

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

**Problemas centrales en la solución de
los conflictos y las controversias laborales**

por Carlos Alberto Etala

Anticipo de “Anales” - Año LXIV
Segunda Época - Número 57

Abril de 2019

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Vicepresidente

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Secretarios

Académico *Dr. José W. Tobías*

Académico *Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

Tesorero

Académico *Dr. Alberto B. Bianchi*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
academiadederecho@fibertel.com.ar
www.academiadederecho.org

Se terminó de imprimir en el mes de junio de 2019.

Discurso de recepción

por Jorge R. Vanossi¹

El doctor Carlos Alberta Etala, con quien me une una entrañable amistad, nació el 10 de enero de 1940. Cursamos todo el ciclo del Colegio Nacional y los inolvidables años de nuestra vida universitaria, con vocación, alegría y entusiasmo estudiantil.

El académico Etala cursó la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, de la que egresó en el año 1965, y obtuvo allí su doctorado en 2001 por su tesis “Principios de aplicación e interpretación de las normas de derecho del trabajo en el ordenamiento jurídico argentino”.

Junto con su mujer, Nelly, formó una familia que integran también sus hijos, Santiago y Lisandro, y sus nietas Lola y Jacinta.

¹ Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 25 de abril de 2019.

El recipiendario ha desarrollado una amplia carrera docente, ostentando cuatro títulos de catedrático: **Profesor Titular de Derecho Laboral y Relaciones Laborales** de la Carrera de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas del Departamento de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; **Profesor Regular Titular de Derecho del Trabajo II** de la Carrera de Licenciatura en Relaciones del Trabajo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; **Profesor Regular Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y **Profesor Consulto Titular** designado por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires.

Además, se ha desempeñado como Profesor invitado en los Cursos de Posgrado de la Universidad Católica de Buenos Aires y de Salta, y como Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, entre otras.

Es autor de numerosos libros, entre ellos “Contrato de Trabajo”, que ha tenido sucesivas y cada vez más completas actualizaciones y ediciones; “Derecho Colectivo del Trabajo”, una obra de ineludible referencia en la materia; “Derecho de la Seguridad Social”; “Interpretación y aplicación de las normas laborales”; “La reforma laboral en América Latina”; y “Diccionario Jurídico de interpretación y argumentación”.

Desde el año 1971 en adelante, ha publicado más de 120 artículos, ensayos y comentarios a fallos, en diversas revistas especializadas, nacionales y extranjeras.

Cabe destacar que, de sus publicaciones, es el autor más citado en los fallos judiciales del fuero laboral, lo cual enaltece el respeto y prestigio que lo honra.

En esas contribuciones no ha dejado tema por estudiar o abordar, con singular perspectiva y particular agudeza, desde la libertad sindical al derecho de huelga; desde las normas internacionales y la

labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al orden público laboral; desde la buena fe en el derecho del trabajo a la interpretación de las normas en el nuevo Código Civil y Comercial.

Ha participado en diversos congresos y seminarios en instituciones y casas de estudio de prácticamente todas las provincias del país y ha dictado conferencias en el extranjero, entre ellas en la Fundación Friedrich Ebert, de Lima, Perú; en el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad de París III, en Francia y ante la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, en Montevideo, Uruguay.

Su actuación pública es vasta.

El académico Etala ha sido **juez del Tribunal del Trabajo Nro. 2 del Departamento Judicial de San Martín**, Provincia de Buenos Aires y **árbitro integrante del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande**.

Asimismo, ejerció el cargo de Director Nacional de Policía del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación; integró la Comisión de Expertos para la Reforma de la Ley de Contrato de Trabajo en 1987; fue Director del Sistema Único de Registro Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y Presidente del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, entre 1992 y 1996.

También fue Secretario de Estado de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación; Delegado Titular Gubernamental Permanente ante el Consejo de Administración de la OIT y miembro del Comité de Libertad Sindical de la OIT en representación del Gobierno Argentino entre 1993 y 1996.

Por último (*last but not least*), el doctor Etala ha integrado la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo; la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Sección Teoría General de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, y se desempeñó como Consultor de la OIT designado Coordinador del Programa Nacional

para la Erradicación del Trabajo Infantil, entre otros cargos que dan cuenta de su valía profesional y científica.

