Canto al trabajo

Tenemos el honor de compartir un excelente trabajo del Dr. Matías Croce sobre la estabilidad laboral y su inserción constitucional en las relaciones de empleo privado.
El trabajo es completo, enjundioso y exhaustivo. De imperdible lectura.

——————————————————————

ALGUNAS
RELEXIONES EN DERREDOR DE LA ESTABILIDAD
COMO DERECHO DESDE UNA MIRADA AXIOLÓGICA Y BREVE ENSAYO SOBRE LA POSIBILIDAD DE
IMPLEMENTAR LA ESTABILIDAD PROPIA
EN EL EMPLEO PRIVADO A PARTIR DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN CLAVE LABORAL
por Matías CROCE

SUMARIO: I. Introducción. II. Perspectivas desde la crisis. Reflexiones y enseñanzas.
III. El Trabajo en clave subjetiva reclama cobertura jurídica adecuada.
IV. ¿Qué hacer –desde el Derecho- con el Trabajo y
sus naturales destinatarios? V. El Estado como garante del contrato. VI.
La estabilidad como medio técnico. VII. ¿Hacia dónde vamos? ¿o volvemos? VIII.
El poder empresario y la estabilidad como dique infranqueable. IX. Tutelar al
trabajador en forma “estable”. Los derechos no se ejercen en forma “eventual”
ni “precaria”. X. ¿Estabilidad *propia*
en el empleo privado? Viabilidad constitucional. XI. La Corte Suprema de Justicia de la Nación
y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. XII. Breve conclusión.

I. Introducción

El tema que
será abordado en el presente trabajo reviste particular interés e importancia

no sólo del punto de vista de la dogmática del derecho del trabajo sino también de la práctica forense toda vez que, como sostiene GOLDIN, “es que, de un lado, es en torno de la extinción del contrato de trabajo y de las obligaciones que nacen de la misma o que en ese momento se tornan exigibles, que se materializa buena parte de la conflictividad que llega a los tribunales y ocupa a los abogados y jueces”[1].

La terminación del contrato de trabajo, el régimen jurídico sobre el que se ha vertebrado dicho fenómeno extintivo desde la misma Constitución Nacional bajo el sistema de protección contra el despido arbitrario cuya eficacia intentaremos analizar a la luz de los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), en derredor del mismo, y a partir de allí, revisar el instituto, analizando su déficit y eventual crisis; y ya en forma prospectiva –o de *lege ferenda*– intentar extraer alguna conclusión como respuesta jurídica plausible en concordancia con el medular principio protectorio que rige la materia a partir del Convenio 158 de la OIT.

En fin, intentaré desarrollar críticamente la dicotómica existencia entre una deontología (jurídica) nítidamente posicionada a favor del empleo estable y una ontología (económica), volcada rabiosamente por la flexibilidad de entrada y la temporalidad de los contratos.

Bajo dicho orden de ideas, adelantamos que “en la medida en que los trabajadores han perdido capacidad de coerción para reclamar a sus empleadores, derivada de la insuficiente protección contra despidos, las patronales pueden, con previsible libertad, incumplir determinadas obligaciones, sin temor a reclamo alguno. Quizá el mejor ejemplo lo constituye el fenómeno del empleo no registrado o registrado deficientemente, que todavía acusa elevados índices pese a la severidad de las sanciones y reparaciones previstas en la ley 24.013”[2]. Sucede que el trabajador afectado por incumplimientos en que pudiera incurrir el empleador, se inhibe normalmente de reclamar –o demandarlo- durante la vigencia de la relación de trabajo para evitar –o aventar, mejor- posibles represalias que puedan culminar en el despido y consiguiente pérdida, nada menos, de su fuente de sustento. Evidentemente la capacidad reclamacional de los trabajadores se ha diluido notoriamente durante la vida del vínculo toda vez que la figura del despido “libre”, monopolizado por el empleador en tanto

parte fuerte del punto de vista negocial, huelga memorar, funciona como una verdadera espada de Damocles sobre los derechos que nacen de la relación de trabajo “durante” la misma al ser “empleado” como factor de intimidación para inhibir el reclamo de sus dependientes.

De suerte tal que “la consecuencia de todo esto es la calidad en el empleo, dada la “libertad” o, si se prefiere, impunidad de que gozan los empresarios amparados en esta situación”[3]. Bajo el mismo lineamiento es dable advertir que el régimen de la extinción del contrato de trabajo (y paralelamente el sistema de estabilidad impropia), ha de determinar muy fuertemente el modo y grado de cumplimiento de los restantes derechos del trabajador que derivan de la ley, de los convenios colectivos y de su propio contrato de trabajo. Aguda observación, por cierto, sostenida por GOLDIN en la obra ya mencionada, puesto que “cuanto mayor sea el nivel de protección del que goza el trabajador en las diversas hipótesis de extinción del contrato de trabajo, y en especial, en la del despido injustificado o sin justa causa, mayor será su capacidad de autotutela a los efectos del goce efectivo de todos esos derechos”. Así, “el trabajador protegido adecuadamente contra el despido injustificado puede resistir con proporcional energía los incumplimientos del empleador, asistido por la seguridad de que éste no podrá despedirlo por ello o que, de hacerlo, deberá afrontar un costo disuasivo o, cuanto menos (ahora visto desde la perspectiva del trabajador), suficientemente resarcitorio”. En fin, que estemos ante verdaderas “cartas de triunfo” –*in melius* del trabajador en tanto sujeto de preferente atención constitucional- y no ante el vaticinio de la derrota del Derecho (o su huida, como tantas veces se ha sostenido desde alguna corriente doctrinal).

II. Perspectivas desde la crisis. Reflexiones y enseñanzas

Según Moisés MEIK, llegaríamos al siglo de la ley 11.729, estancados en el despido injustificado sólo indemnizable, al que no quieren resignar los poderes económicos, que saben que ello sirve al mayor disciplinamiento social y a la renuncia forzada de los derechos adquiridos por el trabajador, quien así internaliza esa “amenaza inminente” del poder del llamado “despido represalia”, encubierto por los empleadores como despido sin expresión de causa. Sin estabilidad real, aun la libertad sindical es impotente, lo mismo que a la inversa. Asimismo, este autor insiste en que la

doctrina sobre la tutela de la estabilidad en el empleo debe ser la que caracteriza al ritmo universal de los derechos humanos en clave laboral. Instando a seguir los pasos del Gobierno Uruguayo que remitió y sometió a su poder legislativo la ratificación de Convenios de la OIT, entre ellos, el 158 sobre terminación del contrato laboral. El que, como es sabido, en su artículo 4, al exigir causalidad del despido, se ubica en la línea de considerar ilícito el despido arbitrario o injustificado. Igualmente, el artículo 10 agrega que frente al despido sin causa lo más recomendable es la readmisión del trabajador. En idéntica línea, el artículo 5 agrava como doblemente antijurídico al despido represalia, y al discriminatorio. De esto, así se habla en la zaga de fallos que elogiamos. He allí, asimismo, la clave de la inacción retardataria de los sucesivos gobiernos, hasta la actualidad, que no ha producido ni siquiera lo que acaba de hacer el gobierno uruguayo, procurar ratificar el Convenio de la OIT
número 158. Tan lamentable, culmina MEIK, como la permanencia, desde 1976, de la casi intacta reforma de la LCT
por la dictadura[4].

En suma, la
cuestión fundamental será saber si el empleador puede o no puede extinguir el contrato de trabajo sin necesidad de acreditar una justa causa; y si puede, cuál es el costo que deberá afrontar. Si no puede hacerlo (esto es: no puede despedir sin justa causa), estamos en presencia de un régimen de estabilidad *propia* en que la decisión incausada del
trabajador carece de eficacia para poner término a la relación (su decisión es, en principio, nula y consiguientemente ineficaz); si puede hacerlo y la ley retribuye esa decisión mediante el pago de una indemnización (este sería, por tanto, un régimen de estabilidad *impropia*),
la decisión extintiva del empleador deviene eficaz aunque costosa.

Quizá sería
interesante repensar el sistema en este momento histórico donde no estamos, precisamente, ante un escenario apocalíptico en términos económicos (tantas veces pronosticado por agoreros funcionales al mercado y adeptos de un Estado “minimalista” ajeno a garantizar el Trabajo). Así las cosas, “el Derecho del Trabajo, atendiendo a su esencia y al posicionamiento jurisprudencial vigente en nuestro país, debe tender a reforzar el instituto de la protección contra el despido arbitrario; … dicha actuación puede realizarse aplicando los remedios que se pusieron en práctica cuando la presencia cierta y efectiva de una crisis tal, que modificó las conductas y los valores de aquella sociedad …, reclamaba

del Derecho del trabajo una respuesta eficaz y activa con el objeto de evitar el perjuicio que para miles de trabajadores significaba perder sus puestos de trabajo”[5]. En aquel momento comatoso, lejos de reducir/minimizar/suprimir la tutela y seguridad del trabajador, se reforzaron los remedios protectorios, duplicando los montos indemnizatorios de los trabajadores despedidos sin causa –entre otras medidas concretas como, verbigracia, la procedimentalización de los despidos-, y el Estado tuvo que pergeñar activamente una respuesta para blindar el plexo normativo que garantizase la manda constitucional en relación a la protección contra el despido arbitrario, agudizando el ingenio y apelando a la toma de decisiones políticas suficientes en aras de contener la caída estrepitosa del empleo y las indeseables secuelas sociales que ésta inevitablemente conlleva y derruyen la estabilidad en todos sus aspectos y facetas.

Puntualmente, “en medio del estallido general de 2001 y la búsqueda frenética de alternativas de contención social se pergeñó la ley 25.561 que en su artículo 16 dispuso la prohibición de despidos injustificados por el término de ciento ochenta días, que luego fueron prorrogados por sucesivos decretos del Poder Ejecutivo hasta que la ley 25.972, en su artículo 4º, determinara una condición resolutoria que según los índices oficiales fuera alcanzada con la publicación efectuada en el primer trimestre del año 2007”[6]. Si bien lo dicho hasta aquí resulta harto conocido, reviste particular interés analizar –ora en forma retrospectiva- dicha reacción estadual en términos de legislación preventiva a los fines de escudriñar la posibilidad de implementar –ora en forma prospectiva- mecanismos jurídico-sociales afines en períodos donde la crisis, por ventura, no sea el común denominador[7]. Es decir, sabido resulta que el “tsunami” de la crisis[8], como lo denominó el español Jesús MERCADER UGUINA, es el desempleo que acecha sin escrúpulos. Por ello, el Estado no podrá permanecer inerme frente al crítico vendaval. Tampoco, claro está, el Empresariado podrá ser un convidado de piedra, declinando –en la sombra- con la responsabilidad social que también le concierne. Desde el sector de los trabajadores es dable reflexionar que si en épocas de “normalidad” carecen de poder decisional alguno (más allá de las consabidas “desigualdades” legalmente impuestas a los fines de “compensar” la realidad, recortando/limitando en dicha dirección la autonomía de la voluntad como medio idóneo para proteger al trabajador), podremos inferir que en épocas turbulentas el margen de maniobrabilidad *per se* –desde dicho sector- resulta escaso cuando no, lisa y llanamente, nulo.

