

1. Preámbulo: advertencia. 2. Darnos cuenta. 3. Ontología de la estabilidad laboral. 4. El derecho al trabajo como esencial derecho humano económico-social. 5. El campo de la inestabilidad directa e indirecta. 6. La inestabilidad directa. El despido libre. 7. La inestabilidad indirecta. 7.1. El jus variando. 7.2. La facultad disciplinaria patronal. 8. Restos no juridizados del poder empresarial. 9. Hacia adelante.

1. PREÁMBULO: ADVERTENCIA¹

Mano y mente delante de la computadora se resisten a rutinizar el tema en un enfoque solamente jurídico y distraído que implícitamente tome por válido el mito de la estabilidad y recorra una vez más las clasificaciones de la estabilidad, el análisis de las causales y los modelos de despido y la excepción de notoria mala conducta.

Sabemos que contamos con la licencia del querido amigo y profesor Dr. Meik homenajeado –porque sabemos de su pensamiento removedor de certezas académicas aparentes–.

De licencia también, para huir de la mera crónica del ser e internarse más en el deber ser en humilde pero libre examen y diciendo la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad por supuesto sólo propia, sobre el sistema y respecto de este tópico vapuleado de la estabilidad laboral.

Los duros golpes de la realidad obligan de alguna manera a no participar del simulacro favorable al sistema del despido compensado como solución válida del derecho humano al trabajo.

2. DARNOS CUENTA

Bien valen unas palabras previas –necesariamente comprometidas– en estas sociedades de desempleo del subdesarrollo en que los psicólogos diagnostican “el que trabaja no es”. Vale dejar aclarado, aunque parezca obvio, que el derecho al trabajo no vendrá sólo de manos de la regulación jurídico-labo-

¹ Debe tenerse en cuenta que las reflexiones del presente escrito corresponden a un modelo de despido común vigente en el Uruguay, virtualmente desregulado, en tanto no existe ni Código de Derecho del Trabajo ni Ley de Trabajo.

Las leyes dictadas sólo aluden al monto de la indemnización y a la excepción de notoria mala conducta, todo lo cual permite, entre otras circunstancias, la predominancia de la parte empleadora en el instituto.

ralista, sino de la transformación de nuestra comunidad en una sociedad igualitaria que respete el ser del hombre.

Esto está escrito –es posible fuera del formato habitual de la estabilidad– para la complicidad de los que han perdido la inocencia de creer que, en el santuario terrestre del sistema de economía de mercado y el neoliberal capitalismo, se va a poder realizar el valor justicia social que muchos postulamos para el Derecho del Trabajo y las relaciones obrero–patronales.

Interesa no sumarse al coro de “todo está bien” en materia del contrato de trabajo, cuando somos testigos del despido, la miseria y la migración. Pero no es una invitación a la deserción y el aislamiento de la lucha diaria solamente, porque algunos recortes sobre la realidad despiadada del sistema se logran por la acción, sino para que “en el mientras tanto” sea posible asumir la conciencia de que las armas que tenemos están trucadas por el poder patronal y el filo del acero intelectual está limado por argucias de los dueños del sistema, y que es imperativo obrar en consecuencia. Por eso “es además de” y no “en lugar de”.

Es preciso darse cuenta que el camino de la tripartición y la concertación laboralista, como se pregonaba, en lugar del relacionamiento directo entre trabajadores y empresarios constituye un mito, porque la lucha de clases –a la que hoy no se nombra– infecciona e impurifica al mismo Estado y es una coartada que permite demorar la permanencia de las fuerzas y el pensamiento social negativo en el dominio de la sociedad.

Es cierto que las elites económicas políticas, y también algunas académicas y sindicales, cumplen a satisfacción ese rol de todo está bien. Esto dicho a salvo de los protagonistas independientes –demonizados por la voz oficial– por escapar del cielo puro de la abstracción técnico–jurídica, abriéndole una rendija a la puerta de la realidad.

El poder, como lo pronosticó Riskin, inventó el asistencialismo como sustituto de la justicia social y el trabajo y salarios suficientes, que postulamos desde el Derecho del Trabajo, relegando con la limosna oficial a la orilla del sistema a los excluidos y sus familias, ámbito político que permite dar de comer y anular la lucidez y la disidencia de los beneficiarios pasivos pasajeros del sistema.

La garantía bien pensada como realista de librar a la lucha directa entre capital y trabajo, ya que la constitucionalización social fue tan sólo una tregua o paz armada, pero que no resolvió la cuestión social, se frustra porque algunas direcciones sindicales transan y los dirigentes engrosan las filas de candidatos políticos del sistema.

La estabilidad vive amenazada, de ahí que la eventual frustración de la estabilidad, el riesgo de pérdida o afectación de empleo, es una angustia

permanente no sólo del trabajador sino también de su familia. Constituye en cierto modo una especie de chantaje permanente “o se porta bien o se va”. Portarse bien es no sindicalizarse, aceptar la informalidad, la rebaja de salarios y callar.

La amenaza está presente en todas las horas porque ninguna llave está prevista para asegurar la justicia y para que el trabajador tenga los medios para retener el empleo. Ese empleo que es la vida de sus hijos y su familia.

