4,56	2,47	3,84
Q.2	9,37	5,89	7,82	Q.2	8,94	6,14	7,75
Q.3	14,37	10,88	12,62	Q.3	14,25	11,27	12,93
Q.4	21,63	19,12	20,19	Q.4	22,04	19,53	20,94
Q.5	49,77	61,53	55,41	Q.5	50,21	60,59	54,54

1996	ARG	BRA	MEX	1998	ARG	BRA	MEX
Q.1	3,90	2,54	3,80	Q.1	3,53	2,38	3,38
Q.2	8,20	5,62	7,64	Q.2	7,78	5,66	7,26
Q.3	13,51	10,18	12,40	Q.3	13,29	10,62	12,22
Q.4	21,47	18,55	19,85	Q.4	21,60	18,87	20,01
Q.5	52,92	63,11	56,31	Q.5	53,80	62,47	57,13

203 En el sitio web de la CEPAL desde 1979 a 2007 sólo se indican datos para la Argentina para los años 1986, 1992, 1996, 1998, 2002, 2004, 2005 y 2006, que son los que tomo para presentar las comparaciones con Brasil y México. Para México no hay datos para 1986 y para 2005. Para 1986 en México, los datos que aquí muestro son un promedio entre los de 1984 (4,67; 8,68; 13,62; 21,36; y 51,67) y los de 1989 (3,22; 6,97; 11,62; 19,03; 59,16), que son los años más próximos que contienen datos registrados en la CEPAL; mientras que para 2005 en México son un promedio de los de 2004 y 2006 que se ven en las tablas.-

2002	ARG	BRA	MEX	2004	ARG	BRA	MEX
Q.1	3,14	2,44	4,25	Q.1	2,97	2,62	4,48
Q.2	7,16	5,89	8,16	Q.2	7,47	6,33	9,20
Q.3	12,35	11,01	12,88	Q.3	13,16	11,33	14,09
Q.4	20,75	19,42	20,19	Q.4	21,71	19,36	21,22
Q.5	56,60	61,24	54,52	Q.5	54,69	60,36	51,01

2005	ARG	BRA	MEX	2006	ARG	BRA	MEX
Q.1	3,39	2,88	4,56	Q.1	3,50	2,97	4,64
Q.2	7,78	6,48	8,87	Q.2	8,07	6,66	8,55
Q.3	13,31	11,36	13,64	Q.3	13,73	11,53	13,20
Q.4	21,64	19,26	20,77	Q.4	22,05	19,35	20,32
Q.5	53,88	60,02	52,15	Q.5	52,65	59,49	53,29

La distribución del ingreso en la Argentina es muy desigualitaria. La distribución del ingreso en la Argentina durante la primera década del siglo veintiuno es similar a la existente en la última década del siglo veinte. Sobre esta base hay una consolidación de un modelo jerárquico de ordenamiento social que, si bien es más desigualitario que el existente en los años ochenta del siglo veinte, se mantiene a lo largo de los años. De aquí que más que en un proceso de crecimiento o de reactivación (o recuperación o puesta en marcha) estemos en un proceso de consolidación de la desigualdad y de la explotación.

6.6. EL ESTADO COMO TERCERO En el informe el gobierno (o el estado) aparece como un tercero imparcial o neutral entre los “actores sociales” (que serían las organizaciones patronales y obreras). En su descripción de los cambios acaecidos en los últimos treinta años del siglo XX el grupo de expertos dice que “el Estado se retrajo como productor, como regulador y aun como mediador compensatorio en las relaciones laborales”.²⁰⁴

Para el grupo de expertos “el Estado deberá conducir el nuevo proceso, orientado por nuevos marcos normativos que posibiliten la incorporación de la actividad informal a la formalidad a través de procedimientos graduales y limitados temporalmente, controlados por las representaciones empresariales y sindicales, y auxiliados por políticas tributarias, crediticias y de subsidios adecuadas para una promoción eficaz del sector de la pequeña y mediana empresa”.²⁰⁵ El consenso político o social aparece como algo extraño o ajeno (exterior) al gobierno, como si el gobierno no contribuyera en uno u otro sentido a la formación de la opinión pública y de los acuerdos sociales, y así se afirma que “no parece gozar de suficiente consenso social el retorno a una concepción amplia y estricta de estabilidad en el empleo”.²⁰⁶ De la misma manera se lo presenta como apartado de la lucha política o social cuando, en realidad, es uno de sus partícipes: “La primacía de uno de aquellos valores sobre el otro responderá a la solución de política laboral que la relación de fuerzas sociales permita diseñar”.²⁰⁷

Pero el gobierno no es neutral. El estado no es imparcial ya que, sin lugar a dudas, es el custodio del orden social capitalista, de una sociedad jerarquizada, dividida en clases (la de los poseedores de los medios de producción y la de los trabajadores). El estado no es un tercero imparcial que distribuye el excedente para la satisfacción de las necesidades de subsistencia y desarrollo de todos los productores.

Hay que terminar con una concepción favorable al estado en el derecho del trabajo. En general se confunde el deber de asegurar los derechos del trabajador con una política estatista, con el aumento del número de las magistraturas o de los comisionados públicos, y con el incremento de sus facultades discrecionales. Pero nada de todo ello es proteger al trabajador ni asegurar sus derechos.²⁰⁸

205 Estado Actual, pág. 104.-

206 Estado Actual, pág. 233.-

207 Estado Actual, pág. 257.-

208 Agrego aquí que el trabajador (al igual que cualquier otra persona) no debe obediencia a cambio de protección. El trabajador es titular de derechos.-

Una política estatista no favorece necesariamente al débil, al pobre o al trabajador, sino al sector social que la conduce, de modo tal que si los obreros no controlan al gobierno es más que probable que las regulaciones sean sólo para promover el mantenimiento y reproducción de la explotación. Así la posibilidad de que la política sea beneficiosa para los trabajadores está en relación directa a que ellos sean los titulares del gobierno.

El informe permanece ajeno a estas cuestiones. No discute ni avanza sobre el tema de la base política que puede dar sustento a un actuar favorable a las clases postergadas, o, si se quiere, que puede desarrollar al país. Sin base material -como ya indiqué- y sin base política (o sea sin política ni economía), el informe queda limitado, por un lado, a la esfera de los sentimientos morales y, por otro lado, a proponer políticas insuficientes para solucionar los problemas que se reconocen.

Véase lo que sucede. Las causas de los cambios o transformaciones políticas, económicas y técnicas -como ya señalé- se declara que son irrelevantes o no “sustanciales”. Así se queda limitado a operar sólo sobre los efectos. Con el agravante que las acciones públicas que sólo actúan sobre los efectos son absolutamente insuficientes porque la “matriz” productiva o económica conlleva desocupación y desigualdad. De ello resulta que, en el mejor de los casos, son meras políticas paliativas o atenuadoras. Y a ello se agrega que esas políticas son “procedimientos graduales y limitados temporalmente” para contrarrestar una grave situación de miseria (de la que da cuenta el informe) provocada, entre otras razones, por una política que (en nuestro país) se ejecutó “con una ortodoxia incomparable”.²⁰⁹

Frente a ello aquí la cuestión consiste en plantear (como mínimo) que a una política de shock regresivo (de empobrecimiento violento y rápido) se debe contraponer una política de shock progresivo. En el informe el grupo de expertos no evalúa esta cuestión.

6.7. GOBIERNO, CORRUPCIÓN Y GASTO No hay que limitarse a una caracterización del gobierno a partir de la clase social que predomina en su manejo o que, en gran medida, se beneficia de sus políticas. También hay que observar que el gobierno es, prima facie, una asociación ilegítima, perjudicial, lesiva de los derechos e intereses humanos. Se trata de una idea básica de la doctrina liberal, del liberalismo político. El gobierno debe demostrar su legitimidad (asegurando y promoviendo los derechos humanos). El ser humano es inocente, es titular de esos derechos. Mientras que la inocencia de la persona se presume, la legitimidad del gobierno no se presume y debe ser probada permanentemente y en todos los casos (a través del cumplimiento de las obligaciones que imponen los derechos humanos). Los derechos humanos se inventaron para favorecer a la persona ante los atropellos y maldades de los gobiernos (y del poderoso en general). Por ello, no hay que alimentar al monstruo (al Leviatán). En la doctrina iuslaboralista la crítica a la explotación capitalista (o al contractualismo del derecho civil o común) se extendió también al liberalismo político, a la idea liberal de que el estado es malo (prima facie y cualquiera sea la clase social que lo conduzca o se beneficie de sus políticas).

Véase, en general, cómo se plantean las discusiones. De un lado están los patronalistas que, supuestamente, defienden un estado mínimo (pero que, en realidad, se benefician de sus regulaciones y dineros). Del otro los partidarios de los trabajadores que se pronuncian a favor de aumentar las magistraturas y los gastos del gobierno en obras (de dudoso retorno social) y los impuestos y los subsidios, como si todo ello fuera a favorecer a los más pobres. Pero nada de todo ello sucede. Ni los planes sociales son adecuados para terminar con la pobreza, ni el incremento del gasto público (o del déficit del presupuesto gubernamental) son -en sí mismos- beneficiosos de los pobres. Tampoco se elimina o reduce la desocupación creando empleos públicos. Hay que terminar con todas estas ideas equivocadas. Debe resultar inaceptable la forma ruinosa y corrupta de administrar los dineros públicos. Y estas cuestiones deben ser debatidas en el derecho del trabajo.

Soy de la idea que el gobierno argentino (la doctrina conservadora dice el “Estado argentino”)²¹⁰ tiene un costo demasiado elevado -para la inmensa

210 De la misma manera que se habla de la doctrina del estado de derecho (que es una doc-

mayoría de la población- en relación a los beneficios que produce. Se trata de un gobierno altamente dañino. Sus magistraturas no son solamente ineficientes o incapaces de favorecer el desarrollo del país, sino que, muy por el contrario, son lesivas tanto por las omisiones en que incurren (por el notable incumplimiento de las obligaciones que les impone la Constitución Nacional), como por las acciones dañosas directas que ejecutan contra la población y que son muy importantes. Los ejemplos abundan. Uno de ellos son las dictaduras que asolaron a la patria. En las dictaduras padecidas imperó el asesinato, el secuestro, la tortura, el robo, el menoscabo a las libertades públicas, la gestión ruinosa del gobierno, el empobrecimiento general (y hasta la derrota militar). El endeudamiento público externo es otro caso. La educación y la salud públicas son otros ejemplos. Y la inseguridad personal. Y el mal estado de las cárceles o de los teatros. Y en la materia específica que aquí nos ocupa el actuar cómplice del Ministerio de Trabajo -a través de su servicio de conciliación- con la política de despido (o de reducción de los derechos del dependiente) que ejecutan las empresas.

Estamos en presencia de un gobierno que, casi en forma continua, es administrado contra los intereses de la población. Las cuestiones de la ineficiencia del gobierno, de su administración corrupta y del gasto público no pueden integrar el listado de los temas preferidos por los conservadores. Son cuestiones que no resultan ajenas a los intereses de los pobres y que requieren un tratamiento progresista. Hay que definitivamente comprender que no hay desarrollo posible para la inmensa mayoría de la población con un gobierno administrado en forma ineficiente y venal.

Voy a distinguir tres tipos de corrupción gubernamental. Un primer caso consiste en la ausencia total (o casi total) de identificación de los integrantes del gobierno con la forma del mismo y con la manera en que se debe administrar (utilizar o hacer funcionar).

En cualquier régimen político para que el gobierno funcione conforme a la constitución donde se establece el orden de sus magistraturas, resulta imprescindible un grado predominante de compatibilidad o coincidencia entre

la doctrina política a la que responde la constitución y la doctrina política que suscriben los administradores del gobierno. De no darse esta identificación, y en el caso de grandes incompatibilidades entre una y otra, la constitución resulta violada (o incumplida o reemplazada en los hechos), la forma del gobierno alterada o modificada o convertida en una mera apariencia, al mismo tiempo que existe una tensión o conflicto entre la forma de gobernar que requiere la forma de gobierno dispuesta por la constitución y la forma de gobernar que llevan a cabo los administradores u ocupantes de los cargos públicos (inspirada en diferentes doctrinas políticas) y que tiene por consecuencia un mal funcionamiento del gobierno.

La irrupción de las ideas de los nacionalistas desde finales de la década del siglo veinte, de neto corte antidemocrático y filofascista, que luego del 4 de junio de 1943 el movimiento peronista se encargará de divulgar o popularizar, han sido y son una influencia notable en la teoría y práctica políticas y gubernamentales que resultan incompatibles con el ideario y las acciones que requiere una república democrática.

Un segundo caso de corrupción gubernamental es la ausencia de la virtud de servicio público que debe inspirar la acción de todos y cada uno de los agentes del gobierno. La virtud de servicio público se trata de la calidad personal que debe ostentar el agente público (cualquiera sea su nivel de jerarquía y el título que da sustento a su comisión) en el cumplimiento de sus funciones. La virtud de servicio público no consiste sólo en el actuar honesto del agente sino, además, el de estar inculcado de una doctrina política, de saberse partícipe de un proyecto político (de un plan de acción); de inspirar o inspirarse respeto; de conocer y sentir que su comisión es útil (o resulta necesaria) para la acción general del gobierno; que su colaboración debe tener por objeto o por resultado el beneficio del país por sobre su provecho personal, por la cual puede enorgullecerse (sin caer en la arrogancia).

Sin la virtud de servicio público en los agentes estatales es imposible que el gobierno (cualquiera sea el orden de sus magistraturas) pueda cumplir sus objetivos. Ya se trate de una monarquía, de una aristocracia o de una democracia, es claro que si los magistrados (principales o secundarios, hereditarios o electivos, legítimos o usurpadores) adolecen de la virtud de servicio público,

sus acciones estarán notoriamente más encaminadas a alcanzar el beneficio personal que el provecho público que se procura por medio del gobierno.

El estado de deterioro que exhiben los edificios públicos, el aspecto indigno que muestra la mayoría de sus ocupantes, el poco trabajo que brindan, el cansancio que dicen experimentar; el temor al superior jerárquico, la carencia de iniciativa, el desarrollo de la habilidad para no tomar decisiones o para recurrir a supuestas razones formales para mantener el status quo (que en definitiva beneficia al poderoso y perjudica al pobre), son algunos ejemplos de la ausencia de la virtud de servicio público que vemos a diario en la Argentina y que no se debe confundir con un gobierno pobre y en permanente déficit presupuestario: una cosa es la pobreza y otra es la ausencia de la virtud de servicio público.

Un tercer caso de corrupción gubernamental -a la que seguro lleva la ausencia de la virtud de servicio público- es que el agente gubernamental busca a través de su comisión su propio beneficio que puede ser solamente un provecho lícito (el sueldo) o no lícito (el soborno). La primera clase está integrada por esas personas que vemos a diario en la administración pública que son inútiles burócratas irresolutos, obsecuentes del jefe de turno, que pasan sus días buscando la forma de no hacer nada o de hacer lo menos posible; son verdaderos movedores de papeles que pasan de un sector del escritorio a otro, de un escritorio a otro, de una oficina a otra, todos sellados y firmados y que no sólo no sirven absolutamente para nada bueno (ni para la mayoría de nuestras vidas) sino que además hunden a la Nación en la pobreza y la mediocridad. Mientras que la clase de los que buscan el beneficio ilícito se integra por personas pícaras, malvadas, de actuar directamente dañoso para los intereses de la Nación y de la inmensa mayoría de los pobres que la habitan, y que, a diferencia del burócrata inútil, deben ser severamente castigadas.

Hay que analizar o discutir los gastos del gobierno, el gasto público. Para ello hay que partir de una doctrina crítica (o negativa) del gobierno y que, como mínimo, consiste en sostener que el gobierno es malo, que el gobierno (en cuanto unión de los poderosos o de sus servidores) es una asociación que daña a los pueblos empobrecidos. De ahí la necesidad de su acotamiento, de su cercado, de la enumeración y limitación de sus facultades que se logra

a partir de la división de sus poderes (como proponía Montesquieu en *Del espíritu de las leyes*, Libro XI) y con la afirmación y reconocimiento de los derechos humanos.

Hay que terminar con un gasto público orientado a solventar a una elite empresaria proveedora del gobierno o subsidiada por el mismo. Hay que acabar con un gasto público encaminado a mantener una elite de administradores ineficaces y corruptos, al mismo tiempo que hay que finalizar con un gasto público formado de subsidios a favor de la base popular que brinda apoyo (o da sustento callejero) al gobierno y que opera a modo de freno o de muro de contención de los necesarios cambios que requiere el orden social del país para la real mejora de la población en general. El gasto público de nuestro país es la política de finanzas propia de una forma de gobernar demagógica que tiene por consecuencia el ahogo de la producción de bienes y servicios y el mantenimiento o incremento del proceso de decadencia económica, social, política y moral de la Nación.

6.8. CIERTAS MAGISTRATURAS En el informe se hacen algunas recomendaciones para la creación de ciertas magistraturas. No comparto esas propuestas. En adelante las critico.

En materia de sindicatos el grupo de expertos propone “crear un órgano colegiado, independiente de la administración laboral, cuyos integrantes deberán contar con acuerdo del Senado de la Nación y acreditar idoneidad especializada” con competencia para el registro de los gremios y sus estatutos, control de sus elecciones, reconocimiento de su personería gremial y control de su actuar para poner en conocimiento del mismo a la autoridad judicial. A ello se agrega “la creación de un fuero laboral federal, con presencia en todas las regiones del país” con competencia en las causas relativas “al régimen de las asociaciones sindicales” y “otras materias vinculadas al Derecho Colectivo”.²¹¹

Como el trabajador -en general y sin lugar a dudas- tiene en los hechos

211 Estado Actual, págs. 135 y 136.-

limitada su capacidad de reclamar por sus derechos durante la vigencia de su contrato de trabajo, el grupo de expertos (con la clara intención de ayudarlo o favorecerlo) recomienda compensar esa insuficiencia “con la creación de un ombudsman o ‘defensor del trabajador’ (al estilo del defensor del pueblo, el defensor de los jubilados, o el ombudsman penitenciario) al que la ley le reconocería facultades para denunciar estas situaciones y para promover acciones en beneficio de los trabajadores impedidos de accionar”.²¹²

El grupo de expertos recomienda el arbitraje obligatorio para el caso de conflictos colectivos en los servicios públicos. En el art. 24 de la ley 25.877 se dispuso que una “comisión independiente” esté encargada de calificar como esenciales a las actividades que la ley no ha comprendido expresamente. El Dto. 272/06 creó la Comisión de Garantías con esas atribuciones. El grupo de expertos considera que “debería ganar en independencia, autarquía financiera y funciones. Así, consideramos que debe ser un organismo plenamente autónomo y autárquico (con su propio presupuesto, estructura orgánica y medios para cumplir la función) que no dependa en ningún sentido de los poderes del Estado”. La Comisión debe tener “una estructura permanente” y miembros “rentados”. Como es independiente no tiene “superior jerárquico” y sus resoluciones no son recurribles por “el recurso jerárquico”. Por ello, “el legislador podría prever el tipo de procedimiento judicial aplicable para la revisión de las decisiones de la Comisión”.²¹³

Toda burocracia que no sirve para nada beneficioso a los habitantes de la Nación. Con ese tipo de magistraturas no se soluciona el problema de la pobreza, no se erradican las “villas miserias”, no se crean ni mejoran los hospitales públicos ni las escuelas, no se promueve la educación ni se hace riqueza (bienes y servicios). Hay que tener muy en claro que para mejorar el nivel de vida de los millones de pobres en la Argentina (que viven en espantosas “villas miserias”) se requiere de una inmensa producción de bienes y servicios, y durante muchos años. Con ese tipo de magistraturas no se crea riqueza sino que, por el contrario, se incrementa el gasto público para sostener

212 Estado Actual, pág. 184.-

213 Estado Actual, pág. 305.-

una burocracia inútil, absolutamente inoperante, que asfixia a los habitantes del país y les impide su desarrollo.

Estas recomendaciones se inscriben, sin lugar a dudas, en una doctrina política equivocada que exhibió sus errores a nivel nacional con la reforma de 1994 a la Constitución Federal. Véase las magistraturas que crea la convención de 1994. Son todas inútiles y a diario nos muestran que no sirven para nada bueno.

Por el art. 38 CN los partidos políticos -en vez de ser uniones de los ciudadanos- pasan a ser “instituciones fundamentales del sistema democrático”. En la misma norma se dispone que el estado debe contribuir al sostenimiento económico de las actividades de los partidos políticos “y de la capacitación de sus dirigentes”. De esta forma se profesionaliza la política, se fomenta su burocratización y se restringe el libre acceso del ciudadano a los cargos electivos.

En el art. 75.22 se incorporan diez documentos internacionales sobre derechos humanos que, si bien tienen por finalidad ampliar o complementar los derechos personales reconocidos en la ley suprema, el método elegido para hacerlo es dejado o de muy mala técnica.

La idea de la división de poderes busca limitar la arbitrariedad, el absolutismo estatal. Tres poderes: uno ejecutivo, uno legislativo y uno judicial. Y entre ellos se controlan. Más magistraturas para el control del gobierno no son necesarias, máxime cuando se trata de un régimen democrático con cargos electivos (el presidente y el congreso). Sin embargo, se crea a la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN). La Auditoría se trata de una magistratura constitucional. Pero a ella se suman las otras creadas por las leyes y que también tienen funciones de control (ej: SIGEN, Fiscalía de Investigaciones Administrativas). Y no sirven para nada.

En una república democrática (con un presidente, diputados y senadores elegidos por el voto directo de los ciudadanos), el defensor del pueblo es absolutamente innecesario. Véase que no se trata de una república aristocrática. No es la república romana con un senado integrado por patricios y una

sociedad dividida en estamentos, donde una comisión como el tribuno de la plebe puede tener algún sentido favorable a incrementar la participación de los sectores populares. Pero en una república democrática es superflua. Y ahí están con sus edificios y sus empleados por orden del art. 86 CN.

Nótese, además, que la creación de estos comisarios tiene por consecuencia la superposición de las atribuciones. Nuestro derecho constitucional ha sido invadido por una doctrina política ajena al ideario democrático y republicano donde la división de funciones era relativamente clara. El presidente ejecuta las leyes que son órdenes de los representantes del pueblo. El presidente no legisla ni juzga. El congreso sanciona las leyes (no las ejecuta ni juzga). Los jueces conocen y deciden las causas (no ejecutan las leyes ni las dictan). Se controlan mutuamente y el pueblo vota.

Véase la superposición. En el art. 85 CN se dispone que la Auditoría General de la Nación (o su presidente) tiene “a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada”, y en el art. 86 CN se establece como misiones del Defensor del Pueblo, entre otras, “el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

Otro ejemplo de superposición (aunque mucho más grave por ser un incremento de las facultades discrecionales del poder) es haber otorgado al poder ejecutivo la atribución de dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3 CN). Así en vez de haber eliminado del texto de la ley suprema al estado de sitio (art. 23 CN), se lo amplió. El daño es enorme ya que con dicha facultad del presidente ni se consolida ni se perfecciona la democracia.

Otro ejemplo de aumento innecesario de la burocracia (que para algunos podía tener una función estabilizadora del sistema político) es el jefe de gabinete (art. 100 CN).

El nombramiento de los jueces lo hace el presidente de la república con el acuerdo de los senadores, en la medida que se trata de mandatarios elegidos por el voto popular. Así es pero sucede que se burocratizó el proceso de preselección de los candidatos con la creación del Consejo de la Magistratura

(art. 114 CN). El resultado está a la vista. Las disputas entre los candidatos terminan en litigios judiciales, se ha retrasado el nombramiento de los jueces y para cubrir los cargos vacantes se nombran jueces en comisión.

El Consejo de la Magistratura es un claro ejemplo de una institución incompatible con la forma de gobierno de una república democrática. Véase que se organiza a partir de la representación de los abogados y de las personas del ámbito académico y científico, como si fueran superiores a otros ciudadanos del país. La desigualdad es muy grave. La reforma de 1994 ha establecido el voto calificado. Mientras que en el art. 37 el convencional dispuso que “el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”, en el art. 114 (al organizar el Consejo de la Magistratura por estamentos) impone el voto calificado. Un abogado puede, como mínimo, votar tres veces para la elección de un consejero (de un miembro del Consejo): un voto como ciudadano para elegir diputados o senadores o al presidente (“los órganos políticos resultantes de la elección popular” que integran el Consejo); un voto como abogado matriculado; y un voto como egresado o profesor de la facultad de derecho. Tres votos contra uno de otro ciudadano que no es abogado. A esto se lo llama “democracia participativa”. Este tipo de representación estamental, sectorial, corporativa, a la que llevan los consejos (inclusive los soviets o consejos obreros de los comunistas rusos) favorece la jerarquización, la desigualdad, la burocracia, el elitismo. Es una forma de gobierno que se opone al sistema electoral de padrón único y a la regla de un voto por persona. No favorece la participación de los ciudadanos sino el empobrecimiento del pueblo tal cual sucede en nuestro país.

6.9. DERECHO NACIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL

En el informe hay una aceptación sin crítica del derecho internacional humanitario y, en especial, de los convenios y recomendaciones de la OIT. Muestro las recomendaciones que se hacen sobre el tema.

Primero: “Hacer un análisis del Derecho argentino del Trabajo en relación con el Derecho Internacional incorporado al orden interno, para determinar la compatibilidad de sus normas”. Segundo: “Si de tal examen de compatibilidad resultara contradicción, salvo la posibilidad de denunciar el tratado, debería

resolverse a favor de la disposición del Derecho Internacional”. Tercero: “Para el análisis indicado no podría prescindirse de la jurisprudencia y conclusiones de los órganos internacionales de aplicación e interpretación de esos tratados”.²¹⁴

A mi entender el grupo de expertos se equivoca cuando recomienda que se deben decidir las incompatibilidades entre el “orden interno” y el derecho internacional “a favor de la disposición del Derecho Internacional”. Ello no es así.

Primero no se debe prescindir del art. 27 de la CN cuando ordena que los tratados deben “estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. De ello resulta que el poder ejecutivo y el poder legislativo deben ajustar la firma y ratificación de los tratados a “los principios de derecho público” constitucionales. También debe cumplir con esta orden del art. 27 el poder judicial al conocer y decidir las causas. Así la Constitución nacional es superior a los tratados (salvo claro está los enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema y que están incorporados a la misma por el poder constituyente de 1994).

Segundo: que los tratados tengan “jerarquía superior a las leyes” (art. 75.22 CN) no es una autorización para que el poder ejecutivo y el poder legislativo -vía la firma y ratificación de un documento internacional- venga a desasegurar los mejores derechos reconocidos en la legislación argentina. Esto es básico. La prohibición de la regresividad es uno de “los principios de derecho público” por el que debe velar el poder judicial en defensa de los derechos humanos (en el caso que los otros poderes retrotraigan el nivel de desarrollo vía la incorporación de la legislación internacional).²¹⁵

Las Naciones Unidas y sus organismos (como la OIT) merecen serias descalificaciones tanto en lo que se refiere al orden de sus constituciones

214 Estado Actual, pág. 148.-

215 Ver Constitución y Trabajo, párrafo 2.5 sobre los tratados internacionales y los decretos, en www.javierspaventa.com.ar .-

(notoriamente desigualitario) como a sus propuestas políticas, económicas, sociales y culturales.²¹⁶ Por ejemplo (y en la materia que nos ocupa): la organización tripartita de la OIT es insostenible; es el mantenimiento de una organización social jerarquizada o desigualitaria.

No hay que confundir la incorporación de ciertos tratados internacionales al texto de la Constitución, que se llevó a cabo en la reforma de 1994 -de forma muy desordenada o con pésima técnica- para ampliar los derechos favorables al habitante de la república, ni que esos tratados sean superiores a las leyes, ni que los tratados una vez aprobados no requieren de una ley de incorporación al derecho interno, con que el gobierno argentino o los habitantes de las provincias debamos interpretar esos textos como lo hacen o lo sugieren ciertas dependencias (comisiones o comités) de los organismos de Naciones Unidas.

Hay cierto paralelismo entre quienes se someten o proponen someterse a las directivas del Banco Mundial o del Fondo Monetario Internacional y quienes formulan esa misma recomendación pero con relación a los comités de expertos o las comisiones de interpretación o de seguimiento creados en los documentos internacionales sobre derechos humanos o que integran otros organismos de Naciones Unidas (como la OIT). Se pretende distinguir entre un supuesto internacionalismo de derechas y otro progresista cuando ambos son indiscernibles y, en términos generales, operan a favor del mantenimiento del orden.

Hay que formular la más clara oposición a que la interpretación de los documentos internacionales sobre derechos humanos (a los que les reconocemos valor internacional) quede en manos de un comité de expertos. Un comité de expertos es una magistratura de neto corte oligárquico: diez, veinte o treinta personas (los integrantes del comité de expertos) no pueden decir la norma de derecho internacional para todo el mundo o para 7.000 millones de personas distribuidas en cinco continentes de la nave Tierra en viaje por el

216 Ver, por ejemplo, de Danilo Zolo, *Cosmópolis*, Paidós, Buenos Aires, 2000; o *La justicia de los vencederos*. De Nuremberg a Bagdad, Edhasa, Buenos Aires, 2007; o de Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo*, ILSA, Bogotá, 2005.-

espacio. Ante esta doctrina (ante esta semejante doctrina) debemos protestar porque se opone al régimen de los derechos humanos. Ante esta doctrina debemos reafirmar la democracia y las libertades individuales y sociales. Ante esta doctrina debemos contraponer (sin lugar a duda alguna) la libre interpretación de todos y cada uno de los 7.000 millones de seres humanos y repudiar la oligarquía de los comités de expertos. Además, señalo que la oligarquía de los comités de expertos (que algunos propician sin sustento alguno) es opuesta a “los principios de derecho público establecidos” en la Constitución donde (en su art. 1º) se “adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal”. La soberanía popular (uno de los “principios de derecho público”) no puede quedar en manos de un comité de expertos.

6.10. DERECHOS HUMANOS: ¿FINES O MEDIOS? Cuando en el informe se analiza el “modelo sindical argentino” y el grupo de expertos (con la clara disidencia de Mario Elffman) se pronuncia a favor del unicato gremial, entre otras cosas, expresa: “Ya se ha dicho que el modelo en sí no es violatorio de la libertad sindical. Esta, por otra parte, si bien es un derecho fundamental de los trabajadores, reviste la naturaleza de un medio y no de un fin en sí mismo. Y como medio debe ser eficiente para alcanzar los fines perseguidos, que se identifican con el logro del bienestar, y la consolidación de la justicia social”.²¹⁷

No traigo aquí (ni en este momento) esta idea para discutir el tema del unicato sindical en la Argentina sino para poner en duda el carácter instrumental que el grupo de expertos le atribuye a la libertad sindical al mismo tiempo que la califica de derecho fundamental.²¹⁸

217 Estado Actual, pág. 132.-

218 Por ejemplo, en 1998, Horacio David Meguira escribe: “Intentamos superar nuestra visión de rechazo totalizador de las ‘libertades burguesas’, como parte del liberalismo político y económico. Tomamos a las libertades públicas como conquista obrera y a la libertad sindical como consecuencia de ella. No como instrumento para..., sino como fin en sí mismo” (La representación sindical en la ley argentina, DT, 1998-B, 2199).-

Los derechos fundamentales ¿son medios o son fines en sí mismos? ¿Qué quiere decir que los derechos humanos son universales e inalienables? Si los derechos humanos son sólo medios para el logro de ciertos fines, ¿podemos dejarlos a un lado y reemplazarlos por otros medios o instrumentos? ¿Los únicos fines son el logro del bienestar o la consolidación de la justicia social? La libertad, la igualdad y la solidaridad, ¿no son fines a lograr?

Si el fin, como se postula en el informe, es “el logro del bienestar y la consolidación de la justicia social”, ¿se puede alcanzar por otros medios que no sean los derechos humanos? O, en otras palabras, el imperio de los derechos humanos ¿no implica a los conceptos de bienestar y de justicia social? ¿O acaso puede haber bienestar y justicia social sin libertad, sin igualdad o sin democracia? ¿Son compatibles el bienestar y la justicia social con la dictadura o la tiranía? ¿Es posible alcanzar el bienestar y la justicia social a través de una dictadura o una tiranía? De ninguna manera: no hay ni bienestar ni justicia social bajo una dictadura o una tiranía.

Las nociones de libertad, de igualdad, de solidaridad (o fraternidad), de justicia y la idea moderna de democracia son inescindibles (o inseparables) del régimen de derechos humanos. Quizás por ello, prima facie, me incline a pensar que los derechos fundamentales son fines en sí mismos o, en el peor de los casos, medios necesarios (imprescindibles) para el cabal imperio de una sociedad pacífica, democrática, en avance continuo hacia niveles de mayor libertad, igualdad y justicia.

6.11. EL TRABAJO COMO ORDENADOR, EL DESCANSO Y EL SALARIO Es parte integrante de la doctrina laboralista argentina la concepción represiva del trabajo. En general (o mayoritariamente), los laboristas (ya sean abiertos patronalistas o supuestos obreristas o partidarios del principio protectorio) han sostenido que el trabajo humaniza o dignifica; que es un deber trabajar; que el descanso es una obligación del obrero ya que (durante el mismo) debe recuperar su fuerza de trabajo y atender a sus deberes familiares; que el salario tiene topes mínimos y máximos y que los obreros deben ser organizados en sindicatos únicos.

Esta concepción es represiva en un doble sentido. En primer lugar es represiva porque impide o limita el desenvolvimiento de impulsos, de acciones o actividades placenteras o que producen placer. Y, en segundo lugar, es represiva porque suprime o limita los derechos de los trabajadores en beneficio de los empleadores. Como decía Russell: “La moralidad del trabajo es una moralidad de esclavos, y el mundo moderno no tiene necesidad de esclavitud”.²¹⁹

6.11.1.- El grupo de expertos da cuenta de la existencia de un “núcleo duro de desocupados y subocupados” y del “extenso universo de trabajadores precarios” que son una especie de “subproletariado” o “nuevo proletariado”²²⁰, que no “se trata de un ‘lumpenproletariado’ marginal” sino de una “porción significativa de la población total para la cual el trabajo ha dejado de funcionar como ordenador de la sociedad y de la propia existencia individual y familiar”, que “recuerda la etapa del capitalismo manchesteriano, cuando todavía la sociedad no se había organizado en torno del trabajo dependiente”.²²¹

Hay que cuestionar el concepto del trabajo como “ordenador de la sociedad y de la propia existencia individual y familiar”, especialmente cuando se trata del trabajo dependiente. Tampoco puede resultar aceptable organizar la sociedad “en torno del trabajo dependiente”, ni que merezca algún elogio la denominada “cultura del trabajo”.

El individuo, su familia y la sociedad no se deben ordenar a través del trabajo y, menos aún, del trabajo dependiente (del trabajo asalariado). Que el trabajo dependiente sea un ordenador social es sostener una concepción muy represiva de la vida humana, muy poco hedonista y muy limitada de las posibilidades de desarrollo de los seres humanos. Hay que liberar al ser humano del trabajo y mucho más del trabajo asalariado. La sociedad debe ser organizada sobre la base de otras actividades que, sin ser incompatibles con las labores (no asalariadas ni dependientes) requeridas para el mantenimiento y

219 Bertrand Russell, *Elogio de la ociosidad y otros ensayos*, Madrid, 1953, pág. 24.-

220 Estado Actual, pág. 75.-

221 Estado Actual, pág. 76.-

reproducción de la vida, sean elegidas libremente y procuren el entretenimiento, el placer, la búsqueda de la verdad y la belleza.

6.11.2.- En el informe no se realiza una propuesta sobre el tema del descanso más allá de recomendar que el libro del art. 6 de la ley 11.544 se incorpore al art. 52 LCT para que claramente opere la presunción del art. 55 LCT y que se adopten ciertos mecanismo de control para hacer cumplir la jornada de ocho horas o para facilitar la prueba de haber prestado servicios extraordinarios.²²²

De la misma manera que el trabajo, el descanso es también calificado como una obligación. El trabajador no tiene derecho al descanso sino el deber de descansar para recuperar su fuerza de trabajo, contribuir al pleno empleo y atender a su cónyuge e hijos. La legislación y jurisprudencia argentinas sobre el descanso son un buen ejemplo, entre muchos otros, de esta concepción represiva que suprime o limita los derechos o intereses de los trabajadores. En adelante la muestro para ilustrar el tema.

El 31-8-05 se sanciona la primera “ley obrera”, que lleva el número 4.661 y que dispone en su art. 1° que “en la Capital de la República y en los Territorios nacionales queda prohibido el domingo el trabajo material por cuenta ajena, y el que se efectúe con publicidad por cuenta propia, en las fábricas, talleres, casas de comercio y demás establecimientos sitios de trabajo, sin más excepciones que las expresadas en esta ley y en los reglamentos que se dictaren para cumplirla”. El 29-9-32 se dicta la ley 11.640 que declara, en su art. 1° que quedan “comprendidos en la prohibición del art. 1° de la ley 4661 a los días sábados después de las 13 horas”. De esta manera quedaba prohibido el trabajo desde las 13 horas del sábado hasta las 24 horas del domingo. Nótese que estas leyes no establecen que el descanso es un derecho del trabajador, sino que se trata de un lapso durante el cual está prohibido trabajar.

Esta diferencia es muy importante y tiene consecuencias represivas para el obrero o dependiente, por cuanto, como es sencillo advertir, es claro que si presta servicios en el lapso de descanso, o sea: desde las 13 horas del sábado

222 Estado Actual, pág. 199.-

hasta las 24 horas del domingo, el trabajador ha realizado un acto prohibido, un acto ilícito que, como tal, merece una sanción o una privación de un bien que, según las legislaciones, podrá ser el pago de una multa, la pérdida del salario o la privación del franco compensatorio.

La ley 4.661 de descanso dominical fue una iniciativa de Alfredo L. Palacios que, años después, sobre el tema dice: “En los comienzos del siglo, los trabajadores de nuestro país sufrían largas jornadas y carecían de reposo hebdomadario. El descanso de un día a la semana era una sentida necesidad. La ley que lo hizo posible nació merced a los esfuerzos de la organización política de los trabajadores. Nació antes que en la mayor parte de las naciones del mundo. Sólo Bélgica la había sancionada en el mismo año que nosotros; Dinamarca, Francia y Canadá, en 1906; Italia, Portugal y Chile, en 1907; el cantón de Apenzeel y el de Berna en 1908; otras naciones mucho más tarde. El 22 de septiembre de 1904, el diputado socialista (como se autodenominaba Palacios), al proponer la sanción del descanso dominical, se refirió al proyecto de Ley Nacional del Trabajo presentado por el ministro Joaquín V. González. Se trataba de un noble esfuerzo intelectual y contenía, junto con disposiciones que merecían la aprobación casi unánime de la clase trabajadora, otras que reglamentaban la vida sindical, estableciendo restricciones que los obreros no aceptaron. El IV Congreso de la Federación Obrera Regional Argentina amenazó con la huelga general si se llegaba a sancionar”.²²³

La ley 4.661 tiene un antecedente inmediato en el proyecto que elabora Juan Bialek Massé en su Informe sobre el Estado de la Clase Obrera (de 1904). Algunas de las normas que sobre el tema recomienda Bialek Massé son las siguientes: “Queda prohibido todo trabajo para otro y por cuenta de otro desde la media noche de cada sábado hasta la media noche del domingo...”; “Las infracciones a la presente ley, cometidas por los patrones, serán penadas con multas de 10 a 500 pesos por la primera vez; el doble por la segunda, y el triple por las subsiguientes; y no siendo pagadas sufrirán los reos un arresto de un día por cada cuatro pesos o fracción, hasta que se pague la multa, descontándose los días de arresto sufrido”; “Los empleados, sirvientes

223 Ver Palacios, Alfredo L., *La Justicia Social*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1954, págs. 188 y 189.-

u obreros sufrirán multas de 2 a 50 pesos, según su empleo y salario y la gravedad del caso; la primera reincidencia será penada con doble multa y las sucesivas con el triple, siendo todas sustituibles por el arresto, de la manera determinada por los patrones”.²²⁴

En la legislación argentina, aunque no se establecieron ni el pago de multas ni el arresto del trabajador cuando presta servicios durante un tiempo en que está prohibido hacerlo, se lo castiga tanto con la pérdida del franco compensatorio como con la no contraprestación en dinero del descanso no gozado.

Así la CNAT establece como doctrina legal que “el descanso no gozado por el personal comprendido en el régimen de la ley 12.981 y sus concordantes (que establece el estatuto para el personal de las casas de renta o de propiedad horizontal) no es compensable en dinero”.²²⁵ Esta sentencia es un buen repertorio de la concepción represiva del trabajo. En adelante, muestro algunas de las razones que el procurador del trabajo, Víctor A. Sureda Graells, da a favor de la decisión.

Para Sureda Graells el gobierno, o el estado, “ha puesto en movimiento facultades propias, tendientes a regular la duración de la jornada laboral, haciendo privar en ello, el interés de la colectividad sobre el individuo, no extrañando por tanto, que se produzca un cercenamiento a la autonomía de la voluntad, para condicionarla exclusivamente a la consecución de fines superiores, que redundan en beneficio de la comunidad. De ahí que las normas que regulan la limitación de la jornada, participen del carácter de las que integran el orden público, vale decir, de estricto cumplimiento e irrenunciables en su contenido y por ende, insusceptibles de ser alteradas o modificadas por el libre albedrío de las partes, so pena de incurrir no sólo en las sanciones que se establezcan, sino también de provocar la nulidad del acto”.

224 Ver Biale Massé, Juan, Informe sobre el Estado de la Clase Obrera (1904), Hyspamérica Ediciones Argentina SA, Buenos Aires, 1985, Tomo II, págs. 601, 603 y 604.-

225 Ver Fallo Plenario N° 33 de la CNAT, 5-7-56, in re Casabone de Becerra c/ Consorcio de Propietarios de la finca Juan B. Alberdi 1626 s/ salarios (DT, 1956, 503).

La regulación legal de la jornada de trabajo consiste en fijar al tiempo de servicio un tope máximo insuperable (ej: las ocho horas diarias). A diferencia de la opinión del procurador la regulación de la jornada (o el establecimiento del límite legal) no integra el orden público sino el orden público laboral de manera tal que está prohibido que, por acuerdo de las partes, se disponga la modificación de la misma en perjuicio (*in peius*) del trabajador, quedando autorizada la alteración cuando se efectúa a favor del dependiente. En otras palabras: por acuerdo de las partes la jornada de trabajo puede ser establecida en un tiempo inferior al legal.

Sureda Graells considera que “el Estado se ve obligado a controlar y vigilar el potencial humano porque éste, en el despliegue de su actividad laboral, constituye el puntal de la productividad, en cuya circunstancia, al conjuro de otros factores no menos importantes, se apoya todo el sistema y el plan económico de la Nación. Las medidas que se adoptan para la preservación y conservación de la salud del trabajador tienden, precisamente, a evitar una merma en su capacidad laborativa normal, con miras a una producción standard que equilibre la economía del país. Es en procura de esa finalidad que entre otros remedios, se impone la obligatoriedad del descanso diario, semanal y anual del trabajador, para que no sólo recupere sus energías perdidas, sino también, como bien lo han señalado los autores citados, se le de oportunidad de participar en la vida de relación en su aspecto familiar, religioso, cultural y de esparcimiento”.

Aquí aparece expuesta con bastante claridad la propuesta de regulación total de la vida del hombre. El gobierno es un instrumento de la burguesía que “controla y vigila” para asegurar la producción y la productividad de los obreros. El trabajador debe descansar y ocupar su supuesto “tiempo libre” en la recuperación de su fuerza de trabajo y la reproducción de la especie. Para esta concepción no hay “tiempo libre”. El tiempo de descanso es un lapso que no le pertenece al trabajador sino que resulta en un período durante el cual debe cumplir con determinadas acciones que le vienen impuestas por los que mandan.²²⁶

226 La Opera Nazionale Dopolavoro (de la Italia fascista) es un ejemplo de la regulación del descanso o de la desaparición del tiempo libre. Sobre la inexistencia de tiempo libre o sobre la regulación totalizadora, alienante o que atenta contra la autonomía personal (en las

El procurador Sureda entiende que “cuando la ley impone la obligación del descanso hebdomadario, salvo las excepciones que se autorizan ella debe ser cumplida ciega e ineludiblemente por las dos partes que intervienen en la relación laboral” porque “la acción estatal dirigida al afianzamiento, respeto y superación de las conquistas sociales, no permite suponer en modo alguno un desamparo del trabajador, ni mucho menos una ‘inferioridad’ de situación frente al empleador, que lo coloque en la posición de obediencia a toda orden que pueda importar un cercenamiento a derechos consagrados en la ley”.

Esta afirmación del procurador, en el sentido de no suponer el desamparo o la inferioridad del dependiente ante el empleador, está equivocada y controvierete la razón de ser del derecho del trabajo: el derecho laboral supone que en la relación de empleo el empleador es la parte fuerte o poderosa, con capacidad para imponer su voluntad sobre el trabajador, que es la parte débil; y, a partir de este presupuesto, las normas que integran el llamado “derecho laboral” tienen por objeto compensar el desequilibrio indicado, atribuyendo más derechos al dependiente que al patrón, y prohibiendo toda modificación de sus disposiciones que sea realizada *in peius* del obrero.

El supuesto indicado no es caprichoso o arbitrario sino que tiene un sustento fáctico: la posición que ostenta el patrón, que monopoliza los medios de producción frente al obrero que sólo posee su fuerza de trabajo, le otorga mayor fortaleza en la negociación de las condiciones laborales, ya que posee satisfechas sus necesidades, al mismo tiempo que tiene mayor capacidad para satisfacer los requerimientos de sus guardianes.

Considera Sureda Graells que atento a “los propósitos perseguidos por el instituto del descanso, no puede admitirse una violación a sus normas, ya sea obligatoria o voluntaria, porque quien lo hace a sabiendas y a plena conciencia, no sólo atenta contra sí mismo, sino también contra los intereses de la colectividad, mucho más respetables que los individuales”. Así resulta

sociedades capitalistas del siglo XX o en las sociedades de masas), siguen siendo ilustrativos los estudios o críticas de Siegfried Kracauer (*El viaje y el baile*; o *El ornamento de la masa*), de Horkheimer y Adorno (*La dialéctica del iluminismo*), de Adorno (*Televisión y cultura de masas*), o de Marcuse (*El hombre unidimensional*).

que “el trabajador, que por voluntaria determinación se presta a un exceso en la jornada laboral diaria o viola el descanso semanal, ejecutó un acto que, a sabiendas, perjudica a los demás asalariados, privándolos de una fuente de trabajo indispensable para su subsistencia, ya que pudieron ocupar su lugar en el cumplimiento de la tarea realizada en exceso”.

En estas ideas del procurador Sureda Graells encontramos un uso represivo del principio del pleno empleo. Prima facie el principio del pleno empleo parece una norma plausible. ¿Qué manda? Que todos los hombres libres (los obreros o empleados) deben tener un trabajo a cambio de un salario que les permita satisfacer sus necesidades. Pero sucede que esta norma, en combinación con otros principios y algunas consideraciones equivocadas o falsas sobre los hechos, constituye una razón para rechazar o desconocer derechos o intereses del trabajador, como observamos en el fallo bajo análisis donde se ordena no pagar el descanso no gozado sobre la base que el dependiente ha violado el principio del pleno empleo ya que, al prestar servicios durante un lapso prohibido (el tiempo de descanso), quitó un puesto de trabajo a otro obrero.

Toda esta construcción represiva se sustenta en la equiparación fáctica del dependiente con el patrón en cuanto partes del contrato de trabajo y en la supuesta libertad del obrero para decidir si presta servicios o no el día de su descanso, cuando, a decir verdad, los hechos son completamente diferentes ya que, en principio y si se trata de suponer hechos, cabe afirmar que el obrero es obligado por el patrón a trabajar en su tiempo de descanso.

Para Sureda “el régimen del descanso no ha sido instituido con el propósito de crear una ventaja económica a favor del trabajador, dándole oportunidad para que durante ese período pueda obtener una mayor suma que incremente un salario normal, sino que por el contrario, ese régimen se ha creado en propio beneficio de la salud y bienestar del obrero y de la comunidad”. Por ello resulta peligroso “dar aprobación judicial a estas situaciones, ya que importaría estimular al trabajador a violar la ley, asegurándole el pago de la jornada que debió estar destinada al descanso”.

Así resulta que el trabajador tiene una función social que consiste en trabajar a favor de su patrón, no en ganar dinero o en percibir un salario que

supere al “normal”, que sería aquella remuneración que le permite satisfacer sus necesidades y las de su familia (o sea: una remuneración que le permite su mantenimiento y reproducción en cuanto fuerza de trabajo).

Sureda considera que si bien “es cierto que la ley no fija una sanción expresa contra el trabajador que viola la disposición..., estableciéndola en cambio para el empleador..., en mi opinión, aun reconociendo que el principio imperante en la materia es que toda sanción debe ser expresada..., ello no puede ser óbice para negar el derecho al cobro del día obligatorio de descanso, cuando en él se ha trabajado...”; y es que “no puede abrigarse dudas, que toda violación a la ley, importa la ejecución de un acto ilícito. La obligación que tenga por causa ese acto no produce efecto alguno, debiendo tenérsela por inexistente. En consecuencia, no ha podido generar derecho alguno...”; motivo por el cual, “aun existiendo el hecho real del trabajo realizado, éste, teniendo presente su origen ilícito, no puede invocarse como fuente creadora del derecho al cobro de la remuneración respectiva”.

Aquí encontramos muchas ideas de esta concepción represiva. Nótese que se viola claramente el principio de que no hay pena sin ley previa: se condena a padecer una pena que no ha sido establecida por una ley previa al hecho del proceso y que es creada por el propio juez que la manda aplicar. Estamos en presencia de una grave alteración de la regla del debido proceso (*rule of law*), y, en definitiva, de normas de derechos humanos generales o que exceden el campo de las relaciones laborales o del contrato de trabajo, y que muestra que la concepción represiva del trabajo se integra en un sistema supresor o limitativo de las libertades.

A lo expuesto el juez Míguez agrega otra razón muy destacada (o típica de esta concepción) cuando dice que “debemos concluir que cuando como en el caso que motiva este plenario, durante un lapso muy prolongado de tiempo, no se ha dado el descanso legal, ello ha ocurrido mediando el consentimiento expreso y con miras de lucro”. El juez Míguez expresa con mayor claridad que el obrero no debe poseer ánimo de lucro: en el capitalismo sólo el burgués, en cuanto poseedor de los medios de producción, tiene afán de lucro, sed de ganancias, y resulta ser el beneficiario de la fuerza de trabajo del obrero.

Estas posiciones que ostenta la concepción represiva del trabajo con respecto al descanso semanal, son las mismas que sostiene acerca del descanso diario y del descanso anual (las vacaciones).

En el caso del descanso diario la cuestión versa sobre la licitud o ilicitud del trabajo realizado por sobre el límite máximo de la jornada (o en horas extras) y acerca de si, prestado el servicio extraordinario, corresponde o no su pago. La concepción represiva dirá que el trabajo extraordinario es un acto ilícito y que, como tal, debe ser sancionado. Y así es doctrina de la CNAT que “las horas extras trabajadas sin la autorización pertinente, deben ser abonadas pero en forma normal (simple), vale decir sin el recargo” del 50 o del 100%.²²⁷

En esa sentencia dice el procurador Sureda que “si bien es cierto, pues, que la hora extra trabajada sin autorización, coloca al patrón y al obrero en infracción, no lo es menos, que ante el hecho de la efectiva prestación del servicio en beneficio de aquél, el trabajo realizado debe ser remunerado y como de infracción se trata, la sanción a aplicar consiste, en relación al empleador, en la materialización de la multa que prevé (la ley), y en cuanto al obrero, en la pérdida del recargo que establece (la ley), toda vez, que éste sólo funciona para el supuesto en que exista autorización por medio del organismo competente para prolongar la jornada normal de trabajo”.²²⁸

Y con respecto al descanso anual se establece en la ley 21.297 que los días de vacaciones en ella indicados “no son compensables en dinero” (art. 162, del decreto reglamentario n° 390/76).

227 Ver Fallo Plenario N° 26 CNAT, 17-5-55, in re Aceto, Antonio c/ Polci, Alberico y otros (DT, 1955, 414).

228 La doctrina legal que se impone en el Plenario N° 26 fue la posición intermedia entre una muy contraria a los intereses de los trabajadores y que consideraba que el trabajo extraordinario por ser un acto ilícito no daba derecho ni siquiera a su pago simple o normal, y la de máxima que ordenaba que el abono del sueldo debía ser con el recargo del 50 o del 100%, según que el servicio extra se haya cumplido desde las 0 horas del lunes hasta el sábado a las 13 horas, o desde las 13 horas del sábado hasta las 24 horas del domingo. La regulación del descanso hasta aquí descripta se mantuvo, a pesar de pequeñas modificaciones, a través de las normas del decreto-ley 18204/69 (12-5-69), de la ley 20744 (primera ley de Contrato de Trabajo del 11-9-74), y de la ley 21297 que sanciona la última dictadura en abril de 1976.-

Toda la regulación del descanso en la Argentina, desde sus inicios a principios del siglo XX y en adelante, responde a la misma concepción represiva y sin perjuicio de la forma de gobierno imperante. Ya se trate de democracias, más o menos restringidas, o de dictaduras, más o menos duras, hay continuidad en sostener los principios básicos de la concepción represiva del trabajo, que, en definitiva, resulta funcional a los intereses de la burguesía (o a los ricos y poderosos).