III. El Trabajo en clave subjetiva reclama cobertura jurídica adecuada

Según lo expresado en el Informe realizado por el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales[9]: "la innecesariedad de expresión de causa en el despido constituye un elemento que acrecienta el carácter arbitrario del mismo, ya que un trabajador se enfrenta a un acto profundamente lesivo para su persona, sin siquiera poder pedir explicaciones a su empleador. Una cultura individualista que ha producido importantes efectos sobre el estado de la conciencia social tiende a considerar al despedido como un simple 'perdedor', en una selección natural, produciendo graves efectos sobre su autoestima y sobre la consideración de su entorno". Líricamente:

"-¿En qué sentido usted no es nada?
-No tengo trabajo"
[10]

Este breve pero conciso epígrafe evoca un dialogo de un personaje de WALSER que, de cierta manera, rechaza su identidad, consiste no tanto en presentarse como un "desempleado" sino en tomar *acto* de esta necesidad, al mismo tiempo singular y social, de presentarse como "una negatividad sin empleo", para parafrasear las conocidas palabras de la carta a KOJEVE de Georges BATAILLE.

Si bien la exclusión es, en primer término, económica, plantea la cuestión del des-empleo, de la puesta en exilio en relación con lo que es ley –lo que el sujeto siente como la forma material de su existencia perjudicada, pero también como lo que hace síntoma viviente en el ideal- es decir, el trabajo, al mismo tiempo ley social e ideal, investido por el sujeto para configurar en él su existencia.

Así, este acontecimiento –quedar fuera del circuito de trabajo- importa la oportunidad de aprehender lo que significa el trabajo en tanto núcleo de la actividad económica, como "función de lo real" en la economía inconsciente, en (y desde) un anclaje pulsional. Así, hasta FREUD –inclusive y a quien nadie podría sindicar de asceta o puritano para el que el trabajo sea un culto, precisamente- sentenció: *"No imagino que una existencia sin trabajo pueda ser agradable.... No encuentro otra cosa atractiva"*.

Volviendo a nuestro lar, pero en la misma sintonía, se puede afirmar además que “la estabilidad de un trabajador en la empresa es individual y socialmente positiva porque hace nacer en éste una identificación con aquella que afianza el espíritu de colaboración entre el capital y el trabajo. El trabajador se siente integrado cabalmente un cuerpo intermedio destinado a cumplir una función social, se realiza como persona y desarrolla sus potencias arraigándose a una comunidad de intereses”[11].

Sabido es que la idea de que los derechos suelen ser meras declaraciones y de que, sobre todo, los que de carácter económico-social son ineficaces por la falta de instrumentación, ha conmovido la conciencia jurídica. Para lograr el pleno goce de los derechos de ese tipo es necesario organizar estructuras financieras, distribuir costos sociales, fijar objetivos y prioridades, todo lo cual termina en el diseño de una regla institucional. El legislador tiene el mandato de hacerlo, conforme surge del artículo 75, inciso 23, que dispone que deba promover medidas de acción positiva, que garanticen la igualdad real y el pleno goce de los derechos. Bajo dicha inteligencia, podríamos interrogarnos si existen garantías objetivas que contribuyan al aseguramiento de los derechos, o bien, derechos subjetivos a la vigencia de normas de Derecho que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza la ley, siguiendo a ALEXY. Así, a cada derecho sustantivo le corresponde un derecho procedimental, para que se dicte una disposición que lo haga efectivo.

Y si bien tenemos una norma constitucional que instituye proteger al trabajador contra el despido arbitrario (traducido como sistema de estabilidad *impropia* en el sector de empleo privado), cabría interpelarse si, hogaño, y tras los decisorios del cimero tribunal de justicia nacional, la implementación de ésta (cristalizada –verbigracia- por el artículo 245, LCT), resulta adecuada conforme los designios axiológicos de la presente centuria y su correlato normativo internacional.

Ante todo podríamos expresar que los derechos no debieran ceder frente a generalizaciones (por lo demás, ininteligibles en la abrumadora mayoría de los casos) o reclamos hechos en nombre del “bien común” o los “intereses generales” sólo desde la retórica cuando, en realidad, responden o adscriben a ‘flexibles necesidades’ del mercado[12], por ejemplo, empecinados en monetizar, con marmórea frialdad, nada menos, derechos con rango constitucional, al par que –desde dicho sector, paradójicamente- exigen el cumplimiento del derecho de propiedad sin cortapisas

por ser un derecho constitucional[13].

IV. ¿Qué hacer –desde el Derecho- con el Trabajo y sus naturales destinatarios?

Si a algunos intereses humanos fundamentales les damos la categoría de derechos es, precisamente, por nuestra pretensión de asegurarles la mayor protección posible. En este caso concreto: ¿se le ha asegurado la mayor protección posible al trabajador? Al decir de lo previsto por el Convenio 158, OIT, que luego analizaremos, podríamos adelantar(nos) "por la negativa". Aunque también es dable apuntar que hay quienes abonan –mientras transitan en otras latitudes la fatídica crisis económica- la tesitura de un cambio de paradigma en las relaciones laborales en clave de "flexiseguridad"[14] (o flexiguridad) que contraviene, en rigor de verdad y sucintamente, la rigidez de los postulados protectorios, cediendo –empero- terreno a recetas que, en puridad, han fracasado rotundamente durante los años noventa en nuestra región concitando efectos realmente deletéreos sobre la economía social al introducir por la ventana un *dumping social* masivo –verbigracia- que permite a los empresarios contratar como autónomos a los mismos que ayer contrataba como subordinados abonando el fraude laboral en forma escandalosa.

Desde NINO[15] sabemos que una de las funciones de la filosofía del derecho es la de elaborar una teoría de los conceptos básicos del derecho. Así, el término "derechos" tiene muchos matices en su significado. Limitaremos el análisis a dos alternativas, la *ética* y la *descriptiva*. La primera asocia los derechos con principios morales y con ideales. Identifica los derechos preguntándose qué derechos tiene moralmente cada persona. Es una búsqueda ética, valorativa y justifica los derechos como intereses humanos que no pueden ser ignorados sin una justificación especial. Una segunda alternativa plantea los derechos en forma descriptiva y menos valorativa –no por ello, aséptica, anotamos-. Está más interesada en explicar cómo funcionan efectivamente los sistemas jurídicos y menos orientada hacia su justificación. No es una visión de escepticismo ético sino que se concentra en el estudio de los intereses que una sociedad política organizada protege efectivamente. De esta manera un interés se transforma en un derecho cuando un sistema jurídico concreto dedica recursos para defenderlo. Esta visión supone a los derechos individuales como consecuencia del derecho vigente. Son derechos concretos y directamente aplicables, no tienen nada de inocentes.

En cuanto a lo referente al costo o erogación

presupuestaria que podría acarrear la implementación de derechos con las características de este tipo, la cuestión nos remite a dos niveles de análisis. Primeramente, y sólo con intención de mencionar la cuestión, creemos que tanto el sistema económico como el derecho son dos sistemas con una racionalidad completamente distinta, básicamente se podría decir que la lógica de la producción de riqueza no es superior a la lógica o las razones que se dan para repartir esta riqueza entre los ciudadanos que colaboran para lograrla en la comunidad, siempre existe una estructura mediante las cuales se justifica el reparto de deberes y beneficios en la sociedad; las razones que se den para justificar el reparto de beneficios y cargas es lo que se debe atender en este ámbito. Desde ya que adscribimos a la lógica que haga prevalecer los derechos de quienes se encuentran en condiciones de inferioridad –o debilidad/hiposuficiencia- negocial, donde la suerte de éstos no sea la de ser, inexorablemente, y una vez más, la "variable de ajuste" –o fusible- del sistema.

Es que como señalara el profesor CAPÓN FILAS, al citar la expresión de Henry FORD de que Estados Unidos se había hecho grande con la frase "you are fired" [16](estás despedido), el despido *ad nutum* resulta ser el gran disciplinador social de las relaciones laborales, a la hora de reclamos salariales o de mejores condiciones laborales, disciplinador que adquiere mayor entidad en momentos de crisis del empleo y cuando el fantasma del desempleo permanente o de gran duración se instala en la conciencia del trabajador reclamante[17].

En sentido diametralmente opuesto al vertido en el párrafo anterior, resulta interesante mencionar, sólo a guisa de ejemplo, algunas pautas –verdaderamente aleccionadoras- establecidas en la Recomendación OIT nº 166 sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), donde se perfila, a mi ver, el correcto carril a transitar de producirse la terminación de la relación laboral en clave concordante y respetuosa de las garantías laborales: a) No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por una falta cuya índole, en virtud de la legislación o la práctica nacional, sólo justificaría la terminación en caso de reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada. b) No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el

trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore. c) Todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo; este derecho puede ser regulado por los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la presente Recomendación. d) Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta. e) El empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo. f) El empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo. g) El trabajador a quien se haya notificado la terminación de su relación de trabajo o cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a que su empleador le extienda, a su pedido, una constancia por escrito en la que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación.

Más allá de la elocuencia de la Recomendación de marras, desde otro ángulo analítico, y como señala MONTOYA MELGAR, el empresario prefiere la contratación temporal por diversos motivos, de entre los que descuella uno: “el trabajador así enrolado es menos reivindicativo que el fijo, menos proclive a la sindicación, más adaptable a la movilidad en la empresa, y , sobre todo, la extinción del contrato temporal es menos costosa para el empresario que la del indefinido”[18].

Así las cosas, en España, verbigracia, “vincular la flexibilidad de entrada a la rigidez de salida, o en otras palabras, atribuir la temporalidad rampante a las fuertes indemnizaciones por despido improcedente, ha sido el *leitmotiv* de las críticas empresariales a la regulación del despido”[19].

Podríamos extrapolar la misma “preocupación empresarial” a nuestra región. Sin embargo, la correlación entre reducción de las garantías y el crecimiento de la ocupación no encuentra confirmación a través de ninguna evidencia empírica. Por el contrario, y conforme hemos expuesto más arriba, no ha sido la reducción

sino el reforzamiento de las garantías la que han dado cuenta de la evitación del quebranto –o *default*– en materia laboral durante los años 2002, en adelante. Si el abandono del principio de estabilidad y la sobrevaloración de la temporalidad como una alternativa consolidada se presenta como panacea frente al actual escenario babélico que tiene a algunos "indignados" países europeos en vilo, estimo que dicha posición no conducirá al restablecimiento genuino del sistema productivo, caracterizado desde la realidad del paro, como lo denominan los españoles, en su doble vertiente (desempleo/empleo 'precario').

Igualmente, resulta dable advertir que "la 'anomalía' española –por ejemplo- consiste en que, a pesar de tan acabada normativa pro-estabilidad, rara vez se celebra un contrato por tiempo indefinido, por lo que a pesar de su consideración como contratos "típicos" tienen más de paradigma teórico que de otra cosa[20].

Es decir que debemos guardar cuanto menos cuidado al pretender extraer conclusiones o peor todavía fórmulas cuya hechura jurídica deviene absolutamente disonante con nuestra cultura jurídica y, fundamentalmente, realidad política, económica, social y laboral, las que han puesto en verdadero jaque aquellos formatos que pretendieron erráticamente modelar el mercado de trabajo con más ajuste, flexibilidad y precarización de las condiciones laborales, especialmente en lo referido a las garantías proclives a la conservación del empleo y la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos que conforman el acervo jurídico de los trabajadores –insisto- como sujetos de preferente atención –y tutela- constitucional.