Fue designado académico titular de nuestra entidad el 13 de diciembre de 2018.

Querido y noble amigo, viejo cofrade de la escuela secundaria y de la Facultad, tras estas breves palabras, que por cuestiones de tiempo no hacen justicia a tu amplia trayectoria y aporte al mundo del derecho del trabajo, estamos listos para escuchar con atención tu discurso de incorporación a esta Academia, que se jerarquiza con tu designación.

Problemas centrales en la solución de los conflictos y las controversias laborales

por Carlos Alberto Etala²

A partir del fenómeno social básico que constituye el sustrato material de las normas del derecho del trabajo, este es, la prestación por parte de ciertas personas de su fuerza de trabajo bajo la dependencia de otras a cambio de una remuneración, las distintas disposiciones que a él se refieren consideran aspectos diferentes. Por un lado, existen normas que rigen la relación que se establece entre un trabajador y un empleador individualmente considerados y sobre la cual se elabora doctrinariamente la teoría del contrato de trabajo y, por otro, surgen normas que se refieren a las relaciones que vinculan a un empleador o un grupo de empleadores con los grupos de trabajadores o las organizaciones que los representan. Como es sabido, el primer conjunto de normas constituye el contenido del derecho individual del trabajo, el segundo, el del derecho colectivo del trabajo.

² Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 25 de abril de 2019.

Para distinguir entre conflictos y controversias del trabajo habrá que recordar que en el Tercer Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en La Plata en el año 1965, en la Comisión presidida por el recordado maestro Enrique Fernández Gianotti, se definió el “conflicto de trabajo” como “cualquier desinteligencia con relevancia jurídica, que se produzca en las relaciones enmarcadas por el derecho del trabajo, en sus dos ramas, la individual y la colectiva”. En cuanto al concepto de “controversia”, el maestro español Guillermo Cabanellas de Torres, quien viviera en la Argentina y falleciera en nuestra Ciudad de Buenos Aires en 1983, propuso que se distinguiera entre “conflicto” y “controversia” porque esta distinción intentaba reflejar etapas diferentes en el decurso de la desinteligencia laboral. Mientras la expresión “conflicto” –según esta perspectiva– debía aplicarse para designar las pugnas que se producen en las relaciones laborales reveladoras de posiciones antagónicas que, teniendo su origen en intereses opuestos, conducen necesariamente a una actitud de lucha, la expresión “controversia” aplicada a las relaciones del trabajo, era indicada para designar una etapa distinta del conflicto, pues, mientras en éste, la pugna existe, en la controversia hay un punto de coincidencia, que consiste precisamente en que las partes antagónicas entran en discusión. Se entra en el terreno de la controversia no bien las partes en conflicto se ubican en el plano del razonamiento, aceptan un orden de discusión, lo cual presupone una disposición favorable al cese de la disensión.

Partiendo de la aceptación del concepto de “controversia”, este concepto sería aplicable –de manera típica– al proceso judicial en el que un trabajador –con fundamento en normas que respaldan su pretensión– demanda a su empleador en virtud de un contrato o relación de trabajo, y reclama, bien el pago de salarios adeudados o el de las indemnizaciones por despido, caso usual en el derecho individual del trabajo y también en el llamado “derecho colectivo del trabajo” en el que operan los grupos de trabajadores organizados en sindicatos, que, por ejemplo, habiendo desencadenado un “conflicto abierto” ejecutando de hecho una medida de acción directa, que podría

ser, en primera instancia ilegal, por ejemplo, un paro con ocupación del establecimiento, se avienen, –previa intimación de la autoridad administrativa del trabajo al cese de las medidas de acción directa decretadas– y a encauzar la discusión por la vía de la negociación, encuadrando el conflicto, en el marco de las instancias, obligatoria de conciliación y voluntaria del arbitraje, previstas en la ley 14.786 de 1959, para la solución del conflicto por la vía de la “controversia”, aceptando un orden de discusión lo que supone una disposición favorable de ambas partes para la cesación del conflicto, bien a través de una negociación que desemboca en un acuerdo conciliatorio, bien a través de un “laudo” arbitral dictado por un tercero ajeno al conflicto pero designado de común acuerdo por ambas partes.