Esta concepción debe ser desmantelada a partir de una idea hedonista del trabajo y del ocio.²²⁹ El descanso debe ser un derecho del trabajador y si el empleador lo suprime o limita debe ser castigado. Hay que elaborar una doctrina del descanso que sea acorde con la Constitución Nacional (y los tratados internacionales en materia de derechos humanos) donde el descanso es un derecho y donde también se reconoce el derecho al tiempo libre.²³⁰ Ante la doctrina dominante hay una doctrina alternativa que es la doctrina constitucional. Es que hay que considerar que el derecho laboral en Argentina fue creado y cultivado al margen (o en franca oposición) a la doctrina política moderna: a la doctrina política democrática y de derechos humanos. En la medida que nos alejamos de diciembre 1983 van apareciendo otras posiciones diversas a la que dominó por muchos años en la materia.

La norma podría quizás ser expresada en el siguiente texto, a saber: “El trabajador tiene derecho al descanso pago desde las 13 horas del sábado a las 24 horas del domingo. Las tareas realizadas en ese lapso se abonarán con un recargo del 100%, sin perjuicio del derecho del trabajador a gozar de un descanso compensatorio de la misma duración durante la semana siguiente. El descanso compensatorio se abonará con un recargo del 200%. Las tareas

229 En Palabras, Jacques Prévert (1900-1977) incluye un poema titulado “El tiempo perdido” donde expresa: “Ante la puerta de la fábrica/ el obrero se para de repente/ el buen tiempo le ha tirado/ de la chaqueta/ y cuando se vuelve/ y mira al sol/ bien rojo bien redondo/ sonriendo en su cielo de plomo/ que le guiña el ojo/ familiarmente/ Di camarada Sol/ ¿no te parece/ una estupidez/ regalarle al patrón/ una mañana como ésta?”.-

230 Sobre el tema me ocupé en Constitución y Trabajo, párrafo 6.5; ya lo había hecho en La Constitución, los tratados y la flexibilidad laboral (DT, 1996-B, 2007) y en El derecho del trabajo en la Constitución Nacional (DT, 1998-A, 681).-

realizadas durante el descanso compensatorio se abonarán con un recargo del 300%. Cuando el trabajador no hubiere gozado del descanso compensatorio tendrá derecho a hacer uso de ese derecho a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal de ello efectuada con una anticipación no menor de veinticuatro horas al inicio del reposo. El empleador, en tal caso, estará obligado a abonar el salario habitual con un recargo del 400%. Las tareas realizadas durante el descanso compensatorio que se debía gozar en la semana subsiguiente se abonarán con un recargo del 500%. El descanso no gozado es compensable en dinero a los valores aquí establecidos y su pago se acumula a la retribución debida por los servicios prestados. El valor horario para el pago de los recargos aquí establecidos se obtiene dividiendo el sueldo devengado por 192 horas, salvo los mejores divisores que establezcan o surjan de las convenciones colectivas o los estatutos profesionales”.

De esta forma el descanso se califica como un derecho del trabajador y el descanso no gozado es compensable en dinero sin perjuicio del dependiente a percibir la retribución por las tareas desarrolladas durante el período en que debía descansar. La norma establece el derecho a descansar y el valor del descanso en cumplimiento al mandato constitucional de asegurar el descanso pago (art. 14 bis CN). Además fija el valor de las tareas que se realizan durante el descanso; el valor del descanso compensatorio (el descanso compensatorio vale más que el descanso común); el valor de las tareas que se cumplen durante el descanso compensatorio (que valen más que las tareas que se ejecutan durante el descanso); el valor del descanso a gozar durante la semana subsiguiente y, por último, de las tareas que se presten en la semana subsiguiente y que impiden gozar del debido descanso. Los recargos que se fijan -de manera ascendente- tanto para el descanso como para las tareas que durante su lapso se realizan y que son acumulables (en el caso del descanso no gozado y los servicios cumplidos), tienen por clara finalidad que el trabajador goce de su derecho al descanso y que el empleador cumpla con su obligación mínima de no interferir en ese derecho del dependiente.

Vuelvo a Russell para mostrar una crítica acertada y oportuna que podemos hacer extensiva a la doctrina iuslaboralista dominante (no sólo en nuestro país): “El concepto del deber, hablando históricamente, ha sido el medio utilizado por los detentadores del Poder para inducir a los demás a

vivir para el interés de sus amos más que para su propio interés. Por supuesto que los detentadores del Poder disimulan este hecho ante sus propios ojos, arreglándoselas de manera que llegan a creer sus intereses idénticos a los grandes intereses de la Humanidad”.²³¹

Se educa en la concepción represiva para que el deber pase de ser impuesto por la autoridad (por medio de la fuerza física o de la amenaza de padecerla) a ser una obligación sentida por el dominado: su conducta debida deviene en un hábito y en hasta una necesidad que se ha generado a partir de la represión de sus impulsos placenteros.²³² Recuperar la noción de derecho para calificar al trabajo y al descanso abre la posibilidad de construir una doctrina jurídica consecuente con la Constitución Nacional y con los principios de aseguramiento y de progresividad para la mejora continua de las clases postergadas.

6.11.3.- El salario se define como la retribución justa que se le debe al obrero para la satisfacción de sus necesidades y las de su familia que, a su vez, deben ser frugales. Esta doctrina, en cuanto entiende al hombre como trabajador, lo limita en sus necesidades materiales y espirituales para mantenerlo en su jerarquía o nivel, como en su rol, sociales; motivo por el cual el obrero debe carecer de afán de lucro y, en definitiva, estar satisfecho con su remuneración justa que, en el mejor de los casos, le permite reproducirse como fuerza de trabajo, o sea: mantenerse y procrear acorde a los requerimientos o posibilidades del sistema social.

La concepción represiva del trabajo es sólo la aplicación al obrero de una concepción represiva de la vida humana en general y que aquí podemos, aunque más no sea brevemente, mostrar. No cabe la menor duda que hay serias diferencias entre el salario y el alimento. El salario es la contraprestación del obrero por poner su fuerza de trabajo a disposición del patrón. El alimento es el deber recíproco de los parientes, ascendientes y descendientes,

231 Russell, ob. cit., pág. 24.-

232 Este deber integra el concepto de profesión que estudia Max Weber como constitutivo del capitalismo (en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*)-

y que impone el hecho de integrar una familia. Pero tanto el salario como el alimento poseen una gran similitud dado que se entienden ambos integrados por aquellos bienes que satisfacen las necesidades de comida, de vestimenta, de habitación, de instrucción, de salud y de entretenimiento de la persona y su familia. Motivo por el cual es casi un lugar común sostener que el salario tiene carácter alimentario o que es un alimento. Y, sobre la base de esta analogía, no es extraño, entonces, que reciban una regulación semejante. Así se trata de la misma concepción que aparece en el derecho laboral o en el derecho de familia.

El 27-6-54 la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal dicta una sentencia plenaria y establece como doctrina legal que “La inactividad procesal del alimentario crea la presunción (sujeta a prueba en contrario) de su falta de necesidad, y determina por tanto la caducidad a cobrar las cuotas alimenticias atrasadas”.²³³ Nótese claramente que se manda perder el derecho a las cuotas alimenticias atrasadas, que fueron fijadas en una sentencia y que no se cobraron por la inactividad procesal del alimentario.

El voto que sigue la mayoría es del juez Aráuz Castex que, en lo principal y en lo menos jurídico de su fallo (no voy aquí a analizar las razones jurídicas o legales -o de derecho positivo- de una y otra posición) dice: “La prestación alimentaria entre parientes o cónyuges divorciados se fundamenta en la necesidad del beneficiario. Eso es lo que lo autoriza a demandar judicialmente a sus parientes para que se hagan cargo de su subsistencia. Se trata de una obligación fuera de lo común que sólo puede concebirse como justa en razón de la necesidad del reclamante y en la medida que se requiera para satisfacerla. De ningún modo podría pensarse que es equitativo obligar contra su voluntad a un pariente a que acumule cuotas que el otro no necesita. Y el hecho de que éste, después de haberlas reclamado invocando su necesidad, no las cobre, revela normalmente (y salvo prueba en contrario) que no le hacen falta, porque ha desaparecido la necesidad que invocó como fundamento de su acción o porque era falso que la tuviera. De no pensarse así el pariente que reclamó alimentos cuando estaba sin trabajo, podría acordarse, 4 años después, que había obtenido una sentencia de alimentos a su favor y deducir contra su

233 Ver JA, 1954-III, pág. 382 y ss.-

pariente una ejecución por el importe de las cuarenta y ocho mensualidades juntas, a título de alimentos. El infortunado que pidió una mano a su pariente para mantenerse, terminaría luego exigiéndole un capital y ejecutando judicialmente sus bienes para que se lo pague”.

Desde ya ciertas ideas merecen ser destacadas. El alimento está en relación a las necesidades. El salario también. Así el salario, al igual que el alimento, no tiene por objeto ni por resultado que el obrero o el alimentario se enriquezcan. No es esta la razón de ser del salario o del alimento que procuran, para esta concepción, el mantenimiento del alimentario o del obrero.

La opinión de la minoría es expuesta por el juez Alsina que sostiene que la inactividad procesal del alimentario, el abandono de la ejecución de la sentencia, se debe en general a que el alimentante ha ocultado sus bienes impidiendo el cobro y provocando el fracaso y el descuido de la acción y hasta quizás la búsqueda del sustento propio y de los hijos en otra provincia. Alsina piensa en la mujer y sus hijos frente al hombre recalcitrante y evasor, como casos típicos y comunes que requieren el amparo judicial y no la condena que acarrea la doctrina que critica cuando postula la pérdida del derecho por la inactividad.

Quizás la doctrina en cuestión no sea tan gravosa si tenemos en cuenta que no se aplica al caso de los alimentos atrasados cuando el acreedor es un menor de edad y si nos atenemos a que la presunción es *juris tantum*, o sea: que la inactividad procesal del alimentario se debe a su falta de necesidad, admite prueba en contrario. Así el alimentario puede demostrar, al intentar ejecutar la sentencia, que su necesidad ha persistido, o que su inactividad procesal no se debió a su falta de necesidad, sino que, por el contrario, tuvo otras causas o motivos. De esta forma queda a salvo la objeción de Alsina: la doctrina legal establecida en el fallo la contempla.

Pero no parece ser este el caso del obrero. Por ejemplo, antes de la creación del fuero del trabajo capitalino se ha decidido que “La presunción de que los salarios devengados por un obrero durante un término de 4 años no fueron pagados debe estar apoyada en hechos fehacientemente probados, ya que lo natural y lógico es que éstos se abonen por semana, por quincena o por

mes”.²³⁴ Y luego de la creación de los tribunales laborales en 1945 se mantuvo la misma doctrina. Entonces se resolvió que “el hecho de que durante un largo período de prestación de servicios el trabajador jamás formulara queja alguna sobre violación de la ley de jornada legal, ni aparezca constancia de haberse verificado infracción alguna a las leyes obreras en el establecimiento, justifica, a falta de prueba terminante, el rechazo de las reclamaciones del primero para la retribución de numerosas horas extraordinarias”.²³⁵ Muchos años después se seguía sosteniendo que “el trabajo extraordinario debe ser probado por quien lo alega en forma exhaustiva y fehaciente, acreditativa del hecho base de la acción, capaz de llevar al ánimo de juzgador la más absoluta convicción del derecho que asista al reclamante. La prueba debe ser precisa y fehaciente. La incuria evidenciada por lo actores al no reclamar el pago de las horas extras durante la existencia del contrato laboral, obliga a extremar el análisis de la prueba”.²³⁶; o que “es una presunción grave y desfavorable al derecho del trabajador a salarios extras el hecho de corresponder el reclamo a trabajos que venía realizando desde varios años atrás, pero que sólo reclama al rescindir el vínculo”.²³⁷

Estos fallos se inspiran en la misma concepción que funda la doctrina plenaria en materia de alimentos. Algunas de esas razones son las siguientes: el salario está en función de las necesidades del obrero y su familia; si el obrero no reclamó su salario, ello implica que no lo necesitaba o que tenía satisfechas sus necesidades básicas; si el obrero no reclamó su salario, podemos suponer que no realizó las tareas o que no realizó los servicios extraordinarios por los cuales solicita ahora el pago suplementario; o que si el obrero no reclamó su salario, ello se debe a que su trabajo le fue correctamente abonado. De donde resulta, en resumidas cuentas, que si el obrero no reclamó su sueldo, ello se debe a que no realizó las tareas, y si las realizó, ellas les fueron abonadas. Pero, adviértase que, a diferencia de la doctrina legal de la Cámara Civil, aquí prácticamente no hay prueba en contrario, ya que si bien es cierto que la

234 Ver Cámara de Paz Letrada de la Capital Federal, sala II, 21-10-42, DT 3-88.-

235 Ver CNTrab, sala I, 23-12-48, DT 1949-197; sala III, 11-5-51, LL, 64-243, DT 1951-602.-

236 Ver CNTrab, sala IV, 29-6-76, DT 36-600.-

237 Ver CNTrab, sala VII, 30-11-91, LT (1982), 30-A, 342.-

presunción no opera como si fuera una presunción *iuris et de iure*, también es verdad que ese principio se aplica a rajatabla, de donde resulta, entonces, que si el obrero no reclamó durante la vigencia de su contrato de trabajo el pago de sus salarios, de sus diferencias salariales o sus horas extras, ello demuestra que no prestó servicios extraordinarios, o que, si los prestó, les fueron abonados debidamente.

Algo similar sucede en la cuestión referida al concepto y al fundamento de la indemnización del daño moral. Aquí aparece con total claridad la misma concepción represiva que se usa en derecho laboral. El daño moral es una lesión a los sentimientos. Hay dos teorías que intentan justificar la indemnización. Una teoría es la resarcitoria o de la reparación del daño, que sostiene que, al igual que cualquier otro daño, o lesión o injuria a los derechos e intereses de una persona, el daño moral (la lesión a los sentimientos) debe ser reparado con el pago de una suma de dinero que, si bien no restituye las cosas a su estado anterior (algo por cierto imposible tratándose de una injuria a los sentimientos), compensa la dolencia o brinda los medios para que la persona procure su restablecimiento. La otra teoría es la doctrina de la sanción ejemplar o represiva. Bustamante Alsina la expone en términos que vale la pena reproducir: “Según Llambías, la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión, sino por el lado del ofensor. No constituye un resarcimiento sino una pena civil mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. Es así que este autor llama a la ofensa ‘agravio moral’ cometido dolosamente o sea con intención de dañar y sería así una especie del denominado daño moral que sufre la víctima el cual no da lugar a reparación. En cambio el agravio, desde el punto de vista del ofensor, merece una pena civil ejemplar o represiva. Expresa que el daño moral es insusceptible de apreciación pecuniaria y no habría equivalencia posible en dinero. Además, se agrega, poner precio al dolor o a los sentimientos íntimos, constituye una inmoralidad, una degradación de los valores que se quiere salvaguardar y, finalmente, porque resultaría siempre arbitraria la estimación en dinero, de ese resarcimiento, pues no puede saberse cuanto vale un dolor, un padecimiento en los distintos supuestos. Dice que el dolor no constituye un fin en sí mismo, sino que es un medio que el hombre puede emplear para acceder a su efectiva felicidad, desde que es un maravilloso instrumento de perfección moral. Viene a ser la

‘bonne souffrance’ que arranca al hombre de las cosas de la tierra y le permite volver la mirada al cielo”.²³⁸

El daño moral es la lesión a los sentimientos, el dolor espiritual. El agravio moral es la acción de lesionar los sentimientos. Nótese que casi se dice lo mismo del daño moral que del trabajo. El daño moral no es susceptible de ser apreciado en dinero. El dolor vale tanto que no se puede medir en dinero. Algo parecido sucede con el trabajo. El trabajo es una virtud, un ejercicio virtuoso, y, como tal, está fuera del comercio. Y, por último la misma justificación del dolor: tanto el dolor espiritual causado por el agravio moral, como la fatiga motivada por el trabajo, son un “bonne souffrance” (un buen sufrimiento), ya que son un medio de perfeccionamiento del hombre, el rescate que paga la persona a Dios por el pecado original y que lo acerca a la gracia divina (o lo redime).

Bustamante Alsina critica a la teoría represiva del daño moral en los siguientes términos: “Esta tesis es refutada en sus fundamentos diciendo que ella resuelve el problema por una prohibición genérica de gozo, y atribuir a todo dolor la naturaleza de “bonne souffrance”, la impone como padecimiento grato. Consideramos que si a todo dolor o padecimiento se le atribuye ese carácter, este criterio, más moralista que moral, no se compadece con una concepción cristiana de la vida, pues parece proscribir el gozo y la alegría como expresiones del pecado, el cual se redimiría con el constante sufrimiento para la salvación del alma”.²³⁹ Así, Bustamante Alsina, sin profundizar en la cuestión, opone a la concepción cristiana de Llambías otra concepción cristiana que no prohibiría el gozo ni la alegría. Aunque es más común la postura sostenida por Llambías: por ejemplo, es la primera que aparece en los documentos que integran la Doctrina Social de la Iglesia Romana.

Y concluye sus críticas Bustamante Alsina de la siguiente forma: “Creemos que desde el punto de vista de la justicia como realización del derecho, la cuestión del daño moral en esta tesis quedaría fuera de toda regulación

238 Ver Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, págs. 228 y 229; desde la pág. 222 desarrolla el tema del daño moral.-

239 Ver Bustamante Alsina, ob. cit., pág. 229.-

normativa y, por lo tanto, de toda valoración jurídica. En efecto, no cabría un resarcimiento donde no hubiera daño ni siquiera moral, ni cabría tampoco una sanción ejemplar a quien ha proporcionado al doliente ‘un maravilloso instrumento de perfección moral’. Suponer que el causante del daño moral ha proporcionado a la víctima una expectativa de goce celestial equivale a admitir que quien reclama una indemnización por ello se constituye en sujeto activo de la prostitución del dolor. Quien padece un dolor merece un consuelo y por ello el resarcimiento no repone el ‘status quo ante’ porque no puede tener una función de equivalencia dada la naturaleza de las cosas; tiene en cambio la finalidad de compensar el padecimiento con goces que no necesariamente han de ser materiales. El dinero con el que se cumple el deber resarcitorio no es ni bueno ni malo en sí mismo, sino que es un instrumento cuyo valor positivo o negativo depende del uso que se haga de él. Por ello, el dinero es el único medio idóneo de dar a la víctima aquellas satisfacciones que, si no harán desaparecer los sufrimientos padecidos, por lo menos han de paliar sus efectos”.²⁴⁰

6.12. SOBRE EL ORDENAMIENTO DE LAS FUENTES En el informe se hace referencia a las fuentes del derecho laboral en el capítulo 5, párrafo 5.1 bajo el título “Las normas internacionales del trabajo y el sistema de fuentes”. El capítulo versa sobre “los aspectos normativos de la globalización”. De todo ello resulta, en definitiva, un tratamiento muy insuficiente del tema de las fuentes del derecho laboral.

La cuestión de las fuentes puede abarcar diferentes temas como por ejemplo cuáles son y cuál es el orden jerárquico o de prelación entre las mismas. Sobre estas cuestiones nada dice el informe. Por mi parte voy a realizar algunas propuestas sobre el orden jerárquico y de prelación para limitar el uso de las reglas de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* que no son necesariamente compatibles con el principio del aseguramiento de los derechos que manda el art. 14 bis de la CN.²⁴¹

240 Ver Bustamante Alsina, ob. cit., págs. 229 y 230.-

241 Ver Constitución y Trabajo, párrafo 2.4 en www.javierspaventa.com.ar .-

Entiendo que hay que derogar el art. 24 de la ley 14.250 (según el texto de ley 25.877) y, en especial, su inc. “a” cuando establece que “un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio anterior de igual ámbito”, ya que no considera si la modificación es para mejor o in peius.²⁴² Se trata de una utilización, lisa y llana, de la regla de la lex posterior que a todas luces no contempla el carácter o sentido progresivo o regresivo del cambio. También debe ser eliminado el inc. “b” cuando ordena que la “comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones”, ya que se trata de un sistema procedimental que acepta las compensaciones y que en consecuencia como mínimo conspira contra el principio de la progresividad. Aquí es oportuno señalar que el informe del grupo de expertos (en forma unánime) se pronuncia contra el inc. “b” del art. 24 de la ley 25877 -que establece que el análisis de los convenios debe hacerse por instituciones- para proponer la comparación por instrumentos completos, método que resulta más regresivo aún.

En el art. 8 LCT hay que incluir la doctrina de la incorporación a los contratos individuales de los mejores derechos establecidos en los convenios colectivos de trabajo. El art. 8 LCT podría quedar redactado de la siguiente forma: “Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales que contengan normas más favorables a los trabajadores serán válidas, de aplicación y esas normas quedan incorporadas a los contratos individuales de trabajo. Las convenciones colectivas de trabajo no estarán sujetas a prueba en juicio. Un convenio colectivo posterior modifica al convenio colectivo anterior solo en aquellas normas donde establezca condiciones más favorables para el trabajador. Cuando para la regulación de una relación de empleo concurren normas de diferentes fuentes, prevalecen sólo aquellas normas donde se establezcan condiciones más favorables para el trabajador”.

De esta forma pienso que acercamos al orden jerárquico y de prelación de las normas a los principios de aseguramiento y de progresividad; o, si se

242 El art. 24 (ley 14250) dice: “Queda establecido el siguiente orden de prelación de normas: a) Un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito. b) Un convenio posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio anterior en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador. A tal fin, la comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones”.

quiere, que establecemos un orden progresivo, un orden que no retrocede (irreversibilidad) sino que sólo avanza (progresividad).

Para ello, como ya dije, hay que eliminar la aplicación sin más de las reglas de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, pero al mismo tiempo también hay que adoptar el procedimiento atomista o acumulativo para determinar, en definitiva, el mejor régimen vigente y aplicable.

6.13. LA IRRENUNCIABILIDAD En diciembre de 2009 se sanciona la ley 26.574 que modifica el art. 12 LCT de la siguiente manera: “Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

Se trata de una importante reforma que aumenta el nivel de protección al declarar nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos también en los contratos individuales de trabajo.²⁴³

En su informe, el grupo de expertos limita los efectos del silencio del trabajador en la siguiente forma: “En los casos en los que efectivamente se produce una minusvalía psicológica o moral que altera la voluntad que se manifiesta o registra, sus efectos no desaparecen instantáneamente, y el afectado tarda en recuperar el estado de conciencia desde el que pueda

243 Entre paréntesis señalo que desconozco el origen o la fuente de la misma pero la primera vez que leí un texto muy parecido fue en un proyecto de Mario Elffman que llegó a mis manos en alguna reunión de la multisectorial allá por la década del 90 en la Asociación de Abogados de Buenos Aires. El trabajo llevaba por título Anteproyecto de Ley sobre Emergencia Laboral (Elaborado por Mario Elffman-1994) y el texto propuesto reza así: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos de los trabajadores previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas, los contratos individuales de trabajo, los reglamentos y usos de las empresas; ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”. Como se puede ver agrega como un límite a los reglamentos y usos de las empresas.-

examinar críticamente su conducta y los condicionantes de la misma. En consecuencia, sería igualmente conveniente enfatizar, para este supuesto, el concepto que surge del artículo 58 de la LCT acerca de la ineficacia del silencio del trabajador o el mero transcurso del tiempo como manifestación de una voluntad tácita de conformidad con el acto. Durante todo el período previo a la prescripción de las respectivas acciones, con ajuste a la propia normativa común, no se debe presumir la renuncia de derechos”.²⁴⁴

Como se puede ver la limitación que se propone es insuficiente ya que sólo se prevé para los casos en que la extinción del vínculo laboral (el tema lo analiza en el capítulo 10 que versa sobre la estabilidad, más precisamente en el párrafo 10.2.4 dedicado al acoso moral) genera “una minusvalía psicológica o moral que altera la voluntad”, con lo cual no se sale del régimen de las nulidades del Código Civil (art. 954: “Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación”) que, sin lugar a dudas, restringe la posibilidad de cuestionar los acuerdos resolutorios del contrato de trabajo. Además, las limitaciones al silencio no deben quedar contempladas sólo para los casos de “acoso moral” o los casos en que “se produce una minusvalía psicológica o moral que altera la voluntad”, sino que, por el contrario, deben abarcar la mayor cantidad posible de acciones.

Pienso que al art. 12 LCT se le podría agregar el siguiente texto, a saber: “Será nulo y sin valor el consentimiento expreso o tácito del trabajador, como su silencio o falta de reclamo durante la vigencia de su contrato individual de trabajo, ante toda modificación en perjuicio de sus condiciones de labor”.

De esta manera también se limita alguna doctrina plenaria de la CNAT. Primero la doctrina del Plenario N° 131 cuando establece que “el trabajador que sin reserva inmediata acepta el cambio de lugar de trabajo prestando servicios en su nuevo destino en igualdad de condiciones, no tiene derecho a compensación por gastos, daños o perjuicios que le haya causado el traslado”.²⁴⁵ Segundo, la doctrina del Plenario N° 177 cuando establece que

244 Estado Actual, págs. 250 y 251.-

245 CNAT, 4-6-1970, Morillo Carlos A C/ Frigorífico Armour de La Plata SA, DT, XXX-475.-

“en el caso de que al trabajador se le rebaje unilateralmente de categoría, si optó por mantener el vínculo, sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquélla en la cual efectivamente prestó servicios”.²⁴⁶

No cabe duda que hay que avanzar en las máximas restricciones a la validez y efectos de la renuncia en el derecho del trabajo. El grupo de expertos se pronuncia a favor de modificar el art. 241 de la LCT. Primero sostiene “que debería contemplarse en esa norma el deber de los jueces, en caso de controversia ulterior, de analizar con la mayor prudencia tales contenidos (se refiere a los del acuerdo resolutorio), se trate o no de acuerdos homologados por la autoridad de aplicación”. Segundo señala que de procederse así se altera la doctrina plenaria de la CNAT fijada en el caso Lafalce. Tercero propone “excluir a la escritura pública notarial como forma de acreditación de la volición de los otorgantes”.²⁴⁷

Compartimos estas propuestas a las que agrego la necesidad de eliminar los efectos de cosa juzgada que se les otorga a los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios homologados por la autoridad administrativa. Se puede mantener la facultad de la administración de registrar (o hasta inclusive de homologar) a los acuerdos entre el empleador y el empleado pero claramente sin otorgarle el efecto de cosa juzgada ya que dicha consecuencia no solo desasegura los derechos del trabajador, sino que, además, viola el debido proceso (rule of law). Por otro lado, se trata de un foco permanente de corrupción y de actos inmorales que la legislación no debe favorecer. Todos conocemos que los trabajadores son llevados a celebrar esos acuerdos y que las empresas les ponen hasta el abogado (denominado “arbolito”), quien cobra unas pocas monedas por su felonía. Hay grandes empresas que cuentan con los servicios continuos de este tipo de profesionales. También todos sabemos de los viajes conjuntos entre el personal de la administración (del Ministerio de Trabajo) y los gerentes de grandes empresas extranjeras a las provincias para buscar (o sacar) firmas a los empleados de la compañía.

246 CNAT, 25-4-1972, Serra Héctor V. c/ Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino, DT, XXXII-450.-

247 Estado Actual, pág. 250.-

Todo esto se realiza a diario bajo el amparo del art. 15 LCT que, sin lugar a dudas, debe ser derogado y reemplazado por el siguiente texto (o algún otro similar): “Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios solo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial y mediante resolución fundada de ésta que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes acorde con el orden público laboral y el contrato individual de trabajo. Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios cuando se realicen con intervención de la autoridad administrativa son susceptibles de revisión judicial dentro de los plazos de prescripción previstos para cada uno de los créditos objeto del convenio. Los pagos que se realicen en cumplimiento del acuerdo son a cuenta del total adeudado. Para la procedencia de la acción de revisión no se exige que el trabajador acredite haber padecido alguno de los vicios de la voluntad previstos en la legislación civil tales como el error, dolo, violencia, intimidación, simulación o cualquier otro, sino sólo que pruebe haber percibido sumas de dinero inferiores a las que le son debidas”.

El acuerdo debe ser susceptible de revisión judicial (conforme a los principios y normas del derecho laboral) dentro de los plazos previstos para la prescripción de cada crédito que haya sido objeto del negocio. La evaluación de la validez del convenio no se debe realizar a partir del régimen de las nulidades civiles (o de los vicios de la voluntad) sino sobre la base del orden público laboral en relación a los hechos que se acrediten en la causa. Los pagos que se efectúen en cumplimiento del acuerdo son “a cuenta del total adeudado” (art. 260 LCT). En definitiva el trabajador tiene derecho, en un juicio posterior, a que se revise el acuerdo y a demostrar la existencia de créditos a su favor que no han sido cancelados o extinguidos en el convenio celebrado ante la administración.

También debe ser restringida la renuncia como acto extintivo del contrato de trabajo. Sobre el tema el grupo de expertos en su informe sostiene: “Merece un análisis especial la pura manifestación de la renuncia al empleo, pues no puede coartarse con excesivos rigorismos formales un derecho tan esencial para la libertad humana. Pero también deben considerarse como indicios serios de la afectación de la voluntad unilateral extintiva, la existencia de otros actos de naturaleza bilateral que acompañen la renuncia o sean contemporáneos

a ésta, o de decisiones pluriindividuales que, como tales, hagan dudar de la verdadera voluntad de cada uno de los renunciantes”.²⁴⁸

La cuestión no pasa, a diferencia de lo que considera el grupo de expertos, por coartar “con excesivos rigorismos formales un derecho tan esencial para la libertad humana” sino, por el contrario, incrementar la libertad humana al no suprimir o limitar los derechos del trabajador por medio del acto jurídico de la renuncia. Para ello se me ocurre que la renuncia debería estar sometida a alguna de las restricciones mínimas que en adelante indico y que expreso por medio de un cuarto párrafo que, como el siguiente, se podría agregar al art. 240 LCT: “El trabajador que haya renunciado a su empleo tiene derecho al cobro de las indemnizaciones previstas para el despido sin justa causa dispuesto por el empleador cuando en un juicio posterior demuestre que, con motivo o en ocasión de la relación de empleo, percibió sumas de dinero inferiores a las debidas, o cuando en el juicio posterior pruebe que, con motivo o en ocasión de la ruptura del contrato de trabajo, percibió sumas de dinero inferiores a las previstas para el despido directo incausado”.

La idea de la norma es facilitar la revisión de la renuncia al empleo, o, en otras palabras, que la revisión de la renuncia al empleo no esté regida por las normas del Código Civil o regulada por las reglas de las nulidades civiles (que obligan a demostrar que el acto se ejecutó por error, dolo, violencia, intimidación o simulación), sino, muy por el contrario, por el derecho del trabajo, para lo cual, uno de los medios, puede ser hacer valer la tarifa legal: al trabajador le basta con demostrar que percibió sumas inferiores a las que le corresponden (cualquiera sea la fuente u origen de la obligación).

Una norma más sencilla y que se inspira en la misma idea podría ser la siguiente, a saber: “La ley presume, salvo prueba en contrario, que la renuncia al empleo equivale a un despido directo incausado dando derecho al trabajador al cobro de las indemnizaciones previstas para éste”.

6.14. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LAS PROPUESTAS, EL DERECHO LABORAL, EL FORDISMO Y LA TERCERIZACIÓN

Las propuestas que formula el grupo de expertos adolecen de una adecuada fundamentación, ya sea porque no la ensayan o porque cuando la bosquejan está equivocada.

6.14.1.- Recuérdese que el estudio bajo análisis se titula “Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina”. Encuentro un uso ambiguo de las palabras “relaciones laborales”. Las relaciones laborales pueden ser fácticas (en los hechos) o normativas (o jurídicas). Referirse a unas y otras con los mismos términos puede generar confusiones y deteriorar la justificación de las propuestas ya que lleva a incurrir en la falacia naturalista, esto es: en intentar derivar enunciados normativos (o juicios del deber ser) de enunciados descriptivos (o juicios del ser).²⁴⁹ Entiendo que en este defecto se incurre en el informe.

6.14.2.- Al analizar el tema de la “tercerización y descentralización productiva” el grupo de expertos dice que “el Derecho del Trabajo presenta una suerte de crisis de adaptabilidad de sus esquemas básicos, porque ha sido pensado, en líneas generales, sobre la base del ‘fordismo’, mientras que el actual sistema productivo tiene como matriz diferenciador la descentralización”.²⁵⁰

En el tema de la tercerización (al igual que en otros de la materia) cuando se discute sobre qué política se debe adoptar (o cuando se intenta justificar una determinada regulación) se suele sostener, por ejemplo, que el derecho laboral “clásico” (o que el art. 32 de la ley 20744) respondía a un modelo de producción fordista (o taylorista) que ya se encuentra superado por el toyotismo, que requiere de otro derecho del trabajo; o se expresa que en las nuevas formas de producción (de la sociedad del conocimiento o de la sociedad de la información o de la sociedad posmoderna o líquida) las

249 Sobre la falacia naturalista ver de David Hume, Tratado de la Naturaleza Humana, Libro III (de la moral), primera parte, sección primera; de George Edward Moore, Principia Ethica, capítulo 1, párrafo 10; de Alfred J. Ayer, Lenguaje, verdad y lógica, capítulo 6; de Hans Kelsen, ¿Qué es justicia?; o del mismo Kelsen: La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia.-

250 Estado Actual, pág. 155.-

empresas recurren a la tercerización de servicios que el derecho del trabajo debe facilitar.

Así, por ejemplo, se afirma que la producción o la comercialización o la prestación de los servicios adopta una organización descentralizada, en redes o en racimos; que hay que adaptar al derecho del trabajo a estas nuevas formas; que la mencionada adaptación consiste en reconocer que las empresas vinculadas (por la contratación o subcontratación) son absolutamente independientes (o desarrollan actividades distintas) de modo que no responden solidariamente ante las obligaciones para con el trabajador, a cuya relación de empleo, además, se le aplica el convenio colectivo que rige en la empresa que lo tenga registrado sin perjuicio de que sea (o no) la norma más favorable de las que imperan entre todas las empresas relacionadas.

También en el tema de la tercerización se afirma que ciertas características de la empresa contratista o subcontratista (como sería su autonomía) son un límite a la solidaridad (de la empresa principal o usuaria con la cesionaria) o a la aplicación de un convenio colectivo mejor a la relación de empleo.

Estos argumentos (como los similares que es común ver esbozados en la doctrina) no son razonamientos justificados ya que incurren en la falacia naturalista; o sea: intentan derivar juicios del deber ser (como son las regulaciones de la relación laboral) a partir de juicios del ser (como son las descripciones del proceso de producción). Pero claro está que de la afirmación que da cuenta de una determinada forma de producir (o de organizar una empresa) no se puede derivar una norma donde se establezcan derechos del trabajador.

Tampoco es cierto que la centralización o la descentralización productiva (o cualquier manera de organizar la empresa) determine los derechos del trabajador (o algún contenido especial de los mismos).

Esta forma de encarar la cuestión para mí esta absolutamente equivocada. Cuando analizamos o evaluamos la tercerización (la cesión de la explotación o la contratación o subcontratación de servicios en cualquiera de sus formas) discutimos sobre los derechos del trabajador (que es una forma de debatir

sobre la dominación política o social). Así no investigamos ni criticamos a una manera de organización de la empresa o del negocio en sí misma sino sobre el uso capitalista que de dicha técnica se realiza. Prima facie es el uso capitalista de la tercerización lo que anula o menoscaba los derechos e intereses de los trabajadores.

La cuestión pasa en cómo nos plantamos ante la organización de la empresa o su forma de producir y si, ante la misma, estamos o no dispuestos a reconocer más y mejores derechos a favor de los trabajadores. Así el problema consiste en elaborar los mejores instrumentos jurídicos para la protección del obrero frente a las nuevas técnicas y no en considerar que como hay nuevas técnicas se impone reducir los derechos de los trabajadores.

Claro está que los límites a la solidaridad o a la aplicación de un convenio colectivo no están determinados por la manera en que se desarrolla la producción ni por las características de las empresas. Por el contrario, el uso de esos instrumentos jurídicos dependerá de los fines que nos propongamos obtener. Se trata de postular algunos fines y luego determinar los medios adecuados para alcanzarlos. ¿Cuál es el objetivo que se pretende alcanzar? Esta es la primera pregunta que hay que contestar. ¿Nuestro fin es la protección de los trabajadores o facilitar que los capitalistas ganen plata a costa del obrero? Aquí está el problema a resolver; la cuestión correctamente planteada. Y es de aquí de donde hay que partir. De acuerdo a la respuesta que se brinde serán las propuestas que se determinen como medios adecuados para lograr el fin (ya sea la protección del obrero o del capitalista).

La tercerización es una técnica que, en sí misma, no es buena ni mala. Pero claro está que, como toda técnica, es su uso capitalista (como decía Marx) lo que perjudica al obrero al incrementar su explotación. Por ello, si el objetivo es proteger al trabajador, hay que procurar suprimir o limitar el uso capitalista de la tercerización o, como mínimo, atenuar sus consecuencias nocivas para el obrero. Algunas de las consecuencias nocivas o dañosas para el obrero que tiene la tercerización son la insolvencia de la contratista y que al obrero (tercerizado) se le aplique un convenio colectivo menos favorable que al empleado de la empresa principal o usuaria (que cumple sus mismas o

similares tareas).²⁵¹

6.14.3.- Quizás sea difícil dar un concepto preciso de fordismo (o limitar los hechos a los que se alude con la palabra “fordismo”). En el informe sobre el tema, entre otras cosas, se expresa que “es útil recordar, no obstante, que el fordismo y aun el Estado de Bienestar aparecen estrechamente relacionados con la economía keynesiana. Esa concepción consideraba a los trabajadores asalariados también como consumidores y apuntaba a incrementar su número y su poder de compra en tanto componentes esenciales del mercado masivo”.²⁵²

No estoy de acuerdo con estas ideas o cuando en el informe se sostiene que el derecho del trabajo ha “sido pensado, en líneas generales, sobre la base del ‘fordismo’”. Para mí el derecho del trabajo es anterior al fordismo y al Estado de Bienestar y a la economía keynesiana. Es difícil precisar el inicio del fordismo. Pero en el mejor de los casos es de 1908, con la cadena de montaje organizada por Henry Ford para fabricar el modelo “T”. La Teoría General de Keynes es de 1936. La economía del bienestar, propiamente dicha, se llama a la economía de los EEUU que se extiende, aproximadamente, desde el término de la segunda guerra mundial hasta principios de los años 1970. El derecho del trabajo (la legislación laboral) es anterior a estos hechos tanto en Europa como en Nueva Zelanda. Los reclamos por reducción de la jornada de trabajo y aumento de los salarios, que son el núcleo central del derecho laboral, son anteriores al fordismo.

No creo que se pueda sostener que el art. 123 de la Constitución mexicana de 1917 sea fordista. No debemos perder de vista a la revolución mexicana. Se trató de una de las más grandes revoluciones de nuestra América. En el

251 Más allá del debate sobre la adecuación del derecho laboral a los cambios técnicos (que suele invadir el tratamiento de casi todas las materias) la doctrina no desconoce que, en definitiva, “la contratación o subcontratación es un medio para encubrir la provisión de mano de obra a una empresa” (ver Carlos Alberto Etala, *Contrato de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 157); la idea, hasta donde conozco, se encuentra en la obra de López, Centeno y Fernández Madrid, *Ley de contrato de trabajo comentada*, 1978, pág. 256 y se trata de una cita de Epstein y Monat.-

252 Estado Actual, pág. 33.-

art. 123 se establece la jornada de ocho horas; la jornada nocturna de siete; se prohíbe o limita el trabajo nocturno o insalubre para mujeres y jóvenes; se prohíbe el trabajo infantil; se establece un día de descanso cada seis de trabajo; se fija una licencia por maternidad de tres meses anteriores al parto y de un mes luego del alumbramiento; para la lactancia se otorgan dos descansos diarios; se reconoce un salario mínimo (libre de embargo, compensación o descuento) y participación en las utilidades, todo de pago en moneda de curso legal (“ni con vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que se pretenda sustituir la moneda”); pago de las horas extras (limitadas a tres diarias) con un incremento del ciento por ciento; derecho a gozar de habitaciones cómodas e higiénicas, con servicios de escuelas y enfermerías y, para el caso de más de doscientas personas, con mercados públicos; responsabilidad del patrón por los accidentes y enfermedades profesionales; deber patronal de cumplir con las normas de higiene y salubridad; derecho de asociación; derecho de huelga para los obreros y de paro para los patronos (cuando hay exceso en la producción); resolución de los conflictos entre el capital y el trabajo por la Junta de Conciliación y Arbitraje; estabilidad en el empleo (o eliminación del despido sin causa); preferencia de los créditos laborales sobre otro cualquiera en los concursos y quiebras; colocación gratuita; régimen de nulidades (por ejemplo para la renuncia), consagración del bien de familia; fomento estatal para la formación de las cajas de seguros sociales y las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas.²⁵³

También en Argentina la legislación laboral está pensada (y sancionada) con anterioridad al fordismo, al estado de bienestar y a la economía keynesiana. Indico algunos ejemplos.

En La Justicia Social, Alfredo Palacios transcribe un petitorio con cerca de 8000 firmas que realizaron los trabajadores al Congreso de la Nación en los primeros meses de 1890 y que versa sobre cuestiones básicas que integran el derecho del trabajo tales como la limitación de la jornada, la prohibición del trabajo infantil, la reducción de la jornada a seis horas para los menores de 14 a 18 años, la abolición del trabajo nocturno, el descanso semanal de 36 horas,

253 En América no se puede pensar ningún derecho social por debajo de los derechos establecidos en la Constitución mexicana de 1917 (en especial en los arts. 27 y 123).-

la prohibición del trabajo a destajo y por subasta, la implementación de un seguro obligatorio por accidentes, la inspección de las habitaciones y de los talleres y la creación de tribunales especiales.²⁵⁴

El proyecto de Joaquín V. González de ley nacional del trabajo de 1904 regula los derechos de los extranjeros (título II), el contrato de trabajo (título III), la intermediación (título IV), los accidentes laborales (título V), la duración y suspensión del trabajo (título VI), el trabajo a domicilio (título VII), el trabajo de los menores y las mujeres (título VIII), el contrato de aprendizaje (título IX), el trabajo de los indios (título X), la higiene y la seguridad (título XI), las asociaciones industriales y obreras (título XII), las autoridades administrativas (título XIII), y los tribunales de conciliación y arbitraje (título XIV). Así aparecen los temas principales del derecho laboral. Toda la materia allí está expuesta, máxime el extenso mensaje del poder ejecutivo con que se acompaña al proyecto.²⁵⁵

En 1905 se sanciona la ley 4661 de descanso dominical. En 1907 la ley 5291 (sobre trabajo de menores y mujeres). En 1907 se crea la Dirección General de Trabajo. La ley de accidentes 9688 es de 1915. La ley de jornada de trabajo 11544 es de 1929. Y la ley 11729 es de 1934.²⁵⁶

6.14.4.- De todo ello resulta que el derecho del trabajo no padece de una “crisis de adaptabilidad” a un nuevo “sistema productivo” basado en la “descentralización”, como se afirma en el informe. No es cierto que el

254 Alfredo Lorenzo Palacios, *La justicia social*, Editorial Claridad SA, Buenos Aires, 1954, pág. 113.-

255 Joaquín V. González, *Proyecto de ley nacional del trabajo*, Obras Completas, Universidad Nacional De La Plata, Tomo VI, págs. 319 a 578, Buenos Aires, 1937. Sobre la política restrictiva (o represiva) que propone en especial con respecto a los extranjeros, luego se extenderá en *Patria y Democracia* (de 1920): ver en *Obras Completas*, Tomo XI, págs. 563 a 733.-

256 Son algunos ejemplos. Claro está que el derecho colectivo de asociaciones profesionales que se impone con la revolución del 4 de junio de 1943 es de inspiración fascista (o sea: no está pensado sobre el fordismo, el estado de bienestar o la economía keynesiana, sino a partir de un modelo de dictadura anticomunista).-

derecho laboral se deba adaptar a la “descentralización”, al sistema productivo descentralizado. Tampoco es una norma (moral o jurídica) que esté justificada por el grupo de expertos; ni siquiera se esboza una justificación de la misma.

No se trata de adaptar nada. Lo que hay que hacer es fijarse determinados fines (que en una república democrática están establecidos en la Constitución) y establecer los medios para alcanzarlos. ¿Se cumple o no con el deber de asegurar los derechos del trabajador? ¿Se promueve el progreso, el estancamiento o la regresividad? El mandato constitucional es el aseguramiento de los derechos humanos y la promoción del progreso social e individual. Hay que cumplirlo.

6.14.5.- No estoy de acuerdo con el tratamiento que se le da al tema de la llamada “tercerización y descentralización productiva”, ni tampoco con la propuesta de considerar “procedente una reformulación del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo que ratifique la carga del empleador de exigir y corroborar el cumplimiento, por parte de cesionarios, contratistas o subcontratistas, de todas las normas relativas al contrato de trabajo y a la seguridad social, mantenga la responsabilidad solidaria respecto de todas las obligaciones contraídas con los trabajadores independientemente de lo que se hubiese estipulado en los contratos de tercerización, sin otras excepciones que aquellos supuestos en los cuales los trabajos o los servicios sean ajenos a la actividad esencial, típica, habitual y permanente del establecimiento, o cuando se produzca adquisición o venta de productos terminados o semiterminados a terceros que actúan en nombre propio y a su riesgo (siempre que tales autonomías y riesgos propios sean reales y los terceros posean estructura y solvencia adecuadas a su giro). Todo ello sin perjuicio de procurar conferirle operatividad a un régimen de responsabilidades subsidiarias, que imponga obligaciones de garantía en los instrumentos de contratación, subcontratación y demás que implementen vías de descentralización”.²⁵⁷

La regulación de la cesión, contratación o subcontratación en el art. 30 de la LCT no es un medio adecuado para que el trabajador no sufra las consecuencias dañosas que le impone la descentralización (o la tercerización), ya que, en primer lugar, impone un régimen de solidaridad muy restringido, y, en segundo lugar,

257 Estado Actual, págs. 168 y 169.-

nada regula sobre el convenio colectivo aplicable a la relación de empleo, de modo que, a través de la tercerización, el trabajador pierde derechos o no alcanza las mejores condiciones de trabajo que gozan otros compañeros que realizan sus mismas o similares tareas.²⁵⁸

Para corregir estos defectos considero que hay que imponer la solidaridad de todos los partícipes en la cesión, contratación o subcontratación y hay que establecer que la relación de empleo se regirá por el mejor convenio colectivo de los que se apliquen al principal o al cesionario o al subcontratista.

El art. 30 podría quedar redactado de la siguiente manera: “Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos o servicios, serán solidariamente responsables por las obligaciones laborales de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. En estos casos, la relación laboral se regirá por la convención colectiva que establezca condiciones más favorables para el trabajador y que sea aplicable al cedente o al cesionario o contratista o subcontratista”.

Con la solidaridad entre el principal y la contrata se procura impedir la primera consecuencia dañosa para el empleado, a saber: que la insolvencia de la contrata le impida al empleado la percepción de sus créditos salariales o indemnizatorios; mientras que cuando se recomienda aplicar el mejor convenio colectivo entre los concurrentes se intenta superar el segundo efecto nocivo (ya indicado) de la tercerización.

6.14.6.- Además, para reforzar esta propuesta se debe eliminar del art. 16

258 Pablo Candal afirma, con relación al art. 30 de la LCT, que “una serie de modificaciones de la primigenia regla estatal terminó por desplazar el eje de la tutela, para pasar de la protección de los derechos del trabajador a las necesidades de control y recaudación del Estado y de los sujetos de derecho privado en los que éste delegó sus responsabilidades en materia de seguridad social” (ver en Vázquez Vialard y Ojeda, Ley de Contrato de Trabajo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 355).-

LCT su primera oración que prohíbe la aplicación analógica de los convenios colectivos. El texto actual del art. 16 LCT es el siguiente: “Las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador”.

Se trata de un texto que, en general y hasta donde conozco, ha sido muy mal tratado por la doctrina nacional. La primera parte del artículo claramente establece que las convenciones colectivas no pueden ser aplicadas extensiva o analógicamente. En este punto las discusiones se dan en torno a qué se entiende por una aplicación extensiva y una analógica. Pero en cualquier caso se acepta que el texto prohíbe que los convenios colectivos se apliquen en alguna de esas formas.

A mi entender el mal trato se da con la segunda parte donde se permite que los convenios colectivos sean tenidos en consideración según la profesionalidad del trabajador para la resolución de casos concretos. En general la doctrina nacional considera que en esta segunda parte del art. 16 LCT se dispone que las convenciones colectivas puedan ser consideradas como una regla de interpretación.²⁵⁹ Pero el art. 16 LCT no establece una norma de interpretación sino que, lisa y llanamente, expresa un permiso (o una facultad) que consiste en poder usar los convenios colectivos, en donde encuadran las tareas del trabajador, para la resolución de un caso concreto. Así (claro está que como un permiso) se establece una excepción al principio que dispone que es la actividad del empleador la que determina que se le aplique un convenio colectivo y no otro. En esta segunda parte del art. 16 LCT se expresa que está permitido usar un convenio colectivo donde encuadran las tareas del trabajador para decidir un caso concreto, a pesar que ese convenio colectivo no sea el que se aplique a la actividad del empleador. En el art. 16 no se afirma que la relación de empleo debe quedar encuadrada en el convenio colectivo donde se subsumen las tareas del trabajador ni que en la empresa se debe aplicar la convención (que ajena a su

259 Por ejemplo, Posse dice: “El legislador acepta que las soluciones inspiradas en la norma convencional puedan ser consideradas como pautas interpretativas para la resolución de controversias concretas tomando como referencia la profesionalidad del subordinado” (Ley de contrato de trabajo, Bs. As., 2004, pág. 40).

actividad) se corresponde con el oficio del dependiente.²⁶⁰

El art. 16 podría quedar redactado de la siguiente manera: “Las convenciones colectivas de trabajo deberán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador cuando establezcan condiciones más favorables para éste”.

Ahora bien, de mantenerse la vigencia del art. 30 LCT cabe observar que los supuestos en él contemplados son una excepción que como tal debe ser interpretada en forma muy restrictiva y siempre a favor del trabajador (art. 9 LCT) y que el art. 30 es uno de los principales instrumentos jurídicos puesto por la LCT para facilitar el fraude laboral (art. 14 LCT).

6.14.7.- Así como estoy en desacuerdo con el art. 30 de la LCT también lo estoy, *prima facie*, con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema. Sin embargo, es dable señalar ciertas consideraciones que formula la Corte Suprema y que suelen pasar desapercibidas para la doctrina.

La Corte Suprema ha resuelto que “si la controversia quedó circunscripta a la determinación de la existencia de una relación contractual directa, es descalificable la solución fundada en la responsabilidad indirecta o refleja de la demandada con arreglo a las previsiones del art. 30 LCT”.²⁶¹

Al comentar el caso Farace, Alvarez Magliano y Fera dicen que en relación “a la condena contra la Cruz Roja, el máximo Tribunal entendió que el a quo se había apartado de la configuración fáctica y probatoria del caso, cual era la determinación de la existencia de una relación contractual directa entre el

260 En este sentido no se opone a la doctrina fijada en el Plenario N° 36 (CNAT, 22-3-1957, Riso, Luis P. c/ Química La Estrella): “En los casos en que el empleador tenga a su servicio trabajadores que realizan tareas distintas de las de su actividad específica, no debe considerárselo comprendido en las convenciones colectivas que contemplan especialmente la profesión o el oficio de esos trabajadores”. Así en la empresa se aplica el convenio de su actividad pero, por el art. 16 LCT, el convenio donde encuadran las tareas del trabajador puede ser utilizado para decidir un caso concreto.-

261 CSJN, 9-12-93, Farace c/ Fondos Unidos y otros, Fallos 316:2918.-

actor y dicha institución, y no su responsabilidad indirecta o refleja”.²⁶²

Toda la doctrina de la Corte Suprema a partir del caso Rodríguez (Fallos 316:713) y del caso Luna (Fallos 316:1609) se basa en la existencia de “contratos serios” entre el comitente y el contratista, o el cedente y el cesionario.

Al introducir el tema de la “responsabilidad solidaria en el sector privado”, Álvarez Magliano y Fera señalan que Rodríguez y Luna “contemplan los casos de las concesiones y franquicias realizadas en el marco de la legislación comercial mediante contratos serios, cuya existencia fue alegada y probada durante la sustanciación de la causa, y los casos de integración de la cadena de comercialización de un producto entre diversas empresas, también acreditadas mediante la agregación de contratos, informes periciales e informes sobre la no exclusividad en la prestación de actividades comerciales entre dichas empresas”.²⁶³

Me parece que -más allá de mis desacuerdos con el texto del art. 30 de la LCT y con la doctrina de la Corte Suprema en la materia- no hay que pasar por alto el requisito de la existencia de “contratos serios” que impone el superior tribunal para tener por válida a la contratación o subcontratación de servicios. Así no se trata de aceptar cualquier tercerización por el mero hecho de serlo (con la consecuencia grave para el trabajador de ver reducidos sus derechos durante la vigencia del contrato y a su extinción) sin exigir que esté justificada en “contratos serios”.