En otro orden de ideas, y para significar el cúmulo de transiciones que acecha(ron) el contrato (típico/clásico), no compartimos la calificación –positiva- de ese "nuevo trabajador" forjado en las últimas décadas del siglo veinte como "nómada" o "nomádico", expuesta por el español OJEDA AVILÉS.

Este autor utiliza el concepto de "trabajador nomádico" en el sentido expresado por Ulrich BECK en su obra *Un nuevo mundo feliz del trabajo*, cuando nos señala cómo "lo más destacable de la situación laboral es la similitud entre el trabajo asalariado del denominado primer mundo y el del tercer mundo, la incursión de lo precario, intermitente, informe y no sancionado en los baluartes occidentales de la sociedad de pleno empleo"[21].

Esta *multiactividad* nomádica no es un

residuo premoderno, sino una variante en rápido desarrollo de las sociedades tardías occidentales: el atractivo empleo a tiempo completo, bien pagado y altamente entrenado –dice este autor- *desaparece*.

Con ello, anotamos, ¿desaparecerán con la misma *invariabilidad* los derechos protectorios tendentes a la estabilidad en pos de sostener la "empleabilidad"?

Si bien esta visión no es la única sobre el tópico[22], aunque sí la que se ha impuesto toda vez que "el problema del trabajador nomádico, parece obvio, consiste en la forzosidad de la nueva situación, en donde pocos de quienes la sufren la desean, y donde el patrón del cambio obedece a la exacerbación de la lógica del mercado y, en cualquier caso, a la sostenibilidad del beneficio empresarial en una economía altamente volátil"[23].

Sinceremos esta visión y reconozcamos que el fin perseguido no resulta –claramente- evitar que el trabajador aliene su vida o libertad sino maximizar la tasa interna de rentabilidad (TIR), trasladando –muchas veces- el riesgo empresario al más débil (por caso: los consumidores o los mismos trabajadores).

V. El Estado como garante del contrato

Desde nuestra opinión, insistimos en que la participación del Estado como garante de la contratación[24] debe estar presente necesariamente mediante un esquema tutelar y compacto (blindado), encargado –en todo caso- de "redistribuir" los contenidos y funciones normativas de las fuentes del derecho del trabajo en tanto el juego de limitaciones al que unas fuentes del derecho del trabajo someten a las otras y esas limitaciones, constituye, precisamente, la técnica operativa del derecho del trabajo[25], sin perder el horizonte, añado ahora, de la matriz que rige –de modo imperativo y heterónomo- la rama del Derecho del Trabajo, la que ha sido fortalecida (o rediseñada, mejor) a la luz de los criterios esbozados por la CSJN desde la primavera del año 2004 en adelante[26], revitalizando el principio protectorio rector en nuestra materia, sus reglas y medios técnicos para implementar su efectiva aplicación, en concordancia con los derechos humanos internacionales de contenido socio-laboral.

De hecho, una de las enseñanza "prácticas" para el abogado litigante a partir de la decena de fallos de la CSJN desde el año 2004 y el impacto que ha tenido sobre las estructuras y pilares

básicos del DT, es que, como expresa ARESE, “hoy es absurdo marchar a un litigio con la sola compañía de una LCT bajo el brazo, sin espíritu y sin conciencia jurídica crítica, pero sobre todo olvidando que, desde su génesis y hasta ahora, el Derecho del Trabajo se motoriza con valores esenciales”.
Traducido normativamente y en función de que “el estatuto del poder está mudando en lo que respecta a los controles a las decisiones de las mayorías, la noción de democracia intermedia permanente que permite la actuación ciudadana continua, y la acentuación de los controles que ejerce el Poder Judicial a través de la reducción de las cuestiones no judiciables; el estatuto del ciudadano ha recibido el aporte de los derechos fundamentales que han revolucionado los textos constitucionales; la interpretación constitucional y el sistema de fuentes se han transformado en un tema de primerísimo orden; la textura de la norma constitucional está siendo reinterpretada en relación al multiculturalismo y la diversidad”[27].
Pensamos, con John Potter Stockton, que “las constituciones son cadenas con las cuales los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de cordura para evitar perecer por suicidio el día que desvaríen”[28]. Y
no resulta, justamente, aséptica –en términos valorativos- la incorporación al sistema de fuentes del derecho –y al bloque federal normativo, particularmente- de los Tratados de Derechos Humanos y haberlos dotado del rango que, hogaño, ostentan y que, para sorpresa de propios y extraños, nuestra CSJN y una inmensa mayoría de tribunales inferiores ha hecho suya como respuesta jurídica adecuada a los problemas que se suscitan en la conflictiva sociedad actual.

Por ello, la
piedra de toque para aprehender la realidad desde el Derecho debe(rá) ser enfocado en el acceso y establecer el umbral del mismo: “el problema actual es que hay personas que no tienen trabajo, ni ingresos mínimos, ni educación, y quedan excluidos del sistema, con lo cual tampoco pueden gozar de bienes jurídicos. Naturalmente la solución parte del Estado, organizando instituciones más inclusivas. Sabido es que los bienes económicos, culturales, y también los jurídicos, no son accesibles a grandes grupos poblacionales que han quedado fuera del mercado. Y, precisamente, resulta interesante observar que la mayoría de las instituciones del Derecho fueron diseñadas sin tener en cuenta este problema ya que, en el derecho clásico, la propiedad, el trabajo, el contrato o la responsabilidad fueron instrumentados por los sectores sociales con amplio acceso a esos bienes: por esta razón se piensa en el individuo “ya instalado en el bien”. Hoy, existe un umbral de entrada –o acceso- al Derecho que importa la exclusión de grandes grupos de personas: no todos llegan a ser propietarios,

contratantes, trabajadores o actores en un proceso[29].

VI. La estabilidad como medio técnico

Según Pablo CANDAL, “se entiende por medios técnicos al conjunto de instrumentos utilizados por el ordenamiento jurídico para garantizar la efectividad del principio protectorio; es decir, para disminuir los efectos de la desproporción en el poder negocial de las partes de la relación de trabajo”[30].

Así pues la estabilidad en el empleo resulta un instrumento “jurídico” del que se vale el ordenamiento laboral para cumplir con sus fines.

Resulta pertinente el tratamiento del tema como medio técnico del Derecho del Trabajo (DT, en adelante), ya que el sistema de protección de la estabilidad tiene una incidencia decisiva en la efectiva aplicación de las normas protectorias laborales.

Las leyes dictadas al calor de la revolución burguesa de 1789 no sometieron a reglas especiales la duración del contrato de trabajo. Las partes podían libremente determinar el plazo de la convención, siguiendo en esto los principios generales de la libertad de contratación. Pero las actuales leyes del trabajo, sostiene CANDAL, tienden, en cambio, a que este contrato tenga una duración indefinida y abarque, si es posible, toda la vida activa del trabajador, permitiendo el servicio perpetuo, que la vieja ley civil prohibía de una manera expresa y enfática; y cuyo antecedente más remoto lo encontramos en el Derecho Romano, cristalizado en el brocárdico *non potest locare opus in perpetum*.

Las razones de orden económico ceden a las de orden filosófico, político e histórico, que habían derivado en la prohibición de lo que se llamaba el compromiso de servicios a perpetuidad.

EL DT se basa, entonces, “en la estabilidad en el empleo. No se busca, sin embargo, someter al hombre a una nueva esclavitud sino liberarlo económicamente permitiendo lo mismo que el Código Civil prohibió con el ánimo de defenderlo de las prácticas de la servidumbre”[31].

Siguiendo a PLA RODRIGUEZ, concebimos a la estabilidad como una proyección del principio de continuidad de la relación laboral, puesto que la tendencia predominante es que

el contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo, ya que la relación de trabajo sólo puede disolverse válidamente cuando exista algún motivo justificado. Más adelante dedicaremos algunas líneas al tema de la motivación y la justificación en relación a la causa esgrimida por el empleador para poner término al contrato. Dicho tópico será analizado bajo el prisma normativo del Convenio 158, OIT (no ratificado por la Argentina) que, con sano criterio puntualiza que "no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad". Es decir, la gravedad del hecho que se impute al trabajador será definitoria al momento de juzgar si la sanción de despido es adecuada o si, en cambio, debió otorgarse al trabajador una oportunidad de rectificar su conducta[32].

DE LA FUENTE define a la estabilidad como el derecho que garantiza al trabajador la conservación del empleo[33]. A su vez, la clasifica en absoluta y relativa y ésta, a su vez, en propia e impropia. La estabilidad resulta absoluta cuando el despido *ad nutum* es ineficaz y el ordenamiento asegura la efectiva reincorporación del trabajador, mientras que es relativa cuando, violando el derecho a conservar el empleo, no se garantiza el reingreso. En cambio, la estabilidad relativa, por su parte, será *impropia* cuando el ordenamiento jurídico no sanciones el despido *ad nutum* con la ineficacia, estableciendo otros tipos de sanciones contra el incumplimiento contractual; será *propia* cuando la violación del derecho de conservar el empleo ocasione la ineficacia del despido, garantizándose la subsistencia del vínculo contractual.

Desde otra óptica se ha sostenido que "en nuestro sistema jurídico no existe la estabilidad en el ámbito privado del empleo. Si entendemos como lo hacen MACHADO y OJEDA[34] que la estabilidad es 'el derecho que garantiza al trabajador la conservación en su empleo', es fuerza concluir que el sistema jurídico argentino, en cuanto permite la rescisión contractual *incausada* por parte del empleador, previendo consecuencias de tipo económico para este

tipo de actos, no puede asignársele el calificativo de “estabilidad”, siendo más claro atenerse a la designación constitucional de mera “protección contra el despido arbitrario”[35].

Así las cosas, la ruptura *incausada* de la relación laboral (en el sector privado), puede perfectamente producirse sin otras consecuencias que una serie de imposiciones económicas para la persona del empleador. La indemnización sería entonces, también, una suerte de multa civil o una cláusula penal de origen legal que actuaría como un gravamen destinado a penalizar la conducta del empleador arbitrario. En términos económicos, un desincentivo o contraestímulo que el empresario debe necesariamente incorporar a su análisis racional de costos y beneficios a la hora de deliberar la decisión de prescindir de un trabajador[36].

En la esfera laboral puede predicarse que su aspecto sancionatorio aparece conceptualmente potenciado, en especial respecto a las situaciones protegidas mediante tarifas sensiblemente agravadas. Y es que si bien su beneficiario es la víctima de un daño injusto, no parece que aquellas guarden una relación necesaria con la medida de los perjuicios a reparar. En ocasiones parecen pensadas y cuantificadas en orden a operar un efecto preventivo o disuasivo de la conducta que se intenta evitar, a la que se grava de antemano mediante la imposición de una carga económica que se desentiende del daño real consecuente con la misma.

Así las cosas, la difusa categoría intermedia de la *estabilidad relativa propia* se caracterizaría, entonces, por la frustración de la restitución efectiva del vínculo como máxima aspiración de los trabajadores. Pero en este escenario, a diferencia de la estabilidad impropia, la nulidad del despido determinaría que el mismo continúa subsistente y que, por ende, el trabajador devenga salarios en su favor *mientras se encuentre a disposición del empleador* ya que en tal caso la inejecución de la relación de trabajo sería imputable sólo al empleador que se niega a suministrar tareas (art. 510 C.C.), salvo que opte por considerarse injuriado[37].