Parece melodramático, pero hay que evaluar la confrontación diaria de la carga emocional permanente de riesgo a perder el trabajo o a no encontrarlo, lo que, por sí solo, es un daño irreparable, y de ahí la imprescindible estabilidad plena del título de este trabajo.

Internarse en el plano jurídico sin estas reservas sería, como mínimo, una deserción respecto de la verdad.

3. ONTOLOGÍA DE LA ESTABILIDAD LABORAL

El derecho al trabajo y al trabajo permanente y estable es reconocidamente un valor en el plano filosófico.

Compartimos, en ese sentido, sobre la idea de valor los conceptos del filósofo de Derecho pernambucano Elcías Ferreira Da Costa, que intenta la superación de la visión de Scheller, a la que reputa estática (el valor como “estado de cosas, una situación, una propiedad de ellas”) y, para ello, enuncia con acierto a nuestro juicio: “Pues bien, el valor es más que un ente parasitario –es más que un sentir emocional–. El valor es algo que disloca una bis operativa in actu continuo sobre un determinado grupo. El concepto de valor implica la referencia a algo que persiste y que tiene existencia, que arrastra las ansias de los componentes de un grupo social, en virtud de contener algo que es instituido idénticamente por todos, como condicionante de la perfectibilidad del hombre”.

Esta convicción del trabajo como valor y en tanto tal, como condicionante de la perfectibilidad del hombre asumido por el grupo social es indudable en cuanto al ética se integra con ese deber de trabajar en el Estado Moderno.

Esta identidad axiológica del trabajo, en tanto valor, se ve duramente afectada cuando el trabajo asume el carácter de subordinado, en tanto ingresa en la contradicción dialéctica, en el marco de la sociedad de economía de mercado.

Y aquí se da una contradicción dialéctica entre el poder económico, que con la subordinación convierte al trabajo en una variable de su rentabilidad, y el pensamiento del Derecho Universal Humanitario (jus cogens), que estatuye, como un derecho humano fundamental, el trabajo.

El control ético de la realidad que venimos realizando respecto de la estabilidad laboral fáctica es indispensable y tiene un doble fundamento en el orden de la visión filosófica del tema.

En primer término, compartiendo la teoría de la naturaleza de la cosa de Coig y Hauriou, Radbruch y Welzel, entre otros, y con antecedentes en Aristóteles y Cicerón, entendemos que el Derecho, es decir la configuración jurídica, debe necesariamente partir de la investigación de la naturaleza de las cosas. Como decía Bohm “tenemos que escuchar a las cosas antes de disponernos a ordenarlas”.

Esa investigación, como lo señala Aginsky de Iribarne, en el marco de la doctrina que estudia, “deberá guiarse por las bases o fundamentos que están predibujados en las cosas y en los hombres, pues la expresión naturaleza de las cosas es muy amplia, comprendiendo en su seno a la naturaleza del hombre”.

Esa investigación tiene siempre la guía de un criterio de valor, de modo tal que la noción de Derecho-justicia, por consecuencia, no siempre coincide con el Derecho Positivo.

En segundo término, robusteciendo la idea de valoración ética aludida, compartimos también en nuestro examen, la reflexión que hacía Ernesto Garzón, en el prólogo del excelente libro del filósofo alemán Theodor Viehweg “Tópica y filosofía del Derecho” (Ed. Gedisa, Barcelona 1991), cuando afirmaba en forma coloquial: “El jurista apático que no se plantea jamás la pregunta acerca de hasta qué punto una teoría de Derecho dogmatizada es moralmente aceptable, no respondía desde luego al modelo de jurista propiciado por Viehweg”.

Aparece claro que, siguiendo a Viehweg, no debemos convertirnos en juristas apáticos.

4. EL DERECHO AL TRABAJO COMO ESENCIAL DERECHO HUMANO ECONÓMICO-SOCIAL

El derecho al trabajo estable es un derecho humano esencial, de acuerdo a las normas del Derecho Internacional Humanitario y de nuestra Constitución.

La nota de la estabilidad es fundamental para la calidad de derecho humano, en tanto debe ser sin incertidumbres un bien incorporado realmente al patrimonio jurídico del trabajador.

El régimen jurídico que admite el despido libre e incausado, sin sancionar la reinstalación, entregando a la exclusiva voluntad patronal la vida del contrato de trabajo, viola las normas de garantía de la estabilidad y el derecho

al trabajo, tanto constitucionales como internacionales, así como a la ética a que apuntaba Viehweg.

El artículo XXIII, I, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de O.N.U., de 1948, consagra, como derecho humano fundamental, el derecho humano al trabajo y a la protección contra el desempleo.

El artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce, asimismo, que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas.

El artículo II de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales es especialmente impeditiva del despido libre cuando expresa: “El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio”.

El énfasis del término “especial” excluye la irracionalidad y la mera voluntad extintiva, propia del despido libre o incausado por el trabajador. Y, de algún modo, la exclusión de que el trabajo sea un artículo de comercio refuerza notoriamente el respeto en cuanto a la energía humana y la fuente de vida que representa el trabajo.