6.15. SOLIDARIDAD DE SOCIOS Y DIRECTORES El grupo de expertos se pronuncia a favor de “la extensión de responsabilidad hacia los socios o administradores, aplicable tanto al supuesto de deficiente registro del contrato como al recurso de crear una sociedad con ínfimo capital con la intención de burlar los derechos del trabajador y evadir las cargas de la seguridad social”, por cuanto “constituye un procedimiento válido que,

262 ver Álvarez Magliano y Fera, El derecho del trabajo según la CSJN, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 113.-

263 Ver Álvarez Magliano y Fera, ob. cit., pág. 111.-

además de contar con un desarrollo jurisprudencial sostenido, requeriría afianzarse con textos legales expresos que le den sustento”.²⁶⁴

La propuesta resulta beneficiosa pero insuficiente ya que deja afuera de la medida protectoria el caso del incumplimiento de las obligaciones laborales cuando no hay irregularidad registral. Quizás la adecuada protección debida al trabajador en cumplimiento al deber de asegurar sus derechos (conforme lo manda el art. 14 bis) es, lisa y llanamente, disponer que la personalidad jurídica sea inoponible ante el acreedor laboral a través de un texto que podría ser como el siguiente: “La persona jurídica que ocupe trabajadores será solidariamente responsable con sus socios o directores por todas las obligaciones laborales”.

6.16. CONTRA LAS SUPUESTAS PASANTÍAS El grupo de expertos -si bien da cuenta del “uso fraudulento y desviado de las pasantías”-²⁶⁵ no propone la eliminación de las mismas sino “un control estatal más eficaz y enérgico” y la revisión de las normas “para evitar utilización fraudulenta de formas o modalidades contractuales laborales admitidas por la propia ley”.²⁶⁶

En noviembre de 2008 se sanciona la ley 26.427 que crea el Sistema de Pasantías Educativas que deroga el régimen anterior (la ley 25.165, art. 2 ley 25.013, Dto. 340/92, Dto 93/95 y art. 7 Dto 487/2000) y que, prima facie, resulta un pequeño avance ya que reduce la duración de las pasantías a un plazo máximo de dieciocho meses (con una carga horaria semanal de 20 horas) cuando, con la legislación anterior, había llegado a cuarenta y ocho meses (con una jornada semanal de hasta treinta y seis horas).

Sin embargo debe quedar claro que el legislador no tiene mandato para sancionar normas que, bajo la apariencia de procurar fines sociales útiles o beneficiosos para amplios sectores de la sociedad, son en realidad sólo medios a través de los cuales se facilita la supresión o limitación de los

264 Estado Actual, pág. 190.-

265 Estado Actual, pág. 163.-

266 Estado Actual, pág. 168.-

derechos del trabajador. Las pasantías educativas son sólo y exclusivamente un medio para el fraude laboral, para -en los términos del art. 14 LCT- aparentar “normas contractuales no laborales”, motivo suficiente para que sean absolutamente descalificadas.

Sobre la base de estas ideas hay que derogar toda la legislación sobre pasantías y además ordenar la transformación (ipso iure o de pleno derecho) de todos los contratos de pasantía en contratos de trabajo, dejándose claramente establecido que la real fecha de ingreso del trabajador a su empleo coincida con la fecha de inicio de la pasantía (según el texto del contrato o del primero de ellos en caso de haber varios sucesivos) o, en su caso (de ser anterior), con la fecha en que comenzó la prestación de servicios.

6.17. LA PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS Dentro del maltrato general que ha sufrido el art. 14 bis, uno de los derechos más olvidados o descuidados por la doctrina nacional ha sido el de participación en las ganancias con control de la producción y colaboración en la dirección. Cuando la legislación se ha ocupado de la participación en las ganancias lo ha hecho para reconocer la facultad del empleador a utilizar esta forma de remunerar el trabajo del dependiente y no como un derecho de éste correlativo a la obligación de aquél. Así sucede en la regulación que imponen los arts. 227 a 232 de la ley de sociedades 19.550 o en el art. 110 de la LCT.

Observo que la regulación de la LCT es incompatible con la establecida en la ley de sociedades. En la LCT se manda liquidar las ganancias sobre las utilidades netas mientras que en la ley de sociedades se ordena el cálculo sobre las utilidades brutas.

En el art. 110 LCT se dispone que “si se hubiera pactado una participación en las utilidades, habilitación o formas similares, éstas se liquidarán sobre utilidades netas”. Mientras que en el art. 230 de la ley de sociedades 19550 se manda computar las ganancias que les correspondan a los dependientes como gastos de ejercicio. Verón (al comentar el texto del art. 230) dice que “el derecho a participar en las ganancias se computa como gasto de la sociedad (art. 230, párr. 1º in fine), lo cual significa que ha de incidir en el estado de

resultados del ejercicio como pérdida operativa ordinaria proveniente de un pago que integra la retribución del empleado beneficiario”.²⁶⁷

Recuerdo que la Corte Suprema en la causa Marangunich se había pronunciado en el sentido que “en el sub examen se trata de una forma arbitrada -mediante las llamadas “acciones diferidas”- para aumentar el sueldo de los empleados con el fin de interesarlos en el resultado económico de las actividades societarias y, por lo tanto, es un gasto necesario que corresponde deducir del monto imponible”.²⁶⁸ Para la doctrina de la Corte Suprema, la participación obrera en las ganancias es un gasto (que se deduce del monto imponible al impuesto a los réditos), motivo por el cual la participación se debe calcular sobre las utilidades brutas (o anteriores al impuesto a las ganancias) y no sobre las netas (que se obtienen luego de restar el impuesto a las ganancias).

Quizás la primera vez que en la legislación nacional se establece la obligación de emitir bonos de participación en las ganancias sea en el art. 29 de la ley 23.696 (de reformas del estado) a favor de los trabajadores de las empresas a privatizar o privatizadas. En los últimos años, por diferentes motivos (entre los que cabe señalar los reclamos judiciales de los trabajadores de varias empresas privatizadas), el tema ha despertado la atención de los poderes del gobierno y así la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12 de agosto de 2008 dicta sentencia in re Gentini.²⁶⁹

267 Ver Alberto Víctor Verón, *Sociedades Comerciales*, T° 3, 2° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998, págs. 664 y ss; el texto citado se ubica en la pág. 668 donde en la nota a pie de página n° 12 agrega que “las ganancias distribuidas como dividendos adjudicados a bonos de trabajo no tendrán el tratamiento impositivo... de los dividendos que perciban las acciones, sino que serán deducibles como gastos para la determinación de la ganancia imponible”.

268 Ver Corte Suprema, junio 23-955, Marangunich Alberto SA c/ DGI, LL, 79-586. En su fallo la Corte Suprema aclara que “existe error de nombre al llamarlas acciones diferidas a aquéllas de que se trata, pues no son acciones de capital sino de usufructo de utilidades como retribución del concurso personal de los empleados”. O sea se trata de una causa sobre participación en las utilidades.-

269 Sin olvidar otros principios sobre la materia que enuncia la Corte Suprema en este fallo (para resolver la causa) aquí destaco los dos siguientes: que la participación en las ganancias es un derecho constitucional que debe ser asegurado al trabajador (consid. 6) y que los derechos sociales “tienen una ubicación preferente dentro del ordenamiento jurídico interno”

Una manera sencilla de asegurar la participación de los trabajadores en las ganancias consiste en modificar el art. 110 de la LCT. El cambio del texto se debe dirigir a imponer la obligación patronal de abonar la participación en las utilidades. Se puede proyectar un nivel mínimo de participación. Para ello se puede modificar el art. 110 de la LCT de la siguiente manera: “El empleador debe al trabajador una participación en las utilidades que nunca será inferior al importe del sueldo anual complementario percibido en el respectivo año calendario”. La idea es fijar por ley un nivel mínimo de participación. Este mínimo puede ser equivalente a un sueldo anual complementario. También se podrían establecer diferentes mínimos de participación ordenados en una escala ascendente de acuerdo al número de trabajadores o a las ganancias de la empresa; a mayor número de trabajadores (o a mayor cantidad de ganancias de la empresa) la escala legal fijaría un mayor importe mínimo de participación a pagar a los dependientes.

Considero que ante lo dispuesto en el art. 111 de la LCT (donde se reconoce a favor del trabajador o de quien lo represente un amplio derecho para verificar las utilidades, lo que incluye que la inspección pueda ser ordenada por el poder judicial a petición de parte) queda establecida una razonable facultad de fiscalización o de vigilancia para hacer viable el goce del derecho. Aunque claro está que lo dispuesto en el art. 111 LCT no es un aseguramiento al derecho del trabajador a ejercer o gozar del “control de la producción y colaboración en la dirección” que reconoce el art. 14 bis y que (junto a la participación en las ganancias) está absolutamente incumplido en la Argentina.

6.18. LA ESTABILIDAD No estoy de acuerdo con el informe en la medida que mantiene al despido sin justa causa dispuesto por el empleador como un medio de extinción del contrato de trabajo, ya que entiendo que la Constitución nacional (con más las ampliaciones dispuestas en los tratados enumerados en el art. 75.22) reconoce el derecho a la estabilidad en el empleo.²⁷⁰

Por ello hay que adecuar la legislación nacional al texto constitucional y

(consid. 7).

270 Ver Constitución y Trabajo, párrafo 6.9, en www.javierspaventa.com.ar .-

establecer el derecho a la estabilidad. Para ese fin primero hay que derogar los arts. 231, 232, 233, 235, 236, 237, 238 y 239 de la LCT (referidos al preaviso). En segundo lugar se debe modificar el art. 245 en algún sentido similar al siguiente: “El trabajador adquiere el derecho a la estabilidad desde el momento en que hubiere cumplido un período de prestación de servicios de tres meses contados desde la fecha de su ingreso. Cuando el empleador haga denuncia injustificada del contrato de trabajo, el trabajador tendrá derecho a demandar su reingreso o el pago de la indemnización prevista en el art. 246 LCT. Cuando el empleador haga denuncia injustificada del contrato de trabajo deberá abonar al trabajador las remuneraciones que le pertenezcan hasta que cumpla con la sentencia que disponga el reingreso o, en su caso, hasta que se cumpla un plazo máximo de un año a contar desde que el trabajador reúne los requisitos necesarios para obtener la jubilación”.

A su vez el art. 246 LCT se debería modificar en el siguiente sentido: “Cuando el trabajador hiciera denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, el empleador deberá abonarle una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos (2) meses de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo”.

6.19. EL PROCEDIMIENTO PREVENTIVO DE CRISIS Tampoco estoy de acuerdo con el informe cuando se pronuncia a favor del procedimiento preventivo de crisis que introdujera la ley 24.013 (en sus arts. 98 a 105), ni que a través de ese procedimiento se pueda excluir a una empresa en crisis del convenio colectivo que le fuera aplicable (como se dispone en el art. 25 de la ley 25.877).

El procedimiento preventivo de crisis es un proceso administrativo para reducir los derechos del trabajador (durante la vigencia de su contrato individual) y, por otro lado, facilitar (abaratarse) su despido. El procedimiento preventivo de crisis es un proceso de clara inspiración flexibilizadora que

no ha contribuido, bajo ningún aspecto, a la mejora de la situación de los trabajadores argentinos.

No podemos compartir el informe cuando en él se expresa que “la experiencia también da cuenta de resultados positivos en orden a negociar soluciones alternativas a la de suspender o despedir trabajadores. Abundan ejemplos en los que se pactaron reducciones de jornada de trabajo o licenciamientos rotativos de todo el personal, en ocasiones con pago parcial de remuneraciones, afrontando los trabajadores en forma solidaria los efectos de la situación de crisis, evitando que las suspensiones afecten sólo a determinados trabajadores o que algunos de ellos sean despedidos... y siempre mediando aceptación individual del conjunto del personal, se pactaron diferimientos y hasta reducciones parciales y temporales en el pago de salarios... se verificaron situaciones en que los despidos fueron sustituidos por un régimen de desvinculaciones negociadas con pago de indemnizaciones usualmente superiores a las tarifas que hubieran correspondido para este tipo de despidos”.²⁷¹

No es cierto que los trabajadores afrontan “en forma solidaria los efectos de la situación de crisis” sino que, muy por el contrario, la misma les es impuesta, entre otros, por los gobiernos que, en vez de asegurar los derechos del trabajador y de promocionar el progreso de los pobres en general, llevan a cabo políticas a favor de los ricos.

Por cierto que debe existir un procedimiento para enfrentar las crisis pero el mismo no puede ser un estado de sitio económico y social, sino el establecimiento de mayores y mejores derechos a favor de los pobres, a través de un proceso que, sobre esta base (absolutamente diferente a la que aquí criticamos), disponga la continuidad de la explotación, de los puestos de trabajo y de los salarios, y que transfiera total o parcialmente el negocio a los obreros, con el control por parte de éstos de la producción.

En este orden de ideas es claro que si a mi entender no se debe mantener el procedimiento preventivo de crisis de la ley 24.013, mucho menos se debe

271 Estado Actual, págs. 259 y 260.-

adoptar la propuesta del grupo de expertos en el sentido que los acuerdos que se alcancen en aquel proceso “deberían ser sometidos a aprobación a texto cerrado por asamblea del personal comprendido en los efectos del mismo convocada por la respectiva entidad sindical”, ni que así aprobados esos acuerdos tengan el “alcance general previsto en la ley 14250”, ni que sobre ellos los trabajadores carezcan “de acciones individuales de impugnación, con excepción de las originadas en la autonomía individual”.²⁷²

6.20. LA PRESCRIPCIÓN En el informe no se realiza propuesta de reforma sobre la prescripción de los créditos laborales. Se trata de una omisión importante. El grupo de expertos señala que la cuestión de “los efectos del silencio del trabajador ante modificaciones peyorativas del contrato de trabajo impuestas unilateralmente por el empleador... remite a una revisión de los plazos y requisitos de la prescripción”²⁷³ pero, en definitiva, no avanza sobre el tema. En adelante voy a formular algunas propuestas de reforma que pienso que, en cualquier caso, mejoran la legislación vigente.

La primera reforma consiste en introducir dos pequeñas modificaciones en el art. 256 LCT. La primera es establecer que el plazo de prescripción de dos años comienza a correr a partir de la extinción del vínculo laboral. La segunda es disponer que tanto el plazo como el comienzo del mismo puedan ser modificados a favor del trabajador por convenciones individuales o colectivas.

El art. 256 LCT quedaría redactado de la siguiente manera: “Prescribirán a los dos (2) años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo. El plazo comienza a correr desde la extinción del contrato de trabajo. El plazo como su comienzo sólo pueden ser modificados a favor del trabajador por convenciones individuales y colectivas”.

Esta primera reforma debe ir acompañada de una modificación del art.

272 Estado Actual, pág. 261.-

273 Estado Actual, pág. 178.-

258 LCT (sobre accidentes y enfermedades profesionales) que disponga que el plazo bienal también comienza a correr desde la extinción del vínculo salvo que la determinación de la incapacidad sea posterior. El art. 258 LCT quedaría redactado de la siguiente manera: “Las acciones provenientes de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedades profesionales prescribirán a los dos (2) años, a contar desde la extinción del contrato de trabajo salvo que la determinación de la incapacidad sea posterior, en cuyo caso comenzará a partir de la fecha en que ésta se haya llevado a cabo”.

La segunda reforma es igual a la primera pero incrementando el plazo de la prescripción a cuatro años (tanto para los créditos laborales como para las acciones provenientes de accidentes y enfermedades profesionales) para así alcanzar el nivel de progresividad que se había obtenido con la sanción de la ley 20.744 (que, por lo menos en su art. 278, establecía un plazo de cuatro años).

La tercera reforma consiste, lisa y llanamente, en derogar la legislación laboral sobre prescripción y en proceder a aplicar el Código Civil. En adelante expongo las razones de la propuesta.

El derecho del trabajo, en cuanto norma especial, sólo se justifica en la medida que viene a mejorar los derechos reconocidos en el derecho común, y resulta inconstitucional (o inaplicable) si, por el contrario, modifica *in peius* al derecho civil, ya que de proceder de esta manera viene a desasegurar los derechos ya asegurados y, en consecuencia, a violar directamente el mandato del art. 14 bis de la Constitución (ampliado por los tratados enumerados).²⁷⁴

El art. 256 de la LCT no sólo es una norma de facto (que como tal carece de validez) sino que, además, es una norma que ha venido a limitar y reducir, a modificar “*in peius*” los derechos de los trabajadores, ya que redujo en dos años el plazo de prescripción que estaba asegurado por la ley 20744 (art. 278).²⁷⁵

En virtud del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN), que ha

274 Por ello resulta inconstitucional (o inaplicable para conocer y decidir cualquier causa -art. 116 CN) el art. 256 de la LCT con respecto al mejor derecho establecido en el Código Civil (arts. 4023 y 4027).

275 Ver Constitución y Trabajo, párrafo 5 y ss., en www.javierspaventa.com.ar .-

sido ampliado por los tratados enumerados (art. 75, inc. 22, de la CN) que prohíben toda discriminación por razones de “cualquier índole”, inclusive la “posición económica”, no es posible seguir sosteniendo que las obligaciones laborales prescriben a los dos años (art. 256 LCT) cuando, al mismo tiempo, las otras obligaciones personales, y que tienen origen en cualquier otro contrato, poseen un plazo de prescripción de diez años (art. 4023, CC).

Es claro que hay una distinción lesiva al trabajador por su posición económica, por ser un desprotegido, un pobre, que constituye una discriminación en los términos de los tratados enumerados (art. 75, inc. 22) y que resulta lesiva a la Constitución (arts. 16 y 31).

Entonces se impone derogar al art. 256 LCT (o declarar su inconstitucionalidad o inaplicabilidad para la decisión de las causas) y regular la prescripción de los créditos laborales por el Código Civil. El plazo del art. 4023 del Código Civil se debe aplicar a toda acción por el reconocimiento de un derecho laboral, mientras que el plazo del art. 4027, inc. 3, se debe aplicar a las acciones por créditos líquidos (ej: por pago de sueldos atrasados).

El art. 4023 del Código Civil dispone que “toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor”. De ello resulta que, en principio, toda acción por créditos laborales prescribe a los diez años a contar desde que el mismo es exigible (o sea: desde que la obligación se debía o debe cumplir).²⁷⁶

El art. 4027, inc. 3 del Código Civil, establece que “se prescribe por cinco años la obligación de pagar los atrasos: ...3° De todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos”. De aquí resulta que la acción por el pago de sueldos atrasados (en cuanto créditos líquidos), como de cualquier

276 Aquí quedan también incluidas las acciones por el pago de accidentes y enfermedades profesionales, ya que no se puede sostener que se traten de acciones típicamente por responsabilidad extracontractual en la medida que media entre las partes un contrato de trabajo. Ello entonces descartaría la aplicación del art. 4037 del Código Civil cuando establece que “prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

otra acción por el pago de una suma cierta, determinada, de pago anual o períodos más cortos (sueldo anual complementario, vacaciones, adicionales convencionales), prescribe a los cinco años a contar desde que la obligación se debía o debe cumplir.²⁷⁷

Así se establece una clara distinción entre la acción por sueldos atrasados y la acción por el reconocimiento de un derecho. La primera está sujeta al plazo quinquenal (inc. 3º, art. 4027, CC), mientras que la segunda lo está al plazo decenal (art. 4023, CC).

En igual sentido se pronuncian Salvat²⁷⁸, Spota²⁷⁹ y Salas²⁸⁰. Salvat sostiene que el cobro de diferencias de sueldo está sujeto al plazo decenal (art. 4023, CC) “porque no son atrasos en los pagos”²⁸¹. Y es obvio ya que el reclamo tiene por objeto reconocer un derecho: el derecho al cobro de los trabajos

277 En este sentido (hace muchos años) se resolvió: “Se sostiene que el caso se halla regido por el art. 4027, inc. 3º, del cód. civil, que declara prescripto a los 5 años ‘todo lo que deba pagarse por años, o plazos periódicos más cortos’. Evidentemente, esta disposición no es aplicable a la acción deducida en autos, porque el actor lo que pretende obtener es el reconocimiento de un derecho que le ha sido desconocido y como consecuencia el cobro de una suma que entiende que debió abonársele. Su propósito, pues, no se limita simplemente a lograr la percepción de sueldos atrasados, no hechos efectivos en su oportunidad, en cuyo caso sería de estricta aplicación la norma citada, sino que persigue ante todo -cabe repetirlo- el reconocimiento de un derecho -el derecho al sueldo- nacido de la relación jurídica creada con el Estado a raíz de su nombramiento como funcionario o empleado y los servicios prestados en ese carácter. Una situación de esta naturaleza no puede ser encuadrada, desde el punto de vista de la prescripción de la acción, en el art. 4027, inc. 3º, del cód. civil, sino en la regla general del art. 4023, que declara prescriptible a los 10 años ‘toda acción personal por deuda exigible’” (CNEspecial, abril 30-952.- González Millán, Angel c. Gobierno Nacional; LL, 66-831).

278 Ver Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Tº III, TEA, Bs. As., 1956, pág. 531.-

279 Spota, Tratado de Derecho Civil, Tº I, Parte General, volumen 3/8, Roque Depalma, Bs. As., 1959, pág. 500.-

280 Salas, Código Civil y Leyes Complementarias Anotados, Tº III, Roque Depalma, Bs. As., 1959, pág. 1905, Nº 9.-

281 Salvat, ob. cit., pág. 531.-

realizados (derecho al sueldo, al precio de los servicios; arts. 1627 y 1628, CC). En consecuencia, no es aplicable el art. 4027 (inc. 3º) porque sólo alude a “la obligación de pagar los atrasos”. No se da su presupuesto de hecho que se refiere a otros casos (los “atrasos”). Hay que tener en cuenta que el art. 4027, inc. 3º, del Código Civil tiene por finalidad impedir la acrecencia ilimitada de los atrasos del deudor por la inacción del acreedor.

Por su parte Salas indica que el plazo quinquenal no se aplica cuando el importe de los servicios se halla sujeto a liquidación²⁸². Y, en este sentido, se ha resuelto: “Que el art. 4027, inc. 3º del cód. civil no funciona, entre otras hipótesis, cuando se trata de un capital indeterminado o hay de por medio una liquidación de cuentas pendientes”²⁸³.

Y explica Salvat que una “condición necesaria para la aplicación de la prescripción de cinco años, es que exista un capital determinado y líquido” ya que “si se trata de un capital indeterminado o si hay de por medio una liquidación de cuentas pendientes, el acreedor tiene el derecho de reclamar su liquidación, pero carece de una acción para reclamar directamente los intereses y, por tanto, no sería justo que éstos quedaran sometidos a la prescripción quinquenal”²⁸⁴.

La aplicación del inc. 3º del art. 4027, CC, está condicionada a que se trate de “atrasos” y a que el objeto del reclamo sea una suma determinada y líquida. De no ser así “ninguna prestación que debe cumplirse en esos plazos quedaría fuera de su régimen (p. ej. precio de compra de un inmueble pagadero en mensualidades...)”. De modo que el inc. 3º “es solamente comprensivo de los demás supuestos que puedan existir, asimilables o equivalentes a los legislados en los incisos 1º y 2º”, que brindan “los caracteres cualitativos comunes a la naturaleza y al contenido de toda la norma. Se trata de obligaciones de dar, con un carácter esencial de periodicidad, cuyas prestaciones referidas a períodos preestablecidos, completan una serie de cierta duración, ligada a un

282 Salas, ob. cit., págs. 1911/12.-

283 Fallo 11.558.- Cámara Civil 2º de la Capital; LL, 21-789.-

284 Salvat, ob. cit., pág. 554.-

derecho del cual son siempre un accesorio”.²⁸⁵

Por eso se aplica a los “sueldos atrasados”, que son asimilables a las pensiones alimenticias (inc. 1º) o a los alquileres (inc. 2º) ya que se devengan, en general, por mes; pero no funciona ante la acción por el reconocimiento de un derecho.

Estas mismas consideraciones deben ser formuladas contra la aplicación o uso del art. 847, inc. 2º del Código comercial. Una inteligencia completa de la norma que contiene el texto debe advertir que su aplicación es ante “obligaciones periódicas” de cuentas aceptadas, liquidadas o que se presumen liquidadas (según lo establecido en los arts. 73 y 474 del mismo código).

Hay que descartar la aplicación del inc. 1º del art. 848 del Código comercial que establece que prescriben a los tres años “las acciones que se deriven del contrato de sociedad y de las operaciones sociales”. Esta norma es inaplicable sencillamente porque los trabajadores (en defensa de sus derechos) no ejercen acciones que se derivan del “contrato de sociedad” ni de las “operaciones sociales” (cuando el empleador es una sociedad comercial).

Además, con las palabras “operaciones sociales” no se alude a un concepto autónomo del cual pueden derivar las acciones a las que se refiere el inc. 1 del art. 848, sino que debe darse junto con la noción de estatuto social a las que se refiere -el mismo artículo- con las palabras “contrato de sociedad”.

Las acciones son las que derivan del contrato de sociedad y (subrayo “y”) de las operaciones sociales. Se trata de una conjunción. Nótese que no se escribió la letra “o”. Se escribió la letra “y”.

El artículo viene de la legislación italiana donde se había escrito la letra “o”, pero la doctrina italiana había entendido que debía leerse como si fuera una letra “y” por la distorsión que, de no hacerlo, se producía en todo el régimen de la prescripción. Sucede que si se leía como una “o”, entre otras cosas, la misma acción (por ejemplo: cumplimiento de un contrato) tenía un plazo de

285 Salvat, ob. cit., pág. 556.-

prescripción si el acreedor era una sociedad y tenía otro si se trataba de un comerciante individual.

En nuestro derecho ese problema no existe porque se escribió la letra “y”. Por ello no se trata de dos conceptos, sino de uno solo: contrato social y operaciones sociales que “denota que hay un nexo racional entre ellos, evidenciando el propósito de comprender los casos en que el contrato social da lugar a operaciones sociales”²⁸⁶.

Regular la prescripción de las acciones por créditos laborales provenientes del contrato de trabajo y de accidentes o enfermedades profesionales por las normas del Código Civil, resulta muy tentador ya que son lapsos mucho más extensos que los previstos por la legislación laboral vigente. Aunque pueden tener el inconveniente que comienzan a correr estando aún vigente la relación de empleo, hecho que, a no dudarlo, dificulta el ejercicio de cualquier acción o reclamo por parte del trabajador. Esta es la ventaja que tienen la primera y la segunda propuesta de reforma: el plazo (ya sea de dos o de cuatro años) se inicia una vez finalizado el contrato de trabajo.

Por ello quizás se podría buscar otra solución (la cuarta propuesta de reforma) y que sería elevar el plazo a cinco años a contar desde el término del contrato de trabajo. No se trata de una reforma caprichosa. Elevar el plazo a cinco años es introducir una mejora al nivel alcanzado por la ley 20.744 (cuyo art. 278 había fijado un plazo de cuatro años). Además, los trabajadores estatales (a diferencia de los empleados del sector privado) gozan del plazo de cinco años para el ejercicio de sus acciones.²⁸⁷ Entonces, sobre la base del

286 Raymundo L. Fernández, Código de Comercio, Bs. As., 1950, T° III, pág. 654; en igual sentido Carlos C. Malagarriga, Tratado Elemental de Derecho Comercial, Bs. As., 1952, T° IV, pág. 467 y ss; en ambos autores además se encuentra la discusión en la doctrina italiana con la opinión de Vivante y muchos otros.-

287 Conforme la doctrina plenaria de la CNFed. Contencioso Administrativo, en autos *Arbey Ballesteros* del 19-10-1993, el cobro de sumas de dinero por remuneraciones o diferencias salariales del personal del estado queda sometido al plazo de prescripción establecido en el art. 4027 del Código Civil (Rep. La Ley, 1994, pág. 1572, N° 143; JA 1994-I-600; ED, 156-455).

principio de igualdad (art. 16 CN, ampliado por los tratados enumerados), se impone la misma solución, ya que resulta lesivo de aquel principio que a los créditos de los trabajadores estatales se les aplique la prescripción quinquenal mientras que a los créditos de los empleados de las empresas privadas se les aplique un plazo liberatorio menor.

El art. 256 LCT quedaría redactado de la siguiente manera: “Prescribirán a los cinco (5) años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo. El plazo comienza a correr desde la extinción del contrato de trabajo. El plazo como su comienzo sólo pueden ser modificados a favor del trabajador por convenciones individuales y colectivas”.

El art. 258 LCT quedaría redactado de la siguiente manera: “Las acciones provenientes de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedades profesionales prescribirán a los cinco (5) años, a contar desde la extinción del contrato de trabajo salvo que la determinación de la incapacidad sea posterior, en cuyo caso comenzará a partir de la fecha en que ésta se haya llevado a cabo”.

6.21. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES INCULPABLES Con respecto al tema de los accidentes y enfermedades inculpables se sostiene en el informe que, en principio, el régimen legal no merece modificaciones “fuera del debate sobre la extensión de los plazos previstos en la ley y su ampliación”;²⁸⁸ cuestión esta sobre la que el grupo de expertos no se pronuncia (no indica cuáles podrían ser esos nuevos lapsos de licencia o de conservación del empleo).

El informe pone el acento en la necesidad de buscar un procedimiento para solucionar los conflictos que se producen sobre la existencia o no de la enfermedad (que se dan entre el empleador y el trabajador), o sobre el carácter inculpable o profesional de la dolencia (y que se dan entre el empleador, el trabajador, la obra social y la aseguradora de riesgos de trabajo o ART).

Con respecto a los conflictos sobre la existencia o no de la enfermedad, en términos muy generales se afirma que “deben tener una vía administrativa conciliatoria para su resolución” que podría ser una nueva dependencia, o las comisiones médicas ya existentes “en materia de accidentes de trabajo” (que a mi entender deben ser desmanteladas y sus integrantes expulsados e inhabilitados) u otras similares que se creen al efecto.²⁸⁹

Con relación a los conflictos sobre el carácter inculpable o profesional de la dolencia, el informe afirma que le corresponde al ámbito de la seguridad social aunque “las modalidades en que actualmente opera el sistema de seguridad social en nuestro país no aconsejan implementar por el momento un cambio semejante”.²⁹⁰

Pero la cuestión es que el sistema de la seguridad social no “opera” por sí sólo como si fuera un autómatas sino que se lo hace operar de una manera que resulta, en gran medida, un régimen opuesto al ordenado en el art. 14 bis y que, en consecuencia, no es idóneo para asegurar los beneficios integrales, irrenunciables y móviles de las jubilaciones y pensiones, de la protección integral de la familia, de la defensa al bien de familia y su compensación económica, del acceso a una vivienda digna, de la salud en general (y en particular del seguro contra los accidentes y enfermedades profesionales), que debe estar a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del estado (conforme se ordena en el art. 14 bis CN).²⁹¹

A la legislación sobre accidentes y enfermedades inculpables se le puede hacer la siguiente modificación, a saber: disponer que el día de licencia paga se calcule (como mínimo) de igual modo que el día de vacaciones (el salario dividido por 25) ya que se trata de un lapso en el cual el dependiente requiere

289 Estado Actual, pág. 217.-

290 Estado Actual, pág. 218.-

291 Ver Constitución y Trabajo, párrafo 7, en www.javierspaventa.com.ar .-

de mayor protección al estar más debilitado por la dolencia que padece.²⁹²

6.22. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Mis diferencias con el informe en el tema de los accidentes y enfermedades profesionales radican en que el grupo de expertos no se opone al régimen impuesto por la ley 24.577 en su totalidad y, por consiguiente, las modificaciones que propone se dan dentro del sistema que es notoriamente inconstitucional y muy lesivo para la salud del trabajador. A pesar de ello, las recomendaciones y propuestas que formulan son (en general) beneficiosas y de adoptarse mejorarían las protecciones debidas a los trabajadores.

Pero la cuestión es que no se desmonta el régimen de las aseguradoras de riesgos de trabajo (en cuanto son compañías de seguros comerciales) y sus contratistas o subcontratistas de prestaciones médicas (que también son empresas comerciales o con fin de lucro). El grupo de expertos aconseja (luego de descartar la gestión estatal por entender que no está en condiciones de llevarla a cabo y no por ser notoriamente opuesta a la Constitución) “la apertura más firme hacia la implementación de un régimen de aseguramiento basado en la creación de entidades privadas sin fines de lucro, al estilo del que se aplica en otros países como Chile y España”.²⁹³

En febrero de 2009 remití a los integrantes del GRUPO 14 BIS (un foro creado y coordinado por Antonio Barrera Nicholson) unas pequeñas notas sobre estos temas que aquí, con algunas modificaciones, reproduzco.

Hay que discutir el cambio completo de la ley 24.557. Y ello con

292 Carlos Posse (al comentar el art. 208 LCT) con error afirma que “se privilegia un concepto de equivalencia retributiva en la medida que el trabajador enfermo debe percibir lo mismo que percibiría en actividad de estar prestando servicios regulares, a cuyo fin debe efectuarse una aplicación tuitiva de la norma. No compartimos, en cambio, la tesis de que corresponda, a los fines de fijar el valor del día de enfermedad, dividir el salario mensual por 25 aplicando analógicamente el artículo 155, inciso a) de la LCT, ya que el salario vacacional -por sus características- goza de un incremento que no se reconoce al salario por enfermedad” (Ley de contrato de trabajo, anotada, comentada y concordada, Buenos Aires, 2004, pág. 312).-

293 Estado Actual, pág. 223.-

independencia de que sea políticamente posible. Desde el punto de vista político resulta inaceptable partir de la base que no se debe discutir tal o cual propuesta porque la misma no resulta realizable. La sola discusión abre el camino. La sola discusión mejora el mundo. Mostrar una alternativa que es mejor a la existente constituye un adelantamiento, un perfeccionamiento, con independencia que se pueda o no llevar a cabo. No discutir una propuesta superadora suprime o limita la posibilidad del cambio hacia mejor.

La ley 24.557 es una legislación completamente opuesta a la Constitución Nacional. Es una ley que ha incumplido con el mandato de asegurar los derechos del trabajador impuesto por el art. 14 bis. Es una ley que ha venido a desasegurar los derechos del trabajador. Se trata de una ley que suprime o limita el derecho a la vida, a la integridad psicofísica y moral de la persona, y su derecho a la salud (tal cual se encuentran reconocidos en la Constitución conforme a las ampliaciones de los tratados enumerados). No expongo aquí estos derechos constitucionales, de los cuales resulta ineludible partir para evaluar correctamente el tema bajo estudio. Pero los señalo ya que no debemos prescindir de ellos: arts. 29, 33, 42 CN; art. 11 DA; art. 25 DU; art. 10 Protocolo de San Salvador; art. 12 Pacto de Derechos Económicos; art. 5 Convención sobre la eliminación de la discriminación racial; art. 11 Convención sobre la eliminación de la discriminación de la mujer.²⁹⁴

La prevención, curación y reparación integral de los infortunios laborales son unos de los beneficios de la seguridad social que el estado debe otorgar, y que, como tales, deben estar a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados (que son los trabajadores) con participación del estado (conforme lo manda el art. 14 bis, CN, ampliado por los tratados enumerados).

La prevención y la curación de los accidentes y enfermedades profesionales no puede estar en manos de compañías de seguros (de las ART), no pueden ser objeto de actos de comercio, ni estar sometidas al afán de lucro.

Debemos claramente distinguir el acto de prevenir y curar el infortunio

294 Ver Constitución y Trabajo, párrafos 7.11 y 7.12, en www.javierspaventa.com.ar .-

laboral -en cuanto acto médico, en cuanto acto que hace a la higiene y a la seguridad en el trabajo-, del acto de comercio (que tiene por finalidad comprar para vender ganando, cuyo objeto es el lucro). Prevenir y curar el accidente o la enfermedad profesionales no es un acto de comercio. Esto es básico.

Hay que sacar al trabajador de la compañía de seguro, hay que rescatar al obrero de la ART. Más allá de las cuestiones jurídicas a todos nosotros nos consta fehacientemente que el trabajador no es atendido seriamente -en cuanto ser humano que merece ser curado- en una ART. Las ART no están para atender la salud del trabajador. Y los médicos que atienden al obrero a través de una ART no buscan su curación sino que tienen por finalidad rechazar el siniestro (o no reconocer la enfermedad) o procurar el más breve y barato tratamiento.

La entidad de la seguridad social (en materia de infortunios laborales) debe tener, prima facie, las siguientes atribuciones: Primero está a cargo de la prevención directa de los accidentes y enfermedades laborales. Es la autoridad de aplicación de las normas sobre higiene y seguridad. Segundo está a cargo de la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos pero en forma indirecta a través de los hospitales públicos. La curación de los accidentes y enfermedades profesionales debe estar a cargo de los hospitales públicos. Tercero debe percibir los aportes patronales. Los aportes impuestos a los empleadores deben ser mantenidos y encaminados a sostener el sistema público de salud (a los hospitales públicos para que curen a los obreros que hayan sufrido infortunios profesionales). Cuarto debe pagar las indemnizaciones tarifadas que se establezcan en la ley de accidentes a sancionar. Quinto debe fiscalizar o vigilar al fondo compensador de la insolvencia de cualquier empleador ante el reclamo civil o integral del trabajador dañado.

La indemnización tarifada es a cuenta de la reparación integral que tiene sustento en el derecho común o civil. Hay que establecer un sistema de responsabilidad solidaria entre los empleadores con relación a los infortunios laborales de modo que haya un fondo que compense la insolvencia de alguno de ellos. Este fondo se integra con aportes patronales y tiene por finalidad garantizar que el obrero pueda cobrar la reparación integral debida (que pueda cobrar la condena obtenida cuando ha ejercido

la acción del derecho civil).

La demanda civil sólo se debe dirigir contra el empleador. El fondo compensador es un tercero y sin perjuicio de los seguros comerciales que haya contratado el empleador. Todos estos terceros pueden ser citados y condenados a pagar la indemnización debida al obrero. La entidad de la seguridad social no es susceptible de ser demandada en un pleito donde se ejerce la acción común ni de ser citada como tercero.

Las decisiones de la entidad de la seguridad social son recurribles por vía administrativa y por recurso ante el poder judicial -por ejemplo: la Cámara del Trabajo o la Cámara de la Seguridad Social-. El rechazo del siniestro por esta vía no es obstáculo para la promoción de la acción civil (ej: no hace cosa juzgada).

Hay que establecer un concepto amplio de accidente y enfermedad profesionales y que, claramente, no puede quedar limitado por un listado de dolencias. El concepto de infortunio laboral debe abarcar todos los daños físicos, psíquicos y morales (del trabajador o su familia) que tienen por causa o concausa al trabajo o que se producen con ocasión del mismo y tanto en el viaje de ida al lugar de prestación de servicios como en el de regreso a la casa. El listado de dolencias y de incapacidades debe ser elaborado en claro cumplimiento del deber de asegurar los derechos del trabajador (art. 14 bis, CN). Además, debe ser un listado ejemplificativo y tener una finalidad orientativa de las decisiones de la entidad de la seguridad social y del poder judicial.

De esta forma pienso que la legislación sobre los infortunios laborales se acercaría a la política constitucional y dejaría atrás la flexibilización del derecho laboral.

6.23. ACCIDENTE IN ITINERE Y ACCIÓN CIVIL Hay una doctrina muy común y aceptada en nuestro ambiente jurídico que considera que el accidente in itinere es un caso sólo previsto en la legislación sobre accidentes laborales, que un reclamo indemnizatorio de un accidente in itinere no tiene ningún sustento en el Código Civil porque el empleador ni es el autor del hecho dañoso (razón por la cual mucho menos le puede ser atribuible por

su culpa o por su dolo) ni es el dueño o guardián de la cosa que causa el daño. Para esta doctrina, ante un accidente in itinere resultan inaplicables los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, lo que lleva a concluir que en el derecho común ese infortunio no encuentra reparación alguna.

A mi entender se trata de una doctrina equivocada. En adelante voy a mostrar que en el Código Civil se establece un sistema de responsabilidad del empleador por los daños causados por un accidente in itinere. Demostrada su existencia para este caso de los accidentes in itinere, queda a su vez probada su validez para el caso de cualquier otro accidente profesional.

Hay un factor objetivo de atribución (del hecho dañoso al empleador del dependiente dañado) que está establecido en los arts. 1953 y 1954 del Código Civil. No hay que limitar el sistema de responsabilidad del derecho común (en materia de accidentes de trabajo y, en especial, con respecto al accidente in itinere) a los arts. 1109 y 1113. No hay ninguna razón que justifique esta limitación. El sistema de responsabilidad civil es mucho más amplio y generoso y, sin prescindir de sus textos, resulta un aseguramiento de los derechos del trabajador (en los términos del art. 14 bis, CN, ampliado).

El art. 1953 del Código Civil dispone (como una obligación del mandante) que “debe igualmente indemnizar al mandatario de las pérdidas que hubiere sufrido, procedentes de sus gestiones, sin falta que le fuese imputable”. Mientras que el art. 1954 completa la norma anterior al expresar que “repútase perjuicio ocasionado por la ejecución del mandato solamente aquel que el mandatario no habría sufrido, si no hubiera aceptado el mandato”.

Que los arts. 1953 y 1954 se deben aplicar a los accidentes de trabajo es una vieja doctrina en la República Argentina que ya en 1904 (antes de la sanción de la ley 9688) exponía Juan Bialek Masse en los siguientes términos: “Adoptado por el Código Civil el principio: *Nemine officium suum esse damnosum*, para todos los casos legislados especialmente, en que uno trabaja por y para otro (artículos 1731, 1953, 1954 y 2224), el principio debe aplicarse á todos los casos análogos (artículo 16 y nota citada) y lo es esencialmente el del obrero ó dependiente aunque no tenga el carácter de socio o partícipe, ó mandatario ó depositario, puesto que trabaja por y para otro. El mismo principio ha

sido adoptado por el Código de Comercio para los dependientes, socios y tripulantes (artículos 156, 414 y 1010 al 1015)... Por consiguiente, el patrón responde al obrero ó dependiente de cualquier daño que le aviene sin su culpa, por razón del trabajo, en el trabajo ó con ocasión del trabajo; de todo daño que no le hubiese sucedido si no hubiera aceptado el trabajo, aunque sea por caso fortuito ó fuerza mayor. En el silencio de la ley sobre la especialidad accidentes del trabajo, los jueces deben resolver por las analogías citadas, sin que puedan tomar en cuenta costumbres, leyes ó disposiciones que contraríen las doctrinas expresas del Código, aunque hubieran tenido fuerza de ley hasta la promulgación del mismo (artículos 16 y 22)".²⁹⁵

Estas ideas sobre un sistema de responsabilidad objetiva en el Código Civil para la materia de los accidentes de trabajo resulta coincidente con la doctrina de la Corte Suprema que se fijara en el caso Doña Catalina Monreal de Lara de Hurtado contra el Gobierno de la Nación, sobre daños y perjuicios, del 30-11-1916 en el sentido que "el obrero víctima de un accidente, o sus derechohabientes, pueden reclamar una indemnización sin tener que hacer la prueba de una falta especial cometida por el patrón".²⁹⁶ Y ello es así porque, según se afirma en la sentencia de la Cámara Civil y Comercial Federal, el contrato de locación de servicios impone garantizar al obrero su completa seguridad, obligación que tiene su fuente legal en el art. 1198 del Código Civil cuando establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.²⁹⁷

A su vez el deber de seguridad también es una obligación impuesta al empleador por el art. 14 bis de la CN cuando manda asegurar condiciones dignas y equitativas de labor y por el art. 19 de la misma ley suprema cuando

295 Ver de Juan Biale Massé su Informe sobre el estado de la Clase Obrera, Hyspamérica Ediciones Argentina SA, Madrid, 1985, Tomo II, cap. XVI, págs. 605 a 643.-

296 Fallos CXXIV - Entrega Primera, págs. 342 y 343.-

297 Fallos CXXIV - Entrega Primera, pág. 339. Sobre el deber de seguridad ver de Carlos Ghersi La obligación de seguridad (LL, 2005-D, 1396), o su artículo Obligación social de seguridad (LL, 2008-D, 265), o La obligación de seguridad (LL, 2009-E, 288).-

establece el principio de indemnidad o la prohibición de dañar a otro.²⁹⁸

Al comentar los arts. 1953 y 1954 del Código Civil Ricardo A. Lorenzetti expresa que “la ley asimila la situación del mandatario a la del trabajador dependiente. El fundamento de la responsabilidad del mandante se encuentra en una obligación de seguridad, accesoria, que impone al mandante el deber de mantener indemne al mandatario”.²⁹⁹

Para Lorenzetti “el mandante no responde sólo por el hecho propio sino también por todos los perjuicios que no hubiera sufrido el mandatario de no haber aceptado el encargo (art. 1954), es decir, causados con ocasión del mandato. De tal modo, todo daño vinculado causalmente con el mandato es resarcible, sea su autor el mandante o un tercero”. Y así “el mandante se exime de este deber probando la culpa del mandatario (art. 1953, Cód. Civil) o la falta de relación entre el daño y el encargo (art. 1954, Código Civil), es decir, demostrando la ruptura o ausencia del nexo causal”.³⁰⁰

De la misma manera podemos decir que el empleador debe mantener indemne al obrero, que el empleador no responde sólo por el hecho propio sino también por todos los perjuicios que no hubiera sufrido el trabajador de no haber aceptado el empleo y cumplido con sus tareas, de modo tal que todo daño vinculado causalmente con la prestación de servicios es resarcible.

El obrero no puede estar en una situación peor a la del mandatario. No hay razón para ello (arts. 16, CN, ampliado). Ponemos al obrero en una situación peor que la del mandatario cuando le negamos la acción civil para reclamar por la reparación de los perjuicios sufridos en un accidente in itinere. Los arts. 1953 y 1954, junto al art. 16 de la CN, imponen que el obrero tenga la

298 Sobre el principio de indemnidad ver de Ricardo J. Cornaglia su Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis, La Ley, 2001, en especial los capítulos 2, 4, 5 y 6.-

299 Ver en Bueres - Highton, Código Civil y normas complementarias, 4 D, arts. 1789/2181, Contratos, hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 296.-

300 Ver ob. cit., págs. 296 y 297.-

acción civil para reclamar por la indemnización de los daños padecidos en un accidente *in itinere*, máxime el deber de asegurar los derechos del trabajador (arts. 14 bis, CN) y el principio de la norma más favorable (art. 9 LCT).

Repárese en el art. 1870, en su inc. 4, del Código Civil establece que “las disposiciones de este título (donde se encuentran los arts. 1953 y 1954) son aplicables:... 4° A las representaciones por personas dependientes, como... el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro... las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este título, cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado”. Por esta norma hay que aplicar al sirviente y al aprendiz (al dependiente o trabajador dependiente, en general) las normas de los arts. 1953 y 1954 del Código Civil.³⁰¹

Raymundo M. Salvat al comentar el art. 1953 dice que “esta obligación se justifica fácilmente: no sería justo que el mandatario debiere soportar las pérdidas que ha experimentado al desempeñar sus gestiones...”.³⁰² Tampoco es justo ni equitativo (art. 907 Código Civil) que el trabajador deba soportar las pérdidas que ha experimentado su integridad psicofísica y moral al desempeñar sus labores o por motivo u ocasión de las mismas (como es el caso del accidente *in itinere*). Para Salvat, “el mandatario tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que derivan de un caso fortuito, si éste no le hubiera ocurrido no aceptando el mandato, por ejemplo, los de un accidente de viaje... La única condición es que no haya habido culpa de su parte: sin falta

301 Ricardo A. Lorenzetti, al comentar el art. 1870 del Código Civil, afirma que el régimen “Se aplica supletoriamente a las representaciones necesarias o legales, a las relativas a las personas jurídicas, a la administración de sociedades, a los dependientes, familiares y discípulos, a los gestores oficiosos, a las procuraciones judiciales y a los albaceas” (en ob. cit., pág. 214). Y Rubén H. Compagnucci de Caso expresa que el art. 1870 “dispone la extensión de la norma sobre el mandato a otras situaciones jurídicas asimilables. No se trata de una identificación entre mandato y representación, sino de una aplicación con estricto orden práctico de la norma aquí dispuesta” (en Belluscio - Zannoni, Código Civil y leyes complementarias, T° 9, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 183). Y no puede haber duda alguna que hay buenas razones prácticas para proteger al trabajador.-

302 Ver su Tratado de Derecho Civil Argentino, TEA, Buenos Aires, 1954, Fuentes de las obligaciones, T° III, pág. 184.-

que le fuese imputable, dice la ley (art. 1953, in fine)”.³⁰³

En el mismo sentido que Salvat se pronuncia Guillermo A. Borda, para quien “el mandante puede eximirse de responsabilidad demostrando que el mandatario hubiera sufrido el daño aunque no estuviera ejecutando el mandato. No importa que los daños se hayan originado en un caso de fuerza mayor; aún así responde el mandante si el mandatario no hubiere sufrido el daño de no encontrarse en el desempeño del mandato; así, por ejemplo, si el mandatario en viaje en cumplimiento de su gestión y allí lo sorprende un naufragio, un terremoto, etc., el mandante debe la indemnización de todos los daños sufridos en él”.³⁰⁴

Por su parte Norberto R. Bensiñor considera que “pesa sobre el mandante la obligación de indemnizar todas las pérdidas que el mandatario sufre como consecuencia de su actuación como mandatario, salvo que haya mediado falta imputable a este último... La única condición impuesta por el Código para liberar al mandante de la carga indemnizatoria es que no se pueda imputar al mandatario, razón por la cual resultan indemnizables, por este precepto, los daños provenientes de fuerza mayor o caso fortuito, como podrían ser aquellos sufridos como consecuencia de accidentes de tránsito, naufragios, colisiones, etcétera... Se reconoce, entonces, la indemnización si las pérdidas sufridas proceden de la gestión, comprendiéndose en este concepto todo perjuicio sufrido por el mandatario en la ejecución del mandato, tanto sea ésta la causa o la ocasión, por lo cual quedan excluidos solamente los perjuicios ocasionados como consecuencia de la propia culpa del mandatario”.³⁰⁵

303 Ver ob. cit., pág. 185 donde Salvat también agrega que “la obligación de indemnizar existe tanto en el caso de un mandato gratuito como asalariado”.-

304 Ver su Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos, II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962, págs. 443 y 444, donde agrega que “si el riesgo era a todas luces innecesario, parece razonable no responsabilizar al mandante; pero si la necesidad o conveniencia de afrontar el riesgo se presenta dudosa, es equitativo que el mandante pague los daños, ya que la conducta del mandatario deja de ser culposa”.

305 Ver en Belluscio -Zannoni, Código Civil y Leyes complementarias, T° 9, Ed. Astrea, Bs. As., 2004, págs. 320 y ss.

Para Bensiñor “el criterio adoptado se completa con la disposición del art. 1954, caso en el cual la obligación responde a un beneficio de seguridad a favor del mandatario... Para Mosset Iturraspe se trata de una hipótesis de responsabilidad fundada en el riesgo creado por la delegación o sustitución en el quehacer que efectúa el mandante en el mandatario y, de este modo, nace un deber de cooperar y de actuar que potencia o multiplica las posibilidades de ser dañado... De la consecuencia de ambos textos resulta que no sólo deben quedar comprendidos los daños producidos mientras se ejecutaba el mandato, en el lugar y tiempo de realización específica del encargo, sino también aquellos que pueden vincularse con aquél en la ocasión o condición sin la cual no se habían producido”.

Y al anotar el art. 1954 (a modo de conclusión sobre el tema) Bensiñor señala que “el mandante, para excluir su responsabilidad, tendría que acreditar que el daño sufrido por el mandatario se hubiera producido igualmente aunque no hubiera aceptado y ejecutado el mandato. La regla del artículo anterior es precisada por medio del que aquí se comenta, al introducir una interpretación legal acerca de lo que se reputa como perjuicio... Machado cita como ejemplo el caso en que se hubiera dado mandato de comprar cereales en Santa Fe y que el carruaje en que viajara el mandatario volcarse y éste se quebrare un brazo; éste sería un perjuicio indemnizable, según el parámetro de que la ejecución del mandato ha sido la ocasión, pero si el mandatario, enferma y debe estar en cama algún tiempo, ello no sería indemnizable por cuanto la enfermedad no proviene del mandato...”.

No cabe duda que en el accidente in itinere el trabajo ha sido el motivo o la ocasión de que el trabajador sufra el daño. El trabajador padece el perjuicio porque se dirige al trabajo (a su lugar de trabajo para prestar servicios), de donde resulta que el trabajo ha sido el motivo o la ocasión de que el dependiente sufra el daño. Y el empleador responde por toda incapacidad que sufre el trabajador por motivo o en ocasión del trabajo (arts. 1953 y 1954 Código Civil).

6.24. LA LIBERTAD SINDICAL El informe del grupo de expertos (con la disidencia de Mario Elffman) se pronuncia a favor del unicato sindical según está establecido en la ley 23.551. En otras oportunidades he sostenido que

la Constitución (y los tratados enumerados en su art. 75.22) reconocen la libertad de asociación y, en especial a favor de los trabajadores, la libertad de agremiación.³⁰⁶

La ley -para estar conforme a la Constitución- debe consagrar la libertad sindical y no el unicato gremial. Al respecto no hay -ni puede haber- duda alguna. A mi entender, prima facie, la existencia de un permiso -de una libertad- es preferible a su inexistencia o a la prohibición, con total independencia del uso que en los hechos se haga del mismo o se pueda hacer. Claro está que no necesariamente con una legislación que establezca la libertad sindical se van a formar mejores sindicatos que los gremios creados bajo el unicato impuesto por el estado (como en el caso argentino a partir de la dictadura militar del 4 de junio de 1943).