VII. ¿Hacia dónde vamos? ¿o volvemos?

Como regla general podríamos decir que, cuanto más intensa es la protección de la estabilidad en el empleo, menos margen se deja al beneficiario de los servicios del trabajador para utilizar la posibilidad de la ruptura del vínculo con el fin de lograr concesiones o renuncias del trabajador. De ahí que de algún modo,

el régimen jurídico de protección de la estabilidad coadyuva (si es eficaz para condicionar la conducta del empleador) a la aspiración del Derecho del Trabajo de que las obligaciones que imponen las normas laborales no sean eludidas por sus destinatarios[38].

Coincidimos con Julio César SIMON en el sentido de que "el derecho a la estabilidad propia en el empleo es el norte al que en materia de estabilidad debe apuntarse en el futuro, siendo de lamentar que en la Ley de Contrato de Trabajo no se reimplantara, por lo menos el régimen que protegía a los trabajadores bancarios y de seguros, reaseguros, capitalización y ahorro"[39].

Compartimos la opinión de MACHADO que "los convenios internacionales constituyen un marco de referencia insoslayable a la hora de apreciar el ajuste constitucional de los regímenes de despido; … según los mismos, el derecho "al" trabajo constituye un Derecho fundamental de rango no menor al de otros con los que pueda concurrir en competencia; … lo cual, en su borde negativo (como límite a la potestad de despedir), tiñe de antijuridicidad la validación del despido puramente discrecional, en tanto el mismo *no supone concurrencia alguna* con otros derechos fundamentales que pueda invocar el empleador".

En la misma sintonía sostenemos con ELIAS que: "Mucho se ha escrito recientemente en relación con la constitucionalidad de un régimen jurídico que establezca para determinadas hipótesis de despido, la declaración de nulidad del acto y la consiguiente obligación de reintegrar al trabajador despedido. El debate se actualizó a raíz de los repetidos fallos judiciales, que, con fundamento en lo dispuesto en la ley antidiscriminatoria 23.592, hicieron lugar a demandas en este sentido.

El debate ha quedado resuelto en máximo nivel luego del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa *"Alvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud"* ***[40]*** en la que el Alto Tribunal, por ajustada mayoría sentó el criterio de la constitucionalidad del acto que ordena la reinstalación de un trabajador despedido en circunstancias consideradas discriminatorias, revirtiendo la añeja jurisprudencia que ya desde *"De Luca"* en 1969[41] había juzgado inconstitucional el sistema de nulidad de despido establecido para los trabajadores bancarios.

Esta controversia, aparentemente saldada [por la estrecha mayoría de cuatro votos contra tres con que se resolvió la cuestión, lo que deja abierta la posibilidad de que, de modificarse la integración del tribunal por retiro de algunos de sus miembros más antiguos y de más edad, reduciéndose así el número de jueces, el criterio de la Corte podría variar] con el referido fallo de la Corte habilita la posibilidad de instituir un régimen de estabilidad propia para determinadas actividades, al estilo de lo que ocurrió en el pasado con los trabajadores bancarios y de seguros"[42].

En la misma senda recordamos que "la tutela contra el despido arbitrario y su relevancia incita a un replanteo axiológico de un sistema que creemos dikelógicamente positivo" en tanto (el concepto cabal de estabilidad propia y su régimen jurídico), "importa uno de los medios más eficaces de protección a la permanencia en el empleo que, por sus eficiencias, es susceptible de repercutir perfeccionando a las instituciones laborales relativas a la posición jurídica del trabajador en la empresa" [43].

Así se ha operado una transformación del estatuto de la empresa que ya no es un espacio privativo en que el empresario pueda ejercer un poder sin límites, sino que se la aborda como una entidad jurídicamente organizada. Es en este contexto que la severa limitación del poder de despido es un factor de potenciación real de la democracia y de la igualdad sustancial. Parafraseando las irónicas palabras de DAHL, y con un cierto desdén aristocrático, podemos afirmar que "no (me) cabe la menor duda de que muchos rechazarán sin más la idea de hacer extensivo el proceso democrático a las empresas, comprendiéndola necia y carente de realismo. Será útil, pues, recordar que no hace mucho tiempo la mayoría consideraba necio y carente de realismo, a los ojos del sentido común, aplicar el proceso democrático al gobierno del Estado Nacional"[44].

La relación entre la estabilidad y el despido tienen como punto de encuentro que el sustrato fáctico de la primera institución mencionada lo constituye la permanencia donde, al decir del maestro VAZQUEZ VIALARD, dicha expresión alude a un hecho íntimamente relacionado con la naturaleza de la producción y del trabajo, considerado como actividad tendiente a crear el sistema de provisiones que la sociedad pone a disposición de sus integrantes para que logren perfección de vida[45], comprende toda circunstancia que confiera expectativa o posibilidad de

conservación del empleo[46].

En relación con ello en la mecánica de la relación individual del trabajo el despido constituye una anomalía jurídica, por cuanto atentaría contra el principio de la estabilidad en el empleo, principio, según ALMANSA PASTOR, que es clave en el Derecho individual del trabajo, toda vez que la tendencia natural de la actividad profesional es precisamente su continuidad en el tiempo hasta los límites de la propia capacidad profesional.

VIII. El poder empresario y la estabilidad como dique infranqueable

Es sabido que el trabajador "se encontraba expuesto a perder su empleo en cada momento y como abundaba la mano de obra, aquel temor era uno de los elementos de que se valían los patronos para imponer condiciones de trabajo, modificarlas a su arbitrio o exigir a los trabajadores esfuerzos excesivos"[47].

Bajo dicha inteligencia, resulta dable señalar que "el arma de la inestabilidad" marcó acabadamente el primer momento del Derecho del Trabajo, que se escudó en un falso principio de la autonomía de la voluntad que, en los hechos, no constituyó sino la imposición del más fuerte o más hábil para contratar, según nos ilustra ALVAREZ citando a VAZQUEZ VIALARD. Pero la trascendencia del concepto bajo estudio se percibe al analizar los inicios de lo que se llamó la segunda etapa del desarrollo del derecho laboral, que se caracterizó por la intervención estatal fijando normas mínimas o máximas que restringían el ámbito de autonomía de la voluntad, porque la eficacia de los derechos subjetivos y de las acciones que las leyes concedían a los trabajadores en cierta medida estuvo limitada temporalmente hasta que se mitigó el poder de disposición del empleador sobre la suerte del contrato.

Resultan interesantes –y de gran claridad- las palabras formuladas por HUECK al referirse a la evolución de la protección contra el despido arbitrario en Alemania, cuando afirma que "donde no existía estabilidad el patrón podía privar al trabajador de su empleo y coaccionarlo para que, en los hechos, no hiciera uso de los derechos que las leyes laborales le acordaban"[48].
Será a mediados del siglo XIX cuando se protege por primera vez a los trabajadores de la ruptura abusiva del vínculo laboral, y se lo hace judicialmente. Son los jueces quines primero percibieron las nefastas

consecuencias sociales que se derivaban del despido incausado y, haciendo aplicación de los principios civiles de la culpa y prohibición del abuso del derecho, admitieron las pretensiones indemnizatorias que posteriormente tarifaría la ley francesa de 1890[49].

Como dice Alain SUPIOT, el derecho del trabajo tuvo que enfrentar una cuestión temible: “Un hombre libre ¿puede ser sometido al poder de su igual?”. Los principios del liberalismo que triunfan a fines del siglo XVIII derogan los lazos profundos que toda la historia había tejido entre el trabajo y la servidumbre del trabajador: esclavitud, vasallaje, trabajo forzado, policía de los pobres y hasta trabajo “regulado” del orden corporativo en cuyo seno el individuo trabajador no tiene ninguna independencia. En este sentido, la revolución a fines del siglo XVIII es una gran revolución también en el orden del trabajo. Pero plantea más problemas de los que resuelve[50].

Huelga memorar que “el orden contractual, que se impone a través del contrato de arrendamiento de la fuerza de trabajo, no expresa una relación de derecho, sino una relación de fuerzas. Ratifica la hegemonía total del empleador frente al asalariado, obligado a comprometerse en la urgencia a cualquier precio, puesto que la venta de su fuerza de trabajo es su único medio de sobrevivir. Para él, la imposición de la necesidad es el reverso y la verdad de la libertad del contrato”. Así, el orden contractual del liberalismo, en consecuencia, no funda un derecho del trabajo. Por el contrario, hace estallar la contradicción de una relación que supuestamente se establece entre dos individuos libres e iguales, y que de hecho instaura una forma moderna de la servidumbre de la persona al llevar a cabo, so capa del contrato, la dominación absoluta de uno de los participantes. El derecho del trabajo va a ser, precisamente, la construcción jurídica montada para administrar esta contradicción, humanizándola en la medida de lo posible. No derogarla, sino acondicionarla para hacerla *vivible* y compatible con los principios de un Estado de derecho. El derecho del trabajo no deroga la dominación patronal, le da un carácter preciso bajo la forma de subordinación salarial. En este sentido, puede decirse que la causa de un régimen lo más humano posible del trabajo compatible con el capitalismo y la causa del derecho del trabajo son indisociables: es la mediación del derecho del trabajo lo que impide que el trabajo sea instrumentado como una mera cosa (una mera fuerza de trabajo)[51].

IX. Tutelar al trabajador en forma

“estable”. Los derechos no se ejercen en forma “eventual” ni “precaria”

Estas cuestiones traídas a colación no son de entidad menor ni mucho menos un oxidado objeto de anticuario. No tienen como cometido sino visualizar la importancia de las huellas que el recorrido de nuestra materia ha transitado en aras de tutelar al trabajador. Este es el destino del derecho del trabajo. Y lo expresamos como advertencia toda vez que “la mercantilización de lo laboral parece haber dado un vuelco aséptico a los debates y reflexiones otrora referidos al progreso de las condiciones de trabajo y sus diversas vías”, pasando a discurrir sobre la mejor fórmula para mantener activa la población en edad de trabajar: pierde en buena parte el sesgo colectivo para perseguir tendencialmente un tratamiento individual, caso por caso, si bien mantiene todavía una enorme tensión –el trabajador como mercancía que se oferta en el mercado de empleo-, con la concepción que podríamos denominar *constitucionalista*, en donde opera el equilibrio de poderes entre sindicatos, empresarios y Estado[52]. Si bien hay quienes sostienen que “nos hallamos aquí ante una deconstrucción del derecho del trabajo, muy potente ya en el mundo anglosajón e incipiente en el continente europeo; y, ante semejante retorcimiento de las instituciones tradicionales, numerosas voces hablan del “desplome” del Derecho del Trabajo, del Derecho del Trabajo mínimo, o de la imparable crisis del Derecho del Trabajo, y se ofrecen soluciones imaginativas, como volver a los orígenes[53] o entrar en el Arca de Noé de la *flexiseguridad*, cuando no ofrecer alternativas no subordinadas o hasta filosóficas que enlazan con las propuestas de RIFKIN del fin del trabajo. La flexibilidad ha penetrado hasta tal punto en el mundo laboral que se ha convertido, *volens nolens*, en un paradigma, un nuevo principio cuya realidad y vigencia no hay necesidad de demostrar. Y los especialistas comienzan a elaborar ideas para transformar al fenómeno en una realidad socialmente aceptable … (y) A nadie escapa que la renuncia del Estado a su papel arbitral conlleva un reforzamiento del poder decisorio del empresario, que será mayor o menor en función de la importancia adquirida por el nivel colectivo.”[54]. Convengamos que la experiencia flexibilizadora argentina de los años noventa tuvo secuelas negativas –e indeseables- al extremo de pulverizar la industria y llevar al desempleo a niveles calamitosos. Vale decir también al respecto que la “salida” –o recuperación- no vino de la mano (invisible) del mercado ni de las recetas de corte neoliberal; en fin, la “desregulación” como desiderátum empresarial sucumbió estrepitosamente y requirió de la intervención del Estado

–*y pese a quien le pese*– para evitar (o amortiguar, por lo menos), el agravamiento de la crisis.