Pasaremos, ahora, a centrar nuestra especial atención en las controversias individuales del trabajo que se entablan ante los jueces con competencia en lo laboral entre un empleador y uno o más trabajadores.

Para emprender este análisis haremos uso de conceptos que fueron y son utilizados muy fecundamente por quienes nos dedicamos a explorar las más modernas tendencias en materia de teoría general del derecho. Ante todo, debo referirme al vuelco fundamental dado en el año 1950 por la conferencia brindada por el jurista alemán Theodor Viehweg, cuyas ideas centrales fueron recogidas posteriormente en su obra “Tópica y jurisprudencia” en la que expone y destaca su visión del derecho como “problema” en contraposición a la perspectiva que aprecia el derecho como “sistema”, concepción esta última expresada típicamente por el normativismo de Hans Kelsen. La visión de Viehweg se acerca mucho más a la realidad efectiva del derecho porque tanto el abogado que recibe a un cliente en su bufete como el juez que debe abocarse al estudio de un expediente judicial, ambos se encuentran urgidos a resolver un “problema” con los instrumentos que les provee el derecho, entre ellos –desde luego–, los del sistema normativo pero que se complementan con los otros recursos argumentativos que les proporcionan las demás fuentes del

derecho o los criterios de objetividad en que los jueces fundan sus decisiones. A la concepción de Viehweg cabe agregar, entonces, a los seguidores de la “teoría de la argumentación jurídica” que es tributaria principalmente de la labor creadora de Chaim Perelman, profesor polaco que enseñara en la Universidad de Bruselas y de Robert Alexy, profesor alemán en la Universidad de Kiel.

A esos aportes debemos sumar los conceptos de “regla”, “principios” y “directrices” que tuvieron su origen en la obra del jurista norteamericano Ronald Dworkin, titulada en inglés *Taking rights seriously* (traducida como “Los derechos en serio”), profesor que sucediera al británico Herbert Hart en la cátedra de la Universidad de Oxford. Según esta distinción, las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas, o sea, a la manera del todo-o-nada. Si los hechos que estipula la regla están dados, o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Para Alexy –que también acepta esta distinción–, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Concuerta en que su aplicación es una cuestión de todo o nada. Las reglas no son susceptibles de “ponderación” y tampoco la necesitan. La “subsunción” es para las reglas la forma característica de aplicación en el Derecho. Esta característica típica tiene vinculación con otra distinción que se ha formulado y aceptado usualmente en el campo de la teoría general del derecho entre los llamados “casos fáciles” y los “casos difíciles”.

Los “principios”, en cambio, para Dworkin no operan como las “reglas”. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene. Las reglas no tienen esta dimensión.

Para Alexy, en cambio, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que

algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo que define a los principios como “*mandatos de optimización*”, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. Cuando el Capítulo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Art. XIV.- establece que “*Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo*” y agrega que: “*Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia*”, está sentando una “directriz política” en el sentido que le da Dworkin a la expresión *policy* y es más cercano al concepto de “principio” de Robert Alexy como “mandato de optimización” en cuanto la autoridad pública está obligada a su cumplimiento en la mayor medida posible, tomando en cuenta no sólo las posibilidades jurídicas sino también las fácticas.

Que los principios existen no cabe la menor duda puesto que están mencionados de manera expresa en normas tanto constitucionales como legales. Ante todo, la Constitución Nacional se refiere a los “principios”. En efecto, el art. 28 C.N. expresa que “Los *principios*, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos [se refiere a las “Declaraciones, derechos y garantías” del Capítulo I de la Parte Primera de la Constitución Nacional], no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y el art. 33 C.N. prescribe: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del *principio* de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Asimismo, la denominación de “principios generales del derecho del trabajo” está claramente incluida en el derecho positivo argentino por el art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo” (L.C.T.) que los

menciona juntamente con el principio “de la justicia social” como uno de los “principios de interpretación y aplicación de la ley”, tal como reza la rúbrica o epígrafe del mismo artículo. Desde luego no se trata de la única mención de los “principios” que registra nuestro ordenamiento jurídico. El art. 2º del Código Civil y Comercial también incluye a “los principios” como uno de los elementos a tener en cuenta por los operadores jurídicos para interpretar la ley. Desde luego, es posible, que en todos estos ordenamientos el vocablo “principio” no esté utilizado con el mismo significado jurídico.