La discusión sobre los gremios no puede quedar limitada a la oposición entre la libertad sindical y el unicato sino que también debe abordar el tema de la organización interna y, en definitiva, el de su rol o función. En general, el sistema de unicato sindical se acompaña de una organización interna antidemocrática. Además, el gremio adquiere una función pública o semipública (paraestatal) que no necesariamente coincide con la defensa de los derechos de los trabajadores ya que la política estatal no concuerda -por definición- con los intereses de los habitantes o de los pobres en general. Y así sucede inclusive en una república de trabajadores. Aquí también es absolutamente improcedente postular el pleno acuerdo entre los intereses del gobierno y de los obreros. De donde resulta que para la defensa de sus derechos e intereses, los trabajadores requieren de sindicatos independientes de las políticas gubernamentales.

Las mismas consideraciones se imponen con relación a un sistema de libertad gremial: que los trabajadores tengan plena libertad para crear sindicatos no asegura que la organización interna de los mismos sea democrática ni que su función sea independiente del gobierno.

Por ello quizás haya que no solo establecer la libertad sindical sino que la organización interna sea democrática (en cumplimiento al mandato del art.

306 Constitución y Trabajo, párrafo 6.10, en www.javierspaventa.com.ar .-

14 bis CN). A ello debe agregarse que el gremio no debería cumplir funciones públicas o semipúblicas, de modo tal que sólo sea una unión para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados, independiente de los empleadores y del gobierno. La libertad sindical (en cuanto permiso) abre en los hechos esta posibilidad: que, ante gremios que han perdido su independencia o que no cumplen sus fines propios o típicos, los obreros puedan formar otros.

Es cierto que la libertad sindical posibilita la fragmentación (o la creación de múltiples gremios) pero claro está que no necesariamente este permiso la impone ni tampoco la misma resulta en un debilitamiento mayor que el que puede exhibir un sistema de unicato sindical sujeto a las políticas del gobierno o a los intereses de las patronales (como ha sido en general la historia del gremialismo peronista).

Debe observarse que está estrechamente vinculado el modelo o forma de organización gremial a la acción sindical. No voy a analizar la cuestión sobre si la forma del sindicato impone su acción política o si, por el contrario, es la acción la que determina la forma de organizarse. Resulta que cuando los gremios poseen cómodos edificios, cuentas corrientes, escuelas, guarderías, sanatorios, hoteles, polideportivos y manejan un presupuesto anual millonario, son verdaderas empresas que, como tales, son instituciones del orden. Este tipo de organización gremial es una parte inescindible del poder y su acción se encamina al sostenimiento del régimen capitalista imperante. Este tipo de organización gremial coadyuva al mantenimiento, manejo y reproducción de la clase obrera, o a la administración o gestión de los recursos humanos. Se trata de un sindicalismo que ejecuta acciones de diálogo y concertación social, que defiende la paz social (que no es otra cosa que el capitalismo) y que sus medios de lucha (cualquiera sean ellos) sólo se usan para procurar un aumento de salarios (que en general es nominal).

Frente a este modelo sindical hay otra forma de organización gremial que consiste en una simple unión de obreros para la defensa de sus derechos e intereses que puede ser pública, semiclandestina o absolutamente secreta, cuyas acciones (legales o ilegales) se orientan a la toma del poder para, prima facie, intentar la destrucción del orden imperante o, como mínimo, el cambio de la clase social hegemónica o predominante. Para este tipo de organización sindical no cabe

duda que los edificios, hoteles, sanatorios, guarderías, cuentas corrientes bancarias, pueden ser -al mismo tiempo que una nada despreciable fuente de recursos- un más que serio obstáculo para ejecutar sus planes políticos revolucionarios.

Pero, ahora bien, si este tipo de unión de obreros lograra su cometido, accediera al poder y desplazara a la burguesía como clase hegemónica, ello no justifica postular que, en cuanto nuevo gobierno predominantemente integrado por trabajadores, sus intereses se identifican plenamente con los de los obreros en general. De donde deviene oportuna la discusión sobre la libertad sindical (en cuanto libertad de asociación) como un régimen para posibilitar la unión de aquellos trabajadores que no están de acuerdo con las políticas gubernamentales. La libertad de asociación (la libertad sindical es un caso de libertad de asociación) facilita la oposición política y, junto al resto de los derechos humanos, instituye un orden social y político democrático.

Hay que terminar en el derecho del trabajo con la idea de que la participación de los trabajadores en la toma y ejecución de las decisiones políticas debe ser llevada a cabo a través de los sindicatos. En este tema el informe -que sigue la política del unicato sindical- cierra toda posibilidad cierta de un mejoramiento real del sindicalismo en la Argentina. Los trabajadores quedan encerrados en el sindicato único; cualquier participación que se les otorgue (en las cuestiones referidas a la regulación del trabajo) se piensa sólo a través de la organización gremial. Y los que no están de acuerdo ni con el gremio ni con la política estatal que el sindicato coadyuva a decidir y ejecutar, no tienen derecho a formar otro sindicato y carecen de toda representación. No puede haber duda al respecto: si el sindicato se transforma en un medio de participación del trabajador en el gobierno, entonces debe haber gremios que representen los derechos de los obreros ya que no necesariamente las acciones del gobierno concuerdan con los intereses de las clases postergadas.

La cuestión de la regulación de los sindicatos, como llevo dicho, debe abarcar el debate sobre la libertad sindical y la forma de las relaciones internas entre los miembros del sindicato (en la medida que sea legal y con actividades no clandestinas).

Pero la cuestión gremial no puede quedar limitada a estos temas. En

Argentina -no se trata sólo de que impere la libertad de asociación y una organización gremial interna democrática- sino también de desmontar, en especial, el sindicalismo peronista con sus limitaciones ideológicas y de acción política tan favorables a las grandes empresas como a los gobiernos (o dictaduras) militares o del partido peronista (de tan nocivas consecuencias para todos los habitantes de la Nación). Hay que terminar con ese sindicalismo notoriamente corrupto, transformado en una empresa por una nueva elite oligárquica. Hay que terminar con ese sindicalismo en unión con el régimen de las obras sociales para, en su reemplazo, retomar la política de la prestación del servicio de salud por medio del hospital público. Y hay que terminar con ese sindicalismo y con todas y cada una de las formas que utiliza para la obtención de recursos a los efectos de mantener y reproducir esa nueva elite oligárquica y opuesta a los intereses de los obreros y al progreso de la patria.

6.25. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DEMOCRACIA No estoy de acuerdo con el grupo de expertos cuando afirma que la “función más general” de la negociación colectiva “que se le ha asignado en las sociedades capitalistas del mundo occidental desde el siglo veinte...no es otra que contribuir a la consolidación y expansión de las democracias. El derecho colectivo es el derecho de la democracia y se lo considera, bajo la denominación de libertad sindical, como un derecho humano fundamental porque es funcional a la idea o postulado, conforme al cual, el progreso constante se produce a partir de la existencia de un conflicto social encauzado o susceptible de ser encauzado, cuya solución maximiza las opciones distributivas de una sociedad”.³⁰⁷

No es cierto que la negociación colectiva “contribuya a la consolidación y expansión de las democracias”. La negociación colectiva se da entre los propietarios de los medios de producción y los trabajadores; se da en el capitalismo que resulta, a mi entender, incompatible con la democracia (en cuanto imperio irrestricto de los derechos humanos).

Por ello no se puede sostener (en el capitalismo) que el “derecho colectivo es el derecho de la democracia”, o que el convenio colectivo sea “un motor

307 Estado Actual, pág. 276.-

insustituible (y por ello fundamental) en la mejora de las condiciones de vida de los habitantes”.

6.26. EL PRINCIPIO DE LA NORMA MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR Y LOS MÉTODOS DE COMPARACIÓN El principio de la norma más favorable al trabajador tiene directo sustento en el deber de asegurar los niveles de desarrollo alcanzados (principio de aseguramiento) y en el mandato de coadyuvar al progreso individual y social (principio de progresividad). Como está prohibido retroceder del grado obtenido (como hay que asegurar los derechos) y como, al mismo tiempo, hay que avanzar de un nivel a otro superior (en cumplimiento al principio de la progresividad), es que se impone aplicar la norma más favorable al trabajador.

6.26.1.- Por el principio de la norma más favorable al trabajador se comprenden tres principios que es conveniente diferenciar. En primer lugar señalo al principio de la interpretación más favorable: este principio manda determinar el sentido de los enunciados normativos en la forma más beneficiosa para el trabajador. En segundo lugar indico al principio del conocimiento más favorable de los hechos relevantes o circunstanciales de la relación laboral: este principio ordena evaluarlos de la manera más provechosa para el dependiente. En tercer lugar distingo al principio de la norma más favorable al trabajador (propiamente dicho).³⁰⁸

6.26.2.- En adelante voy a abordar el estudio del principio de la norma más favorable con la intención de precisar o aclarar su significado (dentro de mis escasas habilidades para ello).

El principio de la norma más favorable al trabajador ordena que se debe aplicar para regular una relación laboral (o la relación entre un empleador y un trabajador) la norma más favorable al trabajador. El principio de la norma

308 En el art. 9 de la LCT (según el texto de la ley 26.428) de alguna manera, en más o en menos, se encuentran expresados estos tres principios. Aunque en el art. 9 quedan condicionados al caso de duda. Además, el principio del conocimiento favorable al trabajador está limitado a la apreciación de la prueba y no de los hechos constitutivos del caso.-

más favorable al trabajador, en cuanto establece la norma aplicable, brinda la solución al problema de la concurrencia de dos o más normas a la regulación de la misma relación laboral (o del mismo caso).

El problema consiste en que hay dos o más normas (o sistemas de normas) que concurren a la regulación de la misma relación laboral. Las normas que concurren no deben necesariamente pertenecer al mismo nivel del orden jerárquico de las normas. El principio de la norma más favorable manda aplicar una de las normas o sistemas de normas concurrentes (o de las normas acumuladas a partir de las concurrentes). Para ello se requiere de una regla (o de un criterio) que defina (o determine) cuando una norma es más favorable al trabajador que otra. Con esta regla o criterio se pueden ordenar (o clasificar) las normas concurrentes de mayor a menor o de la norma más favorable a la menos favorable al trabajador. Una vez así ordenadas (y en cumplimiento al principio de la norma más favorable) se aplica (o se usa) la norma más beneficiosa al dependiente.³⁰⁹

Una primera discusión que se puede dar en torno al tema es sobre qué significa la palabra “principio” o si un principio se distingue de una norma o de una regla. No me ocuparé de esta cuestión aquí. El principio de la norma más favorable tiene que estar integrado, en primer lugar, por una regla o criterio que defina que una norma es más favorable al trabajador que otra para poder ordenarlas de mayor a menor y, en segundo lugar, por una norma que manda aplicar la norma más favorable (la mejor norma que surge del ordenamiento que realizamos entre las normas concurrentes o las normas acumuladas).

El principio de la norma más favorable al trabajador manda aplicar la norma más favorable al trabajador. Para ello requerimos averiguar (como mínimo) qué se entiende por “norma” y cuándo una norma es más favorable al trabajador que otra norma.

309 Sobre la aplicabilidad ver de Eugenio Bulygin, *Tiempo y Validez* (en Alchourrón y Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, págs. 195 a 214); o *El problema de la validez* en Kelsen (en Kelsen, Bulygin y Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, 2005, págs. 99 a 118).-

El principio bajo estudio es el de la norma más favorable al trabajador. Con la palabra “norma” se alude a un enunciado normativo (a un solo juicio del deber ser) o a un sistema de normas (como por ejemplo “cada una de las instituciones del derecho del trabajo” según se expresa en el art. 9 LCT o a un conjunto de esas instituciones como puede ser un estatuto profesional o un convenio colectivo de trabajo).

La norma más favorable al trabajador es una de las normas concurrentes o una de las normas acumuladas. Las normas concurrentes son las normas que (prima facie) resultan aplicables a una relación laboral y que plantean el problema de cuál de todas ellas debe ser la que, en definitiva, se debe aplicar (o que es la norma obligatoria) para regular el caso. La solución al problema de la concurrencia entre las normas la brinda el principio de la norma más favorable. Las normas acumuladas son las normas que se forman (o que se pueden formar) a partir de las normas concurrentes. ¿Por qué se acumulan derechos o beneficios a favor del trabajador y que tienen su fuente en las normas concurrentes a regular una relación laboral? Porque se deben asegurar los derechos (prohibición de retroceder) y porque se debe coadyuvar al progreso individual y social (principio de progresividad).

Es común aludir al principio de la norma más favorable pero no es común que se indique qué quiere decir “norma más favorable al trabajador”. ¿Cuándo una norma es más favorable al trabajador? En general, en la doctrina no se plantea esta pregunta o si se la plantea no se la contesta claramente.³¹⁰ Voy a tratar de fijar una posición al respecto.

Decimos que una norma es más favorable al trabajador que otra norma cuando, en definitiva, reconoce a favor del trabajador (del pobre o del débil en general) mayores sumas de dinero (que otra norma) a ser pagadas por su empleador o por el gobierno (o por el rico o el poderoso en general). Se trata

310 Por ejemplo, Carlos Alberto Etala (en Contrato de Trabajo, Tº 1, arts. 1 a 149, Buenos Aires, 2008) no se plantea el problema cuando se ocupa del art. 9 de la LCT; por su parte Vázquez Vialard (en Vázquez Vialard y Ojeda, Ley de Contrato de Trabajo, Tº 1, arts. 1 a 92 ter, Santa Fe, 2005) no da una respuesta clara o precisa a la cuestión bajo estudio: ¿cuándo una norma es más favorable al trabajador que otra norma?

de traducir cada derecho y obligación a su equivalente en dinero. Cada derecho es un ingreso, cada obligación es un gasto. Los requisitos para acceder a un derecho (o a un beneficio) son también un gasto. La suma de los ingresos y los gastos de la norma (o que están establecidos o que surgen de la norma) nos indica el resultado de favorabilidad de la norma o, en otros términos, el grado o nivel de favoritismo de la norma que, en comparación al grado o nivel que ostentan otras normas, nos permite ordenarlas (o clasificarlas) de mayor a menor (o de mejor a peor, o de más a menos favorable). Hecho este ordenamiento o jerarquización se usa o aplica la mayor (o mejor o más favorable) norma en cumplimiento al principio de la norma más favorable al trabajador.

6.26.3.- El informe del grupo de expertos (en forma unánime) recomienda reemplazar el criterio de comparación de los convenios colectivos que se establece en el art. 24 de la ley 14.250 (texto según la ley 25.877).

Para el grupo de expertos el art. 24 “enuncia una norma de resolución de conflictos de concurrencia”. A mi entender ello no es así. En el art. 24 no se establece una norma para la resolución de conflictos de concurrencia. Un conflicto de concurrencia entre normas se da cuando un hecho (o un caso) queda subsumido en dos o más normas del sistema, donde cada una imputa una solución diferente. El conflicto supone que el sistema en cuestión tiene varias fuentes de normas válidas, que las normas pueden tener diferentes niveles jerárquicos y distintos ámbitos espaciales o temporales de aplicación (que se superponen).

Pero este no es el caso del art. 24 de la ley 14.250 donde estamos en presencia -no de un conflicto de concurrencia de normas válidas- sino ante los requisitos que debe cumplir una norma para ser válida (o sea: para pertenecer al sistema). Un convenio posterior no puede modificar al convenio anterior; o, en otras palabras, el convenio anterior establece un contenido mínimo al convenio posterior que no puede ser retrogradado. Por eso el verbo usado es “modificar” y no “prevalecer”. La modificación da la idea de la eliminación de la norma del sistema y su reemplazo por otra: se transforma una norma en otra; mientras que la prevalencia nos remite a que una norma sobresale o predomina sobre otra (en la regulación del caso, en la calificación de la acción), sin que ambas pierdan su validez o pertenencia al sistema.

Para determinar el carácter de la modificación (si la misma es *in peius* o para mejor) dispone el art. 24 que la “comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones”. Este criterio de comparación por instituciones es el que propone cambiar el grupo de expertos por un criterio (el método global de comparación) que, a mi entender, es más desfavorable a los derechos de los trabajadores. Al respecto dice el grupo de expertos que “en los casos de conflictos de concurrencia, el criterio de comparación que adopta la legislación de 2004 es el del convenio colectivo más favorable, considerado en el marco extendido del ‘conglobamiento por instituciones’. La selección de este criterio no es funcional al fomento de la negociación colectiva puesto que ésta implica una serie de concesiones recíprocas que son tenidas en consideración para el acuerdo como conjunto unitario y no escindible. El criterio de comparación por instituciones horada la voluntad de las partes que han concertado el convenio al desarmarlo como unidad. Por ello debería promoverse un cambio en el criterio de comparabilidad y adoptar el que privilegie la comparación en términos de instrumentos completos. Esto permitiría que los actores sociales puedan negociar con mayor creatividad y riqueza de contenidos, en la necesaria adaptación a las necesidades y demandas del actual sistema productivo, tanto de la estructura de la negociación cuanto en los aspectos sustantivos de la misma”.³¹¹

Entre los distintos motivos que tenemos para comparar normas, destaco a dos de ellos. En primer lugar comparamos una norma con otra cuando analizamos si la primera cumple con los requisitos que impone la segunda para pertenecer al sistema (o para ser una norma válida). En segundo lugar comparamos una norma con otra cuando indagamos cuál de las dos es la norma que debemos aplicar porque es la norma más favorable al trabajador.

En el derecho laboral argentino se han puesto en juego tres procedimientos (métodos o formas) para comparar las normas. Los tres métodos para comparar las normas son los siguientes: el atomista, el global y el global por instituciones. Los métodos indican qué debemos comparar y definen la forma de realizar las comparaciones. Son métodos o procedimientos en la medida que, como mínimo, señalan una forma de efectuar la comparación que tiene

por consecuencia la acumulación o no acumulación de los mejores derechos a favor del trabajador. Ninguno de los tres métodos define (o determina) cuándo una norma es más favorable al trabajador que otra norma. Pero el método atomista y el global por instituciones (por la forma de comparación que definen o determinan) tienen por consecuencia la acumulación de los derechos (o beneficios) mejores o más favorables al trabajador.

El método atomista consiste en comparar una norma con otra norma y luego formar un nuevo estatuto con las mejores (o más favorables al trabajador).³¹² Es una clara aplicación del deber de asegurar y del principio de la progresividad. El método atomista sirve para comparar normas individuales (o enunciados normativos) o sistemas de normas (leyes, estatutos profesionales o convenios colectivos).

El método global consiste en comparar todo un sistema de normas (una ley, un estatuto profesional o un convenio colectivo de trabajo) con otro sistema de normas de igual o diferente nivel jerárquico. La comparación se realiza entre los sistemas normativos para ordenarlos de mayor a menor (o en razón a su mayor o menor favorabilidad al trabajador). Una vez así ordenados se aplica o usa el mejor de los sistemas en cumplimiento al principio de la norma más favorable al trabajador. El método global acepta compensaciones (las “concesiones recíprocas” a las que alude el informe del grupo de expertos) dentro de cada institución (como el global por instituciones) y entre las instituciones del derecho laboral. Entonces, en el mejor de los casos para el trabajador, este método mantiene el nivel alcanzado pero impide el avance (en lesión al principio de progresividad).

El método global por instituciones es un procedimiento de comparación intermedio entre el atomista y el global: no es tan beneficioso como el atomista ni tan perjudicial como el global. El método global por instituciones consiste en comparar la regulación de las instituciones del derecho laboral que contienen

312 Así procede la CNAT en el Plenario N° 82 del 22-8-1961 en autos Ramallo, Julián A. y otros c/ Textilía SA donde decide que “para determinar el régimen de las vacaciones corresponde aplicar las normas respectivas de la ley 11.729 y del decreto 1740/45 en cuanto fueren más favorables al trabajador”.

diferentes sistemas de normas (una ley, un estatuto profesional o un convenio colectivo de trabajo) de igual o distinto nivel jerárquico, y luego formar un nuevo estatuto con las instituciones más favorables al trabajador. El método hace predominar la institución que mejores derechos reconoce a favor del trabajador con relación a los que se establecen para la misma institución en cada uno de los sistemas de normas que son objeto de la comparación. El resultado de la comparación es un conjunto de instituciones predominantes (o mejores) que integran (o forman) un nuevo sistema o estatuto regulador de la relación laboral individual.³¹³ Como la comparación se realiza entre cada una de las instituciones, el método dentro de cada institución acepta compensaciones (las “concesiones recíprocas”) que mantienen el nivel alcanzado (en el mejor de los casos se cumple con el deber de asegurar y se viola el principio de la progresividad).

A tenor del principio del aseguramiento y del principio de la progresividad, los tres métodos se pueden ordenar del mejor al peor. Son tres versiones del principio de la norma más favorable. La atomista (o acumulativa) es la versión fuerte (o mejor). La global por instituciones es la intermedia y la global es la débil (o peor de las tres).

De ello resulta que utilizando la versión atomista se obtienen mejores normas (o normas más favorables al trabajador) que con la versión global por instituciones y con la versión global. Si aplicamos la versión global por instituciones (en algunos casos) sus resultados serán peores que los obtenidos con la versión atomista pero mejores que los alcanzados con la versión global. Mientras que los peores resultados serán los obtenidos con la versión global.

6.27. LOS CONFLICTOS COLECTIVOS Con respecto a las propuestas para modificar el régimen regulatorio de los conflictos colectivos del trabajo formulo, como mínimo, dos diferencias.

313 Vázquez Vialard (en Vázquez Vialard y Ojeda, Ley de Contrato de Trabajo, T° 1, arts. 1 a 92 ter, Santa Fe, 2005) dice que “se construye un nuevo régimen mediante la adición de institutos (no de disposiciones sueltas). Ése es el criterio que acogen los artículos 9° de la LCT, y antes el 6° de la ley 14.250, sustituido por la ley 25.877” (pág. 73).-

El grupo de expertos recomienda revisar las sanciones previstas por la ley 14.786 “de modo de ofrecer un menú suficientemente amplio que tienda a garantizar que ambas partes cumplan con el plazo y las condiciones de la conciliación obligatoria, además, de lograr que concurren a la negociación del conflicto”.³¹⁴ Así entre otras medidas proponen que “en el caso de activistas y miembros de comisión interna o delegados, cuando estén investidos de representación gremial, las sanciones deberían contemplar la pérdida inmediata y automática de la tutela de estabilidad”.³¹⁵

No se trata de una propuesta que tienda a asegurar los derechos e intereses de la parte más débil de la relación de empleo (art. 14 bis CN). Prima facie la política penal de la Constitución es abolicionista; como mínimo impone una política de reducción de las penas. La Constitución se opone a una política represiva.

Se recomienda que la pérdida de la tutela de estabilidad sea una sanción. Pero al tratarse de una pena -que, en cuanto tal, lesiona el derecho a la estabilidad que tiene, además, reconocimiento en la ley suprema- no puede ser “inmediata y automática” ya que, de ser así, se viola el principio del debido proceso (rule of law). Esto es grave, máxime que no se establece claramente quién la aplica (aunque es de suponer que lo haría la autoridad administrativa, lo que a su vez lesiona, a mi entender, el principio de juez natural y viola el orden republicano y la división de poderes).

El grupo de expertos no se pronuncia contra la “creación pretoriana” (aprobada por una extensa y errada doctrina de la Corte Suprema) de decidir sobre la legalidad o ilegalidad de una huelga sin texto legal expreso. Me refiero, por ejemplo, a la siguiente doctrina de la Corte Suprema: “La ausencia de disposición legal expresa no obsta a la calificación de la legalidad de la huelga; por el contrario, esa calificación es requisito indispensable para decidir con tal fundamento sobre la justa causa de despido. La huelga por solidaridad no es lícita por sí y en razón de su índole, sino que su calificación está condicionada

314 Estado Actual, pág. 299.-

315 Estado Actual, pág. 299.-

por el juicio que corresponde a los hechos y personas con quienes la solidaridad se practica y a las circunstancias en que es ejercida”.³¹⁶

El grupo de expertos si bien afirma que “la legislación no ha determinado en qué condiciones podría la autoridad de aplicación ejercer un derecho a la calificación de las medidas de acción directa” no encuentra ningún obstáculo constitucional para que la autoridad -administrativa o judicial- proceda a la calificación de las mismas. Pero ello no puede ser bajo ningún aspecto. Es absolutamente inconstitucional ya que, como mínimo, viola el principio de que no hay pena sin ley anterior al hecho del proceso (art. 18 CN) y el principio de que nadie será privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19 CN).³¹⁷

316 Ver CSJN, abril 5-1963, Bermúdez y otras c. Ganino y Cognetta Felsalu SRL, DT 23-229.-

317 Ver Constitución y Trabajo, párrafo 6.13, en www.javierspaventa.com.ar

6-12-1914 Pancho Villa en la silla presidencial junto a Emiliano Zapata.



7. APUNTES A PARTIR DEL PLENARIO VÁSQUEZ

En adelante voy a efectuar algunas aclaraciones y observaciones a partir del fallo plenario Vásquez sin ocultar que soy el letrado apoderado de la actora.³¹⁸ Si es común y aceptable sostener que los jueces deben hablar a través de sus sentencias, pienso que también se puede recomendar que los abogados lo hagan sólo en sus escritos del proceso. Por eso, aquí me impongo como límite no formular mis acuerdos o desacuerdos con los votos de los jueces que se pronunciaron en el plenario Vásquez sino abordar el estudio de la cuestión controvertida porque entiendo que la misma es teóricamente interesante y prácticamente importante.

7.1. LOS HECHOS RELEVANTES Durante el pleito que nos ocupa la actora es una empleada activa de la empresa de teléfonos. Había ingresado en 1999 a esa empresa para prestar servicios en plena relación de dependencia laboral. La empresa no registró la relación de empleo sino que simuló una pasantía (una norma contractual no laboral, art. 14 LCT).³¹⁹ Así la actora cumplió tareas de operadora telefónica pero bajo un contrato de

318 Me refiero a la sentencia plenaria N° 323 de la CNAT del 30-6-2010 dictada en los autos Vásquez María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otros; DT LXX, N° 8, 2079. La doctrina fijada es la siguiente: “Cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria”.

319 Durante la simulación de la pasantía, las llamadas “pasantías educativas” estaban reguladas por el Dto. 340/92 (del 24-2-1992, ver ADLA LII-A, 390) y por la Ley 25.165 (del 15-9-1999, ver ADLA LIX-E, 5260), que establecían el “sistema de pasantías” y que definían a la pasantía, en ambos textos en términos muy similares, como una “extensión orgánica del sistema educativo a instituciones, de carácter público o privado para la realización por parte de los alumnos y docentes, de prácticas relacionadas con su educación y formación, de acuerdo a la especialización que reciben, bajo la organización y control de la institución de enseñanza a la que pertenecen, durante un lapso determinado” (art. 2 del Dto. 340/92). A decir verdad es un régimen legal que el gobierno pone a disposición de los empleadores para que eludan al orden público laboral establecido en la ley de contrato de trabajo y en los convenios colectivos. Este régimen se mantiene en la ley 26.427 (de noviembre de 2008).-

pasantía durante cuatro años, cuando en 2003 se interpone a una agencia de servicios eventuales (una interposición fraudulenta, art. 14 LCT). La actora continuó prestando servicios como operadora telefónica y en 2007 promovió la demanda, donde reclamó que su real empleador (la empresa de teléfonos) sea condenado a registrar la relación de empleo desde la real fecha de ingreso (1999), haciendo entrega de los recibos de sueldo y acreditando el depósito de los aportes y contribuciones al sistema de la seguridad social, y que su real empleador (junto con la agencia) sean condenados en forma solidaria a pagar unas sumas de dinero en concepto de diferencias salariales (por distintos conceptos tales como básico, antigüedad, productividad, vales) y por la indemnización del art. 8 de la ley 24.013.

El juicio tramitó ante el juzgado de primera instancia N° 66 de la Capital Federal que dictó la sentencia N° 3656 del 28-12-2007, donde descalifica la pasantía y la interposición de la agencia y tiene por acreditada la relación de empleo con la empresa de teléfonos desde la real fecha de ingreso (1999). En este fallo se condena al pago de algunas de las diferencias salariales reclamadas y se rechaza la condena a abonar la indemnización del art. 8 “toda vez que la procedencia de la indemnización aludida impone el cumplimiento acabado de los recaudos previstos en el art. 11 del mismo cuerpo legal, entre ellos otorgar un plazo de 30 días, lo que no ha sucedido en autos”. No hubo decisión sobre nuestro pedido de registración, de entrega de los recibos y de la acreditación de los aportes y contribuciones al sistema de la seguridad social.

El fallo de primera instancia fue apelado por la actora y por la empresa de teléfonos. La Sala II de la CNAT dictó la sentencia N° 96.061 del 25-9-2008 donde redujo la condena a pagar sumas de dinero (ya que, por un lado, rechaza el reclamo de muchas de las diferencias salariales y, por el otro, tampoco hace lugar al abono de la indemnización del art. 8 de la ley 24013) y ordena a la empresa de teléfonos a inscribir el contrato de trabajo de la actora en el libro especial establecido en el art. 52 de la ley de contrato de trabajo, para lo cual, claro está, se pronunció contra la validez de la pasantía y de la interposición de la agencia.

Contra esta sentencia promovimos el recurso de inaplicabilidad de ley que concedido por la Sala III de la CNAT dio lugar al fallo plenario N° 323.

7.2. PRIMERAS CRÍTICAS Hago este pequeño relato para señalar que está equivocado Alejandro González Rossi cuando alude a la causa Vasquez.³²⁰ González Rossi, a pesar que reconoce no haber tenido a la vista “las constancias originales de la causa”, afirma erradamente que “no se ha hecho suficiente hincapié en la causa en cuanto a que la misma se refiere aparentemente a una trabajadora contratada por una empresa de servicios eventuales”. Para González Rossi, se trata de un hecho “esencial para ubicarse plenamente en el plexo normativo de la cuestión, dado que una cosa es lo que sanciona el art. 29 de la LCT, y otra muy distinta la situación de personal eventual -arts. 29 tercer y cuarto párrafo y 29 bis de la LCT-”.³²¹

El error de González Rossi estriba en que la actora no fue contratada por una empresa de servicios eventuales sino por otra empresa (una empresa de teléfonos) y que, luego de cuatro años de trabajo para su real empleador bajo la apariencia de una pasantía, se le interpuso a una agencia. Así, la actora fue víctima de dos fraudes (aparentar normas contractuales no laborales e interposición de personas, art. 14 LCT).

No se puede negar que hay un contrato de trabajo eventual previsto en la legislación argentina (arts. 99, 100 y cc, LCT). No hay duda al respecto. Pero también es cierto que su uso (legal, cabal) es prácticamente inexistente y que, en la gran mayoría de los casos, se recurre al contrato de trabajo eventual para simular un empleador, para ocultar al real empleador, para no aplicar el convenio colectivo, para mantener al trabajador con poca antigüedad, para someterlo a un estado de incertidumbre y de zozobra continua que facilita su manejo y abarata su despido.

El contrato de trabajo eventual es un medio legal (en cuanto que está previsto en la LCT) que opera como una cobertura del fraude laboral y, en este sentido, ha sido y es un instrumento de flexibilización ya que reduce los derechos del dependiente durante la prestación de servicios y simplifica al

320 Ver de Alejandro González Rossi, El Plenario “Vázquez c. Telefónica” y su relación con el contrato de gerenciamiento o management, DT LXX, N° 8, 2006 y ss.-

321 Ver González Rossi, ob. cit., DT LXX, N° 8, 2008.-

empleador el despido directo, todo ello con grave lesión al deber de asegurar los derechos del trabajador que impone el art. 14 bis CN.

7.3. OTRAS CRÍTICAS Algunos autores formulan críticas dogmáticas o que son una mera negación de la doctrina del plenario. Un ejemplo es Julián A. de Diego cuando afirma que “no se trata de un caso de trabajo no registrado, ya que el caso bajo análisis plantea solo la hipótesis de violación del mandato del artículo 29 (LCT), en el cual hay un empleador que registra, paga el salario, realizó los aportes y contribuciones y, en definitiva, cumple con las obligaciones laborales y de la seguridad social”.³²²

Ello no es cierto. No hay un “empleador que registra” sino que hay una interpósita persona que aparece como un supuesto empleador para lesionar los derechos del trabajador, que presta sus servicios en condiciones que no son dignas, ni equitativas ni satisfactorias de labor, percibiendo un sueldo inferior al debido, con menos descansos y vacaciones, y una notoria inestabilidad.

Julián A. de Diego se equivoca cuando dice que se aplica “una sanción a un evento que no la tiene prevista”. Primero: el art. 8 de la ley 24013 no establece una sanción. Segundo: la indemnización que se ordena pagar en esa norma es para cuando el real empleador no registró la relación de empleo. No puede haber duda al respecto.³²³

También se equivoca Juan Larrouy cuando opina que “sin negar la existencia de casos en que se cometen abusos en la intermediación de personal,

322 Ver Julián A de Diego, La justicia laboral condena la contratación indirecta y dispone el pago de multas por trabajo no registrado, El Cronista Comercial, martes 20 de julio de 2010, pág. 16.-

323 El art. 8 de la ley 24013 establece: “El empleador que no registrare una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computados a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente. En ningún caso esta indemnización podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo” (texto ordenado 1976).-

es criticable la generalización con que se analizan estas situaciones. La LCT admite la intermediación y fija la responsabilidad solidaria entre intermediario y usuario para preservar los derechos del trabajador. En este caso, no se dio el presupuesto de hecho exigido por el artículo N°8 de la ley de empleo para que proceda la multa. Esto es, la clandestinidad laboral o ausencia de registro de una relación laboral”.³²⁴

Larrouy se equivoca cuando alude a la “intermediación de personal” ya que la interposición fraudulenta es en la persona del empleador, o sea: se simula un empleador que no es el real para no registrar al empleado. Y así como el real empleador no registra a su empleado, entonces incumple con la LCT y la ley 24013, se dan los presupuestos de hecho de la norma (el art. 8 de la ley 24013) y, en consecuencia, es procedente la indemnización en ella prevista.

7.4. INICIO DE LA DISCUSIÓN SOBRE LOS ALCANCES DEL PLENARIO Se plantea la discusión sobre los alcances de la doctrina fijada en el plenario Vásquez. Después del dictado de cualquier norma laboral comienza la batalla sobre su interpretación, que es una de las formas que adopta la lucha entre los patrones y los obreros por el reparto del ingreso o producto nacional.

Héctor Jorge Scotti afirma que “el fallo está referido exclusivamente a la situación prevista en el art. 29 LCT y a una contratación celebrada por un empleador y una Agencia de Servicios Eventuales” pero que “ello no quita que, utilizando los mismos argumentos que se desarrollaran en dicho plenario por aquéllos que integraron la posición que resultó triunfante, se considere que no existe obstáculo para aplicarlos en aquellos supuestos que poseen aristas similares”.³²⁵

Para Scotti, un caso similar se da cuando “exista un trabajador que siendo

324 Ver Juan Larrouy, La justicia desconfía de la tercerización, La Nación, suplemento Economía & Negocios del domingo, edición del 15-8-2010, pág. 9.-

325 Ver de Héctor Jorge Scotti, Un pronunciamiento plenario referido a los alcances del art. 29 LCT, en DT LXX, N° 8, 2004 y 2005.-

subordinado de un determinado empleador es cedido por éste para laborar para otro dador de trabajo, habiendo cumplido aquél con la obligación de mantener registrado la relación que tenía con él”. Pero Scotti agrega que “cuando no se demuestre esta cesión del trabajador y lo que se contrate es la prestación de un servicio por parte de la empresa ‘A’ hacia la empresa ‘B’ que implique, en muchos casos, que los trabajadores de la primera cumplan tareas en el establecimiento de la segunda, no podrá aplicarse de manera alguna esta doctrina plenaria”.³²⁶

Scotti está de acuerdo con la doctrina fijada por la CNAT en el caso Vásquez, mientras que González Rossi no la comparte. A pesar de ello me parece que, con relación a los alcances de la misma, las opiniones de Scotti y de González Rossi son coincidentes ya que González Rossi considera que la doctrina del plenario Vásquez no se aplica al contrato de gerenciamiento o de management: “Nos parece que el contrato de management de ninguna manera puede quedar dentro de las previsiones del art. 29 LCT y mucho menos teniendo en cuenta la pregunta del plenario”. Para González Rossi en el contrato de gerenciamiento o management falta el elemento subjetivo que se requiere en el art. 29 de la LCT, la intención de proveer empleados para trabajar en otra empresa. De ello resulta que la persona es empleada de la gerenciadora y no de la empresa donde cumple servicios.³²⁷

En adelante trataré de indicar, prima facie, cuáles son los alcances de la doctrina plenaria fijada en el caso Vasquez.

7.5. LOS ALCANCES DEL PLENARIO En primer lugar la doctrina del caso Vásquez se debe aplicar para sostener también la procedencia de las indemnizaciones de los arts. 9, 10 y 15 de la ley 24013 (o del art. 1 de la ley 25323) en todo caso de interposición fraudulenta. No puede haber duda alguna al respecto.³²⁸

326 Ver de Héctor Jorge Scotti, ob. cit., DT LXX, N° 8, 2005.-

327 Ver González Rossi, ob. cit., DT LXX, N° 8, 2010.-

328 Recordemos que el art. 9 de la ley 24013 establece el pago de una indemnización equi-

En segundo lugar no hay ninguna razón para limitar la doctrina del plenario Vasquez al caso de la interposición de agencias de servicios eventuales. La doctrina del plenario Vasquez se debe aplicar a todo caso de interposición fraudulenta de una persona física o jurídica en el lugar del real empleador, cualquiera sea el nombre que tenga o se le de o se le quiera dar al negocio jurídico entre éste y aquella. Y aquí tampoco puede haber duda alguna. ¿Por qué? Porque así está dispuesto en la legislación argentina vigente, en los arts. 7, 8, 15 de la ley 24013 (o art. 1 de la ley 25323), en forma coincidente con lo establecido en los arts. 4, 5, 6, 14, 21 a 23, 29 y cc de la LCT.

Esta es la verdadera doctrina del plenario Vásquez: cuando hay una interposición fraudulenta, cuando se ha declarado nula a la interposición del empleador aparente y se ha determinado quién es el real empleador, entonces son procedentes las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24013 (o del art. 1 de la ley 25323), o, en otras palabras, en la medida que el trabajador prueba quién es su real empleador, que su real empleador no ha registrado su relación de empleo y que quien figura como su empleador es una interposición fraudulenta, son procedentes las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24013 (o del art. 1 de la ley 25323).

La regla de derecho es que el real empleador que no ha registrado la relación de empleo debe abonar las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 ley 24013 o del art. 1 de la ley 25323. La doctrina legal es que no basta con que el trabajador esté inscripto por cualquier persona, sino que debe estar registrado por su real empleador. Por ello, de lo que se trata es de determinar quién es el real empleador, el verdadero patrón, más que excluir a priori tal o cual

valente al 25% de las remuneraciones devengadas desde la real fecha de ingreso hasta la fecha de ingreso falsamente registrada; que el art. 10 de la ley 24013 dispone el pago de una indemnización equivalente al 25 % de las remuneraciones devengadas y que no estuvieran registradas; que el art. 15 ordena, como mínimo, que la indemnización por despido (un mes de sueldo por año de antigüedad) se pague al doble de su valor cuando el trabajador es despedido o se da por despedido cuando había reclamado por la registración de la relación de empleo, o por la corrección de la fecha de ingreso o del monto de su salario. El art. 1 de la ley 25323 (que equivale al art. 15 de la ley 24013 pero referido sólo al despido directo) también dispone la duplicación de la indemnización por antigüedad cuando el empleado fue despedido existiendo irregularidades registrales.

contrato de gerenciamiento o management como si por la sola pronunciación del nombre de un contrato quedara definido quién es el empleador y decidido que el dependiente no tiene derecho a las indemnizaciones de la ley 24013 o de la ley 25323. La regla de derecho es clara y no acepta límites a priori o dogmáticos de quienes recurren al artilugio de poner nombres como si con ello describieran la realidad (nuestras sensaciones o las impresiones de nuestros sentidos) o expusieran las esencias o sustancias inmutables y eternas.

7.6. ALGUNOS EJEMPLOS (Y EL IMPERIALISMO) Insisto sobre el tema pero a partir de lo que escucho a diario en las consultas que recibimos en el estudio.

Un caso muy común: una persona que trabaja como repositor de mercadería que fabrica y comercializa una gran empresa de alimentos en una cadena de supermercados. Este repositor no está registrado por la empresa de alimentos sino por una agencia de servicios eventuales durante dos años. Luego lo registra una denominada “consultora” que se presenta como una empresa que tiene por actividad prestar el servicio de reposición de mercadería. Después de unos años la persona puede estar registrada por otra agencia o por otra consultora, o hasta inclusive puede quedar registrada -durante un tiempo- por la empresa de alimentos (que es su real empleadora) para, posteriormente, volver a estar registrada por cualquier otra interposición.

Las interposiciones -para desligar su responsabilidad ante el reclamo- esgrimen (en muchas oportunidades) la defensa de prescripción o la existencia de renunciaciones al empleo: al trabajador se lo hace renunciar por telegrama cada vez que se lo pasa de una agencia o consultora a otra. Estas renunciaciones carecen de toda validez de la misma manera que son nulas las interposiciones. Esas renunciaciones no extinguen la relación laboral porque el trabajador no las remite a su real empleador y porque, además, continúa prestando servicios para el mismo.

Con respecto a la validez de estas renunciaciones, señalo dos fallos de la CNAT que me parecen muy ilustrativos. El primero es el siguiente: “La codemandada Suministra SRL alega que se habría soslayado que el actor le comunicó su renuncia al empleo el día 15 de diciembre de 1998, pero no rebate que dicha

renuncia carece de toda validez como acto extintivo por haber sido dirigida a quien no era su verdadero empleador”.³²⁹ El segundo fallo es el siguiente, a saber: “...la renuncia que el actor pudo haber remitido a la empresa de servicios eventuales, no condiciona en nada la relación laboral que se suscitara entre su parte y la empresa en la que prestó servicios con carácter permanente, de modo que, aún cuando pueda asistir razón a la apelante en relación a la omisión de tratamiento de dicho extremo, lo cierto es que tal circunstancias no obsta a lo resuelto en grado, que mereciera la confirmación propuesta en el presente voto”.³³⁰

Otro caso muy común: una persona que trabaja como instalador de líneas telefónicas por más de diez o quince años para una empresa de teléfonos que cada dos o tres años lo cambia de contratista. Trabaja a producción entre 10 a 12 horas cuando hay pedidos de líneas. Gana menos que un empleado de la empresa de teléfonos que trabaja seis horas treinta. Se lo tiene por el convenio de la construcción. Cuando necesita plata (para pagar el sepelio del padre) renuncia a la contratista para cobrar el fondo de desempleo (que es la indemnización prevista en el convenio de la construcción). Pero sigue trabajando, continúa instalando líneas y la misma contratista lo anota con una nueva fecha de ingreso. Así, a lo largo de diez o quince años, este trabajador que cumple las mismas tareas que otro registrado por la empresa de teléfonos, no sólo aparece anotado por varias contratistas o subcontratistas sino que, además, en algunas de ellas figura con diferentes fechas de ingreso.

Y similares hechos se repiten en otras actividades. Un vendedor de una empresa multinacional de jabones, que vende los productos de esa empresa, bajo el precio fijado por esa empresa, a clientes de esa empresa, en la zona que le fija esa empresa, con papelería o documentos de esa empresa, ¿para quién trabaja? ¿Para la jabonería multinacional o para la agencia de servicios o la consultora donde se le anotó? ¿Es un viajante de comercio cuya relación de empleo se regula por la ley 14.546 del viajante de comercio o es un personal de

329 CNAT, Sala IV, sent. 88097, 19-7-02, causa N° 27736/99, Landriel Juan Christian c/ Citibank NA y otros s/ Despido.-

330 CNAT, Sala X, sent. 11750, 30-5-03, causa N° 21250/00, Caffa Ulises Leonardo Aníbal c/ Plus Pack SA y otro s/ Despido.-

maestranza como se lo tiene anotado? ¿Puede haber dudas sobre estos temas? A mi entender ninguna.

¿Y cuál es el problema? Transmito el dolor de mis clientes.³³¹ Al trabajador no se le aplica el convenio colectivo de su real empleador sino el convenio colectivo de la interposición (que, en general, tiene menores salarios y beneficios). Pierde antigüedad y dinero (el plus por antigüedad) y vacaciones. Está en un permanente estado de inseguridad, de intranquilidad y de incertidumbre. No es lo mismo trabajar para una gran empresa y tener el recibo de sueldo de una gran empresa que tener un recibo de sueldo de una agencia o de una contratista o subcontratista que, hasta en algunos casos, puede llegar a ser un compañero de trabajo.

En general, las grandes y medianas agencias de servicios eventuales pertenecen a un grupo de empresas que está integrado por la agencia y por otra empresa que tiene por actividad la prestación de servicios comerciales, tales como la venta, la comercialización, el merchandising, la reposición, la atención telefónica, u otras similares (como el relevamiento de datos) y que operan como interposiciones fraudulentas bajo la apariencia de consultoras, contratistas, subcontratistas o gerenciadoras.

González Rossi da un ejemplo que debe merecer nuestra seria reflexión. Dice, en relación al contrato de gerenciamiento, que “no es algo absolutamente inusual, siendo que por ejemplo muchas veces el mismo estado en la prestación de servicios públicos exige en ocasiones que para el desarrollo de los mismos en el marco de una concesión la prestación misma sea dada a través de un contrato de gerenciamiento, cuestión que inclusive es usualmente impuesta para el acceso al crédito internacional, siendo inclusive esta la política del Banco Mundial, que suele incluir una cláusula contractual cuando procede a conceder un crédito que estipula el inmediato reembolso del mismo crédito si el país que lo recibe rescindiere el contrato de management que se tenía como fin al otorgarlo”.³³²

331 Y pienso en las denuncias que Rafael Barret efectuara en *El dolor paraguayo*, o en *Lo que son los yerbales*, o en *El terror argentino* (ver esos textos en Rafael Barret, *El dolor paraguayo*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1987).-

332 Ver González Rossi, ob. cit., DT LXX, N° 8, 2009.-

No se puede dejar pasar este ejemplo de González Rossi sin señalar que la imposición del Banco Mundial es una forma de intervención en el gobierno del país que toma el crédito, que limita la soberanía popular, que viola el derecho internacional (arts. 1.2, 2.1, 2.4, 2.7 y cc. de la Carta de las Naciones Unidas) y, en especial, la doctrina Drago.³³³

Nos consta, por las consultas que atendemos, que hay muchos empleados públicos que están registrados ya no por el Banco Mundial sino también por otras agencias de Naciones Unidas, tales como UNICEF o CEPAL, y que no son otra cosa más que empleados públicos que, en la mayoría de los casos, iniciaron la relación con el gobierno a través de una simulación de una locación de obra, que luego continuaron por medio de sucesivos contratos a plazo y que ahora mantienen con un contrato con una universidad nacional o con un organismo de Naciones Unidas, o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, o con la OEI (Organización de los Estados Iberoamericanos).

Todo ello es muy grave y nos debe hacer pensar que sólo corresponde retomar y continuar la tradición del único y mejor derecho del trabajo que siempre sostuvo una posición absolutamente opuesta al conchavo, al tropero, a la agencia, a la tercerización o contratación o subcontratación, de la que se separaron muchos cultores de la disciplina con la irrupción de las doctrinas flexibilizadoras (desde principios de los años 90 del siglo XX en Argentina) que, sin lugar a dudas, han dejado muchos daños y una forma civilista de encarar la materia que, a mi entender, debe ser totalmente descalificada y abandonada.

7.7. SOBRE LA DOCTRINA FISCALISTA En esta cuestión bajo debate aparece siempre una doctrina que podemos denominar “fiscalista”, que afirma que la ley 24.013 tiene por objetivo perseguir la evasión fiscal (ya sea previsional o tributaria) y que dicho objetivo queda cumplido cuando una relación laboral está inscripta, aunque no sea por el real empleador.

333 Ver Alfredo N. Vivot, *La Doctrina Drago*, Buenos Aires, 1911, en especial su apéndice con la nota de Drago del 29-12-1902; ver también L. A. Podestá Costa, *Derecho Internacional Público*, Tercera Edición, TEA, Buenos Aires, 1955, pág. 447 a 451.-

Esta doctrina se inscribe en una concepción política que se presenta como partidaria del pago de los impuestos o que pagar los impuestos es un deber del habitante (ante el derecho del gobierno a cobrarlos) sin condición alguna a la forma de ese gobierno ni a la forma de gobernar de sus magistrados. Así, no se subordina el deber de pagar los impuestos a que el gobierno ejecute una política popular (o sea: favorable a los habitantes) sino que, por el contrario, se afirma una doctrina autoritaria: el gobierno es bueno, beneficioso o útil (en todos los casos ya que, como mínimo, impone el orden contra el desorden, la paz contra la guerra) y, en consecuencia, debe ser mantenido con el pago de los impuestos. Pero el gobierno no impone el orden contra el desorden (que en general lo llaman anarquía) ni la paz por sobre la guerra, sino que, por el contrario, establece o coadyuva al mantenimiento de la explotación de los pobres por los ricos, quienes a su vez califican a ese estado social o político como un orden pacífico.

Para la doctrina fiscalista se busca sustento en el art. 2, inc. i, de la ley 24.013 cuando establece que uno de los objetivos de la ley es “promover la regularización de las relaciones laborales, desalentando las prácticas evasoras”.

Pero la doctrina fiscalista no tiene fundamento en el art. 2, inc. i, de la ley 24.013. Dicha ley tiene por objetivo promover la regularización de las relaciones laborales. Esta es la primera finalidad que se indica en el art. 2, inc. i, para luego señalar que se busca desalentar las prácticas evasoras.

La ley 24.013 tiene tanto un objetivo laboralista (de regularizar las relaciones laborales) como un objetivo fiscalista (al desalentar las prácticas evasoras). Esto es básico y la razón es sencilla: cuando la relación laboral es regular (está registrada) se beneficia tanto el trabajador como el fisco.

Quienes en general afirman la doctrina fiscalista, se conforman con que la relación laboral esté registrada por un intermediario (y no por el real empleador) para dar por cumplido con el objetivo antievasor que predicán de la ley.

Pero ello no es así. Que la relación esté inscripta por un intermediario (y no por el real empleador) no es una razón suficiente para afirmar que no hay evasión (o que se ha cumplido con las obligaciones previsionales). Una cosa

no necesariamente supone a la otra. No es una verdad conceptual (o a priori). No necesariamente es cierto que si la relación laboral está inscripta por una intermediaria se cumplen con los objetivos antievasores de la ley 24.013.

La ley 24.013 tiene tanto un fin fiscalista como laboralista. Ello queda claramente expuesto por el Dr. Catardo en su voto del caso Narkevicius cuando expresa que “respecto a la improcedencia de las multas sustentadas en los artículos 9 y 15 de la Ley 24.013, su formulación es parcial e insuficiente. El quejoso omite que la ley en cuestión, no sólo tiene por objetivo evitar la evasión al fisco, ya que a su vez, tiene por finalidad combatir la falta total y/o parcial de registración del trabajador, de manera tal que no sea perjudicado en sus derechos, reconocidos por la normativa al respecto, a modo de ejemplo, a tener una protección de la legislación laboral, de la de seguridad social, a una cobertura médico asistencial para él y su familia, salario familiar, seguro de desempleo, de accidentes de trabajo, etc. Así también, a tener una bonificación por antigüedad, vacaciones, indemnización por antigüedad, etc., que la normativa, ya sea LCT y/o CCT, etc., va incrementando con beneficios en la medida del tiempo en que el trabajador presta tareas a favor del empleador”.³³⁴

La ley 24.013 tiene un objetivo laboralista que consiste en regularizar las relaciones laborales para que el trabajador tenga el pleno goce y ejercicio de sus derechos laborales (de los derechos que tienen su origen en las normas que regulan o protegen el trabajo, tales como la Constitución nacional, los tratados enumerados, los Convenios de la OIT, la LCT, los estatutos profesionales, los convenios colectivos de trabajo o las demás normas del derecho del trabajo).

Y, además, la ley 24.013 tiene un objetivo fiscalista que consiste en desalentar las prácticas evasoras. Ahora bien: ¿cómo manda la ley 24.013 desalentar las prácticas evasoras? La respuesta es sencilla: promoviendo la regularización de las relaciones laborales (art. 2, inc. i, ley 24.013). ¿Por qué? Porque la irregularidad en la registración de la relación laboral tiene por objeto o por resultado a las prácticas evasoras.

334 CNAT, Sala VIII, sd 34695, 19-12-2007, causa 23052/2004, Narkevicius Sergio Roberto c/ Dinan SA s/ Despido.-

Para desalentar las prácticas evasoras, la ley 24.013 establece el pago de indemnizaciones a cargo del empleador. Para algunos juristas (y también para algunos tribunales) las indemnizaciones de la ley 24.013 son multas o sanciones. Nosotros no compartimos que las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013 sean multas o sanciones, ya que, además de que en la misma ley se denominan “indemnizaciones”, son a favor del trabajador y reparan el perjuicio de haber sido víctima del fraude. Son una reparación tarifada en compensación de los daños y perjuicios causados por haber sido sometido a una relación laboral fraudulenta o irregular.