Más acá, sin exageración y siguiendo ahora al recordado Justo LOPEZ podemos afirmar que la reglamentación legal del despido o más exactamente de la disolución arbitraria del contrato de trabajo –entendiendo por disposición arbitraria la que no es resolución por incumplimiento o falta de trabajo- implicó un cambio fundamental en la estructura interna de la empresa y en la evolución de nuestra disciplina.

Claro está que persistir en dicho sendero protectorio implica necesariamente robustecer los medios técnicos diseñados normativamente a los fines de evitar la llamada "estabilidad de la precariedad" instalada en el mercado de trabajo.

De hecho, nos hemos encontrado ante una esquizofrenia de dos modelos igualmente pujantes y ferozmente contradictorios compitiendo sobre el mismo terreno: el modelo jurídico, paladín de la estabilidad en el empleo, y el modelo económico, posicionado sin fisuras en torno al empleo atípico y a la temporalidad.

Se ha sostenido que "el uso de las herramientas del derecho del trabajo para analizar el concepto de trabajador ha sido desafiado como nunca antes por la desintegración de la relación de empleo típica y la emergencia de nuevas formas de trabajo. Es necesario determinar qué elementos del contrato de trabajo habría que enfatizar para los diferentes propósitos sociales"[55]. De esta forma, a mi ver, debemos imbricar el tema elegido dentro de este contexto pues si vamos a apostar a volver a los orígenes, como aquí se intenta proponer, resulta forzoso concluir que dicha apuesta no puede prescindir de los datos emergentes de la realidad económica y los tiempos que ésta demanda (o impone). Es decir, proponer reforzar el sistema tutelar previsto para la terminación del contrato de trabajo en forma *incausada*, reposicionando al mismo trabajador rehén del discurso único que pretendió regir el mundo laboral durante el último decenio del siglo veinte, en el lugar que impone nuestra CSJN, como sujete de preferente atención (y tutela) constitucional, insistimos, como eje del sistema y no como mero engranaje descartable, básicamente temporal, inestable y atenazado por los "inflexibles" intereses económicos.

Así fue que "durante varias décadas los límites del contrato de trabajo habían permanecido estáticos, con las mismas dudas sobre las zonas grises que aparecían alrededor

de sus fronteras y los mismos debates sobre el fraude y la simulación de figuras contractuales. El debate se centraba en la aplicación de los criterios para considerar o no laboral a una relación de trabajo, pero no existía o no parecía existir, una preocupación por la fuerza reactiva del contrato de trabajo allí donde encontrara supuestos que correspondieran a su perfil. ROMAGNOLI lo expresó claramente al definir al Derecho del Trabajo como un Derecho de frontera, en continua expansión hacia nuevos supuestos. Se hablaba de la relación laboral normal y del contrato de trabajo típico, conceptos que reinaron pacíficamente desde la Ley Wagner (USA) de 1935"[56].

Abriendo un pequeño paréntesis va de suyo que la expansión debe responder siempre al principio de progresividad. Esto es: la obligación mínima por parte de los Estados consiste en la obligación de *no regresividad,* es decir que: deben abstenerse de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos sociales y culturales vigentes al momento de adoptar el tratado internacional. Esta obligación se articula con el principio de razonabilidad (art. 28, CN), ya que ambos principios tiene por objeto asegurar el debido proceso sustantivo a través del control de contenido de la reglamentación de los derechos. Por lo que, la obligación de *no regresividad* implica un control "agravado" del debido proceso sustantivo[57]. Expandir la panoplia de derechos, amplificar la zona de protección y reforzar la tutela.

Pues sabemos que "a partir de los años ochenta, con la globalización e informatización del trabajo y la atomización de las empresas, éste ámbito seguro y tranquilo comenzó a sufrir estremecimientos de intensidad progresiva en donde las fronteras se tornaron difusas y los especialistas comenzaron a preguntarse a dónde iba el Derecho del Trabajo. El contrato de trabajo, como un nuevo Imperio Romano, comenzó a sufrir invasiones en sus fronteras y al cabo de algunos años emergió una nueva geografía jurídica en donde se advertía un repliegue del tipo contractual y una amplia franja circundante de dudosa adscripción, donde pululaban numerosas situaciones jurídicas sin determinar. Algunos autores comenzaron a hablar de la insuficiencia del contrato de trabajo para explicar todos los fenómenos de laboralidad, y otros postularon la eficacia del derecho del Trabajo a todo tipo de personal, o como ellos decían, la creación de un "Derecho del Trabajo sin adjetivos"[58].

El proceso de "flexibilización" se ha realizado por medios diversos, que van desde el ajuste

a la baja de anteriores niveles de protección, hasta la 'desregulación' o remisión a la autonomía de la voluntad individual para la determinación de las condiciones de empleo y trabajo, pasando por la redistribución de atribuciones normativas entre la ley y la autonomía colectiva. Pero, vale acotar, siempre *a la baja*.

X. ¿Estabilidad *propia* en el empleo privado? Viabilidad constitucional

El artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional diferencia la tutela de la permanencia en el empleo público y la del contrato de trabajo privado, haciendo referencia a la "estabilidad" en el primer supuesto y a la "protección contra el despido arbitrario" en el segundo, fórmula amplia esta última, que deja a la prudencia del legislador el sistema a escoger[59].

Mientras el constituyente de 1957 no admite para el empleo otro sistema que el de la estabilidad absoluta, lo que se desprende de los antecedentes de la Asamblea Reformadora y de la discusión del artículo 14 bis, en especial las expresiones del Dr. Carlos BRAVO[60], miembro informante; en lo que respecta al contrato de trabajo privado, emplea una expresión genérica, flexible, comprensiva de los distintos efectos que, según el legislador, podría tener la violación al derecho de conservar el puesto. Se ha querido que la protección contra el despido se adaptara legislativamente a las distintas circunstancias socio-económicas que viviera el país, en función de su efectividad, recurriendo ya sea a la validez e ilicitud del despido arbitrario o negándosele eficacia a éste y tornando viable la reincorporación.

Ya Justo LOPEZ afirmaba que "la estabilidad propia no se opone al concepto "protección contra el despido arbitrario" de nuestra Constitución Nacional, sino que está dentro de éste y que en ningún momento un sistema que prohíba despedir arbitrariamente y prive de eficacia al acto resolutivo puede tildarse violatorio de la libertad de contratar o de iniciativa económica porque tales libertades o derecho se encuentran jurídicamente limitados por las "garantías sociales" y sólo la estabilidad propia podría juzgarse inconstitucional si también lo fuera el art. 14 bis de nuestra Ley Fundamental, norma base que transformó el espíritu de nuestra Carta Magna y consagró el control social de la conducta individual"[61].

Así las cosas, coincido con Eduardo ALVAREZ, en que resulta indudable que el despido

arbitrario es un acto ilícito y no podría nunca ser inconstitucional un sistema que a ese acto ilícito, en lugar de admitirlo y sancionarlo con una indemnización tarifada, simplemente lo aniquila en su efecto disolutivo del vínculo.

"La estabilidad relativa propia no es sino un sistema que se genera al aplicar los principios del derecho privado a los efectos de un acto cuyo objeto se encuentra prohibido y por ello no podría jamás impugnarse constitucionalmente sin sostener la antijuridicidad de toda nuestra reglamentación de la nulidad de los actos jurídicos, lo que sería tan absurdo como creer que se puede apartar de la teoría de los actos viciados al despido porque posee peculiares consecuencias si se declara nulo. Creemos que sólo un sistema que conceptualice en función de justicia la disponibilidad del empleador sobre la suerte del contrato es susceptible de dar vigencia y armonía a los derechos subjetivos del trabajador y a su posición en la empresa y la intensidad con que se proteja la permanencia es de primera relevancia"[62].

XI. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La CSJN ha sostenido en "Alvarez, Maximiliano y Otros c. Cencosud SA", del 07.12.2010, que "sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la 'protección contra el despido arbitrario' implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación".

Siguiendo a ARESE podemos definir la institución del despido laboral privado como libre, espontáneo y forfatario[63].

a) *Libre* en tanto del artículo 245 de la LCT puede decirse que se encuentra a disposición del empleador para su aplicación libre. EL hecho de que aquella norma indique que el despido sin expresión de causa trae aparejada una indemnización ha sido interpretado tradicionalmente como una "autorización" para despedir (el entrecomillado me pertenece y tiene vinculación con las palabras emitidas por Moisés MEIK, reproducidas en la nota número 9 del presente trabajo, donde se impugnaba la alocución introducida en el Informe de los Expertos, en referencia al despido como "derecho").

b) *Espontáneo*:

Tampoco el artículo 245, LCT impone condiciones procesales de carácter especial para la instrumentación del despido sin expresión de causa salvo la formalidad de que sea por escrito[64].

Ninguna causal de despido (jubilación, incapacidad, causas económicas, etc.) establece procedimientos previos al despido. Ergo, el despido aun causado es espontáneo y no procesalizado.

c) *Forfatario*:

Toda rescisión que no presente justa causa o, cuando esté prevista como causa autónoma, no reciba el respaldo de prueba, trae como consecuencia la aplicación de una tarifa (art. 245, LCT).

Podemos concluir con el profesor cordobés que "la doctrina tradicional de despido libre, espontáneo y forfatario y la consecuente discrecionalidad de las facultades empresariales en materia de organización y dirección y finalización han sufrido un proceso de franca revisión. Los diques al poder empresario son básicamente los nuevos derechos humanos sociales positivizados en el Derecho de los Derechos Humanos, especialmente en el plano internacional y, ahora, particularmente desde 2004, incorporados activamente a la jurisprudencia de la CSJN. De otro lado, aunque en forma concurrente, el reconocimiento de la transversalidad de esos derechos en el ámbito laboral, es decir, la aceptación del trabajador dependiente como dotado de personalidad civil o social y sujeto protegido de los derechos civiles en el amplio sentido del concepto"[65].

No podemos obviar aquí que en sus comentarios del Convenio 158, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) recordó más de una vez que la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la *piedra angular* de las disposiciones del Convenio. Sostuvo que al adoptar este principio, a tenor del artículo 4º, "el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización". En realidad, sostiene ARESE, el artículo 4º del Convenio no se limita a obligar a los empleadores a justificarlos despidos, sino que ante todo exige que en virtud del "principio fundamental de la justificación" no se despida a un trabajador salvo que para ello exista algún motivo relacionado con la capacidad o la conducta del

trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa[66].