El artículo VI/02 del Protocolo de San Salvador, tal vez la norma internacional más explícita y expresiva, reconoce el compromiso del Estado de adoptar las medidas que garanticen la plena efectividad del derecho al trabajo.

Sin duda la inculpabilidad del trabajador respecto del despido, torna evidente la imposibilidad de que lícitamente el empleador rompa el contrato de trabajo y que, en caso de que suceda tal cosa, debe operarse la reinstalación.

Toda la concepción de los derechos humanos se basa en la existencia de actos de racionalidad y, cuando esta falta, se configura una situación de nulidad.

Es preciso tomar en cuenta que, además de su jerarquía de jus cogens de las normas mencionadas, se opera su constitucionalización por la declaración abierta y remisiva a todos los convenios y normas internacionales relacionados con los derechos de la persona humana, que realiza el artículo 72 de la Constitución.

Vale decir que la condición de valor se halla reforzada por esta normativa, que hace del Derecho al Trabajo, un derecho humano fundamental e irrenunciable.

El artículo 332 de nuestra Constitución, comprensivo del 53 y 7 de la misma, debe considerarse que legitima la acción de reinstalación para el debido cumplimiento de la permanencia del trabajo ante todo despido incausado. Además, el artículo 7 de nuestra Constitución incluye el trabajo y sólo se admite la privación del derecho por razones de interés general y por medio de ley, que no es el caso que nos ocupa.

Además el término protección del artículo 53 de nuestra Constitución obliga a amparar y a auxiliar el trabajo.

De acuerdo a todo lo expresado, no puede transformarse el despido libre en un despido compensado porque en la reglamentación de la norma constitucional, tanto del artículo 7 como del 53, la reparación debe ser en natura y no por equivalente. Los derechos humanos esenciales, no se canjean por recursos económicos.

Por lo que el despido incausado y compensado es abiertamente inconstitucional, correspondiendo la estabilidad absoluta.

En tal sentido, ingresa también por el artículo 72 y se constitucionaliza el convenio de OIT no. 158, que no admite el despido libre, previendo la causalidad o la quiebra de la empresa como hipótesis rescisoria.

5. EL CAMPO DE LA INESTABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA

El derecho al trabajo al que se ha aludido como valor, desde el punto de vista filosófico, y como derecho humano, económico y social fundamental, en lo que venimos de expresar, se encuentra permanentemente amenazado en razón de tres institutos prestigiosos en doctrina y jurisprudencia que, sin embargo, tienen la impronta de asegurar por distintas vías el dominio exclusivo por el empleador de la extinción del contrato de trabajo.

Sabemos bien que puede parecer herética esta afirmación, pero la verdad es que, en la medida en que no se rectifiquen y se excluyan del ámbito laboral y del cese del contrato los tres institutos, será ilusoria la estabilidad laboral preceptuada como ese derecho inalienable al trabajo y el salario consecuente como medios de vida.

La inevitabilidad neoliberal ha ejercido influencia para desarrollar la convicción de que esos institutos verdaderamente apócrifos respecto de la justicia de la relación laboral son indispensables. Sin embargo, se ofrecerá la fundamentación en cuanto a que los tres, con el visto bueno de las elites políticas y elites sindicales –y aún algunas obreras–, vienen funcionando desde el pasado como instrumentos del poder unilateral patronal sobre el contrato de trabajo. Esto ha consagrado todo el poder a la parte más fuerte del contrato de trabajo, convirtiendo en fábula la mentada tuitividad de la parte más débil.

Los tres institutos: el despido libre o desnudo o incausado –que es inestabilidad directa– y por otro lado el jus variandi y la facultad disciplinaria patronal, que son instrumentos de la inestabilidad indirecta.

En el primer caso por su absoluta disposición de la relación laboral y en los otros dos como auxiliares y a menudo encubiertas formas para promover el retiro del trabajador.

Normalmente se centra la censura y la tensión en el despido sin causa o libre. Sin embargo, la primacía de la realidad nos muestra que el empleador por el despido libre, para evitar su costo, utiliza la simulación, sea con la alteración profunda del contrato de trabajo por el *ius variandi*, sea por la injusta aplicación de la facultad disciplinaria para forzar el egreso voluntario del trabajador.

Si el trabajo humano es un valor, y si el trabajo subordinado debe serlo también, porque aparece como insoslayable en la economía de mercado, ese derecho incorporado a la ética de la comunidad y al elenco de los derechos humanos fundamentales de la persona humana, nunca pudo ser dejado en manos del empleador.

Lo del título, el trabajador en este tiempo vive amenazado por el riesgo del cese incausado –y aún con invocación de justa causa– y por el ejercicio realmente descontrolado de las facultades de alterar el contrato y de sancionar al trabajador, ejercidas en una economía de desempleo más como un poder que como una facultad reglada.

Podríamos decir así, que el despido libre amenaza y ataca directamente y en forma efectiva el vínculo contractual indispensable para la vida del trabajador y su familia.