Insistir en esta idea me parece muy importante ya que, aunque el trabajador esté registrado por una interpósita persona en fraude a la ley laboral, padece durante la vigencia de su contrato de trabajo de perjuicios tales como extensas jornadas de trabajo, salarios inferiores a los debidos, no goce de beneficios convencionales y un estado de incertidumbre que justifica plenamente que perciba las reparaciones especiales fijadas en la ley 24.013.

Pero supongamos que las indemnizaciones de la ley 24.013 sean multas o sanciones. Es claro que son a favor del trabajador: se imponen a cargo del empleador. En esto se diferencian de las multas o de las sanciones pecuniarias de tipo penal que, en general, son a favor del fisco.

Y, ¿por qué se imponen a favor del trabajador? Porque el trabajador -con su reclamo de inscripción y su debida comunicación a la AFIP - DGI- contribuye a la regularización de las relaciones laborales, en cuanto objetivo de la ley 24.013. Así que si consideramos multas o sanciones a las sumas de dinero fijadas en los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013 (o en el art. 1 de la ley 25.323) como se establece que se deben abonar al trabajador, entonces resultan en el premio o recompensa que se le otorga por colaborar con la política gubernamental de promover la regularización de las relaciones laborales desalentando las prácticas evasoras.

7.8. DERECHO CIVIL Y DERECHO LABORAL González Rossi está en contra de la doctrina fijada en el fallo Vásquez y “a título personal” destaca que “existen determinadas formas de aplicar la hermenéutica legal”, entre las

que se encuentra “el propio principio también restrictivo de la solidaridad que surge del Código Civil (art. 699), que quizá con una evaluación más profunda hubiere inclinado la decisión del plenario en otra dirección, pudiendo quizá tener por suficientemente protegido al trabajador con la solidaridad del art. 29 bis que le fija un abanico de posibles deudores a su respecto y en referencia a los créditos laborales cuya naturaleza es más indemnizatoria que la sancionatoria de las multas de la ley de empleo”.³³⁵ Estas ideas nos dan la oportunidad para abordar la relación entre el derecho civil (o derecho común a los habitantes) y el derecho del trabajo.

El derecho civil está constituido por algunas normas que lo convierten -más que en un medio inadecuado para la solución de los problemas de los obreros- en un instrumento para la dominación del rico sobre el pobre. Voy a tratar de señalar algunas de estas características del derecho civil.

La primera es el principio de libertad contractual que va en paralelo con el principio del intercambio voluntario. El principio de intercambio voluntario establece algo así como que en todo intercambio voluntario las dos partes intervinientes resultan beneficiadas, o que las partes que intervienen en un intercambio voluntario se benefician mutuamente. Se afirma y establece que las personas son libres e iguales (en derechos, no en los hechos). Así contratan por libre decisión o elección; o, en otras palabras, obran voluntariamente, lo que quiere decir que ejecutan sus actos (como la celebración del contrato) con discernimiento, intención y libertad. De este modo, se intenta justificar todo contrato. A ello se agrega el principio sobre que los acuerdos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*) y que son ley para las partes (*legem contractus dedit*). Para cuestionar la validez del acuerdo hay que demostrar que la persona no obró voluntariamente: que no actuó con discernimiento, o ni con intención o ni con libertad. Así habrá que mostrar que la persona padeció de un vicio de su voluntad o que la misma estuvo afectada por error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

La segunda es la primacía de la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad tiene, en principio, los siguientes requisitos: un daño; un hecho dañoso; una

335 Ver González Rossi, ob. cit., DT LXX, N° 8, 2008 y 2009.-

relación de causalidad entre el hecho dañoso y el daño; y los factores de atribución del hecho dañoso a su autor, o sea: que el hecho dañoso le sea imputado al autor por su dolo o por su culpa (que es un actuar imprudente -o una sobre actuación- o un actuar negligente -o una falta de actuación). Así se considera que una persona debe reparar los perjuicios que padece otra persona cuando le ha causado un daño por un hecho dañoso que se le atribuye por su actuar doloso o culposo.

La tercera es el derecho real de dominio, es la propiedad privada y, en definitiva, el derecho de propiedad privada sobre los medios de producción. La propiedad privada de los medios de producción junto con el trabajo asalariado son dos características mínimas que configuran al capitalismo. El trabajo asalariado se hace posible por la apropiación de los medios de producción que lleva a cabo una minoría en detrimento de una mayoría que es transformada y reproducida como hombres libres. Para Marx, el hombre libre es la persona que no ostenta ninguna sujeción jurídica (que no es un esclavo o un siervo) pero que, además, no posee medios de producción como para satisfacer sus necesidades y las de su familia.³³⁶

El derecho laboral se crea en gran medida en oposición a estas características del derecho civil. A la libertad contractual opone el orden público laboral. Hay libertad de negociación entre el patrón y el obrero pero dentro de los límites indisponibles: así no se puede negociar (o pactar cláusulas o condiciones de trabajo) por debajo de esos límites cuando son pisos o niveles inferiores (ej: el salario mínimo) ni por arriba de esos límites cuando son techos o niveles superiores (ej: jornada de trabajo). A la responsabilidad subjetiva enfrenta la responsabilidad objetiva, enarbola el principio de indemnidad y hace responsable al patrón de todos los daños y perjuicios que padezca el obrero por causa, motivo u ocasión de su prestación de tareas. Y a la propiedad privada de los medios de producción contraponen la propiedad colectiva, la propiedad social, el cooperativismo, la autogestión, la participación en las ganancias con control obrero.³³⁷

336 Esta idea mínima de capitalismo, como el concepto de hombre libre y el de compulsión extraeconómica, aparece expuesta por Carlos Marx en el capítulo 24 (sobre la acumulación originaria) del Tomo I de El Capital.-

337 Estas son en gran medida las ideas que expone y defiende Alfredo Lorenzo Palacios en

Si perdemos de vista esta concepción básica, el derecho del trabajo -en vez de ser un medio de liberación social- pasa a ser un instrumento de la dominación política y social, una técnica para la producción, manejo y reproducción de los trabajadores (del trabajo asalariado).³³⁸

A mi entender, resulta inaceptable recurrir al derecho civil -como propone González Rossi- para suprimir o limitar los derechos del trabajador que, por mandato constitucional, deben ser asegurados (art. 14 bis). Aquí -en la utilización de las fuentes- se impone el principio de la norma más favorable al trabajador. La razón de ser del derecho del trabajo es la protección de los derechos del dependiente y sólo cabe recurrir al derecho civil cuando contiene mejores y mayores grados o niveles de aseguramiento que la norma laboral. De no ser así, entonces corresponde la utilización de la legislación del trabajo.

De la misma manera el derecho del trabajo, en cuanto norma especial, sólo se justifica en la medida que viene a mejorar los derechos reconocidos en el derecho común, y resulta inconstitucional (o inaplicable) si, por el contrario, modifica in peius al derecho civil ya que, de proceder de esta manera, viene a desasegurar los derechos ya asegurados y, en consecuencia, a violar directamente el mandato del art. 14 bis de la Constitución (ampliado por los tratados enumerados). El derecho del trabajo, que tiene eminentemente un fin tuitivo del trabajador en cuanto es la parte más débil de la relación laboral, tiene por razón de ser que viene a suplir la insuficiencia protectoria del derecho común. Como, en principio, el derecho común a todos (ius civile o ius commune) no protege adecuadamente (o suficientemente) al dependiente, entonces se impone un derecho especial que lo haga (el derecho laboral). Pero claro está que si el derecho civil tiene mayores niveles de protección del trabajador, entonces se impone sobre el derecho laboral y lo desplaza en su aplicación (al mismo tiempo que le quita su razón de ser). El derecho especial

El Nuevo Derecho (que publica en 1920).-

338 Alfredo L. Palacios (en *La Justicia Social*, Buenos Aires, 1954) dice: "Las leyes del trabajo son leyes de excepción. Se trata de evitar la desigualdad entre las partes contratantes, frecuentemente olvidada por los juristas. De ahí que haya sido necesario establecer procedimientos de excepción, de manera que los pobres pudieran defender su derecho, pues la mayor desigualdad consiste en tratar de igual modo a quienes son desiguales" (pág. 243).-

(el derecho del trabajo) debe contener mejores aseguramientos (normas más favorables) que el derecho civil. De no ser así, el derecho laboral debe ser dejado a un lado ya que es claro que no cumple con su finalidad sino, por el contrario, con otra absolutamente diferente y que es opuesta a los intereses de los trabajadores, cual es coadyuvar al manejo y reproducción de la clase obrera.

7.9. ACERCA DE LAS NULIDADES LABORALES Sobre esta misma base se impone abordar la cuestión de las nulidades en el derecho del trabajo. Claro está que no voy aquí a presentar una doctrina sobre las mismas. Entiendo que, prima facie, hay que partir de los arts. 7, 8, 12, 13, 14, 40, 41, 42, 43, 44 y cc de la LCT.

A partir de estos textos aparece claro que las nulidades del contrato de trabajo no pueden tener por objeto o por resultado suprimir o limitar los derechos del trabajador; que las nulidades laborales han sido establecidas para impedir la reducción de los derechos o intereses del dependiente o para disponer la mejora (aumento o incremento) de los mismos. Así, resulta que la remoción del obstáculo (del acto nulo) se realiza para el mantenimiento de un estado de cosas (que el acto nulo venía a degradar) o para el mejoramiento de las condiciones laborales (que el acto nulo impide).

De ello resulta que la existencia de una interposición fraudulenta en el contrato laboral de un trabajador con su real empleador o la declaración de su nulidad, no pueden tener por objeto o por resultado que se supriman o limiten los derechos del dependiente.

Se objeta sin razón que no se pueden ignorar ciertos actos realizados por la interpósita persona o que aparecen a su nombre. Se afirma que, a pesar que la interposición es nula y que así debe ser declarada, ciertos actos deben mantener sus efectos y no pueden ser desconocidos.

Pero la cuestión no pasa por desconocer los actos que supuestamente habría realizado la interpósita persona (ni por quitarles toda validez) sino, por el contrario, en que dichos actos no tengan por objeto ni por resultado la supresión o limitación de los derechos del dependiente. Por ejemplo: no se trata

de desconocer que, durante la interposición, el trabajador percibió sumas de dinero como contraprestación de sus servicios, sino en afirmar que las recibió a cuenta del total adeudado (art. 260 LCT). De la misma manera: no se trata de desconocer que, durante la interposición, se hicieron depósitos al sistema de la seguridad social, sino en afirmar que son a cuenta del total adeudado. Y si no hay deuda alguna, mejor aún, ya que ello nos indicaría que la interposición no ha sido tan gravosa en lo que al pago de salarios se refiere, hecho que no obsta la procedencia de las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 25.323 (o del art. 1 de la ley 25.323) por la existencia de la irregularidad registral.

De la misma manera, se debe encarar el tratamiento del despido directo dispuesto por la interposición fraudulenta. Cuando el real empleador prescinde de los servicios de su empleado debe recurrir para exteriorizar su voluntad a la interpósita persona, quien remite el telegrama de despido al trabajador. ¿Qué valor tiene ese despido? No cabe duda alguna que se trata de un acto nulo, de nulidad absoluta. ¿Y qué efectos posee? Diría que, como mínimo, el trabajador tiene derecho a reclamar de su real empleador el pago de la indemnización por antigüedad, más el preaviso, el mes de despido, las vacaciones y el aguinaldo proporcionales y las indemnizaciones de los arts. 8, 9, 10 o 15 de la ley 24.013 (o del art. 1 de la ley 25.323), restando claro está, lo que haya percibido a nombre de la interposición.

Y la misma solución se impone con respecto a todo acuerdo conciliatorio que se haya celebrado entre la interposición fraudulenta y el trabajador ante el Ministerio de Trabajo o ante un escribano: el convenio es nulo, no impide el reclamo que formule el dependiente a su real empleador y las sumas que en virtud del mismo haya percibido el trabajador se deben imputar a cuenta del total adeudado (art. 260 LCT).

7.10. DEFENSA DE LA FACULTAD DE DICTAR PLENARIOS

Sobre los fallos plenarios se han planteado algunas discusiones que merecen nuestra atención.

A través de un fallo plenario se intenta resolver el problema que se plantea en un tribunal colegiado (cuyos miembros se dividen en salas para facilitar

el ejercicio de sus atribuciones) cuando entre sus diferentes salas se adoptan decisiones distintas o contradictorias sobre la interpretación de un mismo texto legal. Se ha pensado que juntar a todos los integrantes del tribunal para que decidan sobre la cuestión es un recurso adecuado para salvar las diferencias o la contradicción, y unificar la interpretación del derecho vigente.

Prima facie no estoy en desacuerdo con este tipo de organización de los tribunales. No creo que el fallo plenario, en cuanto obligatorio para todos los integrantes del tribunal y para los tribunales inferiores, atente contra el orden republicano de gobierno o la división de poderes (art. 1, CN), ni contra la facultad de los jueces de conocer y decidir todas las causas (art. 116, CN). Se trata de una forma de ordenar las magistraturas (en este caso las judiciales) para unificar la interpretación de la ley cuando previamente se han dado fallos contradictorios (o diferentes) y así llegar a las mismas decisiones ante similares hechos. Así, me parece que el fallo plenario tiene sustento en el principio de igualdad (art. 16 CN) en cuanto ordena el trato igualitario ante la semejante situación. Hace a la seguridad jurídica, a la previsión que se nos debe a los habitantes de la Nación, que los hechos similares sean decididos sobre la base de la misma inteligencia del texto legal o a partir de la misma regla de derecho.

No desconozco la opinión de aquellos que cuestionan la atribución de dictar fallos plenarios (o que critican a la casación) por cuanto el poder judicial no está integrado por miembros elegidos por el voto popular, o porque sus decisiones no se adoptan a través de una discusión pública, o porque sus integrantes gozan de la inamovilidad en el cargo (art. 110 CN) o porque ostentan cierta pasividad o carencia de activismo político, o porque se considera (con error) que se suprime o limita la atribución de los jueces de conocer y decidir las causas (art. 116 CN). A mi entender estas características del poder judicial no justifican que se elimine la atribución de dictar fallos plenarios para adoptar una doctrina legal ante la existencia de varias divergentes que provienen de los mismos tribunales y que tienen por consecuencia que causas semejantes reciban decisiones diferentes. Para mejorar el procedimiento judicial no hay que derogar el régimen de los fallos plenarios sino, por ejemplo, publicitar su actividad (a través de audiencias de libre concurrencia) o aceptar

la participación de los amigos del tribunal, como ha resuelto la Corte Suprema de la Nación.³³⁹

A mi parecer, que el poder judicial tenga (en apariencia) una configuración más elitista, más cerrada o menos pública (que el poder ejecutivo o el poder legislativo) no obsta a que posea la atribución de dictar fallos plenarios ya que, en un sistema republicano de gobierno como el que impera en la Nación, sus integrantes son elegidos por el presidente con acuerdo del senado (arts. 99.4) y, además, están sometidos al juicio político (arts. 53, 59, 60, 115, CN).

Soy además partidario que la atribución de dictar fallos plenarios la ejerza la misma CNAT (como lo viene haciendo desde su creación hace más de sesenta años). En este sentido me opongo a la propuesta que da a conocer la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para la creación de un Tribunal de Casación integrado por cinco miembros para funcionar en pleno.³⁴⁰ Al respecto, se debe tener en cuenta -como en otras oportunidades ya he dicho- que no hay que confundir las protecciones debidas a los pobres y a los trabajadores, con la creación de agencias estatales o el incremento de sus atribuciones discrecionales, máxime luego de lo poco beneficiosas o fructíferas que han sido las magistraturas incorporadas a la ley suprema por la convención constituyente de 1994 (tales como la auditoría de la nación: art. 85 CN, o el defensor del pueblo: art. 86 CN, o el consejo

339 Ver la Acordada N° 28/2004 sobre la participación del amicus curiae y la Acordada N° 30/2007 sobre audiencias públicas.-

340 El proyecto de ley se puede consultar en el sitio web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS). Aunque nos alejemos del tema bajo estudio, una propuesta beneficiosa para los habitantes sería modificar el proceso civil y comercial para asemejarlo al proceso laboral (tal cual se establece en la ley 18345); que los pactos de cuota litis no puedan superar el 20% del monto que tiene a cobrar el litigante y que los abogados no puedan percibir sumas de dinero a nombre de las partes del pleito (en especial cuando son personas físicas) sino que la cobranza del resultado del pleito la deba realizar el acreedor personalmente en un banco oficial donde el condenado debió haber depositado el dinero. No se puede afirmar que en el proceso civil -a diferencia del proceso laboral- no se discuten cuestiones de orden público que merezcan una actuación de oficio, como si los únicos que sufren accidentes de tránsito fueran multimillonarios y no trabajadores que también en esas causas requieren de la protección de las leyes (art. 14 bis CN).-

de la magistratura: art. 115 CN) o de la pobre actuación que desarrolla la Cámara Federal de Casación Penal para el progreso de la plena vigencia de los derechos humanos en la república.

No hace mucho tiempo atrás se ha sumado una nueva crítica a la actividad jurisdiccional de la CNAT en relación a los fallos plenarios N° 321 y N° 322, que ha expuesto uno de los integrantes del tribunal (la jueza Ferreiros en su voto para el plenario N° 322) y que también ha formulado Leandro Recalde.³⁴¹ Para Leandro Recalde no se ha seguido el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ni en el Reglamento para la Justicia Nacional; así se dictaron esos fallos sin que la doctrina fijada fuera votada por la mayoría absoluta de los miembros totales del tribunal (mayoría absoluta que sería de diez y seis miembros, ya que la CNAT debería estar integrada por treinta jueces, mientras que en esos fallos la mayoría alcanzó a los trece jueces y la minoría estuvo compuesta por seis); por ello esos fallos no serían sentencias plenarias o hasta inclusive ni siquiera serían sentencias.

Yo no estoy de acuerdo con las críticas que formula Leandro Recalde que, en mi opinión, están teóricamente erradas y tienen consecuencias prácticas nocivas, ya que una objeción basada en reglas procesales soslaya la discusión sobre el derecho sustancial puesto en juego en esas causas, al mismo tiempo que no contempla la posibilidad (conceptual y real) que la misma CNAT (con esos mismos integrantes) dicte un fallo plenario a favor de los trabajadores (como de hecho sucedió con el fallo plenario N° 323 en la causa Vásquez).³⁴²

341 Ver el voto de la jueza Ferreiros en el plenario N° 322 en DT, LXIX, N° 12, pág. 390 (el fallo plenario es del 19-11-2009 y se dicta en los autos Tulosai Alberto Pascual C/ Banco Central de la República Argentina, DT LXIX, N° 12, 381 y ss.; ver de Leandro Recalde, Sobre la ilegalidad del plenario CNAT “Tulosai”, en DT, LXX, N° 1, 51 y ss; el plenario N° 321 es del 5-6-2009 y se dicta en los autos Couto de Capa Irene Marta C/ Areva SA S/ Ley 14546 (ver DT, LXIX, N° 12, 351).-

342 La postura de Leandro Recalde tiene por consecuencia invalidar, como mínimo, más de diez fallos plenarios de la CNAT, ya que, por lo menos, desde 2007 la CNAT no está integrada por 30 jueces mientras que muchos de sus fallos fueron adoptados por la mayoría de los presentes sin alcanzar la mayoría absoluta de 16 jueces. Así por ejemplo: en el Plenario 318 de diciembre de 2007 votan por la mayoría 14 jueces; en el Plenario 320 votan por la mayoría 15 jueces; en el Plenario 321 votan por la mayoría 12 jueces; en el Plenario 322 votan

Es claro que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sólo establece que el tribunal colegiado debe adoptar la decisión por el voto de la mayoría de sus integrantes (art. 299). En este Código nada se dice sobre si la mayoría es absoluta o simple, ni (en cualquiera de esos dos casos) si se trata de la mayoría de los miembros totales que deberían integrar el tribunal o de la mayoría de los miembros presentes en el acuerdo plenario.

Aquí no hay que soslayar que la jueza Ferreirós (al inicio de su voto en la causa Tulosai) da cuenta que los integrantes de la CNAT debatieron sobre el dictado de sentencias plenarias sin que el tribunal estuviera integrado por todos sus miembros (o con la ausencia de un tercio de ellos) y que decidieron a favor de su funcionamiento en esas condiciones.³⁴³ Se trata de un debate y una decisión que deben ser considerados al momento de evaluar si la CNAT cumple con las normas rituales al dictar sentencias plenarias (como la N° 321 o la N° 322) por cuanto emanan de jueces elegidos conforme a la Constitución Nacional con atribuciones “para reglamentar su labor” (art. 27, Decreto-ley 1285/58).

El Dto. Ley 1285/58 de organización de los tribunales nacionales dispone que las cámaras de apelaciones se reunirán en tribunal pleno para reglamentar su labor (art. 27.a). En el sitio web del Poder Judicial obra una copia del reglamento de la CNAT (o del Reglamento para la justicia laboral), donde se dispone que “la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sesionará válidamente con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros en funciones, número que se calculará con deducción de los cargos vacantes y de los jueces que se hallen en uso de licencia” (art. 1.2.1). En su labor plenaria la CNAT obra conforme a su

por la mayoría 13 jueces.-

343 Sobre el tema dice Ferreirós: “No estoy de acuerdo, y así lo hice saber a mis colegas, con que se dicten plenarios, sin integrar este honorable cuerpo que integro, con otros jueces de cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten fallos plenarios, con la ausencia de un tercio de los integrantes de este organismo... resulta obvio que nuestro planteo fue rechazado, por el honorable cuerpo, de manera tal que, como corresponde, acato la decisión de la mayoría y procedo a elaborar mi voto... lo hago disciplinaria pero preocupadamente, y que por tanto sentí la necesidad de dar a conocer los prolegómenos acontecidos” (del voto de la jueza Ferreirós en Tulosai, en DT, LXIX, N° 12, 390).-

Reglamento interno.

Por otro lado, resulta jurídicamente improcedente recurrir a normas de facto o de origen espurio (como sería el Decreto-ley 1285/58) para suprimir o limitar derechos reconocidos a favor del trabajador porque con ese proceder se vulnera el deber de asegurar sus derechos y el principio de la progresividad.

Contra quienes, como Leandro Recalde, se pronuncian contra la actuación de la CNAT al dictar plenarios con la ausencia de un tercio de sus miembros, es posible recurrir a la doctrina de facto para reconocerle validez (formal) a sus fallos. Explico la cuestión. La doctrina de facto (por lo menos en la versión de Constantineau que aquí conocimos)³⁴⁴ tiene tres reglas de derecho. La primera manda reconocer los gobiernos usurpadores o los gobiernos de facto (como a sus normas y actos). La segunda ordena reconocer a los entes públicos o privados de facto cuando obran con apariencia de legitimidad. La tercera dispone la validez de los actos de los funcionarios de facto (que serían los funcionarios de los gobiernos de facto o de los entes de facto o que ejercen en los hechos cargos legales o hasta cargos irregulares) que obran con apariencia de derecho o de autoridad en interés del público (o no en su propio interés).

La doctrina de facto resulta incompatible con la democracia y el imperio de los derechos humanos, en especial en su primera y segunda regla. En la primera regla manda reconocer a un gobierno de facto sin distinguir su forma. Así manda reconocer a gobiernos tiránicos o a dictaduras. La segunda ordena reconocer entes públicos de facto (donde quedan incluidos gobiernos provinciales o municipales) que, a mi entender, deben poseer una forma democrática que la doctrina de facto no considera a los fines del reconocimiento que recomienda. Para hacer compatible a la doctrina de facto con la democracia y los derechos humanos hay que eliminar, principalmente, estas dos reglas: la primera y la segunda y, en términos generales, excluir a la doctrina de facto del derecho

344 Ver de Constantineau, Alberto, *Tratado de la Doctrina de Facto en relación a los funcionarios y entidades públicas*, basado en la jurisprudencia de Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, con comentarios sobre los recursos legales extraordinarios referentes a la prueba del título al cargo y a la existencia corporativa de una entidad, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945. (La obra es de 1910).-

constitucional para limitar su ámbito sólo al derecho administrativo.³⁴⁵ Queda una doctrina de facto que aporta una serie de razones a favor de la validez de los actos y las normas que emanan de los funcionarios de facto o que son adoptados sin haberse cumplido con el procedimiento previsto para tal fin. Es en este sentido (o dentro de estos límites) que propongo utilizar a la doctrina de facto o, mejor dicho, a algunas de las razones que en la misma podemos encontrar. Veamos a algunas de ellas en esta tentativa de justificación del proceder de la CNAT cuando decide dictar fallos plenarios sin contar con un tercio de sus miembros.

La CNAT obra bajo la apariencia de legitimidad, o con apariencia de derecho o de autoridad. La CNAT aparece como una autoridad legítima. Sus integrantes no son usurpadores. La CNAT está compuesta por jueces que han sido nombrados conforme al procedimiento previsto en la Constitución Nacional. Así se trata de funcionarios de iure que ejercen cargos de iure.

Para la doctrina de facto no es razonable exigir a los habitantes que indaguen sobre el título de los funcionarios con los que deben o tienen que tratar. No se podría ejercer función alguna si los funcionarios debieran justificar su título ante impugnaciones colaterales o indirectas; es decir ante cuestionamientos de su título en procesos que no tienen ese objeto sino otro diferente. No hay un proceso directo que se haya promovido contra el actuar de la CNAT en los plenarios N° 321 o N° 322 para expulsar a sus integrantes de sus cargos o para declarar la invalidez de sus actos; no se ha iniciado un juicio político a los miembros de la CNAT.

El actuar de la CNAT (en su conjunto o al dictar fallos plenarios) goza del consentimiento público (o no es objeto del repudio popular). Además, no cabe presumir que su actuar sea de mala fe, o que busque otro resultado diferente que el de conocer o decidir las causas (art. 116 CN), o que ejerza su cometido con el propósito de beneficiar a unos contra otros. Tan es así que la mayoría o la minoría en los fallos plenarios N° 321 o N° 322 no está integrada por los mismos jueces, lo que de haber sido de esta manera podría

345 Intento mostrar una doctrina de facto compatible con la democracia y los derechos humanos en Constitución y Trabajo (capítulo 5), en www.javierspaventa.com.ar.

hacer pensar en la existencia de un grupo que se aprovecha de una situación circunstancial (la ausencia de un tercio de los miembros) para imponer un tipo determinado de decisiones. Tampoco se puede afirmar que los jueces de la CNAT, al dictar los plenarios N° 321 y N° 322, hayan obrado en su propio beneficio o para buscar u obtener una ventaja personal o de todo el conjunto de los jueces. Por el contrario, cabe afirmar que obran como la CNAT, cumplen con la comisión que se les ha impuesto, y conocen y deciden las causas.

Pienso que a partir de estas ideas o de otras similares es posible afirmar la validez formal de los fallos plenarios N° 321 o N° 322 que se ha cuestionado, o sea: que se puede sostener que se trata de sentencias y, más precisamente, de sentencias plenarias de la CNAT. Ello, claro está, sin perjuicio de la invalidez material que ostentan en la medida que afirman doctrinas que no aseguran derechos de los trabajadores.

El Plenario N° 323 CNAT (Vásquez) es válido porque asegura los derechos del trabajador y, en este sentido, cumple con el mandato del art. 14 bis CN. La doctrina del Plenario N° 323 es a favor del trabajador, a favor del trabajo registrado por el real empleador, en contra de las simulaciones de normas contractuales no laborales y de la interposición de personas (del troperismo y del conchabamiento). Es a favor del “trabajo decente” (según doctrina de la OIT). Por ello, el Plenario N° 323 goza de legitimidad, de validez sustancial o material.

La crítica que merecen los fallos plenarios N° 321 y N° 322 debe tener sustento en la ley sustancial, en los derechos del trabajador que esas sentencias suprimen o limitan en grave incumplimiento al deber de asegurar los derechos del trabajador (art. 14 bis, CN). Realizar una crítica sólo con sustento en razones procesales y afirmar que el tribunal adopta sus decisiones sin haber seguido el procedimiento legal previsto y, en especial, sin que la doctrina fijada haya sido votada por las mayorías que requeriría el rito, tiñe de ilegalidad el funcionamiento del tribunal y resulta contraproducente, en la medida que aporta una razón especiosa contra cualquier otra sentencia que sea a favor de los intereses de los trabajadores.

El criterio básico o elemental para resolver sobre la validez de una norma

Charles Chaplin, *Tiempos Modernos*, 1936.



en materia de derecho laboral debe ser el principio del aseguramiento de los derechos del trabajador. Si la norma bajo análisis (puesta en juego o cuestionada) viene como mínimo a asegurar los derechos del trabajador se trata de una norma válida con independencia de si se cumplieron las reglas que ordenan el proceso para su adopción ya que el óptimo resultado purga cualquier vicio de procedimiento. La idea que inspira al principio del debido proceso (rule of law) es que a través de la adopción de determinadas reglas para la sanción de las leyes o el dictado de las sentencias se van a obtener necesariamente (o posiblemente pero con una elevada probabilidad) ciertas normas y no otras, o, más precisamente, ciertas normas compatibles con los derechos humanos (y no otras). Ahora bien, si estas normas compatibles con los derechos humanos no se obtuvieron en los hechos a través del debido proceso (legal o adjetivo) no pierden validez porque claro es que de haberse seguido el reglamento del debido proceso se habrían igualmente adoptado: se trata de normas que en condiciones ideales (o en cumplimiento al principio del debido proceso) deben ser sancionadas o dictadas.

Cuando está reconocida la libertad hay que asegurar su pleno ejercicio a través de la igualdad (o la igualación o equiparación material entre los miembros de la población) porque no basta con el sólo reconocimiento de derechos o libertades si, al mismo tiempo, no se procura el goce de los mismos. Para ello se requiere liberar al pobre y al obrero de la miseria al que lo somete el aprovechamiento del rico. El derecho del trabajo puede ser un medio adecuado (junto con el derecho de la seguridad social) para ese fin: para que los trabajadores (y los pobres en general) alcancen la satisfacción de sus necesidades básicas u obtengan bienes mínimos indispensables que faciliten en los hechos el ejercicio de las libertades y, en definitiva, el desarrollo o progreso de sus vidas. Aquí radica la importancia del derecho laboral y de la seguridad social (o del derecho social): en que tiene por objeto asegurar a la población bienes básicos a partir de los cuales la persona esté en condiciones materiales de avanzar a mejores niveles de desarrollo social, cultural y político. En gran medida (aunque no de manera exclusiva) el derecho del trabajo y de la seguridad social opera sobre la base material que sustenta los derechos civiles, culturales y políticos. De donde resulta imprescindible que el derecho del trabajo y de la seguridad social cumpla con su objetivo de asegurar mejores y mayores derechos a favor del trabajador y del pobre para que el ser humano no sólo no retroceda sino que avance de un grado a otro nivel superior de libertad e igualdad.-

8. LA INFLACIÓN, EL REAJUSTE IGUALITARIO Y LOS DERECHOS SOCIALES

8.1. INTRODUCCIÓN En este escrito sostengo que ante la inflación (continua o periódica) el trabajador o jubilado tiene derecho a la actualización monetaria de su crédito social (de su salario, haber previsional o subsidio) para mantener el poder adquisitivo del dinero. Para la defensa de su salario el acreedor social tiene que tener a su disposición diferentes pautas de repotenciación. De todas ellas prevalecerá la mejor. Insisto en que hay que distinguir entre la indexación monetaria y los intereses compensatorios y moratorios. Cabe observar que la tasa activa no cubre a la inflación y a los intereses compensatorios y moratorios, de manera tal que alguno de estos conceptos queda impago cuando al capital laboral sólo se le adicionan intereses al valor de la tasa activa. Doy algunas razones a favor de la actualización y contra las normas que la prohíben. Defiendo el reajuste por parámetros igualitarios (que debe ser distinguido de la actualización monetaria: ésta puede ser un caso de aquél) como el derecho del trabajador o del jubilado (que no recibe incrementos en su remuneración o pensión o los que se le otorgan son notoriamente reducidos en comparación a otros) a percibir el aumento de sus salarios o haberes en una proporción igual o semejante al que recibieron quienes integran una muestra representativa.³⁴⁶

8.2. LA INFLACIÓN EN LA ARGENTINA El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) publica una serie histórica del índice de precios al consumidor (IPC) en el Gran Buenos Aires que desde enero de 1943 nos permite ver la evolución de los precios de los bienes y servicios.

Por ejemplo, entre enero de 1943 al golpe de estado de junio de ese año el

346 Esta es una segunda versión del trabajo bastante modificada de la que di a conocer en 2011; entre otras cosas eliminé gran parte de los cálculos y los gráficos para que las comparaciones no quedaran limitadas dentro de un lapso y, en vez de ello, puedan ser realizadas a partir de las recomendaciones que defiendo. Con relación a las cuentas que he dejado soy de la idea que el trabajo contiene errores de cálculo, aunque creo que no descalifican las principales propuestas que formulo.-

coeficiente de actualización monetaria es 1,0088 (para el IPC nivel general); de modo tal que \$ m/n 100 (pesos moneda nacional) de enero de 1943 son \$ m/n 100,88 de junio.

Para el período junio de 1943 a septiembre de 1955 (que abarca desde el inicio del movimiento peronista con el golpe del 4 de junio y se extiende hasta el derrocamiento de Perón) el coeficiente indexatorio es 6,71568, y así \$ m/n 100 de junio de 1943 son \$ m/n 671,658 de septiembre de 1955, lo que equivale a un incremento del 571,65%.

El coeficiente de actualización monetaria entre septiembre de 1955 y mayo de 1973 es 121,84128. Por la ley 18.188 (abril de 1969) \$ m/n 100 equivalen a 1 \$ ley 18188 (o sea: se le quitan dos ceros a la moneda), de modo tal que si a \$ m/n 100 de septiembre de 1955 le quitamos dos ceros, son 1 \$ ley 18188 que multiplicados por el coeficiente indexatorio 121,84128 nos da que los \$ m/n 100 de septiembre de 1955 son \$ ley 18188 121,84128 en mayo de 1973.

De mayo de 1973 al golpe de estado de marzo de 1976 la corrección monetaria es 11,82340; \$ ley 100 de mayo de 1973 equivalen a \$ ley 1182,34 de marzo de 1976.

Durante la dictadura del '76 (de marzo de 1976 a diciembre de 1983) el coeficiente de actualización es 3034,28963. En junio de 1983 hay un cambio de moneda y se pasa de los \$ ley a los \$ argentinos a razón de 10.000 \$ ley a 1 \$a. Así, por ejemplo, \$ ley 100 de marzo de 1976 son \$a 0,01 que multiplicados por 3034,28963 (el coeficiente indexatorio del período) son \$a 30,3428.

De diciembre de 1983 a marzo de 1991 (cuando se inicia la convertibilidad con la ley 23.928) el coeficiente de actualización monetaria es 1027303,821344. En junio de 1985 también se cambia la moneda que pasa de los pesos argentinos a los australes con la siguiente equivalencia: \$a 1.000 = A 1. Así, \$a 100 de diciembre de 1983 son A 0,1 que multiplicados por 1027303,82134 dan A 102.730,382134.

En el lapso que se extiende entre marzo de 1991 a diciembre de 2001 (durante la vigencia de la convertibilidad de un peso un dólar USA establecida

por la ley 23928) el coeficiente para indexar equivale a 1,56454. En enero de 1992 hay otro nuevo cambio del signo monetario (el último hasta la fecha) y de los australes pasamos a los pesos a razón de A 10.000 a \$ 1. Y así, A 100 de marzo de 1991 son \$ 0,01 que multiplicados por 1,56454 son \$ 0,0156454. En este período (de convertibilidad del peso al dólar USA, o de no variación del precio del peso en relación al dólar, o de tipo de cambio fijo) hay variación de los precios de los bienes y servicios que se incrementan en un 56,45%.

Es relevante observar que desde la ley 23.928 (de convertibilidad) quedó prohibida toda actualización monetaria a partir del 1-4-1991 (según lo establecido en sus arts. 7º y 10º); prohibición que se mantiene con la modificación que a esos dos artículos introduce el art. 4º de la ley 25.561 y también por lo dispuesto en el art. 5º del decreto del PEN N° 214/02.³⁴⁷

Desde el final de la convertibilidad o desde enero de 2002 a junio de 2012 el coeficiente indexatorio es 2,9890454, que resulta de dividir el índice de precios de junio de 2012 (142,53) por el índice de precios de enero de 2002 (47,68412). Así resulta que \$ 100 de enero de 2002 son \$ 298,90 en junio de 2012. El incremento de los precios equivale al 198,90% en esos diez años y medio.

Los índices de precios que publica el INDEC son objeto de fuertes cuestionamientos. Se sostiene que son falsos o que el IPC no refleja (o no da cuenta) de la real variación de los precios desde enero de 2007 en adelante. Ello se debe a que, entre otras causas, a partir de enero de 2007 hubo una fuerte o violenta intervención del gobierno en el organismo, con la expulsión de algunos de sus empleados con el apoyo de guardaespaldas o matones; a que se procedió a la modificación de los métodos de elaboración de las estadísticas; a que el índice de precios al consumidor del INDEC no coincide con otros índices de precios oficiales (como los calculados por algunas provincias) que muestran (a partir de enero de 2007) un incremento de los precios mayor que el que expone el INDEC; a que tampoco coincide con otras mediciones de origen privado (elaboradas con fines de investigación económica o para

347 Sobre esta base la doctrina iuslaboralista considera que ha sido derogado el art. 276 LCT que ordena la actualización por depreciación monetaria de los “créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo”.

brindar asesoramiento a empresas o sindicatos); a que el índice de precios al consumir del INDEC es menor que los incrementos salariales que pactan los empleadores y los sindicatos, año a año desde 2007. Todo ello ha tenido por resultado que se haya perdido el consenso sobre la veracidad de los datos que el instituto oficial brinda (a partir de enero de 2007) o que sea razonable dudar sobre la veracidad de los datos que aporta el INDEC, máxime cuando se trata de cumplir cabalmente con el mandato de asegurar los derechos del trabajador (art. 14 bis, CN).

Pero más allá de la discusión que se plantea sobre la veracidad de las estadísticas oficiales a partir de enero de 2007 y sobre la forma de reconstruirlas o reemplazarlas, está claro que en la Argentina hay inflación y desde hace muchos años. La inflación queda mostrada por los índices de precios del INDEC más allá de las discusiones que sobre la veracidad de los mismos se haya desatado desde hace más de cinco años. La inflación (en cuanto pérdida del poder adquisitivo de la moneda) es un proceso permanente (o crónico) en la Argentina. La inflación no es un fenómeno excepcional sin perjuicio que algunas alzas de los precios (por su carácter repentino o por notoria desproporción) sean extraordinarias.

8.3. LA INFLACIÓN Y LOS INTERESES COMPENSATORIOS Y MORATORIOS Se impone que insistamos en algunas distinciones conceptuales más que conocidas que se pierden o desfiguran con grave perjuicio para la más cabal vigencia de los derechos sociales.

8.3.1.- Comúnmente, por inflación se entiende a un aumento generalizado de los precios de los bienes y los servicios.³⁴⁸ Un caso de inflación es el aumento de los precios de los bienes y de los servicios en una proporción mayor al incremento de los salarios, de modo tal que de mantenerse la desproporción las remuneraciones pierden poder adquisitivo: los salarios reales (o las

348 Joseph E. Stiglitz, *Economía*, Ariel, Barcelona, 1994, dice que “el aumento del nivel general de precios se denomina inflación” (pág. 710). Luego agrega que “no hay inflación si sólo sube el precio de un bien; hay inflación si sube el precio de la mayoría de los bienes. La tasa de inflación es la tasa a la que aumenta el nivel general de precios” (pág. 711).-

remuneraciones medidas en bienes y servicios) se reducen (o pierden valor) aunque los salarios nominales (o monetarios) suban.

Si no hay inflación (durante un determinado tiempo) los salarios mantienen idéntico (o semejante) poder adquisitivo a lo largo del mismo lapso. De la misma manera que tampoco las remuneraciones pierden poder adquisitivo si el incremento de los precios de los bienes y servicios es en idéntica o similar proporción al aumento de los salarios.

8.3.2.- Por actualización (o repotenciación o indexación) monetaria comprendemos a la acción que tiene por resultado que una suma de dinero mantenga un poder adquisitivo de bienes o servicios idéntico (o similar) al que ostentó en un tiempo pasado y que ha perdido por el incremento de los precios de los bienes o servicios.

Hay varios medios para que una suma de dinero mantenga su poder adquisitivo de bienes o servicios o para corregir la depreciación del valor de la moneda. Se trata de correcciones o correctivos para reajustar el valor del dinero o para que el dinero recupere su valor original o el poder de compra que tuvo en un tiempo determinado. Son pautas de estabilización monetaria que operan como un seguro o como una garantía del valor del dinero. Pueden ser de origen contractual, convencional (por tener por fuente un convenio colectivo de trabajo) o legal. Se establece que una suma de dinero equivale (en una determinada proporción o relación) al valor de un bien que (como el oro o el dólar USA) se considera o supone estable. También se puede ordenar que la suma de dinero deba ir reajustada en la misma proporción en que han variado los precios o los salarios (a cuyos fines la actualización o indexación se realiza según la publicación de la variación de algunos precios que lleva a cabo el gobierno o alguna otra persona).³⁴⁹

8.3.3.- Los intereses compensatorios (o lucrativos o retributivos) son el

349 Ver, por ejemplo, LLambías, Raffo Benegas y Massot, Manual de Derecho Civil, Obligaciones, 6ta. Edición, Buenos Aires, 1981, párrafos 661 y ss.; o el comentario de Ameal al art. 619 del Código Civil en Belluscio y Zannoni, Código Civil y leyes complementarias, T° 3, Buenos Aires, 1981.-

precio que se abona por el uso del capital ajeno (o de una suma de dinero) o que retribuyen a quien ha sido privado del mismo.

8.3.4.- Los intereses moratorios (o punitorios) son la reparación del daño que padece una persona (el acreedor) causado por el retraso en que incurre otra (el deudor) en el cumplimiento de sus obligaciones (o en el pago de las sumas de dinero debidas); son un precio (con carácter sancionatorio) que se impone por retener la devolución de un capital o de una suma de dinero.³⁵⁰

8.3.5.- No hay que confundir la actualización monetaria (que tiene por objeto el mantenimiento del poder adquisitivo del dinero y, en especial, de los salarios) con los intereses compensatorios y moratorios. Desde la convertibilidad, y en especial desde la devaluación dispuesta por la ley 25.561, se han perdido (o mezclado) estos conceptos y, en definitiva (y lo que es más grave aún), los trabajadores han dejado de percibir el dinero debido por alguno de ellos.³⁵¹

350 Para el régimen de los intereses en el derecho positivo argentino, entre muchos otros, se puede consultar a Bustamante Alsina, *Teoría General de la responsabilidad civil*, págs. 268 y ss; Borda, *Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones, Tº I*, Buenos Aires, 1965, págs. 339 y ss; Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en general, Tº I*, Buenos Aires, 1953, págs. 421 y ss; Oscar José Ameal en Belluscio y Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias, Tº 3*, Buenos Aires, 1981, págs. 115 y ss.-

351 La pérdida es notoria. ¿Qué paga la tasa activa? La CNAT manda abonar sobre el capital laboral intereses calculados al valor de la tasa activa. Pero, ¿qué se paga con esos intereses? Es claro que no abonan la desvalorización del dinero y al mismo tiempo los intereses compensatorios y los punitorios. Algo falta pagar y así queda demostrado cuando la discusión se lleva a cabo. El juez Rodríguez Brunengo (ver CNAT, Sala III, causa 4947/2010, sd 93068, 27-4-2012, Velastiqui Rubén Teodoro c/ Compañía Industrial Cervecera SA s/ Despido) dice “que en reiteradas ocasiones he sostenido que la pérdida del valor adquisitivo del crédito y las consecuencias dañosas originadas en el desfasaje producido por la situación económica de conocimiento público y notorio ha sido suficientemente morigerada por la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, dispuesta en el fallo de grado, que a su vez se ajusta a lo señalado en el Acta N° 2357 y la Resolución de Cámara Nro 8 del 30.5.02 (en sentido similar, v. Sala VII en autos Mignemi Juan Carlos c/ Seguridad Grupo Maipú SA s/ Despido, sd 37.951 del 13.10.04)”. De ello resulta que si la tasa activa paga la desvalorización monetaria, entonces no se han abonado (o pagado suficientemente) los intereses compensatorios y los punitorios.-

8.3.6.- El art. 508 del Código Civil establece que “el deudor es igualmente responsable por los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación”, mientras que en el primer párrafo del art. 622 se dispone que “el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar”.

Los intereses moratorios que se deben son los convenidos en el contrato y si no hay intereses convenidos son los fijados por la ley y si no hay intereses legales se abonarán los que el juez determine. En este último caso se ha recurrido para fijar judicialmente el monto de los intereses moratorios a la tasa activa por aplicación del art. 565 del Código de Comercio cuando dispone que “mediando estipulación de intereses, sin declaración de la cantidad a que estos han de ascender, o del tiempo en que deben empezar a correr, se presume que las partes se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos y solo por el tiempo que trascurra después de la mora. Siempre que en la ley o en la convención se habla de intereses de plaza o intereses corrientes, se entiende los que cobra el Banco Nacional”. Así, los intereses que cobra el Banco Nacional (o el Banco de la Nación y en las provincias los bancos provinciales) es el interés al valor de la tasa activa.³⁵²

Pero si hay inflación la mora en el cumplimiento de la obligación tiene por consecuencia que el dinero que se pague tardíamente haya perdido el poder adquisitivo que posee en el tiempo en que se debió pagar. De aquí que el interés moratorio (que se debe por la mora según se establece en los arts. 508 y 622 del Código Civil) deba también estar integrado por una tasa que tenga

352 Dice Bustamante Alsina que “en nuestro país no se ha fijado tasa alguna de interés legal, y, por ello, los jueces aplican por analogía lo dispuesto en el art. 565 del Cód. de Comercio, que se refiere a los intereses de plaza e intereses corrientes como aquellos ‘que cobra el banco Nacional’. En consecuencia, se fija la tasa de interés que tiene establecida el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento ordinarias, que es variable de acuerdo a las circunstancias económicas y al mercado crediticio” (pág. 271).

por objeto o por resultado mantener el poder adquisitivo del dinero, o revertir la desvalorización monetaria.³⁵³

En 1977 la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal fija doctrina en el sentido que “en caso de mora del deudor de obligación dineraria, durante la cual el acreedor se vea perjudicado por una depreciación monetaria que manifiestamente no resulta compensada a través de los intereses previstos en el art. 622 del Código Civil, procede otorgar al acreedor que lo solicite en la oportunidad adecuada, además del interés puro o neto, una suma adicional que repare el mencionado daño. Ello, sin perjuicio de la distinta solución que pueda adoptarse en los casos concretos en que así lo imponga la aplicación de normas legales particulares” (CNACom, en pleno, abril 13-1977, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/ Desvalorización monetaria en caso de mora, LL, 1997-B, 186).

También en 1977 la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal dicta un fallo plenario y establece que “corresponde revalorizar una deuda de dinero en relación con la depreciación monetaria en el caso de que el deudor hubiere incurrido en mora” (CNACiv, en pleno, setiembre 9-1977, La Amistad SRL c/ Iriarte Roberto C, LL, 1997-D, 1).

353 Bajo el título “Reajuste en caso de mora del deudor” dice Bustamante Alsina (Teoría General de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1992) que “un aspecto del daño que ocasiona al acreedor la mora del deudor es, precisamente, la pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios que debieron ingresar oportunamente en el patrimonio de aquél. El régimen de la responsabilidad civil en esta materia está específicamente fijado en el art. 622 del Código Civil. Dispone esta norma que si no se hubiese convenido el interés moratorio o no se hubiese fijado el interés legal los jueces determinarán el interés que debe abonar el deudor moroso. Ese interés por ser resarcitorio conlleva en la tasa correspondiente: 1) parte de interés puro neto o lucrativo que corresponde a la privación del uso del capital que experimenta el acreedor y está determinado por las fluctuaciones del mercado de capitales; 2) parte de interés que corresponde a la tasa de inflación y que debe compensar la depreciación monetaria repotenciando el capital en la medida del deterioro sufrido por la pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios no ingresados oportunamente en el patrimonio del acreedor. Esto último es un daño consecuencia inmediata y necesaria (o sea intrínseco a la prestación misma) de la falta de cumplimiento en término de la obligación (art. 521, Cód. Civil). En consecuencia, la responsabilidad del deudor moroso tiene la limitación que impone el art. 622 y no es necesario aludir al daño mayor que sólo corresponde en caso de dolo del deudor” (pág. 276).

Repárese que así debe ser en las relaciones jurídicas civiles o comerciales, motivo por el cual ninguna duda puede haber que, como mínimo, el mismo tratamiento merece el acreedor social máxime cuando sus derechos deben ser asegurados en cumplimiento al mandato establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Por la mora en el cumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero (o que se resuelve en una obligación de ese tipo) que tiene por causa, motivo u ocasión una relación de empleo, o que tiene por objeto o por resultado el pago de un crédito social (o la satisfacción de un derecho social), el deudor (cualquiera sea él: una persona pública o privada o física o jurídica) debe, como reparación, intereses moratorios (arts. 508 y 622 del Código Civil).

El acreedor social (el trabajador o dependiente y el pobre en general) sufre, por la mora en el cumplimiento de la obligación, dos daños. El primero consiste en tener que procurarse el dinero que no recibe para satisfacer sus necesidades (y las de su familia). El trabajador (en cuanto tal) no es un capitalista (o sea no posee un capital para invertir) sino que el dinero que percibe (como contraprestación por sus servicios o en concepto de subsidios sociales) está destinado a la satisfacción de sus necesidades. En cuanto que no es un capitalista no es un inversor ni un colocador de fondos en el sistema financiero sino, por el contrario, un tomador de dinero.³⁵⁴ A esta razón (propia

354 En este sentido, hay manifestaciones de los integrantes de la CNAT, en su Acta N° 2100 del 24-6-1992, donde decide modificar al art. 6° de la Resolución de Cámara N° 6/91. Luego de la derogación del art. 276 de la LCT por la ley 23928 (de convertibilidad), entre otras cosas, se dice (a favor de la adopción de la tasa activa con estabilidad monetaria que se había establecido en la Res. 6/91) que “no estuvo ausente de las motivaciones del tribunal la consideración del crédito laboral como crédito especial y del acreedor laboral como acreedor también especial. La naturaleza alimentaria de las prestaciones debidas al trabajador no se discute en doctrina, y fluye naturalmente de considerar, sobre bases de evidencia ajenas a toda polémica, que el destino normal de aquella es, para la generalidad de los asalariados, el consumo. La causa típica del contrato de trabajo es, para el trabajador, la obtención del salario, como medio de adquirir en el mercado los bienes necesarios para su subsistencia y la de su familia. En caso de mora del empleador deudor en satisfacer sus acreencias, su posición frente al sistema financiero no es la de un inversor frustrado en su expectativa de procurarse a través de la colocación de sus haberes, una renta, mensurable en consonancia con la tasa pasiva, sino -supuesto su efectivo acceso a dicho sistema- la de un tomador de crédito com-

para un trabajador o dependiente) se suma la norma del art. 565 del Código de Comercio que ordena el pago de la tasa activa. De todo ello resulta que al trabajador se le deba abonar un interés moratorio integrado por el valor de la tasa activa. Y, si hay inflación, el segundo daño que sufre consiste en que el dinero que recibe (tardíamente) ha perdido el poder adquisitivo que poseía al tiempo en que se debió cumplir con la obligación. De aquí que el interés moratorio (en cuanto reparación por la mora) deba también estar integrado por una tasa que contrarreste la desvalorización monetaria.

Estas doctrinas que se ajustan al derecho vigente y aplicable en la Nación Argentina, como ya dije, no son nuevas y habiéndose perdido las mismas durante la vigencia de la ley 23.928 (de convertibilidad y de supuesta estabilidad monetaria)³⁵⁵ no se recuperaron con la sanción de la ley 25.561 (a partir de enero de 2002), con grave perjuicio a los trabajadores y pobres en general.

8.3.7.- Veamos la legislación y la doctrina judicial anterior a la convertibilidad sin por ello hacer una historia completa pero sí, como mínimo, un breve relato que nos muestre lo que se ha perdido, el nivel de desarrollo que ha quedado en el camino y que no se recupera.

Desde julio de 1974, con la sanción de la ley 20.695, se ordena la actualización monetaria de los créditos laborales demandados judicialmente. En términos generales podemos decir que desde la ley 20.695 hay actualización monetaria para los créditos laborales.³⁵⁶ Y a partir de esta base (por sobre la actualización

pelido a sustituir, con los indicados fines de consumo, los ingresos dejados de percibir...”.