A continuación transcribiré –a tenor de la precisión e inmejorable prosa- algunos párrafos de la publicación de MACHADO sobre el tópico que nos convoca: “Paradójicamente, aquéllo que la tradición tuviera por limitación objetiva del “derecho al trabajo” (a saber, la falta de una legitimación pasiva que recayera en sujetos privados y la baja intensidad de su contenido -limitado a un difuso deber promocional del Estado- cuando la interpelación se dirigía al sector público), está siendo revisitado como virtud. En el contexto de la “Estrategia de Lisboa” definida en el año 2000, con el declarado propósito de *remover los obstáculos al crecimiento económico mediante políticas compatibles con adecuados niveles de calidad en la ocupación*, la Comisión de las Comunidades Europeas produjo en noviembre 22 de 2006 el llamado “Libro Verde”, subtitulado “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI”. Aprobado por el Parlamento Europeo el 11.07.07, bien que con ciertas objeciones tocantes al modesto rol que el informe asignaba a “los actores sociales”, constituye una suerte de *soft law* que incorpora directivas y tendencias sin efecto vinculante. Aunque, lógicamente, no pueda considerárselo ajeno a las respuestas flexibilizadoras que vienen ensayándose con motivo de “la crisis griega” y sus secuelas.

Para decirlo con síntesis extrema, se propone allí la adopción del llamado “modelo nórdico” conforme al cual, previo el consabido diagnóstico sobre el agotamiento de la relación de trabajo tradicional, la *estabilidad en el contrato* sería sustituida por *la estabilidad en el mercado*. O sea, la protección devenida posible no sería ya en este discurso la del vínculo con un empleador definido, sino la de la permanencia como sujeto “empleable”.

Así, las políticas públicas debieran alentar una mayor flexibilidad de ingreso/egreso al compás de los flujos de necesidad de las empresas privadas, mientras que *la seguridad social* debiera ocuparse de las intermitencias, garantizando al trabajador circunstancialmente en paro no sólo un ingreso adecuado sino condiciones de *empleabilidad* que básicamente consistirían en proveerle formación profesional continua y el acceso a agencias estatales de colocación.

En dicho modelo aparecen varias inversiones de significado. Como apunta Fernández Avilés, el curioso modo de combatir la *segmentación del mercado de trabajo* entre trabajadores estables y temporarios, radica en precarizar a todo el mundo.

Conclusión la suya que no es exagerada si se piensa que la ecuación clásica de una seguridad social que actúa subsidiariamente y ante una contingencia de desempleo, esto es, con cierto rasgo de excepcionalidad social, se configura ahora como regla[67]. Con otras palabras, y en tren de hipótesis, tendríamos que repensar el rol del Derecho (en este caso Laboral en sintonía, siempre, con los postulados vigentes del derecho internacional de los derechos humanos), y evaluar si la coyuntura teñida de crisis, tantas veces, culmina invirtiendo las reglas y desoyendo el principio que se erige como *clave de bóveda* para aprehender el fatigoso mundo laboral, con la dinámica que impone su singular fisiología. Ahora bien, dicha senda tendrá, invariablemente, como resultante la capitulación del entramado jurídico que informa –desde su origen mismo- el Derecho del Trabajo, modificando la visión, apuntando al empleo (óptica macro) en reemplazo del contrato (óptica micro), en lo que concierne, al menos (y nada menos) a la estabilidad.

En este contexto, y en tren de conjeturas *mutatis mutandi* aplicables a nuestro tópico, BAUDRILLARD[68] habla de una "hiperrealidad" como movimiento de una teoría dependiente de la realidad a una realidad dependiente de la teoría. En una reformulación *autopoiética* se podría describir este proceso como una autonomización de discursos sociales especializados, en la cual las construcciones de la realidad de la comunicación social general están siendo progresivamente sustituidas por las construcciones de la realidad de los discursos especializados. El discurso jurídico inventa una "hiperrealidad" jurídica que ha perdido el contacto con las realidades de la vida cotidiana, y que, al mismo tiempo, impone nuevas realidades a esta vida cotidiana. Así "hechos institucionales" como la personalidad jurídica, el contrato y la voluntad son sólo la punta de iceberg de construcciones jurídicas del mundo que se desliza en el océano de los "hechos brutos" (*brute facts*) de la comunicación social difusa[69]. El discurso jurídico modifica cada vez más el significado de las construcciones cotidianas del mundo, y en caso de conflicto las sustituye por constructos jurídicos. Estamos –con la flexiseguridad- ante un nuevo "constructo jurídico"? En otros términos, y siguiendo con TEUBNER, "cuando no existe un acceso cognitivo directo a la realidad debemos conformarnos con que discursos distintos compitan entre sí y suministren construcciones de la realidad diferentes"[70].

XII. Breve conclusión

Entiendo que la estabilidad jurídicamente diseñada como medio técnico para garantizar la efectividad del principio protectorio y hacerlo operativo (esto es, para disminuir –hemos dicho- los efectos de la desproporción en el poder negocial de las partes de la relación de trabajo) importa una válvula del sistema cuya bondad en términos normativos no podemos desatender ni aminorar en función del principio de la progresividad imperante en el actual derecho internacional de los derechos humanos (fundamentalmente sociales, económicos y culturales). Pues, recordemos que "sin principio protectorio no hay Derecho del Trabajo". Igualmente sabido resulta que "los medios técnicos de los que se vale la disciplina para proteger al trabajador … son variables y contingentes y –en cuanto no se identifican con el principio y sólo conforman el modo de proteger- su ausencia no pone en cuestión la identidad del Derecho del Trabajo[71]. Nos preguntamos si los discursos europeos de la flexiseguridad ¿protegen realmente al trabajador? ¿será el fin (entendido como terminación y no como *thelos* en sentido aristotélico*)* del principio?

Pero, a su vez, el derecho a la estabilidad se erige en la materia tocante como una verdadera directriz política que propone un objetivo que ha de ser alcanzado y que supone inequívocamente una preferencia axiológica que la dota de características cuya "afinidad electiva" a la luz de la sana normativa internacional (especialmente el Convenio 158 de la OIT y la Recomendación 166 del mismo organismo), devienen ineludibles. Y que nuestra CSJN ha recogido el guante con certitud y cabal decisión en fallos que han atravesado el corpus normativo en materia laboral en clara dirección hacia el fortalecimiento del principio protectorio como opción dikelógica donde el hombre-trabajador-ciudadano importa el eje mismo del sistema tutelar donde "la *estabilidad en el trabajo* constituye un derecho fundamental del que sólo se puede ser privado cuando medien *razones igualmente constitucionales* que permitan postergarlo (entre las que no revista el argumento de la *libre descontratación*)"[72].

Como lo ha señalado la Corte Suprema en el *leading case* "Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A." (CSJN, 14.09.2004), *"no cabe admitir que sean las "leyes" del mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica"*. Así fue como la CSJN hizo lugar a los planteos de readmisión laboral, nulificando los "despidos discriminatorios" y si de

"muestra basta un botón", como dice el popular, y porque no sabio refrán, quizás con sus decisorios haya hendido una luz esperanzadora donde se preconice la estabilidad en forma vigorosa a partir de las Recomendaciones y Convenios afines de la OIT.

Por fin, la dicotomía manifiesta entre lo que hemos denominado "deontología jurídica" versus "ontología económica", confrontación de dos modelos con distinto *pedigree* disciplinar, debe ser visualizada, empero, por los operadores del derecho, fundamentalmente, a partir de los derechos humanos y el derecho internacional en clave laboral según la copiosa literatura especializada que tuvo carta de ciudadanía, finalmente, en los decisorios de la CSJN y a partir de allí se comenzó a perfilar un Derecho del Trabajo con acento –nuevamente- en el trabajador, y no como sucedió durante una larga, nefasta e infame década en función de un mercado excluyente (y sus arbitrarias recetas económicas) al margen del *rol* del Derecho[73] en su faz protectoria e inclusiva, profundizando y resignificando una variopinta paleta de derechos, libertades y garantías que demanda, *con justicia*, la hora actual, a favor del trabajador.

[1] GOLDIN, Adrián, *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, año 2009, p. 485.

[2] ELIAS, Jorge, "*La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario"*, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal Culzoni, año 2011, p. 14.

[3] ELIAS, Jorge, *op. cit*.

[4] MEIK, Moisés, *"El eje del debate debe ser la doctrina jurisprudencial y académica sobre la nulidad del despido discriminatorio y protección contra el despido ilícito o arbitrario"*, extraído de: http://www.vistadecausa.com.ar. Igualmente en *"El derecho al trabajo proyectado como un derecho de protección efectiva contra el despido"*, en *"El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional. A 50 años de la sanción del artículo 14 bis"*, coordinado por RAMIREZ, Luis, B de F, Montevideo-Buenos Aires, año 2007.

[5]
CUARTANGO, Gonzalo, *"La crisis y el derecho a la estabilidad"*, en *Revista de Derecho Laboral*, Actualidad, Rubinzal Culzoni, año 2009, p. 31.
[6]
TOSELLI, Carlos Alberto, *"El eterno retorno de las crisis (y sus previsibles perdedores)"*, en *Revista de Derecho Laboral*, Actualidad, Rubinzal Culzoni, año 2009, p. 54.
[7] Bien señaló Carlos PALOMEQUE que "la crisis económica siempre fue un compañero de viaje del derecho del trabajo" (Ver: ACKERMAN, Mario E., "*De ganadores y perdedores (Para la reconstrucción del derecho del trabajo y la seguridad social)"*, DT, 1997-A, 1055, p.150).
[8] MERCADER UGUINA, Jesús, *"Salario y crisis económica"*, Ed. Tirant Lo Blanch, España, año 2011, p. 29.
[9] Con respecto al Informe de los llamados expertos, las palabras de Moisés MEIK que a continuación se transcriben sobre dicho Informe, si bien resultan terminantes, por emplear una adjetivación edulcorada en honor al rigor que exige el presente trabajo, también considero que las mismas guardan suma razón y coherencia pues "a nadie puede sorprender lo que a modo de "disidencia", en la vertiente más reaccionaria, se sostiene en el capítulo sobre estabilidad y despido. En todo caso, lo que sorprende es el *gatopardismo* de la mayoría en ese punto, a través de una elaborada o planificada literatura, bien escrita literariamente, pero ambivalente para generar la confusión. Hasta que se le ve la pata a la sota. Hablar de "ejercicio abusivo del derecho de despedir", en uno de sus subtítulos. es lisa y llanamente coincidir con aquella disidencia recalcitrante, en cuanto a la anacrónica caracterización del despido *ad nutum* como acto legítimo.
Algo que ni a Capón Filas, ni a Cornaglia, ni a Fernández Madrid se le hubiera pasado por alto. Por eso, quizás, esos nombres, no estuvieron en esa Comisión. Ese expreso "contrabando" jurídico, erróneo, en el Informe, es funcional al quietismo y a la regresión normativa, como lo fue el Art. 11 de la ley 25013, que se pretende rehabilitar, con nueva cosmética de reparaciones mayores o no

tarifadas para bloquear la solución de la nulidad de ese tipo de despidos, doblemente ilícitos. Aquellos Maestros, (Capón Filas, Cornaglia, Fernández Madrid, no incurrirían en ese descuido, de considerar lícito al despido sin causa, un enfoque del informe, a mi juicio, para nada inocente". Fuente: ídem nota 4.

[10]

ASSOUN, Paul-Laurent, "*El perjuicio y el ideal. Hacia una clínica social del trauma"*, Nueva Visión, Buenos Aires, año 2001, p. 129.

[11]

ALVAREZ, Eduardo O., *"Algunas precisiones en torno a la estabilidad propia y su dimensión axiológica"*, DT, 1985, 469.