La mención del art. 11 de la L.C.T. sobre los “principios generales del derecho del trabajo” no contiene, desde luego, ni una definición ni una enumeración de estos “principios generales del derecho del trabajo”, lo que ha dejado tanto esta caracterización como “directiva interpretativa” como la enunciación de estos principios, a la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia. Aunque no existe unanimidad entre los autores, lo cierto es que existe un cierto consenso básico en la siguiente enumeración de los “principios generales del derecho del trabajo”: 1) el principio protectorio; 2) el principio de continuidad, subsistencia o preservación del contrato de trabajo; 3) el principio de primacía de la realidad; 4) el principio de razonabilidad; 5) el principio de buena fe; 6) el principio de trato igual y no discriminación; y 7) el principio de indemnidad. Asimismo, no existe discrepancia en señalar como el principio de mayor importancia al que deriva directamente de la Constitución Nacional, que es el principio protectorio en tanto el art. 14 bis de la Carta Magna comienza diciendo que “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...*”, luego de lo cual el legislador constitucional pasa a enumerar los llamados “derechos sociales”.

La colisión entre “principios” y también entre “derechos” debe solucionarse a través de la “ponderación” que significa analizar cuál de los “principios” o “derechos” tiene un mayor “peso específico”. Un ejemplo típico del derecho colectivo del trabajo nos ayudará a es-

clarecer esta cuestión. La colisión que se produce entre ciertos tipos de ejercicio del derecho de huelga como la “huelga con ocupación de establecimiento” y la “huelga o paro de brazos caídos” y el derecho de propiedad de la empresa o establecimiento del empleador exige esta “ponderación”. Es obvio que la huelga con ocupación del establecimiento no puede tolerarse porque es una clara afectación del derecho de propiedad del empleador, puesto que, –por definición–, ese tipo de huelga resulta ilegítima en tanto excede el límite de la jornada de trabajo y su ejecución puede –de esta forma– configurar la comisión del delito de usurpación. En cambio, la huelga o el paro de brazos caídos exige una definición más fina; en efecto, mientras la huelga o el paro de brazos caídos se desenvuelve durante la jornada laboral en el establecimiento del empleador, puede considerarse legal mientras se desarrolla en forma pacífica pero adquiere el carácter de ilegal no sólo cuando se desenvuelve acompañada de actos violentos, sino también cuando intimada por el empleador la desocupación del establecimiento en razón de que los trabajadores no se encuentran prestando tareas, y desoyen esa intimación resistiendo el requerimiento del propietario de la empresa, la medida se transforma automáticamente en una acción directa ilegítima.

En otro orden de cosas, es interesante abordar el análisis de la distinción que se ha hecho en el ámbito de la teoría general del derecho, entre los “casos fáciles” y los “casos difíciles” porque ella permite afrontar la consideración de los medios de solución de estas distintas clases de controversias. Ejemplos tomados del derecho individual del trabajo nos permitirán apreciar con claridad esta diferencia.

El art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) determina que en los casos de despido del trabajador sin justa causa, el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización tarifada cuyas pautas de determinación están fijadas en el mismo artículo. Este es un claro ejemplo de caso “fácil”. ¿Por qué? porque no existen problemas ni con la premisa normativa ni con la premisa fáctica y, para el juez, justificar la decisión significa simplemente realizar un razo-

namiento deductivo, vale decir, aplicar la “lógica de la subsunción”, esto es, utilizar un “silogismo judicial” en el que la premisa mayor está constituida por la norma que prescribe que en los casos de despido sin invocación de causa o de justa causa, el empleador debe abonar una indemnización tarifada; la menor que da por comprobado fácticamente que el Empleador A ha despedido al Trabajador B sin invocación de justa causa, y la conclusión del Juez es la que imputa al Empleador A la consecuencia jurídica, o sea la condena a abonar al Trabajador B la indemnización tarifada prevista en el ya citado art. 245 de la L.C.T.