355 He mostrado ya que durante la convertibilidad del peso al dólar USA a razón de 1:1 (o sea: desde marzo de 1991 a diciembre de 2001) el coeficiente de actualización monetaria es 1,56454 según el IPC INDEC o, en otras palabras, que los precios de los bienes y servicios se incrementaron en un 56,45%.-

356 En la ley 20.695 (sancionada el 11-7-1974, promulgada el 1-8-1974 y publicada el 13-8-1974) se dispone: Art. 1.- Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, demandados judicialmente, serán actualizados teniendo en cuenta la depreciación monetaria que se operará desde que cada suma es debida hasta el momento del efectivo pago. A tal fin, los jueces, de oficio o a petición de partes, aplicarán los índices oficiales de incremento del costo de vida. Art. 2.- La presente ley será de aplicación incluso a los juicios actualmente

monetaria o para créditos reajustados) se abona además un interés del 15% anual. Este es el estado de cosas durante casi diez y siete años: prácticamente desde mediados de 1974 hasta marzo de 1991 con la entrada en vigencia de la ley 23.928 (de convertibilidad).

Algunos de los primeros fallos publicados (quizás en la más antigua y conocida revista sobre la materia: me refiero a Derecho del Trabajo) son de febrero de 1975 y, en ellos, se hace referencia a que aquélla es la doctrina de la CNAT. En los mismos se puede leer: “Conforme al criterio adoptado por el conjunto de salas del Tribunal, corresponde fijar los intereses de la condena en el 15% sin perjuicio de la actualización que correspondía por depreciación monetaria” (CNAT, sala V, febrero 12-975, Villa, Juan S. c/ Lorenzo, Francisco y otro, DT 35, 464; idem, Sala V, febrero 15-975, Minichini, José c/ Automóvil Club Argentino, DT 35, 742).

Y así se mantiene esta doctrina (mayoritariamente) luego del golpe militar de marzo de 1976: “No cabe fijar por el período en que se ha practicado la actualización de una deuda laboral, cualquiera sea el índice elegido por el legislador para la corrección del valor nominal, tasas de interés que recompongan el capital, sino aquellas que compensen al trabajador de la privación de sus créditos, para tal caso, la tasa aplicable es la del 15% anual según lo ha resuelto reiteradamente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. (CNAT, Sala II, junio 23-977, Grassano, Adolfo E. c/ Empresas Ferrocarriles Argentinos (F.C. Gral Roca): T y SS, 1978-290; idem sala III, marzo 24-977, Losada, Franciso J. c/ Dición Difusora Contemporánea SA y/o Administración LS 84 TV, Canal 11: T y SS 1978-375; idem, Sala IV, agosto 31-979, Gómez, Rosa Roberto c/ Frigorífico San Carlos SA: DT 1979-1164; idem Sala VI, setiembre 15-977, Fadri Oscar A c/ Sicamericana SA: LT 1978 XXXVI-A, 271; idem, Sala VI, julio 28-978, Citrigno, Lea de Maximilla y otras c/ Yemi SACIFI: DT 1978-866; en contra y a favor del 8% anual: Sala IV, octubre 21-980, Giménez, Rosa c/ Apholos SA: DT 1981-A, 267; o Sala VII, diciembre 28-981, Adorno Niño de Jesús c/ Sebastián Marínese e Hijos SA: T y SS 1982-148; o Sala VIII, abril 30-982, Krabler,

en trámite comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en que se encuentren.

Mónica M. c/ Legión Extranjera Fábrica de Hojas de Afeitar SA: DT 1982-B, 881).

Mientras tanto (también durante la dictadura militar), la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide que “el interés debe compensar al acreedor por el uso de su capital y además penar al deudor por la falta de pago oportuno” (CS, agosto 12-976, Peluffo, Raúl A., DT 1976-718); que “cuando el deterioro del capital adeudado es corregido mediante una cantidad adicional que lo recompone, los intereses deben calcularse con un tipo propio de épocas de moneda constante o sea que se deben limitar a retribuir la privación del capital” (CS, octubre 14-976, Morán Morán, Rafael F. c/ Plus Ultra Cía Argentina de Seguros SA, DT 36, 818); y que “la tasa de interés del 15% anual sobre deudas laborales actualizadas no se muestra injusta o irrazonable” (CS, setiembre 8-977, Aguilar, Humberto R. y otros c/ Compañía Colectiva Costera Criolla SA, DT 1978-89, con cita del fallo dictado in re Rodríguez, Ricardo R. c/ Arohuma SA del 31-5-1977; idem febrero 14-978, Zuloaga de Bernechik, María C c/ Verde Onix SCA, DT 1978-463).

Y esta doctrina judicial es la que se mantiene durante la democracia (a partir de diciembre de 1983): “En cuanto se refiere a la tasa de interés, la queja tampoco tendrá acogida. Conforme con la jurisprudencia de todas las salas de esta Cámara, la tasa de interés del 15% anual es la más equitativa para compensar adecuadamente la privación de uso del capital recompuesto (conf. sala I, del Río Ifram, Albina Concepción c/ Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICIFI s/ Despido, sd 50.315 del 31-5-1985; Sala II, Mansilla, Alberto c/ Barajas Miguel y Francisco, SD 54.725 del 26-4-1985; sala III, Cubillas Florencio c/ Crisolmet SAIC, SD 49.589 del 23-4-1985; sala VIII, Roeli, José c/ Ferrareis SD 7785 del 13-5-1985)” (CNAT, Sala I, noviembre 29-1985, Rivas Raúl c/ Noel SA; idem Sala VII, abril 30-1986, Re, Héctor Agustín y otros c/ ENTEL: “Esta Cámara en forma unánime ha considerado equitativo acorde con la actual coyuntura económico-financiera elevar al 15% la tasa anual conforme a la cual se calcularán los intereses moratorios”).

Ante el dictado de la ley 23.928 (de convertibilidad), la CNAT emite la Resolución 6 del 10-4-1991 y por mayoría decide que la tasa de interés aplicable a partir del 1-4-1991 será la “tasa activa aplicada por el Banco de la

Nación Argentina para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales”.

Pero al año, el 24-6-1992, por medio del Acta 2100 la CNAT, ante el fallo de la Corte Suprema in re “López Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera La Patagonia SA s/ accidente acción civil”, modifica al art. 6 de la Res. 6/91 y decide que “a partir del 1-4-91 se aplicará la tasa pasiva de interés mensual promedio publicada por el Banco Central de la República Argentina” que se calculará sobre el capital reajustado al 1-4-1991 sin intereses.

Y, por último, en 9-6-1994 la CNAT emite el ACTA N° 2155 donde, ante el fallo de la Corte Suprema dictado en autos Banco Sudameris c/ Belcam SA y otro del 17-5-1994, decide “dejar sin efecto el punto 6 de la Res. 6/91 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y su modificación mediante el acta 2100” y dejar constancia que “se acordó, por mayoría, un criterio uniforme a aplicar en las causas a sentencia” aunque “se consideró conveniente... no formular indicaciones en este acto de las pautas acordadas ya que se lo hará en las causas a sentencia”. El acuerdo que se expuso en los fallos fue el siguiente: del 1-4-1991 al 31-3-1992 el 24% anual; del 1-4-1992 al 31-3-1993 el 15% anual y desde el 1-4-1993 el 12% (ver, entre otros, CNAT, Sala I, 26-6-94, DT 1994-B-1979; id. Sala II, 13-12-94, DT, 1995-A-233; id. Sala III, 28-2-95, DT, 1995-B-1393; id. Sala V, 9-9-94, DT, 1995-A-404, entre otros).³⁵⁷

Una de las normas más dañinas que se dictan durante la presidencia de Menem, sobre el tema que nos ocupa (la indexación y los intereses), es la ley

357 Contemporáneamente la Cámara Civil se pronuncia a favor de la tasa pasiva (según doctrina plenaria del 2-8-1993 in re Vázquez, LL, 1993-E, 126); mientras que la Cámara Comercial aplica la tasa activa (conforme su fallo plenario La Razón SA del 27-10-1994: LL, 1994-E, 412). De ello resulta que cuando el trabajador es acreedor cobra poco (a tasa pasiva) y cuando es deudor paga mucho (a tasa activa). En un todo de acuerdo con esta política Mario A. Cadenas Madariaga, al comentar la “jurisprudencia posterior al fallo de la Corte Suprema en el caso Sudameris”, dice que “se insinúa una tendencia correcta, en el sentido de que para las entidades financieras se reconoce la tasa activa, y se mantiene el criterio de la tasa pasiva, para los acreedores que son colocadores de fondos, o ahorristas, lo que confirma las rentas que cada sector obtiene en el mercado ordinariamente” (Las Tasas de Interés, Análisis Jurídico y Económico, Buenos Aires, 1994, pág. 95).

24.283 de desindexación monetaria (llamada ley Martínez Raymonda) que, en su art. 1º, dispuso que “cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago”.

La ley 24.283 era parte integrante de la política de ajuste monetario (o de reducción de los derechos sociales) que impulsó el gobierno de Menem. La ley 24.283, de aplicación a las relaciones laborales, fue limitada por una doctrina judicial restrictiva de su uso: la ley 24.283 debe ser aplicada con criterio restrictivo (CNFed Civil y Com, Sala III, 14/6/94 y 24/6/94; CNTrab, Sala II, 10/10/95, Roviello Jorge c/ ENTEL s/ diferencias salariales).

El Procurador General del Trabajo considera que “es exigible al deudor que invoca la ley 24.283, explicitar su posición y describir muy concretamente a cuánto ascendería el crédito y cuáles son los parámetros que lo llevan a considerar que el monto de la liquidación lo excede. Estos requisitos, que están en la esencia misma de la norma de excepción, son necesarios para aventar defensas dilatorias en un proceso de ejecución de sentencia de créditos alimentarios que podría llegar a paralizarse por un proceso incidental de conocimiento y por lo tanto no cabría activar el sistema de la ley 24.283 si en el planteo del deudor se perfilan claras orfandades de fundamento” (ver dictamen n° 16.795 del 8/11/94).

También se exige que “el incidente desindexatorio que se promueva debe ir acompañado, como recaudo de admisión, de la consignación a la orden del tribunal interviniente del importe que el deudor considere que representa el valor real y actual del bien litigioso comprometido en la causa, demostrando, prima facie, la corrección de sus cálculos” (CTrab., Córdoba, Sala 3, 29/8/94, González Miguel R c/ IECSA SA; en igual sentido ver: CTrab. y Minas, Santiago del Estero, 31/8/94, Paz David y otro c/ Grafa SA; CCivil y Com., Junín, 1/12/94, Repetti Oscar y otro c/ Karamanian María del Carmen; CNCom, Sala E, 30/11/94, Alfa Cía. de Seguros c/ Empresa San Vicente SA; CNTrab, Sala VI, 8/2/96, Jabif Nora c/ Ediciones de la Urraca s/ despido).

La Corte Suprema resolvió que la ley 24.283 es aplicable a “los créditos emergentes de las obligaciones laborales” aunque también dispuso que “debe ser desechado -con todo el rigor al que hubiere lugar- cualquier planteo que desnaturalice el fin que sostiene el remedio legal examinado y que, por no fundarse en evidencias manifiestas ni demostrarse que la decisión del deudor de cumplir con la obligación que fue objeto de la condena según la cuantía pretendida, sólo tenga en mira un reprochable objetivo dilatorio para obtener un asequible financiamiento a costa de quien es titular de un crédito alimentario” (CS, 16/5/95, Bolaño, Miguel A. c/ Benito Roggio e Hijos SA, DT, 1995-A, 1012).

En este mismo sentido, se decide que “la solicitud por parte de la demandada de que se aplique la ley 24.283 debe ser claramente fundamentada, explicitando el peticionante su posición y describiendo muy concretamente a cuánto, en su tesis, ascendería el crédito y cuáles son los parámetros que lo llevan a considerar que el monto de la liquidación lo excede. Estos requisitos, que están en la esencia misma de la norma, son necesarios para aventar defensas dilatorias en un proceso de ejecución de sentencia de créditos alimentarios que podría llegar a paralizarse por un proceso incidental de conocimiento” (CNTrab., Sala VIII, 21/3/95, Cardinali, Otello c/ EFA s/ accidente ley 9688; en igual sentido ver Sala II, 29/9/95, Flor Benegas Luis c/ Serena Antonio y otros s/ accidente ley 9688; y CTrab, Córdoba, Sala V, 29/8/94, González Miguel R. c/ IECSA SA).

La decisión impuesta por la CNAT en su ACTA N° 2155 (sobre la tasa de interés) se mantiene hasta la devaluación del 2002 (con la ley 25.561), momento en el cual la CNAT dicta el ACTA N° 2357, del 7-5-2002, donde resuelve que la tasa aplicable a partir del 1-1-2002 es la tasa activa.³⁵⁸

8.3.8.- Mi propuesta es que cuando están en juego derechos sociales, en caso de inflación, se impone siempre (exista o no mora del deudor) la

358 Carlos Alberto Etala (al comentar el art. 255 LCT en su obra Contrato de Trabajo, tomo 2º, 6ta edición, 2008) dice que “de todos modos, aunque vedada legalmente la aplicación de índices de actualización de deudas, los jueces, a fin de paliar la depreciación monetaria habida, pueden disponer la aplicación de intereses (art. 622, Código Civil)”.

actualización o repotenciación monetaria de los créditos sociales (sueldos, haberes previsionales, subsidios o cualquier otro) sin perjuicio, claro está, del pago de los intereses compensatorios y moratorios.³⁵⁹

Carlos Pose, al comentar el art. 276 de la LCT, dice que “paralelamente, ante la estabilidad económica, se sancionó la ley 24.283 de desindexación... cuya aplicación a los créditos laborales fue admitida por el Superior Tribunal de la Nación (caso “Bolaño”) dando pie al fenómeno inverso, desarrollo que hace palpable que es la realidad económica la que sirve de sustento y pivote a las normas jurídicas. Por consiguiente, entendemos que las directivas del artículo 276 de la LCT pueden considerarse un ave fénix dispuesta a revivir de sus cenizas ante la posibilidad de desguace económico y/o institucional que conduzca a un envilecimiento del signo monetario argentino como común denominador de los valores”.³⁶⁰

Mi visión es distinta a la de Pose ya que considero a la inflación como un fenómeno de duración continuada que merece una respuesta de aseguramiento permanente y no sólo ante el caso grave de “desguace económico y/o institucional que conduzca a un envilecimiento” del dinero.

Además, si no se acepta a la inflación como un proceso continuado o de larga duración y, a la inversa, se lo entiende como un evento extraordinario o excepcional o transitorio (aunque sea grave), igual se impone una política de estabilización monetaria que como derecho debe estar a disposición del acreedor social (el trabajador, el desempleado, el jubilado o pensionista).

La actualización monetaria (o la cláusula de estabilización monetaria) es un derecho del trabajador o pensionado o jubilado y como tal debe estar

359 Una doctrina similar es la que expone la jueza Diana Cañal en los fallos que dicta en la CNAT. Por ejemplo: ver su voto en mayoría en CNAT, Sala III, causa Nro. 21.935, sd 92966 del 28-2-2012, Garderes Raquel c/ Ladycamp SA y otros s/ despido; o ver su voto en minoría en CNAT, Sala III, causa Nro 4947/2010, sd 93068, 27-4-2012, Velastiqui Rubén Teodoro c/ Compañía Industrial Cervecera SA s/ Despido.-

360 Carlos Pose, Ley de contrato de trabajo, 2da. edición, Buenos Aires, 2004, pág. 428.-

a su disposición para su más cabal y pleno ejercicio y goce conforme a las circunstancias de tiempo y lugar.

Reconocer el derecho a la repotenciación o indexación de los créditos laborales o sociales es integrante de la política de aseguramiento de los derechos del trabajador que debe ejecutar el gobierno a través de sus tres poderes (art. 14 bis, CN).

El derecho a la repotenciación no es parte de una política inflacionista sino aseguradora de los créditos sociales, compatible con diferentes políticas económicas pero, claro está, opuesta a procesos regresivos ya que tiende a mantener el poder adquisitivo del dinero (de los salarios, haberes y subsidios).³⁶¹

De aquí que se impone reestablecer una norma legal que (en un sentido más protectorio que las normas habidas en las leyes 20.695 o 20.744 o sus modificatorias) ordene la actualización de los créditos sociales y que puede tener un texto como el siguiente (u otro similar en sentido semejante), a saber: “Los créditos sociales que tenga por causa, motivo u ocasión a las relaciones de empleo o de seguridad social, dan derecho al trabajador, jubilado o pensionado a reclamar su actualización cuando resulten afectados por la depreciación monetaria teniendo en cuenta la variación que experimente el costo de vida, la canasta básica total, el índice de precios al consumidor, nivel general, o cualquier otra pauta de estabilización según las publicaciones del gobierno nacional, de los gobiernos provinciales o según las pruebas producidas en la causa. En todos los casos prevalecerá siempre la pauta de estabilización monetaria que resulte más favorable al trabajador. La actualización procederá desde la fecha en que debió cumplirse con la obligación y hasta el momento del efectivo pago. Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en

361 Téngase en cuenta que hasta como parte de una política antiinflacionista (o de ajuste monetario) se ha propuesto el uso de la indexación dineraria. Milton Friedman consideraba (en 1974) que “se pueden reducir sustancialmente los efectos colaterales de los cambios en la tasa de inflación alentando el uso generalizado de cláusulas de indexación en los contratos privados y oficiales” (ver “Corrección monetaria” en Milton Friedman, La economía monetarista).-

los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra”.

8.4. ALGUNAS RAZONES A FAVOR DE LA INDEXACIÓN MONETARIA DE LOS CRÉDITOS SOCIALES En adelante presento las razones jurídicas de las propuestas formuladas a favor de una actualización monetaria permanente ante la inflación.

8.4.1.- La inflación es un ataque directo a los derechos sociales y, en especial, a la justa retribución, descansos y vacaciones pagados, al salario mínimo, vital y móvil, a jubilaciones y pensiones móviles, a la protección integral de la familia, vivienda digna, educación y salud (de la persona y de su familia) y al principio de igualdad: arts. 14, 14 bis, 16, 17, 19, CN, ampliados por los tratados enumerados.³⁶²

8.4.2.- El gobierno tiene dos deberes básicos: la obligación de asegurar los niveles de desarrollo alcanzados y la plena vigencia de los derechos ya reconocidos (lo que equivale a la prohibición de retroceder o a la irreversibilidad del grado obtenido) y la obligación de coadyuvar al progreso individual y social.

La actualización monetaria permanente de los créditos sociales, ante la inflación, es una forma de cumplir, como mínimo, con el principio del aseguramiento de los niveles de desarrollo alcanzados (o con la prohibición de retroceder) ya que, caso contrario, se regresa de la etapa obtenida por causa de la disminución del poder adquisitivo del salario, del haber previsional o del subsidio, lo que implica entrar en un proceso de empobrecimiento individual o social.

En especial la actualización monetaria permanente de los créditos sociales, ante la inflación, es una forma de cumplir con el deber de asegurar los derechos del trabajador que impone el art. 14 bis de la CN.

³⁶² Podemos agregar que, aunque con sus notorias limitaciones, la ley 26.417 (del 1-10-2008) dispone la movilidad de las prestaciones del régimen previsional público.-

8.4.3.- El gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata debe hacer sellar moneda y fijar su valor y el de las extranjeras (inc. 11, art. 75, CN).

La actualización monetaria o repotenciación de las deudas es el cumplimiento del mandato constitucional de hacer sellar moneda y fijar su valor, y la omisión de este deber, como dejar que la moneda nacional quede sometida a su depreciación o desvalorización, resulta inconstitucional (arts. 1, 5, 27, 28, 31, 33, y cc, CN, ampliados).

De aquí que, ante la ausencia de una ley que establezca una forma de actualizar los créditos sociales, el poder judicial (al conocer y decidir todas las causas, art. 116, CN) debe proceder a la repotenciación de los valores con la clara finalidad de mantener el poder adquisitivo de los salarios, haberes previsionales o subsidios.

8.4.4.- El art. 619 del Código Civil dispone que “si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento” (texto según el art. 11 de la ley 23928 y mantenido por el art. 5 de la ley 25561).³⁶³

Cuando en el art. 619 del Código Civil el legislador escribe “especie o calidad de moneda” hace referencia, entre otras cosas, al poder adquisitivo de la moneda, al mantenimiento de ese poder a través de la actualización monetaria o repotenciación de las sumas de dinero (o de las deudas de valor expresadas en dinero).³⁶⁴

363 En su redacción original el art. 619 del Código Civil establecía: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación”. En su nota (muy comentada) Vélez Sarsfield informa (entre otras cosas) que el Código de Austria, en sus arts 988 y 990 dispone que “si se ha alterado, dice, el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo”. Además, Vélez recomienda que “si hubiese de darse ley, suponiendo la alteración de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Cód. de Austria”.

364 Ameal (en su comentario al art. 619 del Código Civil en Belluscio - Zannoni, Código Civil y leyes complementarias, T 3, págs. 92 y 93) dice que para la “tesis valorista” el art. 619 “debería leerse como que el deudor cumple ‘dando la especie designada... al cambio que

De aquí resulta que el cumplimiento de dar la especie o calidad designada, que impone el art. 619 del CC, se satisface cuando el deudor hace entrega de la moneda al mismo valor que poseía al tiempo de asumir la obligación, o, en otras palabras, cuando no da una moneda devaluada, depreciada o desvalorizada, sino actualizada o repotenciada (en concordancia con los arts. 725 y 953, Código Civil).

8.4.5.- Una razón a favor de la actualización monetaria (que ha sido muy usada) es la teoría de la imprevisión y, acorde con la misma, se puede afirmar que el sistema financiero, bancario y de mercado de cambios, establecido por la ley 25.561 y sus decretos reglamentarios, y que tiene por objeto y resultado la derogación de la convertibilidad del peso con respecto al dólar de USA y la devaluación de la moneda nacional, junto al alza de los precios de los bienes y servicios, constituye un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que torna en excesivamente onerosas las obligaciones del trabajador (o que, en otras palabras, lo deja sin la debida contraprestación), generando un enriquecimiento ilícito a favor del empleador, que impone la actualización o repotenciación, en cuanto mejora equitativa del contrato celebrado y ejecutado con anterioridad a la alteración de la legislación monetaria y del inicio del proceso inflacionario (conf. doctrina art. 1198, Código Civil).

8.4.6.- También se ha recurrido a la doctrina del abuso del derecho y, en atención a lo establecido en el art. 1071 del Código Civil, se puede afirmar que incurre en un ejercicio abusivo de su derecho quien pretende cumplir con su obligación abonando una suma de dinero que (se sabe y es de conocimiento público o notorio) se encuentra desvalorizada o depreciada.

8.4.7.- La doctrina de la lesión subjetiva tal cual aparece en el art. 954 del Código Civil puede ser una buena razón para demandar la modificación de los actos jurídicos (del contrato de trabajo en lo que hace al precio de los servicios, a los salarios o remuneraciones) ya que el empleador explota la necesidad, la ligereza o la inexperiencia del trabajador cuando le abona un salario con dinero depreciado o devaluado y así obtiene una ventaja

corra en el lugar al día del vencimiento de la obligación', vale decir, por el poder adquisitivo o valor de la moneda al tiempo del cumplimiento".

patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación (en relación a los servicios prestados por el dependiente).³⁶⁵

Es doctrina de la Corte Suprema que “con la simple comprobación objetiva de que con un pago tan vil se haya pretendido cancelar la totalidad de lo adeudado se imponía aplicar el art. 954 del Cód. Civil, con operatividad de la presunción legislada en el párr. 3° de la norma. Esto es así pues sin hesitación alguna es observable que... la actitud de la apelada configura un despojo insoslayable desde la óptica de la primacía de la verdad jurídica material, cuya renuncia consciente ha sido dejada sin efecto -de modo inveterado- por esta Corte (Fallos 238:550 -La Ley, 89-412-, entre muchos otros)” (Corte Suprema, marzo 8-1994.- Hernández Elba del Carmen y otro c. Empresa El Rápido, La Ley, 1995-D, pág. 238).

Mosset Iturraspe, al comentar el caso (LL, 1995-D, 236), se refiere a los “‘escrúpulos’ de los tribunales inferiores” en la aplicación de la doctrina de la lesión subjetiva o de la norma del art. 954 del Código Civil, que es un instrumento útil o adecuado para intervenir (a favor del débil) en el contrato.

No cabe duda alguna que cuando en el art. 954 se presume la explotación “en caso de notable desproporción de las prestaciones”, se presume la explotación de la necesidad, de la ligereza o inexperiencia.

Con las palabras “tal explotación” del tercer párrafo del art. 954 se alude a la explotación de la necesidad, de la ligereza o inexperiencia; de modo tal

365 En su parte pertinente el art. 954 del Código Civil dispone: “También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según los valores al tiempo del acto y de la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

que ante la “notable desproporción de las prestaciones” hay que presumir la existencia de tal explotación sin lugar a duda alguna (sin imponer ningún límite donde, a todas luces, no lo hay).³⁶⁶

8.4.8.- Es doctrina pacífica y concordante de la Corte Suprema de la Nación “mantener intangible el principio de la justa indemnización frente a la continuada depreciación de la moneda” (CS, 12/6/68, in re Ortega J. de Dios y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares, LL, 131, 152).

Que, subsiguientemente, la Corte Suprema ha resuelto que la actualización, en cuanto aumento nominal, “no hace la deuda más onerosa en su origen”, sino que “sólo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda”; que “no existe modificación de la obligación sino determinación del quantum en que ella se traduce cuando ha existido variación en el valor de la moneda”; que “el derecho de propiedad afectado sería el del acreedor a quien se le pagaría -si no se aplicara la actualización- con una moneda desvalorizada cuyo poder adquisitivo sería inferior al que tenía cuando nació el crédito” (CS, 21/5/76, in re “Camusso Vda. de Marino, Amalia c/ Perkins SA”, Fallos 294:434).

En el mismo sentido la Corte Suprema ha decidido que “en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa... ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común, permite conmensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y a la finalidad de cada una de ellas: situación equitativa que resulta alterada cuando, como

366 Así se pronuncia la doctrina civilista argentina: Borda (en La reforma de 1968 al Código Civil, pág. 143; en Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos, LL 1985-D, 985); Bustamante Alsina (La presunción legal en la lesión subjetiva -art. 954 del Código Civil, LL, 1982-D, 31); Zannoni (Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Astrea, 1986, págs. 309 y ss, en especial, págs. 331 a 335); Spota (en Lesión subjetiva: una doctrina argentina, LL, 122-199); Rivera - Medina (Código Civil Comentado, Santa Fe, 2005, Arts. 896 a 1065, págs. 363 y ss); Cifuentes - Sagarna (Código Civil Comentado y Anotado, Buenos Aires, 2004, Tº II, pág. 149 y ss), entre muchos otros.

en el caso, por culpa del deudor moroso la prestación nominal a su cargo ha disminuido su valor real, su poder adquisitivo, en relación a sus fines propios de naturaleza alimentaria, por influencia de factores que no dependen del acreedor. El principio de “afianzar la justicia” y la garantía de una retribución justa (Preámbulo y art. 14 bis, CN) exigen la referida equivalencia” (CS, 23/9/76, in re “Valdez José R. c/ Gobierno Nacional s/ reincorporación”, Fallos 295:937).

A todo ello agrega la Corte Suprema que “el principio de la reparación justa e integral, admitido pacíficamente por la jurisprudencia, ha de entenderse en un sentido amplio de compensación justa e integral de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica que ha perdido su originaria medida representativa”; de manera tal que “de no actualizarse los créditos conforme a pautas que equilibren los valores tenidos en cuenta en el origen de la obligación, no se daría el necesario ajuste que exige la justicia, pues mientras el derecho del ahora deudor fue plenamente satisfecho, el del que permaneció acreedor por culpa de aquél se vería correspondido sólo en íntima parte” (CS, 23/9/76, in re “Vieytes de Fernández c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 295:973).

La inflación (además) es un hecho de conocimiento público y notorio que impone el cumplimiento estricto de la doctrina de la Corte Suprema que acabamos de señalar (Fallos 25:364; 212:51 y 212:160, entre otros).³⁶⁷

8.4.9.- Las razones hasta aquí expuestas (que justifican la actualización monetaria) son también fundamentos para remover todo obstáculo normativo a la repotenciación de las obligaciones dinerarias que tienen por objeto satisfacer créditos sociales. Los arts. 7º y 10º de la ley 23.928 (modificados por

367 El pedido de actualización monetaria o repotenciación, puede ser realizado después de trabada la litis, siempre que se de oportunidad a la contraparte para ejercer su derecho de defensa (CS, 27/4/78, ED, 78-213), y atento a que puede ser solicitada con posterioridad a la sentencia definitiva por cuanto no afecta sino, por el contrario, preserva la autoridad de cosa juzgada del fallo, al mantener el real poder adquisitivo de la suma mandada abonar (CS, 19/12/78, LL, 79-A, 254).-

el art. 4° de la ley 25.561) y el art. 5° del decreto del PEN N° 214/02 (como toda otra norma de cualquier fuente que prohíba o limite la actualización monetaria o el reajuste monetario) es inconstitucional o, como mínimo, inaplicable ante el pedido de indexación o repotenciación de un crédito social. Para ello, a las razones ya dadas, se pueden agregar las que en adelante indico.

8.4.9.1.- La moneda emitida por el Estado Nacional (el peso) ha dejado de ser convertible con el dólar de USA a una relación de un peso (\$ 1) = un dólar de USA (u\$s 1), por cuanto: a) el PEN está facultado para establecer la relación de cambio entre el peso y las monedas extranjeras (art. 2° ley 25.561); b) en uso de esas facultades el PEN fijó, en un primer momento, la relación de cambio de pesos uno con cuarenta centavos por cada un dólar (ver art. 1° del decreto 7/02, reglamentario de la ley 25.561), para luego ordenar que la relación de cambio quedara determinada por la oferta y la demanda de pesos y dólares de USA en el mercado (ver decreto 260 del 8/2/02); c) se derogaron los arts. 1, 2, 8, 9, 12 y 13 de la ley 23.928 (ver art. 3° ley 25.561).

8.4.9.2.- Como resultado de las modificaciones indicadas a la ley de convertibilidad 23.928, la moneda nacional (el peso) ha perdido valor con relación al dólar de USA: un peso (\$ 1) no es igual a un dólar de USA (u\$s 1), como se disponía en la ley 23.928, sino que, por el contrario, su valor ha sufrido una cuantiosa disminución que alcanza a más del 300% de su precio original; y, así, el peso ha sido devaluado.

8.4.9.3.- A la pérdida del valor del peso con respecto al dólar de USA, se agrega la reducción de la capacidad de compra que tiene la moneda nacional (el peso) por el incremento de los precios de los bienes y servicios que se produce en el país desde la sanción de la ley 25.561.

8.4.9.4.- El envilecimiento de la moneda nacional, o la pérdida de su valor, junto a la prohibición de su actualización o repotenciación, suprime o limita el derecho de propiedad (arts. 14 y 17, CN, ampliados por los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22 de la carta).

8.4.9.5.- La prohibición de actualizar o repotenciar las deudas, junto al envilecimiento de la moneda nacional, resulta una confiscación de bienes

que está borrada en las Provincias Unidas del Río de la Plata (art. 17, CN).

8.4.9.6.- La prohibición de actualizar o repotenciar los créditos sociales ataca directamente al principio de indemnidad o de no dañar (art. 19, CN, ampliado por los tratados enumerados).

8.4.9.7.- El mantenimiento de la prohibición de actualizar o repotenciar los créditos sociales (como los salarios, haberes provisionales o los subsidios) es irrazonable o lesiona el principio de razonabilidad (arts. 28 y 99, inc. 2, CN), por cuanto no resulta el medio adecuado para el fin que se proponen las leyes que la mantienen como sería la estabilidad de la moneda nacional o de los precios de los bienes y servicios.

Como es de público y notorio conocimiento, pese a la prohibición hay aumento de los precios de los bienes y servicios y una continuada devaluación del peso con respecto al dólar de USA.

8.4.9.8.- El mantenimiento de la prohibición de actualizar o repotenciar las deudas, o cualquier suma de dinero, tal cual se realiza en las leyes 23.928 o 25.561, resulta incongruente y lesivo al principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN, ampliado por los tratados enumerados), por cuanto en esas mismas normas se establece un sistema de estabilización monetaria, denominado “coeficiente de estabilización de referencia” (CER) para los depósitos y deudas con el sistema financiero (ver art. 4º del decreto 214/02).

8.4.9.9.- El sistema financiero, bancario y del mercado de cambios, establecido en la ley 25.561 y su decreto reglamentario 214/02, en la medida que dispone la actualización de las deudas con el sistema financiero y prohíbe la actualización monetaria del precio de los servicios (o de los salarios), se alza contra la CN y no afianza la justicia, ni promueve el bienestar general (Preámbulo), al mismo tiempo que tampoco provee lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, ni al progreso de la ilustración (inc. 18, art. 75, CN), ni promociona lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, ni a la defensa del valor de la moneda (inc. 19, art. 75, CN).

8.5. EL REAJUSTE POR PARÁMETROS IGUALITARIOS Hay que distinguir la actualización monetaria en cuanto corrección de la desvalorización o pérdida del poder adquisitivo de bienes y servicios que padece el dinero por la inflación del reajuste por parámetros igualitarios (que aquí presento). El reajuste por parámetros igualitarios es el incremento de los créditos sociales (y, en especial, de los sueldos) a partir de una muestra representativa (de los aumentos salariales).

El reajuste por parámetros igualitarios puede ser una forma de actualización monetaria de los sueldos para contrarrestar la desvalorización causada por la inflación. Pero ello es contingente, no es necesario. Haya o no inflación puede ser el caso que existan trabajadores o grupos de trabajadores que no reciben aumentos salariales o que no los perciben en la misma proporción a los incrementos que se les otorgan a otros dependientes.

Un ejemplo típico de trabajadores desprotegidos (y que padecen esta merma salarial) son los llamados “fuera de convenio”. El denominado empleado “fuera de convenio” (o que ostenta en su recibo de sueldo como categoría o calificación profesional la calidad de “fuera de convenio”) es un dependiente para quien su relación laboral no se rige por ningún convenio colectivo sino sólo por la ley común de regulación del contrato de trabajo (arts. 1, 2 y 3, LCT).

El empleado “fuera de convenio”, que aquí me ocupa, no es el personal jerárquico de una empresa (como lo son los directores, gerentes o altos ejecutivos de una compañía que hasta incluso pueden estar excluidos de las normas protectorias de la jornada de trabajo de la ley 11.544) sino el simple dependiente de la misma. En la empresa donde presta servicios pueden haber diferentes clases de empleados: ocultos por una “pasantía” o una “beca” o la interposición fraudulenta de un supuesto contratista; empleados “eventuales”; empleados cuyas relaciones se rigen por diferentes convenios colectivos; empleados “fuera de convenio” (que pueden percibir salarios similares a los que reciben los dependientes convencionales) y personal jerárquico. Quizás, en estos casos el “fuera de convenio” comenzó siendo un personal de mejor nivel que el convencional, ya sea por sus conocimientos o posición en la empresa o salario percibido. Puede ser también que la política de la empresa

haya sido incorporar trabajadores “fuera de convenio” para limitar la acción de los sindicatos y contar con personal más fiel a determinadas decisiones de la compañía. Pero lo cierto es que ahí están. Y pueden recibir más salarios que los convencionados o sumas similares o menos. Suele suceder que si los gremios consiguen aumentos salariales el personal convencionado mejora su nivel remuneratorio y alcanza o supera a los “fuera de convenio”. También se puede observar que, en muchos casos, los gremios negocian la incorporación de los “fuera de convenio” a los convenios y se los incluye en alguna categoría cuyo salario es similar al percibido. Y si el salario fijado para la categoría no alcanza a cubrir la remuneración del “fuera de convenio”, la diferencia se le abona en un rubro aparte (que vulgarmente se denomina “mochila” y que cuando hay inflación tiende a desaparecer, proceso por el cual el ex “fuera de convenio” pierde su nivel salarial).

Pero también el empleado “fuera de convenio” puede ser dependiente de una empresa donde no se aplica ningún convenio colectivo. En este caso, todos los empleados son “fuera de convenio”: es una empresa donde no hay actividad sindical, donde los trabajadores no están organizados gremialmente y donde no se aplica ningún convenio. ¿Cómo hay empresas cuyas actividades no encuadran en ningún convenio colectivo? O ¿cómo hay servicios que se consideran que no encuadran en ningún convenio colectivo? Puede suceder que se trate de actividades realmente nuevas que sin ninguna seria razón se las excluye del convenio colectivo de los empleados de comercio (CCT 130/75) que, prima facie, puede ser considerado como un convenio de aplicación supletoria o en subsidio ante la ausencia de un convenio colectivo determinado o especial para la actividad o la profesión. Pero puede también suceder que se trate de una empresa nueva y que los convenios aplicables a su actividad se considere que no le alcanzan por el ámbito personal o geográfico de su vigencia (ej: el convenio existente no se le aplica porque es un convenio colectivo de empresa o porque en su ámbito geográfico de aplicación no se ubica la nueva empresa).

Aquí sostengo que todo trabajador tiene derecho a percibir aumentos salariales en la misma proporción a los incrementos que han recibido el resto de los trabajadores o una muestra representativa o significativa de ellos conforme a las circunstancias de tiempo y lugar.

Los aumentos salariales son tanto los otorgados por el gobierno (para un grupo o clase de trabajadores) como los acordados entre los patrones y los gremios en los convenios colectivos de trabajo. En general, los incrementos salariales tienen por objeto (en el mejor de los casos) compensar la pérdida del poder adquisitivo que sufren las remuneraciones por causa de la inflación. Es razonable sostener que los aumentos salariales que otorgan los gobiernos o que se pactan en la negociación de los sindicatos y los empleadores reflejan el costo de vida o, en términos generales, la inflación; que es tanto como afirmar que, prácticamente, no hay aumentos salariales por sobre el costo de vida o la inflación. De aquí que algunos sostengan que si hay un acuerdo de precios (que consiste en que los precios no aumenten durante un período de tiempo determinado), entonces no debe haber incremento de salarios durante el mismo lapso (lo que significa que los gremios no deben formular reclamos salariales). Una política de este tipo, en general, se acompaña de represión a los opositores (de mayor o menor intensidad o más o menos oculta) y de una doctrina judicial opuesta a los reclamos por diferencias salariales. Se impone el orden social o la comunidad organizada.

Es claro que si un trabajador o grupo de ellos no recibe incrementos salariales en similar proporción a -por lo menos- los empleados convencionales, entonces el daño que sufre no es sólo la pérdida de poder adquisitivo con relación a los otros dependientes sino, además, la desvalorización monetaria de su remuneración.

Los parámetros a tener en cuenta a los efectos de determinar que un trabajador (o un grupo de ellos) es acreedor al reajuste de su remuneración pueden ser varios. Un parámetro puede estar formado por los aumentos salariales percibidos por los trabajadores convencionales.³⁶⁸ Otro parámetro, mínimo, queda definido por las variaciones salariales fijadas para los empleados de comercio (CCT 130/75). Este es un dato relevante porque, prima facie (o en general), toda actividad es comercial, de modo tal que todo contrato de

368 Por ejemplo, en el sitio web del MTEySS se puede consultar al Boletín de Estadísticas Laborales donde se publican datos sobre la “remuneración promedio de los asalariados registrados del sector privado” o sobre el “salario conformado promedio convenio” (correspondiente a 23 actividades).-

trabajo (supletoria o subsidiariamente) queda regulado por el convenio colectivo de trabajo para los empleados de comercio (o sea: por el CCT 130/75). En el mismo sentido se puede afirmar que, en principio, todo trabajador o empleado, es un dependiente de comercio de manera que, ante la ausencia de un convenio específico de la actividad o de la profesión, a su contrato de trabajo se le aplica el convenio colectivo de comercio.³⁶⁹ Otra muestra significativa es la variación del valor del dólar USA. También se puede considerar que una muestra relevante es la variación del salario mínimo, vital y móvil.

Quien no haya percibido estos aumentos medios, que recibieron los trabajadores argentinos, tiene por consecuencia que padezca un retraso salarial (o un desfasaje remuneratorio), con enorme daño a su propiedad, justa retribución, descansos y vacaciones pagados, protección integral de la familia, vivienda digna, educación y salud (personal y de su familia) y al principio de igualdad: arts. 14, 14 bis, 16, 17, 19, CN, ampliados por los tratados enumerados.

Contra un reclamo de reajuste por parámetros igualitarios, los patronalistas formularán sus oposiciones sobre la base de diferentes argumentos, algunos de los cuales aquí voy a criticar.

Un patronalista dirá que el reclamo de reajuste por parámetros igualitarios carece de sustento legal. Pero esta defensa está equivocada si atendemos a que el reclamo no sólo no está prohibido (art. 19 CN) sino que además pone en juego derechos expresamente reconocidos en la CN tales como el de la justa retribución y el de la igualdad (arts. 14, 14 bis y 16, CN).

Contra el principio de igualdad un patronalista sostendrá que no resulta aplicable al reclamo de reajuste por parámetros igualitarios (o lo que es lo

369 Los dependientes son personas que “los comerciantes acostumbran emplear como auxiliares de su tráfico”, negocio o giro mercantil que “no tienen la facultad de contratar y obligarse por sus principales” (art. 146, segundo párrafo, Código de Comercio). Por otro lado, téngase en cuenta que el CCT 130/75 se aplica (para desconocer derechos de los trabajadores o ante la existencia de mejores convenios colectivos) a los cocineros del restorán de un supermercado (contra la aplicación del convenio de los gastronómicos) o a un operador telefónico de un centro de llamadas o call center (contra la aplicación del convenio de los telefónicos), entre otros.-

mismo: que dicho reclamo no tiene fundamento en el principio de igualdad) ya que las situaciones de hecho que se pretenden equiparar (para otorgarles el mismo trato) son distintas. Así, por ejemplo, el patronalista afirmará que no son equiparables las actividades (o profesiones) de quienes recibieron los aumentos con quien no los percibió. El patronalista buscará acentuar las diferencias (entre unos y otros) para descartar la aplicación del principio de igualdad. Aquí no hay que perder de vista a la característica relevante que equipara las situaciones de quienes percibieron los aumentos con quienes no los recibieron, a saber: que son todos trabajadores dependientes que en cuanto tales son la parte débil de la relación laboral que requiere de la protección de las leyes (art. 14 bis, CN). Y de eso se trata: de proteger al débil.

Hay un argumento, muy común entre los patronalistas, que consiste en afirmar que los reclamantes no percibieron los aumentos salariales en la misma proporción que otros dependientes porque, a decir verdad, se trata de reducir las diferencias salariales existentes entre unos y otros o de equiparar el nivel remuneratorio para lo cual quienes reciben sueldos bajos deben obtener aumentos en mayor proporción a quienes poseen sueldo altos.

El argumento resulta inaplicable cuando los reclamantes además de no haber recibido los aumentos según los parámetros igualitarios son trabajadores cuyos sueldos son inferiores a los salarios de los dependientes que percibieron los incrementos.

El argumento (en su versión extrema) sostiene que todos los trabajadores deben percibir el mismo salario y que las diferencias de los aumentos se justifican en que son un medio adecuado para obtener la igualdad remuneratoria.

Es sumamente objetable sostener que todos los dependientes deben percibir el mismo salario. Es claro que si todos los trabajadores recibieran la misma remuneración se dejaría de retribuir la mayor responsabilidad o el mayor esfuerzo o capacidad de unos con relación a otros. Ello puede seriamente conspirar contra la eficiencia económica y, en definitiva, contra el progreso social.

Claro está que criticar una sociedad donde todos los trabajadores reciben el mismo salario como un ideal deseable y realizable no es promover un orden

desigualitario como el capitalista donde hay una clase poseedora de los medios de producción y otra (mayoritaria) de trabajadores.

Las diferencias en el nivel de los ingresos son compatibles con una sociedad sin clases (o con una sociedad donde no sea predominante el dominio de la burguesía sobre los obreros). En una sociedad popular (en una sociedad de predominio popular) la igualdad básica (en esta materia) viene dada por la satisfacción de las necesidades vitales de la persona y su familia (alimentación, vestimenta, salud, vivienda, educación) que deben ser aseguradas por el salario mínimo, vital y móvil, sin perjuicio de las mejores retribuciones (su justa retribución) que debe recibir en pago a su especialidad o dedicación.

El reclamo de reajuste por parámetros igualitarios se inspira en el principio de igualdad y en la solidaridad y busca asegurar los derechos del trabajador más débil, desprotegido o aislado, aprovechando la negociación de los más fuertes y organizados para que impere un orden social progresivo.

Tina Modotti, México D.F., 1924. Fotografía Edward Weston



9. ALGUNAS OBSERVACIONES A PARTIR DEL PLENARIO FONTANIVE

9.1. INTRODUCCIÓN El 9 de mayo 2011 la CNAT dicta el fallo plenario N° 325 en la causa Fontanive, Mónica Liliana c/ PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Diferencias de Salarios y fija la siguiente doctrina: “La entrada en vigencia del CCT 697/05 ‘E’ obsta a seguir incrementando anualmente la bonificación por antigüedad establecida en la Resolución D.N.R.T. 5629/89 respecto del personal ingresado antes de la vigencia de dicho convenio colectivo”.

9.1.1.- La cuestión a resolver por la CNAT fue si “la entrada en vigencia del CCT 697/05 ‘E’ ¿obsta a seguir incrementando anualmente la bonificación por antigüedad establecido en la Resolución DNRT 5629/89 respecto del personal ingresado antes de la vigencia de dicho convenio colectivo?” La respuesta de la mayoría fue afirmativa.

9.1.2.- Más allá del caso en particular, la sentencia plenaria dictada en la causa Fontanive (y, en especial, las razones que se esgrimen o utilizan para justificar la decisión) invitan a tratar algunos temas centrales del derecho del trabajo (o del derecho en general) como son el dogma de la autonomía de la voluntad, la doctrina de la incorporación, la doctrina de los derechos adquiridos, la regulación de la sucesión normativa, la representación sindical y la doctrina de la Corte Suprema en materia de derechos sociales. En adelante intentaré llevar a cabo ese estudio.

9.1.3.- Las leyes, las instrucciones y las sentencias (como las normas en general) poseen diferentes grados de legitimidad en razón al carácter de iure, usurpador o de facto que ostenta quien las emite o en relación al contenido (mínimo) que deben tener por imposición de una norma superior.

Ante una sentencia contraria a los derechos del dependiente se impone una duda razonable sobre su legitimidad. Porque el art. 14 bis de la CN manda asegurar los derechos del trabajador, ante una sentencia opuesta a los derechos del mismo, la duda razonable se extiende tanto a los hechos que se dan por ciertos como al derecho que se utiliza en el fallo. Ante una sentencia

así es razonable dudar que no es cierta la descripción que se realiza de la cuestión controvertida o de los hechos alegados por las partes de la causa, que tampoco es cierta la descripción de las constancias de la causa o de las pruebas producidas y que el derecho utilizado no es el derecho que debía ser usado para resolver el litigio.

Toda sentencia contraria a los derechos del trabajador, que decide contra los derechos del obrero o rechaza sus reclamos, prima facie y sin perjuicio que el tribunal que la emite sea un órgano de iure, posee una limitada o muy reducida legitimidad ya que, al contrario del mandato del art. 14 bis, desasegura o desprotege los derechos del dependiente.

9.2. LA CUESTIÓN BAJO ESTUDIO Y LOS VOTOS EN EL PLENARIO La cuestión controvertida, en términos muy generales, consiste en lo siguiente: hay un convenio colectivo que establece que la bonificación por antigüedad es un porcentaje del sueldo; un convenio posterior elimina la bonificación y, para el personal que la percibía, ordena su pago en una suma fija equivalente a la mejor recibida.

La cuestión a resolver es (de acuerdo a como se formula la pregunta en el plenario) si el segundo convenio es un obstáculo para que el personal que venía percibiendo la bonificación por antigüedad (como un porcentaje del sueldo) continúe gozando de este beneficio; o, en otros términos, si la modificación del rubro antigüedad como una suma fija, que impone el segundo convenio, es aplicable al personal que lo venía percibiendo como un porcentaje del sueldo.

9.2.1.- Con razón el procurador general Álvarez dice que el tema “conciene a la sucesión de las normas emanadas de la autonomía colectiva”. Se trata de una cuestión muy importante y la decisión ha sido adversa a los derechos e intereses de los trabajadores ya que la CNAT se ha pronunciado a favor de que un convenio posterior derogue los mejores derechos establecidos en otro anterior.

El fiscal general Álvarez señala que “desde antiguo y en sus diversas composiciones” el Ministerio Público del Trabajo ha sostenido “la

disponibilidad colectiva de los actores sociales en lo que respecta al ejercicio del derecho constitucional de negociar las condiciones de trabajo, sin otro límite que el emergente de la imperatividad legal, y ha participado de la tesis de la sustitución temporal de los convenios, con prescindencia del nivel de beneficio, que descarta la incorporación de los derechos a los contratos individuales”.

El fiscal expone la doctrina con suma claridad en las siguientes tres afirmaciones, a saber: primera, la libertad contractual sólo está limitada por el orden público; segunda, un convenio posterior puede sustituir (en forma progresiva o regresiva) a un convenio anterior; tercera, los derechos de origen convencional no se incorporan a los contratos individuales de trabajo.

9.2.2.- El juez Guisado considera que la “nueva normativa... constituye el fruto de la autonomía colectiva y significó una renegociación global de la estructura retributiva que reemplazó el marco regulador anterior en el dinamismo propio de la negociación sectorial...”.

Para Guisado “el nuevo plexo convencional no altera derechos adquiridos en tanto se trata... de una modificación hacia el futuro, que sólo incide sobre derechos en curso de maduración y no sobre derechos incorporados al patrimonio”.

El convenio colectivo de trabajo, dice Guisado, “es una norma heterónoma, que rige a la relación de trabajo ‘desde fuera’, de modo que sus condiciones no se incorporan al contrato de trabajo” de donde resulta que “al entrar en vigencia una nueva convención, ésta sustituye a la anterior, aunque contenga condiciones menos ventajosas”.

Guisado claramente se pronuncia a favor de un orden social regresivo.³⁷⁰ Afirma al respecto: “Esta solución encuentra respaldo en el art. 24, inc. ‘a’ de la ley 14.250 (texto según art. 18 de la ley 25.877), según el cual ‘un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito’. Dicha disposición mantiene en materia de sucesión de convenios el mismo criterio que gobierna la sucesión de leyes: ‘posterior derogat

370 Para la distinción entre un orden social progresivo y un orden social regresivo ver mi estudio Constitución y Trabajo, Buenos Aires, 2008, párrafo 2.3 en www.javierspaventa.com.ar .-

priori’, sin distinguir entre modificaciones favorables o desfavorables. De conformidad con el principio interpretativo que se expresa en el adagio ‘ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus’, cabe inferir que el nuevo texto legal permite que el convenio posterior modifique el anterior de igual ámbito en cualquier dirección, pues si la voluntad del legislador hubiera sido la de habilitar únicamente las modificaciones favorables, lo habría dicho (‘ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit’), como lo dice respecto de la sucesión de convenios de distinto ámbito (art. 24, inc. ‘b’). En consecuencia, el actual art. 24, inc. ‘a’ de la ley 14.250 habilita al convenio posterior para modificar al anterior del mismo ámbito, tanto en sentido favorable como en sentido desfavorable para los trabajadores comprendidos en él, conclusión aceptada por la mayoría de los autores”.³⁷¹

9.2.3.- La jueza Fontana afirma que “la decisión de las partes negociadoras de reemplazar el sistema escalafonario y de remuneraciones resulta en un todo de acuerdo con lo establecido por el art. 19, inc. a) de la ley 14.250 (t.o. Decreto 1135/04), y con lo establecido en el art. 4 del Convenio Núm. 98 OIT”.

Agrega la jueza Fontana que “la modificación respecto de la forma de pago de dicho adicional (reemplazo de un porcentaje de la remuneración por una suma fija en pesos igual al mejor valor registrado en sus haberes), la misma se proyecta sobre derechos en expectativa, está dentro de las

371 La doctrina que sobre el tema suscribe Guisado la expone en su artículo La regla de la “condición más beneficiosa”, DT, 2007-A, 375 donde concluye que esa regla “sólo tiende a proteger las situaciones personales más favorables, adquiridas por contrato individual o por concesión unilateral del empleador”. Para Guisado “estas condiciones más beneficiosas singulares no pueden ser modificadas o suprimidas unilateralmente por el empleador y subsisten a pesar de los cambios en el contexto normativo en el que tuvieron origen, aunque -a mi entender- pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de ambas partes”. A ello agrega que “la regla de la intangibilidad de la condición más beneficiosa es ajena a la sucesión de normas”. Y así “las disposiciones heterónomas (leyes, convenios colectivos y, según mi opinión, también los convenios irregulares) pueden ser modificadas en cualquier sentido por otras de igual rango, sin que el trabajador pueda invocar como derechos adquiridos las condiciones provenientes de las normas anteriores, a menos que la nueva normativa contenga alguna cláusula transitoria que preserve el nivel de beneficio anterior”. De esta manera se impone un orden social regresivo o que facilita el empobrecimiento o la reducción sistemática de los derechos sociales.-

facultades otorgadas a las partes negociadoras por el art. 19 inc. a) de la Ley 14.250 antes mencionado...”.

9.2.4.- El juez Arias Gibert considera que hay que reformular la cuestión planteada a la decisión plenaria de la CNAT en los siguientes términos: “Si la fórmula del Convenio Colectivo de Trabajo en análisis implicaba la ultraactividad normativa del Convenio Colectivo sustituido o si por ello simplemente se garantizan los niveles salariales existentes al momento del convenio en el supuesto de que la nueva Convención Colectiva de Trabajo estableciera una norma imperativa de protección salarial inferior”.