[12] Como breve digresión afirmamos con Silvia BLEICHMAR, que *"nuestra generación de intelectuales si no recupera sus raíces, corre el riesgo no sólo de perder su legado histórico sino de dejar a la sociedad argentina en su conjunto erráticamente librada a los oportunistas"* (Ver: BLEICHMAR, Silvia, *"Dolor País"*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2002, p. 33).

[13] Para ampliar esta visión, ver: GARGARELLA, Roberto, *"El derecho a la protesta – El primer derecho"* (en especial: *VIII. Derechos especiales para grupos desaventajados*), Ad-Hoc, 2005, p. 153. Es sabido que existen "grupos cuyas 'voces' resultan sistemáticamente ausentes de la discusión pública (p. ej., muchos grupos de inmigrantes), grupos siempre alineados dentro de minorías muy reducidas (p. e., ciertos grupos de aborígenes), grupos sobre los cuales se ciernen persistentes amenazas que, por alguna razón, el Poder Judicial se resiste a reconocer (p. ej., los más pobres).

[14]

Compartimos la opinión de ROMAGNOLI para quien *"la flexiseguridad es un oxímoron, una contradictio in terminis, defendida como panacea, discutible, por la Comisión Europea"* (Ver: ROMAGNOLI, Umberto, *"¿Un Arca de Noé para el derecho del Trabajo?"*, Lección inaugural del curso italo-latino-americano para expertos en los problemas laborales, organizado por la OIT, la Universidad de Bolonia y la Universidad de Castilla La Mancha,

Bolonia 2007, en http://baylos.blogspot.com).
[15] NINO, Carlos S., *"Fundamentos de Derecho Constitucional"*, Astrea, 2002, p. 709.
[16] Sin pretender impugnar aquí la "grandeza" del país del Norte, y a modo de *excurso*, solamente traigo a colación otra versión sobre el florecimiento económico del capitalismo "racional" del Occidente, desde la óptica del sociólogo alemán Max WEBER. Bajo dicha inteligencia, la creciente racionalización que caracteriza al cristianismo, culmina para WEBER en el calvinismo. Con su doctrina de la predestinación, que sostiene que los seres humanos ya nacen predestinados por Dios a la salvación o a la condenación eternas, el calvinismo obliga a sus adherentes a tratar de encontrar, en la vida cotidiana, las manifestaciones del favor divino, de haber sido elegidos por Dios para la salvación eterna. El ascetismo *intramundano* pasa entonces a ser su característica por excelencia; aquél que mediante su trabajo, frugalidad y su ahorro, logre progresar profesionalmente en la vida, podrá encontrar en su éxito una evidencia del favor divino. Y en un mundo tan religioso como el de comienzos de la modernidad, ello significaba mucho. Por eso, sostiene WEBER: "Estimamos que el problema fundamental a resolver es el de cómo pudo ser soportada esta doctrina en una época en que los problemas de la otra vida preocupaban infinitamente más que todos los intereses de la vida terrenal. Todo creyente tenía que plantearse necesariamente estas cuestiones: ¿pertenezco yo al grupo de los elegidos? Y: ¿cómo estaré seguro de que lo soy? Tales cuestiones relegaban a segundo término toda preocupación terrena". Así es que WEBER agrega: "… como medio principalísimo de conseguir dicha seguridad en sí mismo, se inculcó la necesidad de recurrir al trabajo profesional incesante, único modo de ahuyentar la duda religiosa y de obtener la seguridad del propio estado de gracia. La razón de que fuera posible considerar de este modo el trabajo profesional, como un medio adecuado de reaccionar contra la angustia religiosa, se apoya en ciertas hondas características del sentir religioso fomentado por las Iglesias reformadas…". (ver: WEBER, Max, *"La ética protestante y el espíritu del capitalismo"*, Ediciones Península, Barcelona). En suma, "el ascetismo intramundano desplaza así al ascetismo extramundano que durante siglos ha distinguido al cristianismo. El paradigma de individuo religioso deja de ser aquél que se aísla en la oración en los claustros conventuales, y que busca en el arrobamiento místico la

comunicación con Dios; el nuevo paradigma es el hombre de negocios, aquél individuo responsable y austero de comienzos del capitalismo, que busca poder llegar a demostrar, por medio del éxito económico logrado sobre la base de su sacrificio personal, que ha sido elegido por Dios para la salvación" (ver: PINTO, Julio, *"Max Weber actual. Liberalismo ético y democracia"*, Eudeba, Buenos Aires, 2º edición, año 1998, p. 78).

[17] TOSELLI, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 55. Lógicamente, expresa este autor, que para ser coherente con el postulado que se enuncia, la prohibición debe ser real, es decir, sin incurrir en la falacia lógica de prohibir algo para luego habilitarlo mediante el pago de una tarifa legal (aunque la misma sea agravada), ya que ello no suple los efectos nocivos que se pretende evitar y en muchos casos la conservación del empleo tiene aditamentos que no cubre meramente el pago de una suma de dinero (como la estima social o la inclusión en los beneficios de la seguridad social y, dentro de ello, por ej., el de la obra social para aquellos trabajadores o miembros de su entorno primario que pudieran padecer enfermedades crónicas o de largo tratamiento, etc.).

[18] MONTOYA MELGAR, A., *"La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa"*, RMTAS, 2005, p. 135.

[19] OJEDA AVILÉS, Antonio, *"La deconstrucción del Derecho del Trabajo"*, La Ley, España, año 2010, p. 632.

[20] Ídem nota anterior, p. 619.

[21] BECK, Ulrich, *"Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización"*, Paidós, Barcelona, año 2000.

[22] De hecho y como opuesto a lo hasta aquí dicho, existe una visión, digamos, optimista, expuesta por BRAIDOTTI, en contrasentido a las imágenes de migrante y exiliado, expresa este autor, el nómada no sufre la carencia de un hogar o el desplazamiento compulsivo, sino que es más bien un tipo de sujeto que ha

renunciado a toda idea, deseo o nostalgia de la estabilidad. Dicha figura expresa el deseo de una identidad hecha de transiciones, cambios sucesivos y coordinados, sin y contra una unidad esencial. Más allá del sonoro romanticismo que evocan dichas palabras, no comparto las mismas toda vez que el grueso poblacional que sufre, eventualmente, los embates del desempleo o la precariedad laboral, no vive siquiera en un ápice dicha situación en forma positiva. Desde ya que, igualmente, tampoco ha sido esa visión "optimista" la que se ha impuesto en nuestros días, a la sazón de los hechos de público y notorio conocimiento que *informan* la realidad.

[23] OJEDA AVILES; Antonio, *op. cit.*, p. 352.

[24] En dicho sentido, sobre la función del Estado como garante (ver: SUPIOT, Alain, *"Homo Juridicus – Ensayo sobre la función antropológica del derecho"*, Siglo Veintiuno Editores, 1º edición, año 2007, p. 147. Allí se sostiene que "la noción moderna de contrato no habría podido desarrollarse sin la fe en un garante universal de la palabra dada. Además, esa palabra no vale sino en la medida en que se adecua a la ley de ese garante: antes la ley divina, que exige que la convención tenga una justa causa, actualmente la ley del Estado, que sólo concede fuerza jurídica a las convenciones "legalmente formadas". La dimensión binaria y horizontal del intercambio o de la alianza no se hubiese vuelto el plano homogéneo y abstracto donde prospera la economía de mercado sin la dimensión ternaria y vertical del Tercero bajo cuya égida se forman los contratos … Desde el giro de la Ilustración, el Estado ocupa el sitio de garante de los intercambios, al menos en los Estados laicos occidentales".

[25] GOLDIN, Adrián, "*La tendencias de transformación del derecho del trabajo"*, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2002, p. 55. Allí, este autor, manifiesta que "no es desdeñable, pues, la hipótesis de que el ordenamiento laboral evolucione en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos –normas distintas para categorías diferenciadas-, y adquiera una conformación que haga necesaria *la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica*" (la bastadilla me pertenece: la pregunta que nos surge es si ¿esta nueva construcción dogmática, en dichos términos, significará una

evolución en términos protectorios?).
[26]
CSJN, fallos: “Vizzoti”, “Aquino”, “Castillo”, “Milone”, “Llosco”, “Cachambí”, “Silva”, “Madorrán”, “Rossi”, “ATE”, entre muchos otros.
[27] LORENZETTI, Ricardo L., *“Teoría de la Decisión Judicial – Fundamentos de Derecho”*, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 31.
[28] ELSTER, Jon, *“Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad”*, Fondo de Cultura Económica, 1995.
[29] LORENZETTI, Ricardo L., *op. cit.*, ps. 279 y 280.
[30]
CANDAL, Pablo, en “*Tratado de Derecho del Trabajo”*, Tomo I, Capítulo IX, dirigido por ACKERMAN, Mario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 717.
[31] Ídem nota anterior, p. 732.
[32]
ROCHA, Armando, en “*Tratado de Derecho del Trabajo”*, Tomo IV, dirigido por ACKERMAN, Mario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 193.
[33] DE LA FUENTE, Horacio, *“Principios jurídicos del derecho a la estabilidad”*, Zavalía, Buenos Aires, 1976, p. 19.
[34]
MACHADO, José Daniel, OJEDA, Raúl Horacio y ACKERMAN, Mario, en “*Las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo”*, en “*Tratado de Derecho del Trabajo”*, Tomo IV, Capítulo IX, dirigido por ACKERMAN, Mario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 235.
[35]
CUARTANGO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 25.
Este autor piensa que existe estabilidad o no, sin los matices que otras voces realizan en la doctrina respecto de los alcances que se otorgan a la protección reconocida a los trabajadores.
[36]
MACHADO, José Daniel y OTROS, *op. cit.*, p. 257.
[37]

MACHADO, José Daniel, *"Estabilidad y derecho "al" trabajo, a la luz de los instrumentos internacionales"*, en "*Revista de Derecho Laboral"*, Rubinzal Culzoni.

[38] CANDAL, Pablo, *op. cit.*, p. 733.

[39] SIMON, Julio César, *"La protección de la estabilidad en el empleo en la Ley de Contrato de Trabajo"*, DT, 1974, 867 y, a su vez, reproducido en *"Derecho del Trabajo – Doctrinas Esenciales"*, dirigido por FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, La Ley, Tomo I, Buenos Aires, año 2010, p. 1526.

[40] La Ley, 29.11.10.

[41] Fallos 273:87. JA 1-1969-565. Según Jorge RODRIGUEZ MANCINI, en el caso "De Luca" el pronunciamiento fue suficientemente definitorio acerca de los alcances que deben atribuirse a la cláusula constitucional del art.14 bis en cuanto asegura que las leyes deben otorgar "protección contra el despido arbitrario" expresando claramente que el régimen impugnado era "a todas luces exorbitante y falto de razonabilidad" y afecta la libertad de contratar en la medida que impone la obligación de pagar remuneraciones que no respondían a contraprestación alguna, a menos que el empleador aceptara –contra su voluntad- seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozaban de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia y además resultaba violatorio del derecho de propiedad del empresario ya que no resulta legítima la carga de seguir abonando remuneraciones que en cuanto tales, carecían de justificación lo que aparecía como una exacción a favor de los trabajadores" (Ver: *"Estabilidad impropia o relativa según la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Desde "De Luca" a ·"Madorrán" pasando por "Figueroa" y "UOM". Cuatro integraciones y un solo concepto"*, en DT, 2009 (agosto), 829. Huelga recordar que el citado fallo "De Luca" fue objeto de crítica doctrinaria (por caso: Justo LOPEZ) en punto a la conclusión terminante acerca de la inconstitucionalidad de una norma legal que estableciera un régimen de estabilidad absoluta.