En el despido incausado o libre estamos ante un ataque directo e irracional para la vida del derecho, que debería estar imbuido de racionalidad, lo que requiere la existencia de la causa. La angustia permanente en nuestra sociedad de los afortunados que pueden trabajar es la pérdida del empleo, no obstante el declaracionismo constitucional y de los instrumentos del Derecho Humanitario Internacional. La psicología da cuenta hoy de la fuga hacia la droga, el delito y aún el suicidio como signos del desamparo laboral, sin duda en el marco también de posibles otras concausas.

Asimismo, la economía capitalista ha creado los excluidos del sistema que, privados de ese derecho humano a trabajar, sufren, luchan a la sombra de la limosna oficial de los planes de emergencia que arrasan la dignidad del trabajador como medio de vida, constituyendo una hipocresía del sistema, que crea los pobres y desocupados y después otorga la menguada caridad del Estado.

Caridad que no los desinstala del medio social en el que mal viven su desamparo en educación, en salud y techo, también integrantes del derecho a la vida.

El despido incausado, en tanto tal arbitrario, sostenido y defendido por las elites políticas y empresariales –y aún consentidas a menudo por sectores del sindicalismo obrero como una fatalidad del sistema–, aparece rectorado por el super poder económico universal de los organismos de crédito internacional y su política impuesta.

Si el ataque a la estabilidad laboral y a la permanencia del empleo proviene de ese poder de expulsión omnímodo, heredado del absolutismo patronal de la Revolución Industrial, también es cierto que de modo distinto los otros dos institutos, el *ius variandi* y la facultad disciplinaria, colaboran de doble manera en el mismo objetivo.

En primer término, no atacan la estabilidad del vínculo sino del contenido del contrato, afectando frecuentemente el derecho a la remuneración y la modalidad de tarea por la vía del *ius variandi*. O, en su caso también, siembran el fantasma de la notoria mala conducta –vestíbulo del despido con causa– por el ejercicio arbitrario de la facultad disciplinaria.

Además, el logro de la estabilidad no puede ser sólo el mantenimiento del vínculo.

La inclusión en la temática de este trabajo de esas figuras jurídicas derivan de la circunstancia de que el derecho humano al trabajo se integra no sólo con el mantenimiento del vínculo, sino también con la estabilidad de las condiciones de trabajo sujetas a la arbitrariedad patronal.

Es cierto que se podría decir que ambas facultades, ejercitadas con ecuanimidad y moderación, podrían no provocar consecuencias rescisorias del contrato. Pero también es cierto que, en el marco de la contradicción entre capital y trabajo, el costo del trabajo es una condición de la renta del empleador. Y esta posibilidad lleva, en la práctica, a la utilización de esos instrumentos, de tal modo que el *ius resistendae* del trabajador se ve sustituido a menudo por el abandono del contrato de trabajo ante alteraciones contractuales de importancia o las sanciones disciplinarias injustas. Por eso estos dos institutos van más allá de la precarización de contenidos del contrato, para constituirse en vía indirecta frecuente e institucionalizada en cierto modo, para correr al trabajador de la empresa sin costo. Allí está a la vista la elaboración del expediente de mala conducta del trabajador, por la facultad disciplinaria ejercitada en forma ilegítima o el retiro falsamente espontáneo generado por el cambio peyorativo de la remuneración o la modalidad de trabajo, apareciendo siempre en el horizonte la extinción del vínculo por cualquiera de estas vías.

6. LA INESTABILIDAD DIRECTA. EL DESPIDO LIBRE

No innovamos, pues lo hemos dicho antes de ahora.

El despido libre o incausado es inconstitucional y, por lo tanto, debe ser considerado nulo, porque lo hecho contra una norma prohibitiva, en este caso la Constitución, es nulo. Como se sabe, de conformidad con el artículo 332 de la misma Constitución, aunque no exista la reglamentación, las normas que reconocen derechos a los individuos no dejarán de aplicarse.

Reconocer por norma de despido una indemnización, no es cumplir con la norma constitucional, que requiere protección de la ley para el trabajo.

No se protege cuando, en lugar de prevenir la violación del Derecho del Trabajo o establecer su reposición, se le indemniza cuando el trabajador lo ha perdido.

El texto constitucional del artículo 53 –sin perjuicio de la mención del trabajo entre los derechos humanos consagrados por el artículo 7– es particularmente tuitivo al aludir a “protección especial” y calificar el trabajo como deber. Vale decir un derecho–deber que, sin duda, obligaba al Estado a reglamentar por ley la estabilidad plena del trabajador.

El término proteger utilizado por el artículo 53 referido, de acuerdo a la hermenéutica aplicable del Código Civil tiene en su acepción común mandato para: “amparar, defender, auxiliar, favorecer”.

En sustitución, la legislación de despido fijó una indemnización limitada y precaria, más allá de que era improcente pagar en lugar de proteger, porque el bien protegido es un derecho de la persona humana y no se sustituye por dinero, correspondiendo la máxima jerarquía de la reinstalación.

Para nada entendemos que pueda admitirse, como se ha sostenido, que el legislador tenga libertad para juzgar el quantum de la protección y, en base a tal criterio, sustituir la reparación en natura por la reparación económica.

A fuer de mayor abundamiento, el principio de continuidad de Derecho del Trabajo requiere que de ninguna manera pudiera entenderse que admitir el cese con indemnización, suprimiendo la continuidad de la relación, implicaba respetar ese principio.