Para Arias Gibert “no se puede afirmar la pervivencia de la bonificación por antigüedad vigente en el convenio colectivo sustituido por cuanto del texto del convenio colectivo sustituyente surge que: a) se mantienen las condiciones de trabajo (situación de hecho) y no las normas (situación de derecho) más beneficiosa y b) aún así se supusiera que la norma convencional continúa vigente, al tener origen la remuneración en distintas fuentes normativas (convenios colectivos diferenciados) ha de estarse al principio de conglobamiento por instituciones que impone analizar la remuneración como totalidad y no las bonificaciones por separado”.

9.2.5.- El juez Raffaghelli (con relación al art. 19 inc. a de la ley 14.250) sostiene que “no implica per se legitimar condiciones peyorativas en el nuevo convenio respecto del anterior, ni que signifique el ejercicio de la denominada disponibilidad colectiva violatoria del principio de progresividad en materia de derechos sociales que consagra el art. 1 del Protocolo de San Salvador anexo a la Convención Americana de Derechos Humanos (ratificado por Ley 24.658) y por ende con jerarquía supra legal. Empero, entiendo que abre la posibilidad de establecer una comparación o conglobamiento considerando el conjunto normativo de ambos convenios que impida su desmejoramiento, y no altere el principio protectorio, sin perjuicio de la modificación de alguna de sus instituciones tal como se ha señalado”.

Pero para el juez Raffaghelli “el nuevo texto convencional implicó una reforma a futuro que no afectó derechos incorporados al patrimonio del personal alcanzado por la convención” de manera que “revisar lo que

tan claramente surge de la autonomía colectiva introduce un factor de incertidumbre que pone en riesgo la naturaleza misma de los pactos colectivos y sus organismos de interpretación que como se ha visto actuaron en el marco de sus facultades legales”.

9.2.6.- Sobre la base de los textos de las normas convencionales en juego el juez Balestrini considera que “el derecho a incrementar la bonificación por antigüedad subsistió, resultando un derecho adquirido para los trabajadores”.

9.2.7.- Para el juez Fernández Madrid “tratándose de una relación entre fuentes del mismo orden en los términos reglados por los arts. 9 y 12 de la L.C.T. y 24 de la Ley 25.877, el convenio colectivo posterior no tendría aptitud para modificar un mejor derecho adquirido por los trabajadores y ya incorporado a sus respectivos contratos individuales. Otra solución estaría en contradicción con el principio de progresividad y con los derechos adquiridos con garantía constitucional”.

9.2.8.- Una de las razones que expone el juez Pompa “tiene que ver con la aplicación del principio de progresividad y no regresividad, que en su noción normativa veda la aplicación de una nueva norma cuando, comparada con la que ha modificado o sustituido, resulte que ha suprimido, limitado o restringido derechos o beneficios concedidos por la anterior”.

El juez Pompa señala que “dicho principio ha sido consagrado en nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994”.

Con relación a que los convenios colectivos de trabajo se inscriben (según algunos doctrinarios) en “el marco cambiante y ajeno”, el juez Pompa considera que “dicho marco no podría prescindir de su carácter superador de los mínimos legales imperativos, por lo que salvo situaciones excepcionales de crisis, que en el caso no han sido invocadas, de limitación temporal destinada a recomponer las condiciones quebradas del sector involucrado y sin que se abandonen los controles de legalidad y conveniencia, ahora y a la luz del principio de progresividad y no regresividad analizado, debe ser adecuado y redefinirse, en mi criterio, como de marco ajeno y cambiante ‘con dirección y sentido de progreso’, sin que por esto se limite la autonomía de las partes

signatarias, en tanto ni el Estado ni los particulares pueden prescindir de las disposiciones y principios del nuevo régimen normativo de las disposiciones precedentemente invocadas que emanan de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”.

9.2.9.- Para Rodríguez Brunengo “todo esto ha sido internalizado en los convenios interindividuales de trabajo de cada dependiente. De otro modo se afectaría el principio de la intangibilidad salarial”.

9.2.10.- La jueza Cañal dice, con relación al art. 9 de la LCT “y siguiendo también un principio interpretativo: donde la ley no distingue, nosotros no debemos hacerlo (arts. 16, 22 y ccs del Cód. Civil), no comparto el criterio de que este principio del derecho del trabajo, sea solo aplicable al orden individual”.

También expresa la jueza Cañal que hay “otro mandato general previsto por la ley: la limitación de la autonomía de la voluntad (art. 12 y ccs. de la LCT)”.

Sobre esta base concluye: “No encuentro aceptable la idea de que, en el ámbito convencional, puedan modificarse peyorativamente las condiciones pactadas en un convenio previo, porque no es exacto que la ley no distinga en el punto. Lo hace, al generar la figura de un sujeto especialmente protegido, que es el hombre que trabaja, que no por el hecho de agruparse con sus pares, deja de encontrarse en situación desventajosa”.

9.2.11.- La jueza Marino afirma que ni la norma convencional bajo estudio “como ninguna otra norma dentro del sistema jurídico constitucional que rige las relaciones del trabajo dependiente puede derogar o siquiera disminuir derechos laborales”.

9.2.12.- Llegados hasta aquí observo que la votación estaba empatada. Por la afirmativa habían votado los jueces González, Piroló, Guisado, Fontana, Arias Gibert, Maza, Catardo, Raffaghelli, Brandolino, Vazquez, Vilela y Craig, mientras que por la negativa lo hicieron Ferreirós, Corach, Balestrini, Fernández Madrid, García Margalejo, Pompa, Rodríguez Brunengo, Stortini, Pinto Varela, Zas, Cañal y Marino. De aquí que fuera necesario el voto de la

presidenta del tribunal, la jueza Ferreirós, para desempatar. Y lo hizo por la afirmativa, lo que implicó que modificara su voto: como vocal o integrante del tribunal votó por la negativa y como presidenta de la Cámara lo hizo por la afirmativa.

9.2.13.- Para la jueza Ferreirós “la solución de un conflicto que ha alcanzado el nivel de autos, requiere la elaboración de una doctrina jurídica generosa. El Derecho del Trabajo, cuya innegable función es la protección de los trabajadores, no debe... fincar esa tutela en forma individual, cuando ésta debe extenderse a todo el mundo laboral”. Es que “están en juego en autos, no sólo los derechos de los trabajadores, que no desoigo, sino también una visión clara y potente del Derecho Colectivo, que, a la vez, repotencia esa misma protección”.

La jueza Ferreirós considera que “la nueva normativa constituyó una renegociación global de la estructura retributiva de los trabajadores” para insistir a modo de conclusión que “las partes colectivas negociando en forma libre y voluntaria estuvieron en un todo de acuerdo en producir una reorganización de las categorías y funciones con los objetivos mencionados, y en promover un sistema de remuneraciones que no se basara en la mera permanencia en el cargo o rango, sino que tuviera en cuenta el grado de desarrollo profesional y la eficiencia en el cumplimiento del trabajo. Se trató entonces de una transformación global de toda la estructura retributiva, fruto de la autonomía colectiva y las partes fueron conscientes en incluir una variación precisa en el incremento de la bonificación por antigüedad, reemplazando el porcentual anterior por una suma fija, sin alteración de derechos adquiridos”.

9.2.14.- La cuestión que nos ocupa versa sobre un problema de sucesión de normas (tal cual se define en el fallo plenario bajo estudio y según lo determina el fiscal general en su dictamen).

Hay que distinguir el problema de la sucesión de las normas del problema de la concurrencia de las normas. El primero se refiere a determinar las condiciones de validez (o pertenencia) de una norma a un sistema. Aquí se trata de saber cuándo una norma pertenece a un sistema normativo: quién tiene atribuciones para dictarla y con qué contenido debe hacerlo. El segundo

problema supone la existencia de dos o más normas que, perteneciendo a un sistema, califican a una acción (o conjunto de acciones) de diferentes modos (obligatorio, prohibido o permitido) o establecen requisitos distintos para el ejercicio de una acción o el goce de una cosa o bien.

Si bien la cuestión controvertida versa sobre un problema de sucesión de normas, el tema a resolver por el pleno de la CNAT quedó limitado injustificadamente. Nótese que no se discute que el segundo convenio se debe aplicar a los trabajadores que ingresen a partir de su celebración. Esta cuestión está fuera del debate aunque es muy importante ya que en un caso de sucesión de normas hay que determinar si la posterior (o la inferior o la especial) se ha dictado conforme a la anterior (o a la superior o a la general) o si, en otros términos, viene a desasegurar los mejores derechos ya protegidos.

Adviértase que no se discute sobre si el segundo convenio es inválido, ilegal o inconstitucional porque viene a modificar in peius los mejores derechos establecidos en el primer convenio. Sin embargo, esta es la cuestión que se debe resolver ante un caso de sucesión de normas. El tema a decidir debe versar sobre la invalidez del segundo convenio. La cuestión no puede quedar limitada a resolver cuál es el régimen laboral de los trabajadores que ingresaron con anterioridad al segundo convenio y ven modificadas sus condiciones de trabajo con la suscripción de este nuevo estatuto.

Más allá de la delimitación de la determinación de la pregunta a responder por el pleno de la CNAT, en el caso bajo estudio la cuestión a resolver es sobre la legalidad o ilegalidad del segundo convenio (en la medida que modifica in peius los mejores derechos establecidos en el convenio anterior). Y ante este problema se impone la eliminación de la norma regresiva (el segundo convenio) y el mantenimiento de la progresiva (el primer convenio) para todos los trabajadores de la empresa cualquier sea la fecha de ingreso.

Ante un problema de sucesión de normas y ante el principio de aseguramiento y el principio de progresividad la cuestión no puede estar limitada a tener efectos para los empleados que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia del segundo convenio; la discusión debe tener consecuencias para todos los trabajadores porque se debe decidir que la segunda norma debe

ser eliminada por imponer una variación regresiva con relación al primer convenio. Esta es la única solución que se debe adoptar.

9.2.15.- Aquí en este estudio no voy a describir las normas convencionales en juego ni a estudiar los votos que analizan los textos de los convenios colectivos involucrados porque me interesa evaluar otras razones que se utilizan en la sentencia y que, por la generalidad que poseen, son usables para decidir cualquier otra causa similar (donde esté en discusión el problema de la sucesión de las normas convencionales).

9.3. DEL PLENARIO RODRÍGUEZ AL PLENARIO FONTANIVE

En su dictamen el fiscal Álvarez se remite a la opinión que brindó en el fallo plenario N° 306 del 28-12-2004 en los autos Rodríguez Eduardo Omar y Otros c/ Telefónica de Argentina SA s/ Diferencias de Salarios, donde la CNAT fijó la siguiente doctrina legal: “Subsiste el derecho al cobro del adicional previsto en el art. 15 del CCT 201/92 a partir de la vigencia del acta acuerdo del 28-6-1994”.³⁷²

En la causa Rodríguez la discusión jurídica versó sobre diferentes temas: interpretación de textos de convenios colectivos o de actas acuerdos; carácter remuneratorio o no remuneratorio de determinadas sumas de dinero abonadas por la patronal; legalidad o ilegalidad de reemplazar un plus salarial por beneficios sociales; sobre la procedencia o no de la doctrina de la incorporación de los derechos establecidos en un convenio colectivo a los contratos individuales de trabajo; y sobre si un convenio colectivo de trabajo posterior puede dejar sin efecto los mejores derechos reconocidos a favor de los trabajadores en un convenio colectivo anterior.

Aquí voy a mostrar algunas de las consideraciones que se hicieron en esa sentencia y en lo que se refiere al tema que nos ocupa de la sucesión entre las normas.

9.3.1.- Para el fiscal no cabe la menor duda sobre la legalidad (o legitimidad) de la doctrina que afirma “la potestad de los sujetos colectivos para revisar las

372 DT, 2005-A, 192. Fui abogado de los actores en la causa Rodríguez.-

convenciones colectivas pretéritas, sin otra valla que la que surgiría del garantismo legal”. Y así oponerse a esta teoría sería incurrir en “la polémica, hoy superada, del dinamismo y libertad de contenidos en la negociación colectiva”.

9.3.2.- Capón Filas sostiene que “la norma constitucional impide que los intereses económicos ocupen el centro mencionado, desplazando al hombre y reduciéndolo a un mero número estadístico: de allí la mirada hacia el futuro, hacia delante, contraponiendo a la dureza de aquéllos la fuerza del Derecho. Esta tesis ha sido receptada por la Corte Suprema en el caso Vizzoti (14.09.2004): ‘Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las ‘leyes’ de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas ‘leyes’), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional’. Toda norma legal o sectorial que retroceda niveles alcanzados viola la directiva constitucional”.

9.3.3.- El juez Pirroni sostiene que “teniendo en cuenta la calidad de las partes que intervienen hubo una paridad en la negociación que no admite la posibilidad de un eventual aprovechamiento de la situación de desventaja en perjuicio del empleado”.

Para el juez Pirroni “el alcance del acta del 28-6-94 debe plantearse como un conflicto por sucesión normativa de convenios y su solución, a la luz de la doctrina mayoritaria y como señala el Sr. Fiscal ‘...de la polémica, hoy superada...’, debe ser la del dinamismo y la libertad de contenidos en la negociación colectiva. Es mi criterio, el que oportunamente esbozara y comparto plenamente con la Sala X que ‘...en la relación entre convenios colectivos, uno anterior y otro posterior la ley ha querido dejar a la autonomía colectiva un amplio campo de ejercicio por encima de sus propios límites imperativos. Por este motivo, se ha afirmado taxativamente que ninguna

norma superior impide al legislador revisar sus leyes anteriores, como tampoco hay normas expresas que limiten a los actores sociales a revisar los convenios precedentes”.

A ello agrega que “la pura sucesión de normas únicamente puede desembocar en la aplicación exclusiva de la última, sin consideración a ningún vestigio de la anterior. Y en materia de convenios se refuerza el alegato con la idea que cada convenio forma un todo orgánico y ha de ser aplicado en su conjunto, no pudiendo admitirse la aplicación aislada y parcial de unas normas del mismo y la inaplicación de otras, según convenga a los interesados...”; es que “de opinarse lo contrario, en todo caso correspondería volver íntegramente al régimen anterior, pero nunca como se sostiene sumar ambos acuerdos”.

9.3.4.- El juez Scotti considera “válida la presunta modificación ‘in pejus’ de los trabajadores efectuada por un convenio colectivo de trabajo a otro anterior”.

9.3.5.- El juez De La Fuente parte “de la base que el adicional remuneratorio del art. 15 ha sido consagrado por un convenio colectivo anterior suscripto por las mismas partes, de modo que, de acuerdo a los principios que rigen la sucesión de convenios colectivos -que a esta altura creo que nadie discute- los contrayentes gozan de amplias facultades para modificar las condiciones pactadas en el convenio anterior, ya sea para aumentar, disminuir o suprimir los derechos reconocidos con anterioridad. Como señala Devali hace ya muchos años, ‘la principal ventaja que tiene el convenio colectivo en comparación con la ley, consiste en su extrema movilidad y en la posibilidad de ajustarse a las mutables condiciones de la vida económica-social’” (Derecho Sindical y de la Previsión Social, 3ª ed, pág. 163).

Para el juez De La Fuente “aún en el supuesto que haya existido la rebaja salarial que invocan los actores, los contrayentes del convenio posterior tuvieron todo el derecho de efectuar esa modificación in peius, y por lo tanto las cláusulas respectivas resultan plenamente válidas. Por ello, no es jurídicamente correcto invocar derechos adquiridos incorporados al patrimonio del trabajador, a la intangibilidad salarial o al derecho de propiedad ya que, como se dijo, los derechos concedidos por un convenio pueden ser disminuidos o eliminados por otro posterior”.

El juez De La Fuente dice: “El principio de autonomía colectiva acuerda a las partes sociales la más amplia libertad para regular el contenido de las convenciones que concertan, y de allí que les permita introducir las modificaciones necesarias para adecuar el convenio a las circunstancias y necesidades de la actividad o profesión”. Y agrega que “todo convenio es el fruto de concesiones recíprocas que debe ser apreciado como un todo orgánico, en una visión de conjunto, y no en forma aislada”.

Por ello, “resulta jurídicamente inadmisibile que el trabajador atomice el contenido de un convenio colectivo tomando lo que le convenga y desechando lo que no le sea útil, esto es que haga una sumatoria o acumulación de beneficios que destruya el equilibrio contractual por no computar las ventajas que ha recibido a cambio de sus propias concesiones”. Para De La Fuente, “lo que no se puede admitir es que se pretenda mantener el adicional anterior sin computar los importes no remuneratorios obtenidos a cambio de su derogación, a costa de destruir la unidad del acuerdo celebrado y producir un grave desequilibrio contractual en perjuicio de la parte empleadora. Aceptar la posición que criticamos conduciría a un enriquecimiento sin causa del trabajador que no puede ser admitido, ya que en todo contrato bilateral y oneroso las partes contraen obligaciones recíprocas e interdependientes entre sí (art. 1138 y 1139, cód. civil), de modo que las concesiones de una parte tienen su razón de ser en las que efectúa la otra, por lo que carecería de causa que aquel termine percibiendo también un beneficio no remuneratorio que fue establecido en razón que el adicional del art. 15 había sido eliminado”.

9.3.6.- La doctrina que sostiene la minoría en el pleno de Rodríguez se ha transformado en la doctrina de la mayoría (aunque por la mínima diferencia de un voto) en el plenario Fontanive. De Rodríguez a Fontanive se da un descenso en el nivel de desarrollo alcanzado. Se ha transitado por un camino doctrinario regresivo que, en el tema que nos ocupa, nos coloca en el grado establecido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires durante la dictadura de Onganía cuando el 28-2-1967 dicta sentencia en la causa Fetter y decide que “las cláusulas de la nueva convención colectiva dejan sin efecto las ventajas previstas en una convención anterior”.³⁷³

373 DT, 1967, 105. En Constitución y Trabajo (párrafo 2.4 y, en especial, págs. 61 a 65) hago

9.4. EL DOGMA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD En el art. 1197 del Código Civil se establece el principio de la autonomía de la voluntad cuando se afirma que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

El principio de la autonomía de la voluntad equivale a la libertad contractual que consiste en el derecho a celebrar contratos, a no celebrar contratos y a pactar las cláusulas de los contratos. El principio de la autonomía de la voluntad también se entiende como sólo el derecho a pactar las cláusulas de los contratos. Los habitantes de la Nación tienen derecho a celebrar contratos (o a abstenerse de hacerlo) y a pactar las convenciones a las que se someten. Así tienen la facultad (a través de un contrato) de calificar a las acciones como obligatorias, prohibidas o permitidas en lo que a los contratantes o sus representados respecta. La libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad son derechos fundamentales de la persona que se integran o complementan plenamente con la soberanía popular y la doctrina política moderna (liberal y democrática). Por medio de la libertad contractual el habitante tiene la capacidad de regular las conductas y, en este sentido, es un límite al poder normativo (a la autoridad) del gobierno. El contrato es una fuente de derecho y así el habitante es una autoridad normativa al igual que el magistrado o el agente público.

El art. 1197 del Código Civil otorga fuerza obligatoria a las convenciones hechas por las partes en el contrato que celebran. Esto quiere decir que el habitante de la Nación que es acreedor de una obligación contractual (o que tiene su origen en un contrato o que se ha establecido o pactado en un contrato) tiene derecho de pedir el auxilio del gobierno para que fuerce al deudor a su cumplimiento. En este sentido, la fuerza obligatoria del contrato viene dada por la norma estatal del art. 1197 del Código Civil. Claro está que si consideramos a la libertad contractual como un derecho fundamental de la persona que está reconocido en la Constitución Nacional (o en los tratados enumerados), entonces se trata de un derecho popular (o de un derecho no gubernamental) y en este sentido la fuerza obligatoria del contrato proviene de esas normas superiores.

El dogma de la autonomía de la voluntad consiste en afirmar que la fuerza obligatoria del contrato (o del derecho del acreedor a pedir el auxilio del gobierno ante el incumplimiento de su deudor contractual) tiene sustento en la misma celebración del contrato, en el pacto en sí mismo o en el compromiso asumido por los contrayentes y, en principio, con excepción del contenido del acuerdo o de las convenciones que hayan establecido. *Pacta sunt servanda, semper*. Los contratos deben ser cumplidos siempre.

Dentro de esta concepción (la dogmática o absolutista de la autonomía de la voluntad) se hace predominar o prevalecer la celebración del pacto por sobre el contenido del mismo, a los fines de otorgarle fuerza obligatoria. Las obligaciones establecidas en el contrato deben ser cumplidas (y ante el incumplimiento el acreedor tiene derecho a recurrir al gobierno para forzar a su deudor) porque básicamente han sido pactadas entre personas con discernimiento, intención y libertad (art. 897, Código Civil), o sea entre personas inteligentes (o entendidas o con razón), que poseen el propósito (el deseo o la voluntad) de convenir y que así obran en ausencia de coacción o fuerza física o moral.

Para los partidarios de esta doctrina del dogma de la autonomía de la voluntad poco importa lo que los contrayentes hayan convenido en el contrato mientras que al celebrarlo hayan obrado con discernimiento, intención y libertad. Se trata de una doctrina que, a todas luces, no tiene sustento jurídico serio ni siquiera en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield (en el Código Civil anterior a la reforma de 1968 impuesta por la dictadura de Onganía). Es que se piensa que la reforma de Borda (llevada a cabo por la ley de facto 17.711 y con la incorporación de la lesión en el art. 954, de la prohibición del ejercicio abusivo del derecho en el art. 1071 y de la teoría de la imprevisión en el art. 1198) significó un progreso moral en el orden civil, al mismo tiempo que se olvida (o se soslaya) al art. 953 (redactado por Vélez Sarsfield) donde se establece que “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

La doctrina del dogma de la autonomía de la voluntad, bajo la apariencia de hacer respetar los contratos o de favorecer la libertad contractual (en cuanto promesas o palabras empeñadas cuyo cumplimiento facilita la vida social o la vida de los hombres y mujeres en sociedad o en conjunto), oculta el predominio del fuerte sobre el débil, del poderoso sobre el carente de habilidades, del rico sobre el pobre, y así tapa el aprovechamiento o la explotación (que se da en muchos convenios) de una de las partes contrayentes sobre la otra.³⁷⁴

9.4.1.- Hay dos límites básicos (o de carácter constitucional) a la libertad contractual (o al principio de la autonomía de la voluntad).

El deber de aseguramiento (o la prohibición de regresividad) de los niveles de desarrollo alcanzados, impone un límite a la libertad contractual colectiva (o al derecho a celebrar convenios colectivos que se reconoce en el mismo art. 14 bis de la CN). El sistema jurídico argentino está constituido (y no por todos pensado) como un orden social progresivo: prohíbe el retroceso y manda el avance; impide el empobrecimiento y coadyuva al desarrollo en un proceso continuo de progreso o de más libertad, más igualdad y más solidaridad.

En el mismo sentido, es claro que la libertad contractual tiene un límite categórico en el art. 19 de la CN cuando prohíbe la acción de dañar, prohibición que se encuentra en armonía con la obligación de asegurar derechos (o no regresividad) que reconoce el sistema de derechos humanos nacional e internacional.

No cabe la menor duda (para la causa en estudio) que el nuevo convenio colectivo de trabajo implica una reducción de los derechos de los trabajadores en lo que respecta a la bonificación por antigüedad. Hay una notoria reducción de los derechos de los trabajadores ya que se modifica la bonificación por antigüedad que pasa a ser una suma fija cuando antes era un porcentaje del sueldo. Con este cambio la bonificación pierde movilidad. El daño es notorio: al quedar establecida en una suma fija la bonificación no sólo pierde los incrementos proporcionales al sueldo básico (que recibía cuando era

374 Es ilustrativo ver de Alfredo Lorenzo Palacios, *El Nuevo Derecho* (de 1920) y, en especial contra el dogma de la autonomía de la voluntad, los capítulos I, II y III.-

un porcentaje de éste) sino que ve disminuir su valor por la depreciación monetaria. Es que más allá de las discusiones sobre el nivel de la inflación en la Argentina, lo cierto es que hay desvalorización monetaria³⁷⁵; razón suficiente para descalificar la variación en la forma de cálculo del plus por antigüedad; es una modificación in peius de los derechos del trabajador.

Es que la regla de derecho (reconocida en la Constitución, en los tratados enumerados y en la legislación estatal) es la prohibición de dañar mientras que el fallo plenario fija como doctrina la permisión de lesionar; defecto que en sí mismo es invalidante de la decisión y que se agrava porque el permiso es para perjudicar al débil o al pobre.

9.4.2.- Hay dos errores de fundamentación jurídica en el voto de la mayoría.

9.4.2.1.- El art. 19.a de la ley 14.250 no es una razón suficiente para que un convenio colectivo posterior pueda modificar in peius a un convenio colectivo anterior de igual ámbito. Su texto expreso dispone: “Un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito”. ¿Y cuál es el motivo por el cual dicha norma no es una razón suficiente para la alteración in peius? Es que no es la única norma en juego. El art. 19.a de la ley 14.250 -si se trata de mantener su validez o pertenencia al derecho de la Nación Argentina- es claro que debe ser entendido en armonía con otras normas del derecho nacional y, en especial, con el mandato de asegurar los derechos del trabajador que impone el art. 14 bis de la CN. En este sentido es claro que si el art. 14 bis de la CN manda asegurar los derechos del trabajador y que, de esta forma y en armonía con las normas de derechos humanos reconocidas en los tratados enumerados, impone el deber de no regresividad de los niveles de desarrollo alcanzados, entonces el art. 19.a de la ley 14.250 sólo autoriza que el convenio colectivo posterior modifique para mejor al convenio colectivo anterior de igual ámbito. El art. 14 bis de la CN (al igual que todo el sistema de derechos humanos) prohíbe las modificaciones in peius del nivel de ventajas alcanzado a favor de la persona, de modo tal que dicho sistema nacional e internacional impone un claro y preciso límite a la modificación que permite el art. 19.a de la ley 14.250.

375 Ver sobre el tema de la inflación en la Argentina el párrafo 8.-

Y por la misma razón (por el art. 14 bis y el deber de asegurar o la prohibición de regresividad) es claro que si se entendiera que el art. 19.a de la ley 14.250 permite la modificación in peius de los derechos del trabajador, entonces se impone su descalificación como norma válida del derecho vigente en las Provincias Unidas del Río de la Plata; se trata así de una norma inconstitucional.

9.4.2.2.- No es cierto que la libertad contractual colectiva para suprimir o limitar mejores derechos ya obtenidos (o que la fuerza obligatoria de los convenios colectivos celebrados in peius de los derechos de los trabajadores) tenga sustento en el art. 4 del COIT 98 cuando dispone que “deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

El art. 4 del COIT 98 bien puede dar sustento a la libertad de contratación colectiva o a la autonomía de la voluntad colectiva pero de ninguna manera justifica que su ejercicio sea in peius de los derechos de los trabajadores, ni en el derecho vigente en las Provincias Unidas del Río de la Plata ni en el derecho internacional.

No es norma de derecho internacional que la libertad contractual colectiva o que el derecho para celebrar convenios colectivos de trabajo sea para reducir las condiciones de labor. La norma de derecho internacional es exactamente la opuesta: prohíbe la regresividad (manda asegurar las condiciones de trabajo) y ordena la progresividad.³⁷⁶

No voy aquí a insistir en mostrar el sistema internacional de derechos humanos reconocido en los documentos sobre esa materia pero sí a señalar que los instrumentos de la OIT resultan coincidentes con aquél. Sobre la

376 Sobre el tema del deber de asegurar y del principio de la progresividad (tanto en el derecho interno argentino como en el derecho internacional) me remito a mi estudio Constitución y Trabajo, Buenos Aires, 2008, párrafos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4, en www.javierspaventa.com.ar .-

base de la Constitución de la OIT sólo se puede afirmar la prohibición de la regresividad y el deber de la progresividad. Repárese sólo en su preámbulo. En el primer párrafo se expresa: “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”, mientras que en el segundo se afirma: “Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas”.

Así es claro que se trata de asegurar derechos y que si se constituyó la OIT fue para la protección de los derechos del trabajador y no para la supresión o limitación de los niveles o grados de desarrollo alcanzados en las condiciones de trabajo.

Al respecto no puede caber la menor duda. Adviértase la Declaración de Filadelfia de 1944 sobre los fines y objetivos de la OIT.

En su art. 1.b se reconoce expresamente el progreso constante: “La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”. En su art. 1.c claramente se dispone el deber de progresar: “La lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado”. Hay que “luchar contra la necesidad”, hay que liberarse de la necesidad y así avanzar hacia la humanidad, hacia el reino de la libertad.

En su art. 2.a, 2.b y 2.c claramente se reconocen la prohibición de regresividad y el deber de progresividad y sólo en este sentido se dispone que “a) todos los

seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; b) el logro de las condiciones que permiten llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional; c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental”.

Así se trata de favorecer y no entorpecer el logro del objetivo fundamental de obtener las condiciones que faciliten a todos los seres humanos perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en libertad e igualdad.

Todo ello de acuerdo al preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) cuando da cuenta que “se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencia”.

Menos de trescientos años antes Spinoza escribe que “el estado político, por su propia naturaleza, se instaura para quitar el miedo general y para alejar las comunes miserias”.³⁷⁷ De no ser así ¿para qué queremos al gobierno? ¿Cuál es su utilidad? O ¿qué beneficio nos brinda? ¿Acaso está para nuestro daño? De ser así recordemos con Leibniz que “el hombre no debe ser obstáculo para el hombre en las cosas necesarias, de lo contrario le ampara el derecho de guerra”.³⁷⁸

9.4.3.- No hay que incurrir en el dogma de la autonomía de la voluntad ni sostener la fuerza obligatoria del convenio colectivo sólo en la libertad contractual o en la autonomía colectiva prescindiendo que la misma tiene por finalidad constitucional la mejora continua de las condiciones de trabajo.

377 Spinoza, Tratado Político, capítulo III, párrafo 6.-

378 Leibniz, Anotaciones Críticas, 1670 - 1671.-

Afirmar sin más la obligatoriedad del convenio colectivo porque es el resultado del derecho de los gremios a celebrar esos acuerdos (según lo dispone el art. 14 bis de la CN), o porque es el fruto de la autonomía colectiva o de la libertad de contratación de los patrones (o de sus asociaciones representativas) y de los sindicatos obreros, es colocar al derecho del trabajo por debajo de los estándares o niveles políticos o morales o jurídicos alcanzados por el derecho común y la doctrina civilista.

No se trata de desconocer que el art. 1197 del Código Civil dispone que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Pero claro es que dicha norma no es una razón suficiente como para sostener cualquier pacto o acuerdo o la fuerza obligatoria de cualquier cláusula por el sólo hecho de que aparece pactada o porque integra un contrato.

Jorge Mosset Iturraspe afirma que “la crisis que atraviesa el contrato no es de decadencia sino de crecimiento, de cambio; es crisis, más que del contrato..., del dogma de la autonomía de la voluntad y de su fuerza vinculatoria”.

Para Mosset Iturraspe, “los valores de libertad, de autodeterminación, se concilian con los de colaboración, cooperación, bien común. La afirmación ‘quien dice contractual dice justo’ -la frase de Foullé- no tiene hoy fuerza de convicción, porque la igualdad ha dejado pasar a las graves y serias diferencias en orden a los poderes de negociación; porque los oprimidos, carenciados e indigentes tienen seriamente comprometida su libertad; y porque la fraternidad ha cedido al egoísmo, al afán de lucro y de riqueza, sin tasa ni medida”.

De aquí que “...una contratación en la que la adhesión ha sustituido a la discusión, una contratación de masa, sobre la base de cláusulas predispuestas y con la presencia de cláusulas vejatorias, aprovechadas o leoninas, ha puesto a dura prueba la concepción clásica y abierto el camino a la revisión de los contratos, al intervencionismo o dirigismo, sea a través de los jueces, sea por medio de leyes que interfieren en la vida del contrato, para asegurar la justicia en los intercambios”.³⁷⁹

379 En Bueres - Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y

Según Mosset Iturraspe, “ya en el Derecho Romano (Cicerón) era corriente oponer a la máxima *pacta sunt servanda* la *rebus sic stantibus*, con el alcance de señalar que los celebrantes son ‘siervos de la palabra empeñada’, esclavos de sus propias decisiones, en tanto y en cuanto las ‘cosas se mantengan inalteradas’. La expresión cosas está aquí empleada en el sentido de ‘las circunstancias’, los hechos apreciados por las partes, el estado del mercado o de las transacciones. Y en caso contrario, de una alteración de importancia, se estimaba implícito el derecho a una revisión, alteración o adecuación, por las partes o por la vía judicial”.³⁸⁰

Atilio Aníbal Alterini dice que “no debe creerse que el principio de autonomía de la voluntad era aplicado con rigor absoluto en el mismo Código Civil que lo consagró. Pero es sin embargo cierto que la doctrina y la jurisprudencia fueron anticipando nuevas limitaciones -algunas descartadas expresamente por Vélez Sarsfield-, que finalmente hallaron consagración en la ley 17.711, y que leyes ajenas al Código Civil, o modificatorias de algunas de sus regulaciones, a veces temporariamente, fueron estableciendo otras cortapisas al terminante enunciado del art. 1197”.³⁸¹

Ghersí y Weingarten exponen que “el esquema de equivalencia económica de las prestaciones podía ser quebrado en dos supuestos: al principio de la relación negocial como consecuencia de la ‘actitud’ de uno de los contratantes -la lesión subjetiva-objetiva del art. 954 Cód. Civil- o por causas exógenas, es decir situaciones objetivas externas, sobrevivientes a la formación del contrato -el instituto de la imprevisión legislado en el art. 1198-”.³⁸²

Jorge E. Lavalle Cobo afirma que “la doctrina de la autonomía de la

jurisprudencial, 3C, arts. 1190 / 1433 Contratos, Buenos Aires, 1999; págs. 38 y 39.-

380 Mosset Iturraspe - Piedecabras, Código Civil Comentado, Contratos, Parte General, arts. 1137 a 1216, Santa Fe, 2004, pág. 384. Idem en Código Civil de la República Argentina Explicado, Tomo IV, artículos 1137 a 1622, Santa Fe, 2011.-

381 LLambías - Alterini, Código Civil Anotado, Tomo III - A, arts. 1137 a 1433, Buenos Aires, 1998, pág. 147

382 Ghersi - Weingarten, Código Civil, Tomo II, Santa Fe, 2004, pág. 682.-

voluntad establecía con carácter absoluto la vigencia del principio *pacta sunt servanda*; en esta concepción el contrato realiza la justicia, y por tanto no se concibe su revisión por los jueces”.

Y el mismo autor agrega que “con las reformas introducidas en la ley 17.711, el sistema legal se ha flexibilizado, otorgando a los jueces en ciertos casos la potestad de revisar y modificar las estipulaciones contractuales. Son los casos de lesión (art. 954) e imprevisión (art. 1198)”.³⁸³

9.4.4.- La libertad contractual colectiva o la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad colectiva, tal cual como se afirma en los votos de la mayoría en el plenario Fontanive, sin lugar a dudas coincide con una etapa ya superada de la libertad contractual en el derecho civil y se inspira en las doctrinas políticas conservadoras (que, en definitiva, favorecen los intereses de los poderosos por sobre los derechos de los débiles).

La libertad contractual, entendida por lo menos como aparece en el plenario bajo estudio, se asienta en el principio del intercambio voluntario: “El hallazgo clave -dicen Milton y Rose Friedman- de Adam Smith consistió en afirmar que todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que, mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria, ningún intercambio se llevará a cabo, a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio”.³⁸⁴

El principio de intercambio voluntario se encuentra también en Hobbes cuando expresa que “cada vez que un hombre transfiere su derecho, o renuncia a él, es o por consideración de algún derecho que le es recíprocamente transferido, o por algún otro bien que espera obtener de ello, porque es un

383 Belluscio - Zannoni, Código Civil y leyes complementarias, Tomo 5, Buenos Aires, 1984, págs. 893 y 894

384 Ver Milton y Rose Friedman, Libertad de elegir, Ed. Orbis, 1983, Introducción o pág. 16. Ver de Adam Smith, Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Libro cuarto: De los sistemas de economía política, Capítulo segundo: De las restricciones impuestas a la introducción de aquellas mercancías extranjeras que se pueden producir en el país.- La misma idea se encuentra en La teoría de los sentimientos morales (de 1759), parte IV, capítulo 1.-

acto voluntario, y el objeto de los actos voluntarios de todo hombre es algún bien para sí mismo”.³⁸⁵

El principio del intercambio voluntario es una idea que subyace como cimiento de la libertad contractual. Esta no sólo se puede fundar en el respeto a la palabra dada o empeñada o en la debida confianza o previsión que requiere la vida en sociedad (o lisa y llanamente la vida humana) si además no se acompaña, entre otras, con la creencia de que el intercambio voluntario resulta beneficioso para quienes lo llevan a cabo.

El principio del intercambio voluntario es objeto de dos críticas que, por comunes, no deben ser desatendidas.

La primera crítica consiste en señalar que el intercambio no es voluntario o que la voluntariedad (o libertad) que se le exige o supone se encuentra seriamente mermada como para aceptar los términos del acuerdo y sí en cambio justificar su revisión. Es que sucede que la voluntad o libertad de por los menos alguna de las partes y en ciertos negocios, se encuentra seriamente limitada por la necesidad, la inexperiencia o ligereza.³⁸⁶ No diría que así sucede en todo intercambio. No niego la existencia de intercambios voluntarios ni que se pueda pensar idealmente en intercambios voluntarios. Pero sí es claro que en ciertos intercambios algunas de las partes (que en ellos intervienen) padecen de restricciones a la libertad o voluntad. De aquí que se haya considerado justo intervenir en ese tipo de contratos para aumentar la libertad del más necesitado o inexperto con el claro objeto de equilibrar su posición ante la otra parte del negocio.

Se trata de un problema de poder. El necesitado adolece de poder porque carece o goza de pocos “medios actuales para obtener algún bien futuro”.³⁸⁷ Podrá tener capacidad jurídica para celebrar el negocio pero no posee la habilidad suficiente para alcanzar no ya un estado de cosas razonable o ajustado a un ideal de justicia sino el bien que se propone obtener con el acuerdo.

385 Hobbes, *Leviatán*, Primera Parte, capítulo XIV.-

386 Uso aquí las palabras que aparecen en el art. 954 del Código Civil al determinar la lesión.-

387 Hobbes, *Leviatán*, Primera Parte, capítulo X.-

La segunda crítica consiste en mostrar que no es cierto que ambas partes salen beneficiadas por lo menos en el sentido que las utilidades obtenidas guarden cierta equivalencia o proporción equilibrada (aunque no por cierto igualitaria). Es que en algunos intercambios (como el que se da entre el patrón y el obrero) una de las partes (la empleadora) obtiene una mayor cantidad de beneficios que la otra (la dependiente). En el intercambio de trabajo el empleador logra en relación con el trabajador una desproporcionada cantidad de bienes que con los sucesivos intercambios lo enriquece mientras que a éste la empobrece.

Para Locke, “cuando un hombre acapara para sí todo lo que puede, está quitando de otro lo que añade a su propio acervo, y no es posible que nadie se haga rico como no sea a expensas de otra persona”.³⁸⁸ Y el acaparamiento, el aprovechamiento o la explotación son acciones que deben ser condenadas y que justifican la ejecución de políticas preventivas para eliminar su producción y de políticas correctivas (redistributivas de las habilidades o de los bienes en general) del estado de cosas que causa el haberlas llevado a cabo. Es que como sostiene Leibniz: “No hay nadie que apruebe que el lucro se haya de obtener a partir del daño ajeno”.³⁸⁹

9.4.5.- Se equivocan quienes consideran que la agremiación o unión de los trabajadores equilibra sus fuerzas o poder de negociación con el patrón de manera que no sean pertinentes las críticas comunes al principio de intercambio voluntario o a la libertad contractual. Con error dirán que no hay que confundir la libertad contractual individual (o la autonomía de la voluntad) con la libertad de la voluntad colectiva y que las críticas que se han formulado a la autonomía de la voluntad (o a su dogma) no son aplicables o extensibles a la autonomía colectiva (o al derecho a celebrar convenios colectivos de trabajo). La equivocación de esta tesis restrictiva radica en varias razones.

Advierto que si bien es cierto (o aceptable) que la unión de los obreros incrementa su poder de negociación con el empleador (en comparación con

388 Locke, *La Ley de la Naturaleza* (1664), capítulo VIII: ¿Es el interés propio de cada hombre la base de la ley de la naturaleza?

389 Leibniz, *Elementos del Derecho Natural*, 1670 - 1671.-

la habilidad que posee cada uno de los dependientes ante el patrón) no hay que ocultar que también los empleadores se unen en federaciones o confederaciones. No es cierto que las asociaciones profesionales (o las uniones de patronos y de obreros) sean pares. No hay tal paridad sino, sólo y exclusivamente, una doctrina política (y jurídica) que la afirma o la supone contra los hechos de la realidad. Los sindicatos son más débiles que los empresarios o sus asociaciones sin contar con las antipatías u hostilidades de la clase media hacia el gremio obrero o el gremialismo y sin considerar el actuar del gobierno (en defensa del orden o del mantenimiento del capitalismo). A ello sumemos que el sindicalismo no supera un programa reformista y que, en definitiva, su actuación política dentro del capitalismo (o en la legalidad del orden social imperante) corrompe a su dirigencia en el sentido que la transforma en un instrumento del gobierno y de las patronales para el manejo de los trabajadores (los recursos humanos de la producción). Desde esta perspectiva (eminentemente política) es anecdótico (circunstancial o eventual) que esa dirigencia se enriquezca con el ejercicio de sus cargos, lo que claro está no la libera de su pena o castigo por el fraude cometido.

La historia de las uniones obreras muestra sus límites para la mejora de las condiciones de labor. No se trata de subestimar su real poder para procurar el adelantamiento de la situación o la vida de los obreros pero de igual modo tampoco tenemos que sobrevalorarlo y llegar así a su equiparación con el que ostenten las patronales y sus asociaciones.

El sindicalismo es, en principio, la acción de la unión de los obreros en resistencia y rebelión contra el patrón y el capitalismo. La acción tiende a reducir la explotación del obrero por parte del patrón en la medida que procure y obtenga la mejora de las condiciones de trabajo. Además, la acción del gremio obrero (de la unión) no se limita a ese tipo de reclamos sino que avanza (en general) hacia la modificación o transformación de la organización política y social y económica a través del control obrero o de la gestión obrera de la dirección y de la producción.

Cuando el obrero pide todo muestra los límites del patrón. Un programa político maximalista muestra los límites del capitalismo o, en otros términos, exhibe o pone al descubierto lo que los trabajadores y pobres (en general) pueden recibir del orden social capitalista.

El gremio ve reducida su capacidad de acción en la medida que no está integrado por toda la clase obrera sino por una parte de ella formada por algunos de los trabajadores ocupados. Quedan así afuera de la unión, en general, muchos de los ocupados, desocupados y pobres. Esto contribuye a una visión sectorizada que, a su vez, se acompaña de reclamos que hacen a los intereses de algunos grupos de trabajadores y no de otros y así la acción gremial o el sindicalismo queda limitado a la reivindicación de la profesión o de la actividad en detrimento de la demanda política del conjunto de los trabajadores o que haga a los intereses de todos los obreros (ocupados o desocupados) o de los pobres en general.

El sindicalismo (en cuando acción de uniones obreras) ha mostrado (y muestra) un carácter eminentemente ambivalente y así ha aparecido como revolucionario o reformista en las más variadas circunstancias de tiempo y lugar, lo que en definitiva conspira contra cualquier política que lo cuente como un serio instrumento de acción anticapitalista.

Los gremios o sindicatos obreros son instituciones del orden capitalista por la propia actividad que desarrollan y la estructura que poseen. Los gremios están incorporados al capitalismo y la integración se da desde el lugar de trabajo: el deber de colaboración (que impone la ley de contrato de trabajo al empleado) es tanto una expresión de ese fenómeno como un medio coercitivo para obtenerlo y mantenerlo o reproducirlo.

El sindicalismo es parte de la dirección de la empresa: codirige o coorganiza y así pierde su función de defensa y ataque a favor del obrero para ser un colaborador del patrón en el manejo de la mano de obra (de los recursos humanos), a cambio del mantenimiento o del crecimiento de la propia asociación gremial lo que significa (y oculta) una importante fuente de ingresos para los dirigentes y otras asociaciones afines (tales como partidos políticos, fundaciones o asociaciones civiles, entre otros).

Hay una clara tendencia a la permanencia (*sine dies*) de los dirigentes sindicales en sus cargos y a una anulación de cualquier intento de participación del trabajador en el gremio ya sea porque no hay elecciones, o porque la elección de las autoridades es indirecta (o a través de los delegados fabriles

o sectoriales) o en lugares de difícil acceso (o alejados de los lugares de trabajo).

El gremio posee una organización interna antidemocrática y burocratizada lo que implica la diferenciación, separación o alejamiento de sus bases (o del obrero en general) y el aburguesamiento del sindicalista. El aburguesamiento de la dirigencia sindical es, por un lado, la corrupción material o el enriquecimiento del gremialista y, por otro lado, la corrupción política y moral de la conducción que equivale a la adopción de aspiraciones de una vida burguesa para sí y su familia, de medidas reformistas (paliativas, atenuantes, morigeradas o no revolucionarias) que actúan sobre los efectos y no sobre las causas.

Cuando de lo que se trata es de buscar la solución a los conflictos de clase a través de oficinas, agencias o instituciones estatales o para estatales, públicas o semipúblicas (con la comisión de decidir una determinada acción política junto con las asociaciones de los patrones y de los obreros, o de forzar a un acuerdo “paritario” acorde con la política del gobierno que, en cualquiera de los dos casos procura el mantenimiento del capitalismo) el sindicato pasa de ser una organización ubicada fuera del orden político (o gubernamental) para ser parte del mismo y estar integrado como uno de los “actores sociales”. Es un “actor social” en la medida que ha dejado de ser una unión de obreros en lucha contra las patronales para representar el papel de supuesto defensor de los trabajadores que le otorga el gobierno y los empleadores. Así es cuando la lucha política o gremial de los trabajadores resulta inocua para el sistema capitalista ya que a través del conflicto (o de la lucha obrera) sólo se podrá cuestionar una determinada política (o más especialmente una medida política del gobierno) o a un miembro del gobierno o de un ministerio o a un partido del gobierno (por mayor simpatía con otro) pero, claro está, que ya no habrá (bajo ningún aspecto) el más mínimo cuestionamiento al orden capitalista ni, por cierto, habrá el más mínimo peligro (en los hechos) para el poder burgués.

En épocas de crisis económicas el sindicato negocia la supresión o limitación de los derechos obreros para el mantenimiento del orden social y en períodos de reactivación o crecimiento atempera el reclamo de los trabajadores y acuerda con las patronales lo que en definitiva éstas están dispuestas o pretenden otorgar. Y en ambos casos el gremio encuentra en la supervivencia

de la propia organización (burocratizada y antidemocrática) un motivo (entre otros) para su actuación.

A ello conlleva o influye la regulación del conflicto a través de la negociación colectiva, de la conciliación obligatoria con el levantamiento de las medidas de acción directa y las restricciones a la huelga que para ser válida debe ser declarada por un sindicato con personería gremial o que su realización no impida la prestación de servicios públicos o servicios públicos esenciales (conforme lo determina un comité de expertos de la OIT que si a sus reglas los pueblos deben adecuar sus acciones nunca se habrían liberado de una tiranía, dictadura o de una ocupación extranjera).³⁹⁰

Y así como parte del mismo orden, o integrado al régimen político y social, el sindicato opera a favor de los intereses de las patronales.

9.4.6.- No hay que facilitar la proliferación de medios para la supresión o limitación de los derechos de los trabajadores sino por el contrario lo que debemos hacer es fomentar una multiplicidad de instrumentos para la mejora de la vida obrera. Por ello es que en materia de libertad contractual colectiva no hay que incurrir en el dogma de la autonomía de la voluntad y, al igual que en el derecho común, hay que afirmar la fuerza obligatoria de los acuerdos en otras razones y no sólo en el hecho de su celebración. Es que sostener la validez de un convenio colectivo sólo en la autonomía de la voluntad es poner a disposición de los grandes empleadores un instrumento hábil para el menoscabo de las condiciones de labor.

Bajo ningún aspecto debemos facilitar la celebración de los llamados vulgarmente “convenios a la baja” si de lo que se trata es de cumplir en serio (o cabalmente) con el mandato de asegurar los derechos que impone el art. 14 bis de la CN. Es que debemos construir para ello múltiples protecciones. Pensar que la protección del obrero se obtiene con el gremio es un error o un engaño que está a la vista. De aquí que a la actuación gremial haya que

390 Ver la publicación de la Organización Internacional del Trabajo titulada La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición (revisada), 2006.-

complementarla con un derecho y una doctrina jurídica (política y moral) que fije las condiciones de su validez en altos estándares de aseguramiento y con un poder judicial dispuesto a ejercer su revisión ante el menor o más mínimo incumplimiento. Se trata de imponer no ya el principio protectorio (que en su versión clásica integraba una doctrina política autoritaria: era eminentemente paternalista y a cambio de su dación exigía obediencia) sino una doctrina de protecciones múltiples.

9.5. LA DOCTRINA DE LA INCORPORACIÓN La doctrina de la incorporación en su versión estándar se refiere a la relación del convenio colectivo de trabajo con el contrato individual de trabajo. La doctrina sostiene que el contrato individual de trabajo se integra con las normas del convenio colectivo de trabajo o, en otras palabras, que las cláusulas del convenio colectivo (referidas a las condiciones de labor) se incorporan como convenciones del contrato individual de trabajo, con la consecuencia que un nuevo convenio colectivo de trabajo (como mínimo) no puede modificar in peius las condiciones de labor establecidas en los contratos individuales de trabajo en curso de ejecución a su entrada en vigencia. La incorporación de las cláusulas del convenio colectivo al contrato individual de trabajo se produce para suplir la ausencia de regulación de los contrayentes (ya que, en general, el patrón y el obrero se limitan a pactar sobre algunas condiciones) o para reemplazar toda cláusula del contrato individual que sea más desfavorable que lo convenido en el contrato colectivo.

9.5.1.- La doctrina de la incorporación está en un todo de acuerdo con el deber de asegurar y el principio de la progresividad. La doctrina de la incorporación manda asegurar los mejores derechos que, establecidos en el convenio de trabajo, se han integrado al contrato individual de trabajo. De esta manera cumple con el deber de asegurar (o la irreversibilidad o la prohibición de retroceder de los niveles alcanzados). Pero además la doctrina de la incorporación coincide con el principio de la progresividad porque acumula sucesivamente los mejores derechos de origen colectivo en el contrato individual de trabajo.

9.5.2.- Más allá de la oposición que la doctrina de la incorporación recibe en el iuslaboralismo nacional, a mi entender no cabe duda que dicha doctrina

tiene sustento en la legislación vigente de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Así, la doctrina de la incorporación se basa, prima facie, en los arts. 1, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 21, 46, 58, 62, 63, 66 y cs de la LCT y en los arts. 6, 7, 8 y cc de la ley 14.250; o, en otras palabras, la verdad de la doctrina de la incorporación queda demostrada por lo establecido en las normas indicadas. Avancemos hacia la idea central.

En el segundo párrafo del art. 8 de la ley 14.250 se establece que “la aplicación de las convenciones colectivas no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo”. A partir de aquí cabe preguntar cuáles son las estipulaciones de los contratos de trabajo. La respuesta se encuentra, en principio, en los arts. 21 y 46 de la LCT ya que en ambas normas se determina categórica o expresamente que las cláusulas de los contratos individuales de trabajo quedan integradas por las disposiciones de la ley de contrato de trabajo, los estatutos profesionales y los convenios colectivos de trabajo. En el art. 21 de la LCT se dispone (en su segundo párrafo y luego de que, en el primero, se determina cuando habrá contrato de trabajo) que “sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas de trabajo o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbre”. Mientras que en el art. 46 de la LCT (en forma coincidente con el art. 21) se ordena que “basta, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos”.

Este segundo párrafo del art. 8 de la ley 14.250 resulta coincidente con el art. 12 de la LCT (donde se fija el principio de irrenunciabilidad) en los siguientes términos: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”. Aquí observo que con las palabras “toda convención de partes” se alude tanto a los contratos individuales de

trabajo como a los contratos colectivos de trabajo y así un convenio colectivo no puede suprimir o reducir los derechos previstos en la LCT, los estatutos profesionales o las mismas convenciones colectivas. Repárese además que en el art. 58 de la LCT se dispone que “no se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido”. Y así se excluye toda presunción de renuncia al empleo “o a cualquier otro derecho” (lo que incluye en definitiva todas las condiciones de labor).

De ello resulta que el núcleo central de la doctrina de la incorporación es verdadero. La doctrina es coincidente con la ley argentina o, dicho de otra manera, es una adecuada descripción del derecho vigente en el territorio de las provincias. El contrato individual de trabajo está integrado, entre otras cláusulas, por las establecidas en el convenio colectivo vigente al momento de su celebración o en el convenio colectivo que se pacte durante la ejecución del contrato individual en ausencia de otro contrato colectivo o porque mejora las condiciones de labor del ya existente. En cualquiera de estos dos casos las normas del convenio colectivo referidas a las condiciones de trabajo se incorporan de pleno derecho al contrato individual de trabajo para suplir la falta de regulación o para mejorar la existente (conforme arts. 1, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 21, 46, 66 de la LCT y arts. 6, 7 y 8 de la ley 14.250 y concordantes).