[42] ELIAS, Jorge, *op. cit.*, p. 28.

[43] ALVAREZ, Eduardo O., *op. cit.*

[44]

DAHL, R. A., *"La democracia y sus críticos"*, Barcelona, 1992, p. 397. Citado por URIARTE TORREALDAY, Roberto, en *"El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa"*, en *"Colección Trabajo y Seguridad Social"*, dirigida por José Luis MONEREO PEREZ, Editorial Comares, Granada. Más allá de dicha expresión, que comparto totalmente, traigo a colación a BRONSTEIN quien pone en evidencia "… una correlación muy llamativa entre los regímenes dictatoriales y la legislación garantista" en América Latina, que menciona en particular los códigos de Nicaragua (promulgada en 1944 por Somoza), de la República Dominicana (de 1951 que recibió el nombre del "benefactor" Trujillo), el denominado "Código Duvalier", de Haití, el de Paraguay (Stroessner, 1961), el Código de Panamá de 1971 y la legislación peruana de los años 70. Ver: BRONSTEIN, Arturo, *"Reforma Laboral en América Latina: entre galantismo y flexibilidad"*, publicado en *"Revista Internacional del Trabajo OIT"*, Vol. 116 (1997), nro. 1, y citado, a su vez, por GOLDIN, Adrián O. en *"Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo"*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2002, p. 15 (nota nº 6 *in fine*).

[45]
VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *"Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social"*, T. I, Astrea, p. 5.

[46]
MONZON, M., *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, dirigido por DEVEALI, Mario, T. III, p. 300.

[47] DE LA CUEVA, Mario, *"Derecho Mexicano del Trabajo"*, T. I, 9º Edición, p. 79.

[48]
HUECK, Alfred, *"La protección contra el despido: su evolución en el derecho alemán"*, Rev. La Ley, T. LIII, p. 893.

[49]
ALVAREZ, Eduardo, *op. cit.*

[50]
CASTEL, Robert, *"El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo"*, Fondo de

Cultura Económica, Buenos Aires, año 2010, p. 72. Para quien “se observa una transformación profunda de la condición salarial. El salariado parece cada vez menos estructurado por esa configuración específica de la relación salarial por la cual, a cambio de la relación contractual por medio de la cual pone su capacidad de trabajo a disposición de un empleador, el asalariado se beneficia con todas las prerrogativas del derecho del trabajo y de la protección social. Éste es, pues, el doble dato masivo que a mi juicio está en el corazón de la coyuntura actual. Por un lado, el salariado es siempre la forma dominante de la organización del trabajo en nuestra sociedad, y los discursos sobre la salida del salariado no tienen ninguna consistencia (sin mencionar las declaraciones sobre la salida o el fin del trabajo). Pero por otro lado, y al mismo tiempo, el empleo clásico es cada vez menos la forma dominante de la estructuración del salariado, entendiendo por empleo “clásico” la figura que adoptó en la sociedad salarial: un empleo a tiempo completo, programado para durar (contrato de duración indeterminada) y enmarcado en el derecho del trabajo y la protección social. En otras palabras, no vamos hacia un “más allá del salariado, pero sin duda nos desplazamos hacia un más allá o más acá de la forma casi hegemónica de la relación salarial moderna que se construyó bajo el capitalismo industrial”.
En otro pasaje sostiene el sociólogo francés que “la hipótesis propuesta es que se asiste a un deslizamiento del empleo clásico hacia formas de actividad por debajo del empleo que podrían desembocar en última instancia en una sociedad de plena actividad, muy diferente de una sociedad de pleno empleo. Este movimiento dibujaría una salida de la sociedad salarial que no sería, sin embargo, una salida del salariado, porque la mayoría de esas actividades podrían seguir siendo asalariadas, pero perderían prerrogativas esenciales que habían sido vinculadas con el empleo y le daban un estatuto”. Por ello, coincidimos con GOLDIN cuando sostiene que “no es desdeñable … la hipótesis de que el ordenamiento laboral evolucione en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos –normas distintas para categorías diferenciadas-, y adquiera una conformación que haga necesaria la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica”.
[51] Ídem
nota anterior.
[52]
OJEDA AVILES, Antonio, *op. cit*., p.
555. Allí, este autor español trae a cuento las palabras de B. E. KAUFMAN (2007), quien indica que el paradigma de las relaciones industriales en USA consiste en que el trabajo no es una mercancía y este es el principio central y

teorema fundamental de las relaciones industriales. Un mercado libre, agrega, no puede sobrevivir ni ser eficiente sin instituciones de relaciones industriales que humanicen, estabilicen, profesionalicen, democraticen y equilibren la relación de empleo.

[53] ACKERMAN, Mario, *"Volver al principio, para no retroceder"*, ponencia presentada ante el XIV Congreso Nacional de DTySS, Mar del Plata 2002.

[54] OJEDA AVILES, Antonio, *op. cit*., p. 556.

[55] BERCUSSON, Brian, *"European Labour Law"*, Butterworths, Londres, 1996, p. 419.

[56] OJEDA AVILES, Antonio, *op. cit*., p. 356.

[57] En idéntico sentido: CORNAGLIA, Ricardo, "*El ataque al principio de progresividad"*, Errepar, D.L., marzo/94, p. 175. Ídem: *"La reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires y la consagración en la misma de los derechos sociales"*, DT 1995-A-43. Y, asimismo, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *"Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. estándares internacionales y criterios de aplicación de los tribunales locales"*, en: *"La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales"*, Autores varios, Compiladores ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, CELS, Editores del Puerto SRL, Bs. As. 1997, p. 334, 336 y ss.

[58] OJEDA AVILES, Antonio, *op. cit.*, p. 356.

[59] ALVAREZ, Eduardo, *op. cit.*

[60] En el considerando 4º del fallo "Madorrán" de la CSJN se recordaron las apreciaciones de este Convencional: "El poder discrecional, que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. Resulta muy difícil

obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios decide no utilizar más" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional
Constituyente, Año 1957, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, T. II, p. 1226).
[61]
LOPEZ, Justo, *"Es inconstitucional el
derecho a la estabilidad?"*, LT, T. XVII, p. 385 y ss.
[62] ALVAREZ, Eduardo, *op. cit.*
[63]
ARESE, César, *"La readmisión laboral en
el PIDESC, el Convenio 158 de la
OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo de la CSJN "Alvarez"*, en *"Revista de Derecho Laboral"*, 2011-1,
Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 35.
[64]
Desoyendo, por caso, la
Recomendación 166 de la OIT (1982).
[65]
ARESE, César, *op. cit*., p. 56.
Agregamos por nuestra parte que la aparición de los derechos fundamentales del trabajador, como hecho incontrastable de nuestra época, marca un giro cualitativo en su condición o estatus ya clásico, caracterizado por la conquista de un conjunto de derechos laborales en cuanto parte del contrato de trabajo. Leyes y Tribunales pugnan ahora por escenificar derechos fundamentales en la relación laboral, y si pudiera parecernos que el trabajador siempre los tuvo reconocidos, la frecuencia con que en la práctica se discuten podría convenirnos el cambio sin necesidad de consultar las regulaciones de nuevos derechos
relacionados con la protección de datos, la reserva o la intimidad y dignidad de la persona del trabajador. De poco sirve constatar que su aplicación en la empresa no alcanza la altura que tienen, haciendo hablar a BAYLOS de *dos ciudadanías* entre las cuales no hay
continuidad, pues tal retraso con la situación de extramuros no empaña la gran importancia del dato, el que disfruten hoy día de tanta importancia y relieve para las relaciones de trabajo. Sabemos con D'Antona, que la crisis de la racionalidad del Derecho del Trabajo, se debe entre otros factores a la aparición del ciudadano frente a la quiebra, verdadera o presunta, del derecho

"tutelar" constreñido a la condición concreta de "hombre situado", que en nuestro caso está representado por el "tipo ideal" del trabajador subordinado. Los derechos fundamentales contemplan al trabajador como ciudadano, en ejercicio de un *status civitatis*
común, a despecho de venir filtrado por los controles empresariales; si se quiere, las leyes laborales y las sentencias plasman la traducción laboral de unos derechos que el titular ya posee desde antes, o desde fuera, pero a lo sumo se trata de matices que no enturbian lo principal: la violación, por ejemplo, de la correspondencia privada en el ordenador de la empresa tiene idéntica estructura que si el hecho acaeciera en el ordenador del *club de fans* o de la asociación
gastronómica, aunque el distinto entorno contractual podría aparejar efectos adicionales. Es por eso que comenzamos a considerar ahora al trabajador prevalentemente
como ciudadano, más aún que como contraparte, en el sentido, no de que hayan desaparecido los derechos provenientes de su condición de sujeto del contrato de trabajo y de la relación laboral, sino de que tales derechos adquieren una tonalidad más gris, y ahora la línea de avance discurre por esta otra clase de derechos.

[66] Ver:
Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, Estudio general de 1995, "Protección contra el despido injustificado", y Observación de la CEACR, Francia
(2007), citado por ARESE, César, *op. cit*.,
p. 44.

[67]
MACHADO, José Daniel, *op. cit*. nota
32.

[68] BAUDRILLARD, *"L'echange symbolique et la morte"*, París, Gallimard, 1976, cap. II.

[69]
TEUBNER, Gunther, *"El derecho como
sistema autopoiético de la sociedad global"*, Universidad Externado de Colombia, 2005, ps. 46/7.

[70] Idem
nota anterior.

[71]
ACKERMAN, Mario E., *op. cit*., T. I.,

p. 314.
[72]
MACHADO, José Daniel, *op. cit.*
[73]
Sobre el rol del Derecho, ver: ROSATTI, Horacio, ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, año 2010,p. 23. Allí el destacado constitucionalista expone que "en el pensamiento occidental es posible reconocer –más allá de los casi infinitos matices- tres diferentes tradiciones en torno a cuál "es" (o cuál "debe ser") el rol del Derecho en la sociedad: o es un instrumento *principalmente moralizador*, o es un instrumento *principalmente pacificador*, o es un instrumento de *dominación*.
En el primer caso, el Derecho se propondría *conducir a la realidad* ("elevándola") *hacia un modelo ideal de vida*; en el segundo caso, se propondría *compatibilizar las conductas sociales sobre la base de múltiples transacciones*, y en el tercer caso, se propondría *mantener las cosas tal cual son*. Dicho de otro modo: en el primer caso el Derecho se propone *transformar la realidad*; en el segundo, *gobernarla o gerenciarla* (según los distintos enfoques); y en el tercero, mantener el *statu quo*"[73]. La pregunta de hierro sería cuál es el rol del Derecho (laboral) con relación al tema examinado y cómo rediseñar la "materia prima" jurídica –de *lege data*– con las proyecciones que emergen a nivel internacional a partir de la Recomendación 166 y del Convenio 158 de la OIT, fundamentalmente –de *lege ferenda*-, y su viabilidad (o concreción futura) ante la plástica coyuntura de los hechos imperantes que rigen –muchas veces en forma babélica- la economía (por definición: escasa).