A todo esto se agrega la aceptación de la ruptura absolutamente arbitraria, sin causa legítima, lo que importa violar el principio de racionalidad del Derecho en general y del Derecho del Trabajo en particular, dejando en poder del empleador la vida y suerte del vínculo laboral, lo que por otra parte viola el artículo 1253 del Código Civil en tanto norma subsidiaria.

Ya se señaló, por último, en este estudio que el Derecho del Trabajo estaba y está reconocido y garantizado por diversos instrumentos internacionales y, entre ellos también, por el convenio de OIT no. 158, normas todas que, además de su obligatoriedad, quedan constitucionalizadas por efecto de los artículos 72 y 332 de la Constitución.

En base a todos los fundamentos enunciados, aún en el marco del Derecho vigente, corresponde a reinstalación del trabajador despedido sin causa, quedando habilitada a nuestro juicio también la acción o excepción de inconstitucionalidad de las leyes del despido, siendo aplicable únicamente la mencionada reparación en especie del daño conformada por la reincorporación del trabajador en las misma forma conforme a la cual trabajaba.

7. LA INESTABILIDAD INDIRECTA

A nuestro juicio los fundamentos jurídicos del carácter apócrifo, en relación con el derecho humano al trabajo permanente de los dos institutos, son los siguientes. Alguien dijo alguna vez con acierto que a veces nos ha educado con la aceptación de la mentira, de tal modo que, cuando oímos plantear la verdad el mundo parece que se desmorona.

Decimos eso porque impugnar como ilegítimos, desde el punto de vista de los principios y derechos fundamentales del Derecho del Trabajo, a institutos jurídicos oficializados y respetables para la jurisprudencia y la doctrina, puede sorprender.

Sin embargo, existen importantes argumentos que avalan esa posición.

7.1. EL *JUS VARIANDI*

El principio de la estabilidad sufre una fuerte afectación o infracción por parte de la admisión generalizada del instituto jurídico del *jus variandi*, que supone el quebrantamiento de la noción de la contractualidad.

La identificación de esta llave maestra del pensamiento jurídico, como lo es la contractualidad, presupone la estabilidad de lo acordado, es decir la permanencia del resultado jurídico del acuerdo de voluntades salvo novación por acuerdo de las mismas partes. Es un esencial respeto al principio de igualdad que garantizan nuestras Constituciones latinoamericanas, con vinculación preceptiva en la hipótesis de todo régimen democrático y también al respeto a la firmeza del enlace jurídico de las autonomías de los sujetos contratantes, como el respeto a la libertad implicada en la decisión de acordar.

Por ello resulta realmente insólita esta admisión del *jus variandi* como alteración unilateral patronal del contrato de trabajo.

La alteración unilateral del contrato de trabajo por el empleador, afectando la estabilidad del mismo, constituye, en primer término, la violación del principio de todo derecho contractual, civil o común. Es violación de la regla de oro de la igualdad jurídica de las partes ante la ley y, especialmente, el desconocimiento de los artículos 1253 y 1291 del Código Civil.

El *jus variandi* supone un ejercicio unilateral de la alteración del contrato de trabajo, que viola los artículos 1253 y 1291 del Código Civil, que establecen la fuerza legal de los contratos y la imposibilidad de que una de las partes se haga dueño del contrato para modificarlo a su voluntad. Sin duda el contrato de trabajo no puede escapar a los típicos principios de la contractualidad. El trabajador no puede tener menos garantías que cualquier contratante.

La preclusión del consenso impide la unilateralidad del cambio. Lo que ata el consenso requiere, también, consenso para la disensión.

El *jus variandi* implica, entonces, una herejía jurídica frente a la filosofía de la contractualidad, consagrando un privilegio para la parte más fuerte del contrato de trabajo, lo que importa prácticamente, en lugar del *in dubbio pro operario*, el *in dubbio pro patrono*.

La doctrina justifica la herejía jurídica del predominio de una parte del contrato sobre la otra, en forma autoritaria no concertada, en un argumento que no es de técnica jurídica adecuada sino de tipo sociológico y, a la vez, embuida de parcialidad. Se trata de alegar la necesidad del empresario para afrontar los cambiantes signos de la realidad económica y social de su empresa, por lo cual se le concede ese poder extraordinario de convertirse el dueño para ese objetivo planeado del contrato.

En segundo término, el ejercicio del *jus variandi* en forma unilateral sin requisito previo alguno, como sucede en el Derecho Uruguayo, constituye una justicia por su propia mano, que permite prescindir del control judicial exigido por el debido proceso del artículo 12 de la Constitución, imprescindible para alterar el contrato adoptado.

La automaticidad del cambio unilateral y la ausencia del debido proceso para imponer al trabajador el cambio constituye, sin duda, una antijuridicidad.

En tercer término, no sólo infringe el *jus variandi* esa normalidad del Derecho Civil, que es de trascendencia, sino también viola principios propios de Derecho del Trabajo.