9.6. LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS ¿Qué es un derecho adquirido? O mejor dicho: ¿qué significan las palabras “derecho adquirido”? Un derecho se califica como adquirido cuando ha ingresado o integra el patrimonio de una persona.³⁹¹ Un derecho adquirido es un derecho que le pertenece a una persona. En otras palabras, podemos decir que un derecho es adquirido cuando es una propiedad de una persona. Ahora bien que un derecho integre el patrimonio de una persona, o que le pertenezca

391 El art. 2312 del Código Civil establece que “los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman ‘bienes’. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”.

o que sea de su propiedad o que, en definitiva, sea un derecho adquirido significa que es el correlato de una obligación pasiva que pesa sobre el resto de los habitantes del país de no interferir en el uso, goce o ejercicio del mismo por parte de aquella persona (a quien se denomina titular o acreedor); o que es el correlato de una obligación de dar una cosa, o de hacer o de no hacer (en particular una acción) que pesa sobre una o varias personas determinadas (que son los deudores); o que el acreedor o titular del derecho tiene (a su vez) el derecho de rechazar con el auxilio de la fuerza pública cualquier interferencia en el uso, goce y ejercicio de su derecho adquirido; o que el acreedor o titular del derecho tiene (a su vez) el derecho de pedir el auxilio del gobierno para forzar el cumplimiento de su deudor moroso.

Los derechos se establecen por contratos (entre los que se incluye el contrato social o constitución) o por ley o reglamento del gobierno. Los contratos como origen de los derechos son una fuente autónoma de los mismos, mientras que las leyes o reglamentos son una fuente heterónoma.

El trabajador es titular de derechos (o acreedor de su empleador) porque los mismos se establecen en la Constitución o en su contrato individual de trabajo (fuentes autónomas) o en la ley de contrato de trabajo, o de negociación colectiva o de asociaciones profesionales, o en los estatutos profesionales o en los convenios colectivos de trabajo (fuentes heterónomas).

La doctrina patronalista frente al derecho adquirido contraponen el derecho en expectativa o en vías de maduración o el derecho a futuro. Para esta doctrina el derecho en expectativa es un derecho no adquirido, es un derecho que no integra el patrimonio de la persona o que no es una propiedad de la persona, motivo por el cual ésta no puede usar, ni gozar ni ejercer ese derecho, ni exigir a nadie las obligaciones correlativas al mismo ni (por supuesto) solicitar el auxilio del gobierno para la defensa de su derecho o para forzar el cumplimiento de su deudor: es que no posee ningún derecho, no es acreedor (o titular) ni tiene ningún deudor.

En esta presentación al derecho en expectativa se lo equipara (en lo que a consecuencias se refiere) con la inexistencia de un derecho. Pero se trata de hechos o relaciones diferentes. Una cosa es una situación donde no hay

un derecho y otra donde hay un derecho en expectativa. Las relaciones son distintas. La diferencia es relevante. La relevancia es pasada por alto por la doctrina patronalista cuando establece las mismas consecuencias para un caso y para el otro.

Un ejemplo puede ayudar a ver la diferencia. Si una persona no trabaja para una empresa (o sea no ha celebrado un contrato de trabajo ni presta servicios en la misma) es claro que no tiene derecho a percibir un salario de esa patronal ni a reclamar el abono del mismo. Esta persona no puede esperar razonablemente que esa empresa le abone un salario. Claramente no tiene ningún derecho, ni siquiera un derecho en expectativa que, en términos generales, puede ser pensado como un derecho sometido a una condición o a un plazo.

Distinto es el caso de otra persona que sí trabaja para esa empresa. Esta persona una vez prestado el servicio tiene derecho al cobro de su remuneración. La remuneración (en general) es de pago mensual o a mes vencido: se abona dentro del cuarto día hábil del mes siguiente (art. 128 LCT). Es claro que esta persona no tiene derecho al cobro de los salarios correspondientes a un mes que no ha transcurrido: no tiene derecho a percibir en febrero el salario de marzo o de abril o de diciembre. Pero esta persona tiene (o, como mínimo, puede tener o es razonable que tenga) la expectativa (en los hechos) de percibir esas remuneraciones en la medida que mantenga su trabajo en la empresa.

También se puede afirmar que esta persona tiene un derecho en expectativa (y ya no una mera expectativa) a percibir las remuneraciones de marzo o de abril o de diciembre en la medida que se de la condición de poner su fuerza de trabajo a disposición de su empleador. Pero que la percepción del salario esté condicionada (y también sometida a un plazo ya que se debe a mes vencido) lo que permite calificarla de un derecho en expectativa, no implica que el empleado no tenga derecho a recibir (en el futuro) un monto determinado de remuneración que, en general y como mínimo, equivale al que (en el presente) ya le es abonado, más los aumentos que se hayan pactado. No hay razón alguna (o razones serias) para desconocer que esta persona (en cuanto es empleado de la empresa) tiene derecho a un salario de monto determinado como una de sus condiciones de labor (art. 14 bis).

Sostener que el monto del salario es un derecho en expectativa es, lisa y llanamente, desconocer este derecho: la justa retribución que manda asegurar el art. 14 bis. No hay que equiparar el derecho a la percepción del salario (que se trata de un derecho condicionado y sometido a un plazo) con el derecho a un monto determinado de remuneración (que se trata de un derecho no sometido ni a condición ni a plazo alguno). El derecho al monto determinado del salario (el derecho al salario) no es un derecho en expectativa sino un derecho cierto y actual y, como ya hemos dicho, es jurídicamente improcedente afirmar que el trabajador en los próximos meses va a percibir un salario inferior o menor al que hasta la fecha ha recibido porque el sindicato así lo ha pactado con el empleador. Tal doctrina es un ataque directo al derecho de propiedad y a la justa retribución (arts. 14, 14 bis, 17, CN, ampliados).

9.6.1.- Adviértase que no hay razones que justifican la modificación in peius del salario del trabajador. No se dan razones al respecto. ¿Qué justifica que se le rebaje el salario al empleado? Que así lo pactó el sindicato es insostenible. Repítase la idea y es más que claro que no soporta la prueba de la opinión pública, su mismísima publicidad: el empleado debe percibir un menor salario al que hasta la fecha se le ha pagado porque así lo ha pactado su sindicato con el patrón.³⁹² Por ello, en general, no se la presenta en toda su crudeza sino que se la oculta como una supuesta “renegociación global de la estructura retributiva” fruto de la negociación colectiva. El empleado va a ver vista reducida su remuneración pero el acuerdo se le presenta como una renegociación de toda la estructura remuneratoria.

9.6.2.- Hay otra supuesta razón a la que se suele recurrir para justificar una reducción in peius del salario del trabajador que no ha sido tratada en el fallo bajo estudio por no corresponder a la cuestión controvertida. Pero ello no nos impide que aquí la mencionemos para mostrar la inexistencia de justificaciones (o de razones serias) para rebajar el salario del empleado. Es una razón más que común y conocida y que siempre se utiliza para suprimir o limitar los derechos humanos. Se trata del estado de excepción,

392 Sobre la prueba de la opinión pública o del uso público de la razón como un medio para el progreso de la libertad ver de Kant ¿Qué es la ilustración? (de 1784) y El conflicto de las facultades (de 1798).-

del estado de emergencia o de alarma, del estado de sitio o, en definitiva, de la dictadura.

Siempre es oportuno señalar que cualquiera de esas magistraturas o formas de gobernar son contrarias a la república, a la democracia y, en definitiva, al imperio de los derechos humanos. En nuestra doctrina, Carlos Sánchez Viamonte fue un categórico opositor y crítico al estado de sitio y señaló su incompatibilidad con una constitución republicana o democrática.³⁹³

En el derecho internacional hay una marcada tendencia a limitar el estado de sitio. Así resulta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4) y de la Convención Americana (art. 27). Es insuficiente pero muestra una dirección acorde con la vigencia de los derechos humanos que, a todas luces, no pueden quedar a merced de la voluntad discrecional de los gobernantes.³⁹⁴

Hay una relación estrecha entre la promoción de políticas regresivas de los derechos humanos (y sociales en especial) y la acción política como el ejercicio de facultades discrecionales por parte del gobierno. La aceptación de políticas regresivas lleva a la dictadura. Es claro que si eliminamos al régimen de los derechos humanos como un límite a la acción política del gobierno (una idea básica del liberalismo político), entonces queda sólo un gobierno con facultades discrecionales o con todas aquellas atribuciones que estime necesarias para alcanzar los fines que se ha propuesto.

Y este problema (grave para los habitantes de cualquier país) no está alejado del tema que nos ocupa. Guisado dice: “Por mi parte, sostuve en otra ocasión que no encontraba argumentos serios que sustentaran la imposibilidad jurídica de establecer normas jurídicas regresivas, más allá de la crítica política que puedan merecer las reformas de este tipo. En efecto, a mi juicio el principio

393 Ver su estudio Estado de Sitio, Enciclopedia Jurídica Omeba, T° X, Buenos Aires, 1959.-

394 Aquí recuerdo que en la Constitución de Weimar (de 1919) la suspensión provisional de los derechos fundamentales no alcanzaba a los derechos sociales que no estaban enumerados en el art. 48 donde se establecían las facultades dictatoriales del presidente del Reich: ver La Constitución de Weimar, Tecnos, Madrid, 2010, con comentarios de Costantino Mortati (de 1946), Walter Jellinek (de 1930) y de Ottmar Bühler (de 1929).-

protector, consagrado normativamente en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, impide privar al trabajador de ciertos derechos básicos (condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, etc.), pero no excluye la posibilidad de efectuar revisiones o, incluso, retrocesos parciales en los niveles de protección, según las circunstancias. En consecuencia, la discusión se desplaza al plano político, es decir a la valoración del mérito, la conveniencia o la oportunidad de las regresiones, aspectos que (según un criterio general tradicionalmente aceptado) quedan librados a la discrecionalidad legislativa y escapan, por ende, a la revisión judicial”.³⁹⁵

Aquí la política se piensa como la acción y el efecto de valorar el mérito, la conveniencia o la oportunidad de la medida a adoptar por quien posee facultades discrecionales para ello fuera de todo límite moral o jurídico y de toda revisión judicial. Nótese que ni siquiera se limitan las facultades discrecionales con el principio de razonabilidad (art. 28, CN). Para esta concepción la acción del gobierno no es el cumplimiento de la política constitucional ya que no hay política constitucional ni en la Constitución se fijan los fines comunitarios ni los medios para lograrlos. Y así los habitantes estamos a merced de la voluntad del gobernante quien puede concedernos su graciosa amistad o sumirnos en la miseria.

Ante esta doctrina sólo cabe reafirmar el pleno imperio de los derechos humanos, de las libertades públicas y civiles como un límite ante el gobierno y el poderoso, y de la constitución como un contrato social escrito donde se crea un gobierno para asegurar los derechos de la persona y coadyuvar a su progreso individual y social.

9.6.3.- La noción de derecho adquirido ha sido duramente criticada. En Argentina quizás el mayor crítico haya sido Guillermo A. Borda. Pero su crítica no avanza sobre el concepto de derecho adquirido sino sobre el uso de dicha idea a los fines de regular la vigencia temporal de la ley.³⁹⁶

395 Ver Héctor C. Guisado, La regla de la “condición más beneficiosa”, DT, 2007-A, 375 (en especial págs. 379 u 380).-

396 Ver de Guillermo A. Borda, La reforma de 1968 al Código Civil, Buenos Aires, 1971, pág. 33 y ss.-

Recordemos que el art. 3° del Código Civil, según la redacción de Vélez Sarsfield, establecía que “las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”.³⁹⁷

Borda fue un fuerte crítico de esta regulación de los efectos de la ley con relación al tiempo. Tan es así que propuso su reforma y la llevó a cabo cuando, como ministro del interior de la dictadura de Onganía, sancionaron la ley 17.711.

Para Borda, la idea de los derechos adquiridos “se revela hueca de contenido” y si bien es cierto que se puede tener una noción “bastante clara de lo que es un derecho adquirido”, los conceptos “se confunden y empiezan a vacilar cuando se quiere hacer de esa idea el pivote sobre el cual ha de juzgarse la retroactividad de las leyes”. ¿Qué es lo que pasa para Borda? La cuestión no se limita a definir qué son los derechos adquiridos sino a determinar cuáles son los que “las nuevas leyes no pueden afectar”. Borda parte de un concepto amplio de derecho adquirido: “Es un derecho que las leyes me reconocen actualmente” y supone además “que toda reforma implica afectar derechos adquiridos”; de modo tal que el problema consiste en establecer cuáles son los derechos que la nueva ley afecta y cuáles no lo son. Borda considera que “cada uno de los autores que se ha ocupado del tema ha dado su propia solución” y “dependiendo todo de opiniones personales, el acuerdo” fue “imposible”.³⁹⁸

En definitiva, la crítica de Borda se limita al uso de la noción de derecho adquirido para regular los efectos de la ley con relación al tiempo que se hacía en el Código Civil de Vélez Sarfield.

9.6.4.- Hecha esta salvedad cabe preguntar si el art. 3 del Código Civil (ley 17.711) puede ser considerado una razón suficiente para dar sustento a la doctrina que afirma que el convenio posterior deroga al convenio anterior

397 Acorde con esta norma en el art. 4044 Vélez Sarfield escribió: “Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores cuando sólo priven a los particulares de derechos en expectativas; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos”.

398 Borda, ob. cit., pág. 33 y ss.-

o que un convenio posterior puede modificar in peius los mejores derechos establecidos en un convenio anterior.

Que el contrato de trabajo sea un contrato de tracto sucesivo, o que su ejecución (o el cumplimiento de sus obligaciones) no se agote en una acción sino que se lleve a cabo en una serie de actos, puede hacer pensar erradamente que se encuentra regulado por el primer párrafo del art. 3 del Código Civil en lo que hace a los efectos de la ley con relación al tiempo. Así se puede pensar (aunque equivocadamente) que la aplicación inmediata de la ley interviene en el contrato de trabajo en curso de ejecución y habilita la modificación in peius de las condiciones de labor. Quienes afirmen tal doctrina sostendrán que la entrada en vigencia de la nueva ley no se aplica retroactivamente a los actos ya cumplidos sino a los que se deben cumplir (o que estando en curso de ejecución se deben cumplir); que el legislador tiene atribuciones para modificar las condiciones de labor o intervenir en los contratos en curso de ejecución; y que, ante la modificación in peius, el trabajador no posee derechos adquiridos sobre las condiciones alteradas sino que sólo eran meras expectativas de derechos.³⁹⁹ Como he dicho: esta doctrina está absolutamente equivocada. En adelante voy a mostrar los errores.

Esta doctrina se alza contra el deber de asegurar los derechos del trabajador que es el pivote sobre el cual gira todo el sistema de regulación del trabajo. No voy aquí y ahora a insistir sobre este tema que es de carácter constitucional pero claro está que no se puede soslayar. ¿Para qué queremos un gobierno? ¿Para que nos dañe o para que asegure nuestros derechos y coadyuve a nuestro

399 Esta doctrina la expone Guisado en su artículo La regla de la “condición más beneficiosa” (DT, 2007-A, 374) donde expresa que “en el derecho del trabajo no existe una regulación específica sobre la sucesión de leyes, de manera que resulta indispensable recurrir a las directivas del art. 3º del Código Civil”; sostiene que en el primer párrafo del art. 3 del Código Civil se consagra el “principio de modernidad” o de “orden normativo” que “se expresa en el conocido aforismo ‘ley posterior derogat priori’ (la ley posterior deroga a la anterior)”; y así, en definitiva, concluye que “la sucesión de normas laborales se rige por el mencionado principio de modernidad o de orden normativo, según el cual la norma posterior deroga a la anterior, incluso respecto de las relaciones de trabajo existentes al tiempo de su entrada en vigor, y reemplaza, hacia el futuro, las condiciones laborales impuestas por la norma precedente” (págs. 376 y 378).-

progreso? Esta es la cuestión que deben responder quienes proponen políticas regresivas o quienes afirman que la Constitución Nacional las permite o no las prohíbe.

El art. 3 del Código Civil no puede ser una razón para suprimir o limitar los derechos del trabajador. El derecho común no es una fuente de regulación del contrato de trabajo o de la relación de empleo (arts. 1, 3, 11 y cc LCT). La aplicación del derecho común (o civil) a una relación de empleo es procedente sólo y exclusivamente cuando otorga mejores derechos a favor del trabajador que la regulación laboral (en cumplimiento al mandato de asegurar los derechos del trabajador que impone el art. 14 bis).⁴⁰⁰

Los problemas que tuvo Borda en mente para realizar sus críticas al art. 3 del Código Civil redactado por Vélez Sarfield para proponer su reforma, eran completamente ajenos a las necesidades protectorias del obrero y su familia y extrañas a la relación de empleo o al derecho laboral. Estos temas no integraban las preocupaciones de Borda cuando escribe sobre el tema; es más que evidente.⁴⁰¹

No hay que soslayar que el art. 3 del Código Civil es una norma de facto que, prima facie, carece de validez máxime para suprimir o reducir derechos del dependiente que por mandato constitucional deben ser asegurados (arts. 14 bis, CN, ampliado).⁴⁰²

En cualquier manual sobre derecho laboral se informa que la disciplina es autónoma o que tiene un objeto, un método y principios propios o que les son inherentes y que la distinguen de cualquier otra rama del derecho. Si este tipo de afirmaciones -comunes en las primeras páginas de los manuales y tratados al uso- tienen algún sentido es dar cuenta de que el derecho laboral

400 Ver el párrafo 7.10 (Apuntes a partir del Plenario Vásquez) para las relaciones del derecho civil con el derecho laboral.-

401 Borda, ob. cit., pág. 33 y ss.-

402 Hago una crítica a la doctrina de facto en el párrafo 5 de Constitución y Trabajo, Buenos Aires, 2008, pág. 173 y ss. (ver en www.javierspaventa.com.ar)-

se integra con una regulación diferente a la civil, lo que implica otro sistema normativo de los efectos de la ley con relación al tiempo. Esto no nos debe llamar la atención si atendemos a que también el derecho penal posee un sistema propio sobre la materia y así ésta no queda regulada sólo por el art. 3 del Código Civil sino que a éste se le agregan disposiciones específicas del derecho sancionatorio como es el art. 2 del Código Penal que manda aplicar la ley más benigna.

9.6.5.- En el art. 3 del Código Civil no se establece el principio de la ley posterior o de que la ley posterior deroga a la ley anterior. En el art. 3 del Código Civil (más precisamente en su primer párrafo) se consagra el principio de la aplicación inmediata de la ley: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. No hay que confundir el principio de la ley posterior con el principio de la aplicación inmediata de la ley. Son completamente diferentes; mandan acciones distintas.

9.6.6.- El derecho laboral tiene un régimen específico regulador de los efectos de la ley (o de la norma en general) con relación al tiempo, que se construye sobre la base del deber de asegurar y del principio de la progresividad.

En atención al deber de asegurar y al principio de la progresividad resulta que las leyes (como cualquier otra norma) sólo se aplicarán, a partir de su entrada en vigencia, “aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (según se ordena en el art. 3 del Código Civil) sólo y exclusivamente cuando las modifiquen en beneficio del trabajador y nunca cuando la variación sea in peius de sus derechos e intereses (art. 14 bis, CN, ampliado, y arts. 7, 8, 9, 12, 13, 14 y cc de la LCT).

El tercer párrafo del art. 3 del Código Civil es una excepción al principio de la aplicación inmediata de la ley que se establece en el primer párrafo del mismo artículo. En el tercer párrafo se dice que “a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”. A los fines de su uso en materia laboral se debe entender que son leyes supletorias todas las normas que regulan el contrato de trabajo, que tengan origen legal, estatutario o convencional, sean o no de orden público o de orden público laboral. Es que

Día contra la reacción, 1° de Mayo de 1929. México D.F. Tina Modotti.



en derecho laboral, como mínimo y prima facie, todas las normas supletorias de la voluntad de las partes son imperativas. Así el carácter imperativo del derecho laboral no excluye que las normas laborales sean supletorias de la voluntad de las partes del contrato de trabajo.

El art. 3 del Código Civil para su uso en protección de los derechos del trabajador manda expresamente mantener la vigencia de la legislación supletoria al negocio jurídico (al contrato de trabajo), de modo tal que prohíbe que la nueva norma modifique las condiciones de labor establecidas en los contratos individuales de trabajo (en curso de ejecución) y en las normas (legales, estatutarias o convencionales) que lo regulan en su totalidad o que lo suplen en sus omisiones o vacíos.

Lo expuesto no es muy alejado de lo que piensa la doctrina civilista sobre el tema, lo que facilita entonces la utilización del tercer párrafo del art. 3 del Código Civil en el sentido que dejo indicado y que resulta un aseguramiento del nivel alcanzado o un impedimento a la regresividad.

Para Delia M. Ferreira Rubio, “la aplicación diferida, según el art. 3°, está reservada y limitada a las leyes supletoria en materia contractual. El principio

establece que estas leyes sólo regirán para las nuevas relaciones jurídicas y no alcanzarán a las consecuencias de las relaciones contractuales que hayan nacido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. El principio constituye una excepción al de la aplicación inmediata y encuentra su razón de ser en la naturaleza y la función de las leyes supletorias en materia contractual. En efecto, estas disposiciones tienen por misión suplir la voluntad de las partes en aspectos no regulados específicamente en el contrato. En este sentido, las normas supletorias no modificadas expresamente en el contrato, integran el marco regulador de la relación jurídica, marco que queda configurado en el momento constitutivo de la relación. Permitir que con posterioridad se alterara ese marco regulador sería introducir un elemento de inseguridad que obligaría a las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a regular todos y cada uno de los detalles de la relación, sin confiar en la aplicación supletoria de las normas legales. Las normas supletorias, vigentes al momento de constitución de la relación, son parte integrante del plexo normativo dentro del cual se desarrollará la relación contractual”.⁴⁰³

LLambías, por su parte (y más allá de ser un opositor a la reforma de Borda sobre el tema), al estudiar el efecto diferido de la ley señala que “ocurre cuando la vigencia de la nueva ley resulta postergada por la prolongación de la eficacia de la ley derogada. Es decir que algunas leyes continúan rigiendo después de haber sido derogadas: es un caso en que la vigencia de la ley se prolonga más allá de su vida. La ley ha muerto pero sigue en vigor con respecto a las consecuencias futuras de ciertas relaciones jurídicas pendientes. La nueva ley únicamente rige para aquellas relaciones jurídicas constituidas con posterioridad a su entrada en vigencia. Este efecto diferido aparece en el último párrafo del artículo respecto de las leyes supletorias. En general, se admite que las leyes pueden clasificarse en imperativas y supletorias. Las primeras prevalecen sobre cualquier acuerdo en contrario que hayan celebrado las partes, mientras que las segundas, es decir las supletorias, sólo se aplican a falta de estipulación expresa de los contratantes”.⁴⁰⁴

403 Bueres - Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 1, arts. 1/494, Parte General, Familia, Buenos Aires, 1995, pág. 11.-

404 LLambías, Código Civil Anotado, Tomo I, Buenos Aires, 1978, pág. 20.-

En el comentario al art. 1197 del Código Civil de Cifuentes y Sagarna se expone que “...el contrato se completa con las disposiciones del Código y de las leyes que contienen normas de carácter supletorio, las que se considera que se incorporan a sus convenciones (ver art. 3)”.

Y sobre el art. 3 los mismos autores dicen que “la regla del efecto inmediato de la nueva ley se relaciona con las leyes imperativas que los regulan. Cuando en esta hipótesis, la ley es supletoria porque regula cuestiones no establecidas por las partes, se aplica a los contratos posteriores a la nueva ley, pero no a los que se encuentran en curso de ejecución. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato en curso de ejecución, debe ser juzgado por la vieja ley, que forma parte de ellos -efecto ultractivo-”.⁴⁰⁵

Juan Ignacio Alonso y Leandro Rizicman señalan que “el último párrafo del artículo 3° trae una regla que consagra la subsistencia de la ley antigua; en efecto, las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución, por lo que éstos se siguen rigiendo por la ley antigua”.⁴⁰⁶

López Mesa reseña un fallo donde se decide que “la base del negocio en sentido objetivo ha de entenderse como el conjunto de circunstancias cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido”.⁴⁰⁷

9.6.7.- En definitiva, hay que distinguir el derecho al salario (que implica al monto o valor de la remuneración) del derecho a percibir el salario. El derecho a percibir el salario puede ser considerado un derecho en expectativa

405 Cifuentes - Sagarna, Código Civil comentado y anotado, Tomo I, pág. 7.-

406 Julio César Rivera, Código Civil Anotado, Títulos Preliminares, Personas, arts. 1 a 158, Santa Fe, 2004, pág. 32.-

407 López Mesa, Código Civil y Leyes Complementarias, Tomo II, arts. 862 a 1322, Buenos Aires, 2008, pág. 884. El fallo es de la CNACom, Sala B, 24-9-1998, Campanario P. SA c/ Plan Ovalo SA (LL, 1998-F-262).-

del empleado en la medida que el pago de la remuneración está condicionado a que se ponga la fuerza de trabajo a disposición del empleador y se haya cumplido el plazo fijado por la ley para realizarlo. El derecho al salario (o al monto de la remuneración) es un derecho adquirido del empleado. No hay razón alguna para sostener que al empleado se le puede reducir el monto de su salario. No es una razón afirmar que se le reduce su remuneración porque así lo ha pactado el sindicato. Ni tampoco lo es sostener que el gobierno tiene atribuciones discrecionales para hacerlo. Además, el art. 3° del Código Civil no justifica la aplicación inmediata de la norma (cualquiera sea su fuente) al contrato individual de trabajo en curso de ejecución cuando se trata de una norma que viene a suprimir o limitar los mejores derechos ya reconocidos al trabajador y que integran sus condiciones de labor fijadas o incorporadas a su contrato individual de trabajo.

9.7. SOBRE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Una doctrina jurídica sobre la representación sindical tiene que ser elaborada (como mínimo) sobre la base de las normas pertenecientes a los siguientes tres órdenes, a saber: el constitucional, el laboral y el común o civil. Se trata de exponer el régimen de la representación sindical para lo cual, prima facie, hay que recurrir a la Constitución Nacional y sus tratados enumerados, a los convenios de la OIT, a la ley de asociaciones profesionales 23.551 (en especial a sus arts. 5.d, 23.a y 23.b, 31.a, 40 y 43, entre otros) y a la ley 14.250 (ej: su art. 4) y a las normas del mandato establecidas en el Código Civil (como, entre otros, los arts. 1870, 1872, 1874, 1881, 1891, 1892, 1894, 1895, 1905, 1907, 1908, 1909, 1931 a 1936, 1946).

Aquí no voy a presentar una doctrina general sobre la representación gremial en el derecho vigente en la Nación aunque sí me interesa subrayar que la decisión que adopta la mayoría en el plenario Fontanive controvierte ciertas reglas básicas de aquella. En el voto de la mayoría se supone una errada (o, como mínimo, deficiente) teoría de la representación sindical.

Si bien es cierto que no hay que confundir al mandato con la representación, que se trata de dos conceptos distintos, que puede haber representación sin mandato y mandato sin representación, también es verdad que, en principio, a la representación se le aplican las normas del mandato.

La representación gremial es la que ejerce el dirigente sindical, el sindicalista o gremialista o el sindicato o el gremio, de los obreros ante los patronos y el gobierno y en lo que se refiere a las condiciones de trabajo o a sus intereses o derechos laborales, sociales o políticos en general.

La representación gremial puede ser una representación sin mandato. Así sucede cuando los obreros no le otorgan mandato al dirigente sindical para que los represente. La representación gremial puede también tratarse de una representación con mandato. La representación gremial puede ser una representación con mandato cuando, antes de la gestión, el dirigente recibe un poder expreso para su cometido; y puede también ser una representación con mandato cuando, después de que el dirigente cumplió su comisión, la misma es ratificada por los trabajadores. Cuando la ley sindical (para el caso la ley 23.551) otorga al dirigente sindical (o, más precisamente, a la asociación profesional de trabajadores) la atribución de defender y representar los intereses colectivos de los trabajadores o la facultad de celebrar convenios colectivos de trabajo que tienen efecto con relación a las condiciones de labor de todos los trabajadores de la profesión o de la actividad que estén o no afiliados al gremio, no necesariamente con ello determina que la representación sea o no sea con mandato.

No hay razón jurídica alguna para no aplicar las normas del mandato establecidas en el Código Civil a la representación gremial, máxime cuando son absolutamente compatibles con la regulaciones de la ley de asociaciones profesionales y de la ley de negociación colectiva y resulten beneficiosas a los intereses y derechos de los trabajadores.

El art. 1872 del Código Civil dispone que “el poder que el mandato confiere está circunscripto a lo que el mandante podría hacer, si él tratara u obrara personalmente”. Está claro que el mandante no puede otorgar un poder para que el mandatario haga lo que él no puede ejecutar por una imposibilidad de hecho o de derecho. Como dice Lorenzetti: “Lo que uno puede hacer es lo que condiciona lo que puede encargar a otro”.⁴⁰⁸

408 Bueres - Highton, Código Civil y normas complementarias, 4D, artículos 1789/2181, Contratos, Buenos Aires, 2003, pág. 216.-

Para Compagnucci de Caso, “sobre el entendimiento de este artículo no hay una opinión uniforme. De acuerdo con su fuente, se refiere a la ‘capacidad’ necesaria del mandante y deja bien claro que lo que él no puede hacer tampoco lo puede realizar el mandatario. Autores como Llerena, erróneamente a juicio del autor de este comentario, lo consideran como una extensión de lo regulado en el art. 1905 que tiene como finalidad determinar el comportamiento del mandatario conforme a las facultades dadas. Por su parte, Salvat cree necesario extenderlo a otros supuestos, como cuando el mandante no puede interponer recursos u ofrecer pruebas, casos en que tampoco podría hacerlo el mandatario”.⁴⁰⁹

Según Ariel Ariza, “el artículo 1872 establece un requisito interno para la validez del acto de apoderamiento. Es que no basta para la eficacia del poder la mera capacidad volitiva. El poderdante ha de poseer también la capacidad necesaria para conducir por sí mismo el negocio que encomienda a otro. Se ha de considerar ineficaz el encargo en la medida en que refirió a un acto respecto del cual el mandante carecería de capacidad jurídica o falta de legitimación para celebrarlo”.⁴¹⁰

En el comentario que dirigen o esbozan Cifuentes y Sagarna se dice que “como los actos del mandatario se atribuyen al que hace el encargo, aquél no puede sobrepasar la capacidad de hecho o de derecho de éste. Lo que no puede hacerse personalmente por incapacidad, tampoco se puede hacer por medio de un mandatario. Este principio general tiene aplicación en las normas sobre actos de administración y disposición (arts. 1894 y 1895)”.⁴¹¹

Y así en el art. 1894 se dispone que “el mandato para actos de administración debe ser conferido por persona que tenga la administración de sus bienes”.

409 Belluscio - Zannoni, Código Civil y leyes complementarias, Tº 9, arts. 1789 a 2310, Buenos Aires, 2004, pág. 187.-

410 Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil Comentado, Contratos, Parte Especial, Tomo II, arts. 1648 a 2050, Santa Fe, 2006, pág. 430.-

411 Cifuentes - Sagarna, Código Civil, Comentado y Anotado, 2da. Edición, Tº IV, arts. 1869 a 2755, Buenos Aires, 2008, pág. 9.-

Mientras que en el art. 1895 se establece que “si el mandato es para actos de disposición de sus bienes, no puede ser dado, sino por la persona capaz de disponer de ellos”.

¿Puede acaso el obrero pactar, en un acuerdo con el patrón, la rebaja de su salario? O en otras palabras: ¿tiene el obrero la capacidad para convenir con su patrón la reducción de su sueldo? ¿No se trata de un acto de disposición del sueldo que está prohibido por la ley de contrato de trabajo? Al respecto no cabe la menor duda: convenir con el patrón la reducción del sueldo es un acto de disposición que está prohibido por la ley 20.744 de contrato de trabajo.

Al momento en que se dicta el fallo plenario en la causa Fontanive (en mayo de 2011) el art. 12 de la LCT ya estaba modificado por la ley 26.574 de diciembre de 2009. En ese artículo se establece el principio de irrenunciabilidad que declara la nulidad de todo pacto entre el empleador y el trabajador que suprima o reduzca los derechos que se reconocen en la ley de contrato de trabajo, en los estatutos profesionales, en las convenciones colectivas de trabajo o en el contrato individual de trabajo.

La reforma de la ley 26.574 introduce en el art. 12 de la LCT a las palabras “o los contratos individuales de trabajo”. La idea de la reforma es limitar toda posible reducción de derechos por medio de acuerdos entre los patrones y los obreros: el principio de irrenunciabilidad (consagrado en el art. 12) prohíbe o impide que, por medio de un acuerdo entre las partes, se eliminen o limiten los derechos ya reconocidos a favor del trabajador en cualquier fuente.

Los derechos reconocidos al trabajador que prohíbe suprimir o limitar el art. 12 de la LCT no son sólo los mínimos legales, estatutarios o convencionales (o, en otros términos, el orden público laboral establecido en la ley de contrato de trabajo, los estatutos profesionales o los convenios colectivos de trabajo) sino también los derechos pactados en los contratos individuales de trabajo que sean superiores a aquellos.

La reforma introducida por la ley 26.574 es así relevante porque elimina la interpretación limitativa (patronalista) del art. 12 (LCT) que consideraba que la irrenunciabilidad sólo alcanzaba al orden público laboral o a los

derechos mínimos establecidos en la ley de contrato de trabajo, los estatutos profesionales y los convenios colectivos de trabajo, y que dejaba fuera los mejores derechos que estuvieran reconocidos en el contrato individual de trabajo que, por ello, podían ser objeto de acuerdos (entre los patrones y los obreros) para su supresión o reducción.

De ello resulta entonces que si el obrero no tiene la capacidad para pactar (personalmente) la reducción de su salario y, en términos generales, la modificación in peius de sus condiciones de trabajo, entonces tampoco puede otorgar poder para ello o, lo que es igual, para llevar a cabo esa variación lesiva por medio de un mandatario (como el gremio).

¿De quién es el negocio? ¿Quién es el dueño del negocio? ¿Quién es el titular del interés? ¿Puede haber alguna duda sobre la respuesta? No hay que defender más al gremio (al mandatario) que a los trabajadores (al mandante) cuando son éstos los dueños del negocio, los titulares del interés y quienes, en primer lugar y en definitiva, deben ser protegidos.

En el artículo 1907 del Código Civil se establece que “el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución fuera manifiestamente dañosa al mandante”. Se trata de una aplicación del principio de no dañar para el caso del contrato de mandato. El principio de no dañar informa todo el orden jurídico nacional desde el art. 19 de la ley suprema hasta las leyes que en su consecuencia se sancionan (art. 31 CN).

Para Lorenzetti, en el art. 1907 del Código Civil “se señala una obligación de no hacer que consiste en una abstención de cumplir un mandato cuya ejecución fuese manifiestamente dañosa para el mandante. Aquí hablamos de no hacer, y no de causar. Se requieren unas instrucciones que obliguen a hacer algo. Frente a esas instrucciones hay un cambio de circunstancias sobreviviente o una ignorancia del mandante, de modo que la ejecución es manifiestamente dañosa. Si no obstante el manifiesto daño que de ello resultare, el mandatario cumple, responde ante el mandante por los perjuicios; no será responsable si advierte al mandante y éste ratifica el encargo”.⁴¹²

412 Bueres - Highton, ob. cit., pág. 251.-

Compagnucci de Caso considera que “el mandatario debe obrar con la prudencia necesaria en la ejecución del mandato, que le impone abstenerse de actuar y dar aviso al mandante cuando la ejecución es manifiestamente pernicioso. Ello significa que no debe emprender un negocio que puede traerle consecuencias graves al mandante, o una grave onerosidad, o por lo menos debe dar aviso al mandante de la situación”.⁴¹³

Por su parte, Ariza sostiene que “la circunstancia de tratarse el mandato de un negocio de confianza determina que el modo de definir el alcance de las obligaciones del mandatario no quede circunscripto a los términos originarios del encargo o de las instrucciones. En efecto, si luego de efectuado el encargo se produce una modificación de circunstancias que evidencia para el mandatario que la ejecución del mandato redundará en un perjuicio para el mandante, el mandatario está obligado a no ejecutar el encargo”.⁴¹⁴

Y Cifuentes y Sagarna señalan que “el mandatario debe abstenerse de ejecutar la manda, aunque haya actuado sin exceder sus límites. Pero si de todos modos cumple con ella, debe pagar los perjuicios que soporta el mandante cuando el daño es fácilmente previsible, pero no responde si el mandante insiste en que cumpla, a pesar de que le advierta el daño que se producirá”.⁴¹⁵

El representante gremial no puede dar, hacer o no hacer aquello que el trabajador no puede dar, hacer o no hacer personalmente.

El representante gremial debe obrar con prudencia ya que actúa en un negocio jurídico donde el obrero deposita en él su confianza para la defensa de sus derechos e intereses y en el entendimiento que la comisión es para la mejora de las condiciones de labor. Este deber de obrar con prudencia se incrementa en la medida que la comisión que cumple tiene por consecuencia afectar las condiciones de trabajo de los trabajadores que ni siquiera son afiliados al sindicato. Al respecto recuérdese que el art. 953 del Código Civil dispone

413 Belluscio - Zannoni, ob. cit., pág. 227.-

414 Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., pág. 483.-

415 Cifuentes - Sagarna, ob. cit., pág. 37.-

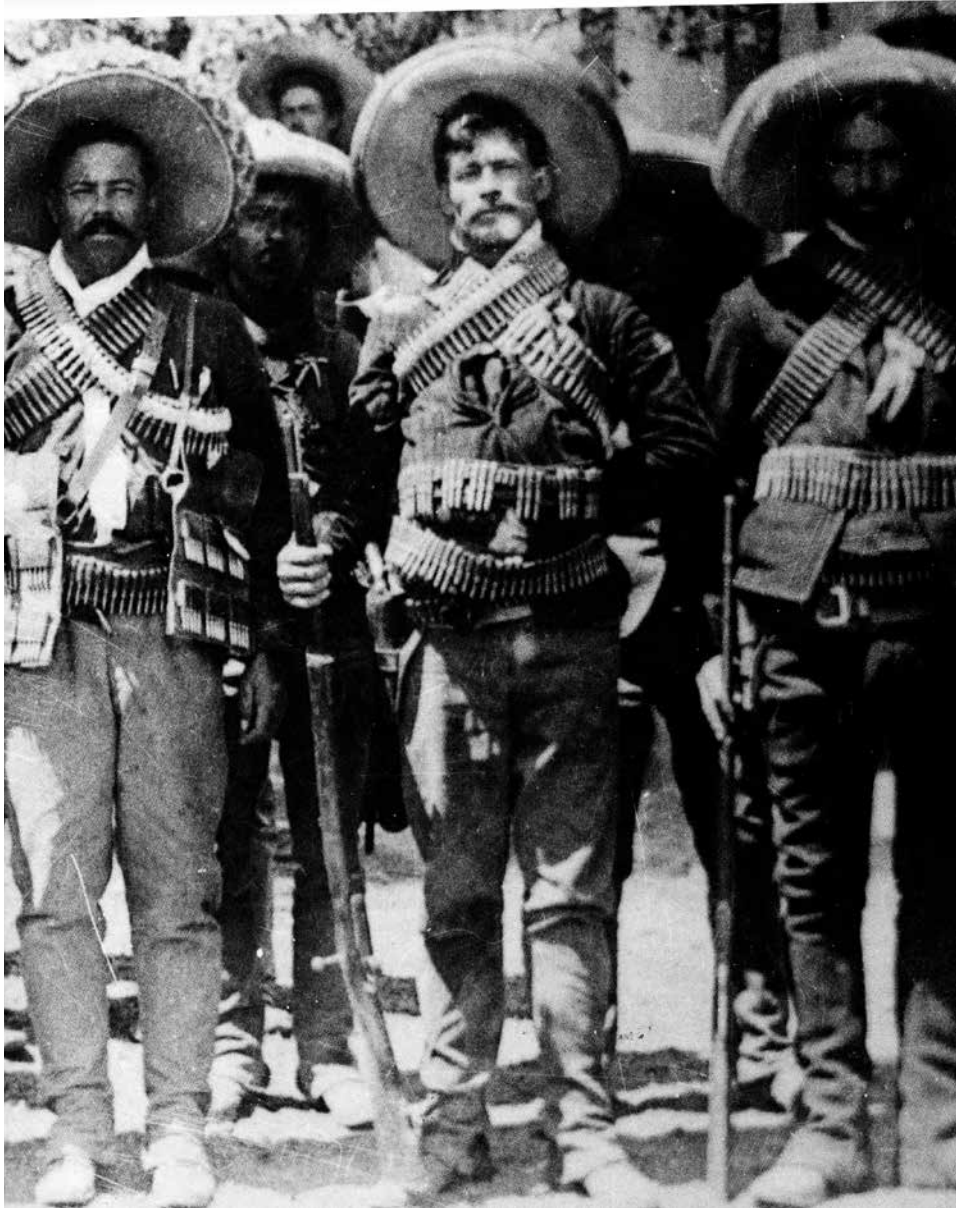
que los actos jurídicos no pueden tener por objeto hechos “que perjudiquen los derechos de un tercero” como son los trabajadores no afiliados al gremio y que hasta incluso pueden ser opositores al mismo y que no tienen porque soportar las consecuencias dañosas de su comisión ilegal.⁴¹⁶

El representante gremial en ejercicio de su representación no debe dañar los derechos o intereses del trabajador y así no debe ni tiene atribuciones para pactar condiciones de trabajo que impliquen la supresión o reducción de los derechos o intereses de los obreros.

El representante gremial (o el sindicato o la asociación profesional de trabajadores) es responsable por su actuar dañoso o por los perjuicios que causa a los obreros en el cumplimiento de su comisión, máxime cuando aquéllos son manifiestos y de efecto inmediato.

416 En el mismo sentido se establece en el art. 1195 del Código Civil que “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”. El contrato es ley para las partes (art. 1197 del Código Civil), no para los terceros a quienes mucho menos puede perjudicar.-

Pancho Villa y lugartenientes.



10. EL ORDEN Y LA REVOLUCIÓN

No recuerdo el año. Pudo haber sido en el invierno de 1999, 2000 o 2001 cuando se llevó a cabo el primer congreso nacional de desocupados en el Santuario de Nuestro Sagrado Corazón de Jesús en San Justo, La Matanza, provincia de Buenos Aires. Hacía mucho frío. Entre las instalaciones de la Iglesia había un gimnasio o estadio cubierto donde se ubicaron unos bancos de madera, un estrado y una mesa. A las afueras del gimnasio se prendieron unos fuegos para calentar agua o asar los chorizos que comimos al mediodía. Había delegaciones de todo el país. Todos muy arropados, con sus rostros y manos curtidas o callosas. Rostros sin cubrir. Algunos palos. Estaban D'Elía y Alderete. A la mañana, entre otros, habló Claudio Lozano. A la tarde de pie lo hizo Hugo Moyano mientras que la supuesta izquierda lo insultaba. No se entendía ni el discurso ni los insultos. Se retiró muy custodiado. Había un grupo de abogados que se reunieron en un salón en un edificio que estaba al lado del gimnasio. Entre ellos, estaba Capurro y creo que coordinaban las defensas de los desocupados que, por aquel entonces, cortaban las rutas. No estuve con ellos. A la tarde vi a Patricio Echegaray y a Vilma Ripoll. Mario Cafiero (al igual que otros dirigentes peronistas) no pudo hablar después del virulento rechazo que recibiera Moyano. Un joven salteño o jujeño -con mucha claridad- dijo que las rutas eran las arterias que debían ser cortadas para matar el cuerpo. Desconozco que resoluciones se adoptaron en ese congreso. El acto comenzó cuando quien oficiaba de maestro de la ceremonia tomó el micrófono y dijo: “Bienvenidos a todos a las tierras del Brigadier General Don Juan Manuel de Rosas”.

Las clases pobres, excluidas de los beneficios de la civilización, no van a encontrar la solución a sus problemas (la satisfacción de sus necesidades vitales que son de subsistencia y de desarrollo), si se identifican con un feroz tirano que, además, fue en su momento un sobresaliente integrante de la clase de los hacendados; clase que llega al gobierno con él a mediados de los años treinta del siglo XIX y se mantiene en el mismo hasta prácticamente el advenimiento del peronismo a mediados del siglo XX.

El orden es el dominio (político, económico y social) de una elite sobre la inmensa mayoría de la población. El mantenimiento del orden es la

perduración del dominio de la elite. La revolución es el dismantelamiento del dominio de la elite y la instauración de un orden social progresivo, de un orden social donde imperen los derechos del hombre (los principios de 1789), donde el gobierno asegure los derechos y coadyuve al progreso, donde, en definitiva, se haya eliminado el aprovechamiento que ejecutan unos pocos sobre la inmensa mayoría.

Para la elite, la revolución no tiene por causa la miseria ni la tiranía, sino la libertad y la acción infecciosa de los intelectuales sobre las masas populares. Para Donoso Cortés la solución consiste en imponer la dictadura, como propone en su discurso del 4 de enero de 1849 casi al año de la revolución de febrero de 1848 en Francia.⁴¹⁷

Rosas, como todo hacendado y gobernante (máxime cuando además es un tirano), es un claro partidario del orden. En carta a San Martín de marzo de 1849 Rosas dice: “Siento que los últimos acontecimientos de que ha sido teatro

417 Ver de José Donoso Cortés su discurso sobre la dictadura, en el tomo 12 de El pensamiento político hispanoamericano, Depalma, Buenos Aires, 1965, pág. 217 y ss., donde termina con las siguientes palabras: “Así, señores, la cuestión, como he dicho antes, no está entre la libertad y la dictadura; si estuviera entre la libertad y la dictadura, yo votaría por la libertad, como todos los que nos sentamos aquí. Pero la cuestión es ésta, y concluyo: se trata de escoger entre la dictadura de la insurrección y la dictadura del gobierno; puesto en este caso, yo escojo la dictadura del gobierno, como menos pesada y menos afrentosa. Se trata de escoger entre la dictadura que viene de abajo y la dictadura que viene de arriba: yo escojo la que viene de arriba, porque viene de regiones más limpias y serenas; se trata de escoger, por último, entre la dictadura del puñal y la dictadura del sable: yo escojo la dictadura del sable, porque es más noble. Señores, al votar nos dividiremos en esta cuestión, y dividiéndonos, seremos consecuentes con nosotros mismos. Vosotros, señores, votaréis, como siempre, lo más popular; nosotros, señores, como siempre, votaremos lo más saludable” (págs. 235 y 236). Sobre la revolución de febrero de 1848 en Francia (y en Europa) ver de Marx, La lucha de clases en Francia (1848 a 1850) y El dieciocho brumario de Luis Bonaparte; de Engels, Revolución y contrarrevolución en Alemania; ver G.D.H.Cole, Historia del pensamiento socialista, FCE, México, 1957, Tomo I, págs. 283 a 287; Edouard Dolléans, Historia del Movimiento Obrero, Tomo I (1830 -1871), págs. 207 y ss., EUDEBA, 1960; ver también Historia General del Socialismo. De los orígenes a 1875, Tomo II, tercera parte, cap. II, El socialismo francés de 1848 a 1875 (por Jean Bruhat), págs. 684 y ss.-

la Francia hayan turbado su sosiego doméstico y obligado a dejar su residencia de París por otra más lejana, removiendo allí su apreciable familia a esperar su desenlace. En verdad que éste no se presenta muy claro, tal es la magnitud de ellos, y tales las pasiones e intereses encontrados que compromete. Difícil es lo pueda alcanzar la previsión más reflexiva. En una revolución en que como usted dice muy bien la contienda que se debate es sólo del que nada tiene contra el que posee bienes de fortuna, donde los clubs, las logias y todo lo que ellas saben crear de pernicioso y malo, tienen todo predominio, no es posible atinar qué resultados traigan, y si la parte sensata y juiciosa triunfará de sus rapaces enemigos y cimentará el orden en medio de tanto elemento de desorden”.⁴¹⁸

Tocqueville -al mismo tiempo que Marx y Engels en el Manifiesto Comunista de 1848- ve el fantasma que recorre Europa y tiene en claro (unos meses antes de la revolución de febrero de 1848) que “la lucha política se entablará entre los que poseen y los que no poseen. El gran campo de batalla será la propiedad, y las principales cuestiones de la política girarán en torno a las modificaciones más o menos profundas que habrán de introducirse en el derecho de los propietarios. Entonces, volveremos a ver las grandes agitaciones públicas y los grandes partidos”.⁴¹⁹ Pero, a diferencia de Donoso Cortés, será más moderado en sus propuestas. Tocqueville es de la idea de salvar ciertas formas republicanas o democráticas a través del estado de sitio (o de salvar, como él escribe, la libertad a través de su restricción).

Para Echeverría, la revolución de febrero de 1848 -sus ideas y hechos- van a influir en América. Pero no se trata de imitarla sino de evaluarla desde nuestro punto de vista americano, atendiendo a las condiciones de vida americanas. Los acontecimientos franceses de 1848 para Echeverría se inspiran en la doctrina del progreso (de la perfectibilidad), algunos de cuyos expositores son Turgot y Condorcet en Francia, Bacon en Inglaterra, Vico en Italia, Leibnitz, Lessing, Kant o Fichte en Alemania, que ubican la edad de oro -ya no en el pasado- sino en el futuro.

418 Ver Adolfo Saldías, Historia de la Confederación Argentina, Rozas y su tiempo, Ediciones Clío, Buenos Aires, 1975, Tomo III, págs. 602 y 603.-

419 Alexis de Tocqueville, Recuerdos de la revolución de 1848, Editorial Trotta, Madrid, 1994, pág. 35.-

Echeverría se inspira en las ideas de Leroux y expresamente identifica que el problema es la explotación del obrero (del hombre que carece de medios de producción para satisfacer sus necesidades y las de su familia) por el poseedor de los instrumentos de producción: “El proletario trabaja día y noche para enriquecer al propietario ocioso; cambia el sudor de su rostro por el sustento para él y su familia. La retribución de su trabajo no es equitativa; apenas le basta para alimentarse; no puede aglomerar fondo alguno de ahorros para educar a sus hijos, curarse en las enfermedades, proveer a las necesidades imprevistas y prepararse una cómoda vejez; el proletario no puede, en una palabra, ser nunca propietario, ni salir de su miserable condición, ni habilitarse para ejercer derecho alguno social. El poseedor de los instrumentos de producción lo explota, pues lo hace servir a su provecho como un animal de carga por un mísero salario, cuando no lo arroja de sus talleres ya enfermo o impotente para el trabajo”.⁴²⁰ Para Echeverría, esta es la cuestión que hay que resolver y que pone sobre la mesa la revolución francesa de febrero de 1848; es que la forma de organización del trabajo y de la sociedad que imponen los ricos o los dominadores lesiona la fraternidad, o la solidaridad, o la unidad o la comunidad de los hombres; de modo tal que no hay “participación recíproca de los goces de la propiedad y de la patria”.⁴²¹

Equivocado o no, Echeverría considera que los acontecimientos franceses de 1848 tienden a la realización del principio de la fraternidad (para que los hombres hermanados procuren el progreso indefinido de la sociedad); de aquí que en ellos Echeverría -más que un desorden- vea un avance o un desarrollo en el proceso de la emancipación social. A diferencia de los partidarios del orden (como Rosas) -quienes eliminan la posibilidad del cambio en defensa de su dominación- la posición de Echeverría es eminentemente progresista en el sentido que la historia del hombre está inacabada y es susceptible de desarrollo o mejora continua. La historia está abierta y el progreso de mayor libertad e igualdad es posible para todos los hombres y, en especial, para los pobres.-

420 Ver de Esteban Echeverría, *Revolución de febrero en Francia* (escrito de 1848), en *Los ideales de Mayo y la tiranía*, El Ateneo, Buenos Aires, 1928, pág. 174; ver también de Félix Weinberg, *Esteban Echeverría, Ideólogo de la segunda revolución*, Taurus, 2006, capítulo xvi (titulado: 1848).-

421 Idem, pág. 176.-

Impreso en la Cooperativa de
Trabajo Artes Gráficas Chilavert
Diciembre de 2012

APUNTES SOBRE DERECHOS SOCIALES

Las imágenes integran el mensaje. Los desnudos de Tina Modotti, fotografiada por Edward Weston, son la idea del placer en oposición al deber de trabajar que pregona la doctrina dominante. Chaplin enredado en los engranajes de la máquina, al igual que la pintura de Berni sobre los desocupados, son las consecuencias del capitalismo; la sonrisa de Chaplin es una burla al poder, es una crítica liberadora. Zapata y Villa nos recuerdan a la Revolución Mexicana, al reclamo por tierra y libertad, al antireeleccionismo presidencial -como una limitación al gobierno- y a la Constitución de 1917 que, impuesta sobre la derrota de aquéllos contiene muchos de sus planes, y al art. 123 con sus derechos sociales.

Son sólo apuntes, borradores, notas sueltas congruentes con lo ya expuesto en *Constitución y Trabajo* (2008), que espero poder completar en los próximos años.

Javier Spaventa