El primer principio laboralista que viola el *jus variandi* es, de algún modo, la ajenidad del riesgo. Si la justificación del *jus variandi* es la alteración que el devenir económico provoca en la empresa y que la impele a cambiar las condiciones de trabajo propias del contrato, estamos ante una transferencia del riesgo, cuya entidad se desconoce pero que puede ser de trascendencia. Y la ajenidad del riesgo es un rasgo firme e indeclinable del contrato de trabajo en tanto, cuando la empresa tiene éxito, no convoca normalmente a su trabajador para coparticipar más allá del salario fijado.

En cuarto término, se viola también el principio protector, en tanto la medida de cambio –más allá de los límites a los que nos referiremos– es una alteración de un “*status quo*” jurídico, que es derecho del trabajador y que el patrono, por su interés, no tiene derecho a alterar.

Claro está que esto se sostiene porque sólo reconocemos en la alteridad interferente, que tipifica al contrato de trabajo y la apropiación del resultado de la energía por parte del “altero”, el deber del trabajador solamente de acatamiento de las instrucciones legítimas, pero nunca el criterio de fidelidad que arrastra subordinaciones del pasado feudal o de la antigüedad.

En quinto término se viola también el principio de irrenunciabilidad. El empleador tendría siempre la posibilidad de renovar el consenso y el traba-

jador el derecho a rechazar la innovación, pero no puede nunca este último, estar obligado a la renuncia de condiciones de trabajo que reputa esenciales para él, aunque puedan no serlo para el empleador.

En sexto término, podemos decir que, frente a una norma como el artículo 7 de la Constitución, que otorga la seguridad jurídica y el derecho al trabajo como uno de los derechos fundamentales, impiden que sin ley e interés general se pueda modificar el contrato de trabajo en la forma que convenga exclusivamente al patrono.

En séptimo término, para los que sostengan que los límites que se reconocen para el ejercicio del *jus variandi* corrigen los defectos enunciados, señalamos lo siguiente:

Son límites y no condiciones a priori, y en tanto tales, se aplican automáticamente, causando daño, y el límite reclamado puede ser resuelto años después por la notoria duración del derecho adjetivo en nuestros países del subdesarrollo. Lo que nos enfrenta al hecho consumado y a una franja de impunidad de quienes soportan el cambio en categoría, en salario, entre otros, pero que no acceden a la vía judicial por múltiples razones, como las de no desatar el despido libre o no tener recursos para promover litigios.

Por lo cual la idea de límites y su calidad de posteriores al acto, no corrige la antijuridicidad de esta facultad extraordinaria y excepcional otorgada al patrono.

Es preciso tomar en cuenta que este instituto aparentemente secundario respecto del despido, al igual que la potestad disciplinaria en caso de fraude laboral, pueden ser instrumentos para provocar deliberadamente la rescisión o el abandono del trabajo.

Esto sin perjuicio de que incluimos esta temática en el ámbito de la estabilidad laboral, porque el derecho al trabajo no puede ser bajo pago del peaje de aceptar cambios contractuales adversos, impuestos a veces de buena fe y, en otros casos, con intencionalidad excluyente.

Generalmente la temática de la estabilidad se termina o se agota con el tema del despido en sus distintas formas. Pero entendemos que la estabilidad del trabajo requiere, también, la estabilidad del contenido de obligaciones incluidas porque, de otro modo, puede funcionar la alteración contractual unilateral como instrumento de exclusión.

7.2. LA FACULTAD DISCIPLINARIA PATRONAL

Constituye una facultad excepcional y exorbitante en el itinerario jurídico del contrato el reconocimiento de un poder de castigar a favor del empleador, más allá de que se considere, desde el punto de vista práctico que mejor que la rescisión es la aceptación de la sanción.

Cuando sostenemos que debería eliminarse esta facultad excepcional en el contrato de trabajo, lo hacemos porque el ejercicio de la facultad disciplinaria constituye una presión latente y permanente sobre el trabajador en la que inciden, sin duda, muchas veces, motivos de persecución personal o ideológico-sindical, entre otros. Es evidentemente una facultad que no se reconoce en ningún otro contrato de Derecho Civil, ya que la eventualidad de una sanción en cualquier contrato puede ser pactada o puede no serlo, pero siempre se aplica por la Sede Judicial y no en el plano personal por un contratante.

Ésta también es una herencia indebida de la facultad excepcional del empleador, también venida desde la Revolución Industrial y cuya pretendida justificación radica en esencia en el reconocimiento de un poder emanado de la propiedad de la empresa y de los bienes.

Jurídicamente, es improcedente, entonces, esta facultad disciplinaria porque viola –como ya se dijo también en el caso del *jus variandi*– la disposición contractual del Derecho Civil 1253, que impide que el cocontratante se haga propietario único del contrato sancionando discrecionalmente al trabajador. Al igual que en el caso del *jus variandi*, aquí existe automaticidad y el límite de igual modo es a posteriori del ejercicio, por lo que no impide que funcione plenamente la voluntad del empleador, difícilmente sujeta a un juicio posterior que el trabajador debería iniciar, configurándose también la franja de impunidad eventual en el funcionamiento del instituto.

La unilateralidad, la automaticidad y la extrajudicialidad descalifican totalmente este verdadero poder, y no facultad, que ejerce el empleador solamente, violando el principio de igualdad y la indisponibilidad del contrato por una sola de las partes.

Esta propuesta fundada que realizamos en cuanto a la necesidad de amparar al trabajador, con la supresión de las dos facultades excepcionales de alteración y de poder disciplinario, se ha cuestionado a veces, sosteniendo que expone al desamparo del empleador en cuanto al orden necesario de la empresa y a la emanación de esos poderes de excepción del reconocimiento del derecho de dirección de la empresa.

En una teoría de estricta juridicidad, como corresponde, para descartar presiones del sistema de economía de mercado en la revalorización desigual del empresario, tanto la alteración del contrato como la disciplina respecto del trabajador tienen solución bajo otras vías.

En primer término la alteración del contrato de trabajo debe hacerse mediante el consenso entre el patrono y el trabajador, garantizado por la intervención judicial que debería definir, previamente a toda existencia de facto, la viabilidad o no del consenso que se pide. Y en orden al poder disciplinario, éste es improcedente pues estamos frente a un incumplimiento contractual

que tiene la vía contenciosa para determinar si existió o no violación. Ello supone intervención judicial y contralor sobre si se violó o no el contrato de trabajo.

Se plantea el defecto de la demora en el procedimiento, pero eso podría tener solución si asumiera el carácter de un orden disciplinario democrático, de una empresa también democrática, en la que un Consejo de Disciplina pudiera resolver, eventualmente, la solución frente a la infracción. Pero, en tal caso, no sólo sería la infracción del trabajador sino también la infracción patronal, cosa que no sucede con la aplicación de la potestad disciplinaria que hoy impera y que no alcanza al empleador.

No es cierto, entonces, que no existan mecanismos sustitutivos y regulares en el plano jurídico, tanto para la necesidad de cambio del contrato como para el juzgamiento de la infracción del mismo.

El empresario no queda desarmado para el funcionamiento de su poder de dirección, que es amplio en la gestión sociológica de la empresa, pero que en el manejo de la energía del trabajador debe ser encarada en forma equitativa.

No admitimos bajo una juridicidad pura, sin presiones sociológicas, acordar al poder de dirección del empleador ningún poder jurídico que incorpore facultades patronales respecto del encuadramiento contractual laboral.

El poder de dirección, que es una potestad sociológica como empresario, de ninguna manera puede incorporar poderes extraordinarios, que sólo pueden resultar de la debida juridicidad.

El poder de dirección es un poder económico que le permite al empleador manejar la empresa, pero ese poder no puede invadir la legitimidad jurídica contractual de los trabajadores de la empresa.

Es normal que la potestad disciplinaria se funde especialmente en el poder de dirección y nosotros rechazamos que esa condición social y económica de una persona permita transformar el equilibrio de los contratantes, concediéndole facultades excepcionales de dominio del contrato de trabajo.

8. RESTOS NO JURIDIZADOS DEL PODER EMPRESARIAL

Como lo hemos sostenido ya en algún otro aporte, el Derecho del Trabajo asumió –con su existencia– la tarea de juridizar los poderes de hecho que ejercitó el patrono en la Revolución Industrial y todo a lo largo del siglo XIX, hasta que la constitucionalización social puso un freno en el respeto de los derechos esenciales del trabajador.

Pero en esa labor juridizadora el Derecho del Trabajo tropezó con el impedimento creado por las elites patronales y políticas afines, que resistieron

la tecnificación jurídica de algunos de los factores de hecho que la realidad mostraba en los contratos de trabajo.

El Derecho del Trabajo no tuvo aparentemente fuerza para la exigencia de la normalidad jurídica, en que patrono y trabajador debían tener los mismos derechos respecto del contrato. Y así fue, entonces, que sobrevivieron esas facultades de excepción (despido libre, cambio unilateral del contrato y poder disciplinario), frente a las cuales el Derecho del Trabajo sólo pudo lograr la morigeración y el control a posteriori en vía judicial, pero admitió la vigencia fáctica de esas facultades de excepción.

Así la jurisprudencia y la doctrina, por ejemplo, han regulado mediante principios, en nuestro país, de la potestad disciplinaria y del *jus variandi*, admitiendo los institutos y poniéndole topes en el ejercicio.

La no juridicidad plena explica ese autoritarismo del contrato que traslada, de algún modo, el autoritarismo de la empresa.

En lo que tiene que ver con el despido libre, es preciso tener en cuenta que el Derecho del Trabajo es un derecho fundamental de la persona humana, integrante del segundo paquete de derechos humanos incorporados en las Constituciones Mexicana y de Weimar. En consecuencia, el despido libre necesariamente debe ser eliminado como facultad patronal, porque es antagónico y atípico respecto de la estabilidad contractual y del derecho humano al trabajo.

9. HACIA ADELANTE

Con aquella mirada de las estructuras, bajo el rectorado de la ética de la justicia social a que aludimos *ut supra*, postulamos y reiteramos que el despido libre debe ser absolutamente eliminado.

El trabajador, mientras no haya incumplido el contrato de trabajo, debe tener total permanencia en la relación laboral, siendo nulo absolutamente el despido incausado.

La nulidad emerge de la protección, como derecho humano fundamental, que corresponde al Derecho del Trabajo y de la violación de normas no sólo pertenecientes al *jus cogens*, que son fuente de Derecho para nuestro país, sino además por la constitucionalización de esas normas, como se expresó, por el artículo 72 y 332, este último que suple la omisión de reglamentación.

En apoyo de lo que decimos, en cuanto a que no existe en nuestro Derecho ninguna norma que establezca el derecho de despedir libremente, sin causa alguna, sino que ha sido sólo el efecto del manejo de un poder por el patrono, no legitimado judicial ni legalmente, siendo una invención doctrinaria y

jurisprudencial, que no hace más que respetabilizar un fenómeno de hecho favorecido por la propiedad del capital y las necesidades del trabajador.

El argumento jurídico es “soy dueño de los bienes, váyase y se acabó”. Ese despido libre es un fantasma amenazador que impone todas las arbitrariedades y está detrás de todas las trabas que silencian la rebeldía del trabajador frente a la injusticia, lo que se agrava cuando, como sucede en este tiempo, los sindicatos tienen muy limitado campo y armas para la defensa.

Por ello, la supresión del despido libre como instrumento de opresión puede permitir la recuperación de la capacidad de resistencia del trabajador subordinado que, de alguna manera, es una frenta moral.

¿Dónde está la ciudadanía social si el trabajador debe someterse a la arbitrariedad para que él y su familia puedan seguir viviendo?

Hay consecuencias de saneamiento en el funcionamiento contractual si el patrono pierda esa arma muy eficaz para imponer su voluntad y predominio.

Es cierto que siempre se puede invocar una causa falsa, pero no todos estarán dispuestos a hacerlo y, sin duda, el fraguado de una causa merecería analizar si no se trata de un delito de fraude o estafa, además de la eventual responsabilidad económica civil.

En cuanto a la supresión del *ius variandi* patronal, implica abolir un privilegio del patrono, fundado en lejanas épocas de prepotencia patronal admitida que han sobrevivido injustamente en el presente.

¿Cuál es la razón de que el patrono tenga la capacidad de cambiar y no cumplir las condiciones de trabajo, sosteniendo que su empresa necesita los cambios? Lo normal en un cambio contractual es lograr el consenso de las partes; consenso que en el caso de los trabajadores debe tener la garantía judicial y sindical.

La supresión del supuesto derecho de despedir puede ser inocua e irrelevante si no se agrega, como efecto jurídico específico, un procedimiento de reinstalación por vía de amparo urgente, con efecto suspensivo del acto de despido, mientras se dilucida el amparo y sin perjuicio de la responsabilidad de daños y perjuicios que debe tarifarse. Existe otro riesgo muy posible en la sustitución que el empleador va a realizar del despido libre, por el despido invocando falsa causa, que en la dilatoria del juicio se perderá en el tiempo. En tal caso, además de la responsabilidad inclusive delictiva –si se constata fraude o simulación– sería preciso flexibilizar una medida de no innovar, para el mantenimiento de la relación de trabajo hasta tanto se dilucida la verdad o no de la causa, lo que quedará a juicio de la Sede.

En cuanto a la facultad disciplinaria, además de las violaciones mencionadas en el capítulo respectivo, el restablecimiento de la igualdad requeriría

eliminar toda facultad sancionatoria en manos del patrono y entregarla a un órgano paritario, ante el cual –por la necesaria bilateralidad– también el trabajador pueda denunciar las faltas graves o violaciones de derecho del empresario como de sus empleados y, especialmente, de jerarquía de la empresa.

En la hipótesis de ese tribunal podría encontrarse solución en forma pericial o por un árbitro de común acuerdo.

Sabemos que los ágiles empresarios invocan las dificultades de procedimientos pesados, al igual que lo sostienen juristas o políticos afines a los mismos. Pero la opción clara es se adoptan o continúa la injusticia de que a un sujeto de Derecho Privado, que realiza un contrato, se le concede la excepcional facultad de castigar a su contratante, sin intervención previa de la justicia ni ejercicio del derecho de defensa, o se adoptan medidas que sean realmente eficaces. Esto sin perjuicio, de la gruesa infracción que esa unilateralidad punitiva constituye, de acuerdo a las normas y principios que hemos enumerado en lugar respectivo de este trabajo.

No tenemos dudas que en el despido común, con causal invocada por el patrono, al igual que en el caso del despido libre, la reinstalación se impone. Siempre hasta tanto una sentencia ejecutoriada no establezca la rescisión. De otro modo una simple acusación provoca efectos jurídicos sobre un derecho fundamental y esto en base, exclusivamente, a la imputación realizada.

Puedo atreverme a pensar en la sonrisa indulgente del que nos pueda leer, pensando en la supuesta ingenuidad que significa el avance que planteamos, respecto de institutos sólidamente arraigados que las elites burocrático-políticas en el poder y las empresariales van a bloquear con todas sus fuerzas.

Pero estamos en el deber ser y muchas conquistas, tal como por ejemplo la libertad sindical, fue delito y hoy es derecho humano fundamental, sin duda cuando nacieron tuvieron el sello de lo imposible.