Muy distinto es el supuesto de los llamados “casos difíciles”, en los que, en contraposición con los “casos fáciles”, no es suficiente aplicar simplemente la “lógica de la subsunción”, sino que en su fundamentación el juez deberá recurrir a todo el abanico de recursos que le proporciona la teoría de la argumentación jurídica. Ante todo pueden surgir dificultades para identificar el problema por resolver, que pueden ser, por ejemplo, problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál es la norma que resulta aplicable al caso; existen también problemas de interpretación tanto de los hechos como de la inteligencia que cabe otorgar a las palabras o a la sintaxis de la norma o normas aplicables al caso; problemas de prueba cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; problemas de calificación o de valoración, cuando surgen dudas sobre si un determinado hecho –cuya ocurrencia no se discute– encuadra o no en el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

Dos ejemplos, tomados también del derecho individual del trabajo, nos servirán para ilustrar las dificultades que presentan estos “casos difíciles”. Uno puede ser representado por el caso en que se discute la existencia o no de un contrato de trabajo, situación de la que puede derivar tanto una sentencia de condena a abonar al trabajador las indemnizaciones legales por despido arbitrario, salarios

adeudados, indemnizaciones por falta de registro de la relación laboral, etcétera, o bien al rechazo de las pretensiones contenidas en la demanda. En este caso se trata de indagar por el juez si se ha acreditado por parte del trabajador la situación de “dependencia” que como nota característica del contrato o relación de trabajo prescribe la Ley de Contrato de Trabajo. Que la definición del concepto de “contrato” y “relación” de trabajo esté cifrado en un vocablo de tal grado de vaguedad como “dependencia” hace aplicable en forma analógica la misma metáfora esclarecedora que empleara Genaro Carrió para explicar los alcances del significado de la vaguedad de las palabras del lenguaje natural u ordinario. Existe un foco de intensidad luminosa bajo el cual se agrupan los ejemplos típicos, aquéllos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante en la que caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una “zona de penumbra” sin límites precisos. Paradójicamente, ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Exactamente lo mismo ocurre con la determinación de la existencia de la “relación de dependencia” que define al contrato o relación de trabajo.

No obstante, en este caso, el trabajador estará auxiliado por la presunción *iuris tantum* establecida por el art. 23 de la L.C.T., que, en su primer párrafo, establece: “*El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario*”. La jurisprudencia vigente ha considerado, con distintos alcances, como acreditadas estas “circunstancias”, “relaciones” o “causas”, que desvirtúan la existencia de un contrato o relación de trabajo, cuando se trata de trabajo familiar, trabajo de religiosos, trabajos benévolos, amistosos o de buena vecindad, trabajo voluntario, trabajo “amateur” y trabajo autónomo. Pero, además, el segundo párrafo del mismo art. 23 de la L.C.T., agrega: “*Esa presunción operará igualmente cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias*

no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio". Son dos nuevas situaciones que entran en el terreno de los "casos difíciles" de dilucidar porque el juzgador deberá desentrañar cuándo la invocación de un contrato de servicios, de obra, de locación de cosas, de concesión, de distribución, de transporte, de agencia, de representación, de mandato, de sociedad (en sus diversos tipos societarios), resulta una afirmación genuina y cuándo se trata de una mera apariencia, ardid, estratagema o simulación, para configurar un verdadero fraude laboral destinado a encubrir una evasión total de la normativa laboral y de la seguridad social.

Dentro de esta temática es necesario recordar que tanto el art. 21 de la L.C.T. que define el "contrato de trabajo", como el art. 22 del mismo cuerpo legal que define la "relación de trabajo", utilizan como palabra clave para conformar ambas definiciones el vocablo "dependencia", despojada de toda otra caracterización relevante, dejando librada su explicitación tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de los tribunales, los que han orientado su interpretación distinguiendo varios tipos de dependencia: la "dependencia jurídica", la "dependencia económica" y la "dependencia técnica".

En la configuración de la noción de "dependencia" y en la atribución del valor o significación práctica a cada uno de los tipos de dependencia no sólo se ha producido una variación histórica sino que analizando la práctica judicial se ha comprobado que no es la única noción o concepto que ha sido utilizado por los jueces para resolver las controversias concretas sino que muchas veces han sido usadas otras perspectivas, enfoques o concepciones.

Tal es el caso, por ejemplo, de la noción de "incorporación" o de "inserción" del trabajador en un establecimiento total o parcialmente ajeno, que lleva consigo o determinaría el carácter del trabajo prestado como dependiente o heterónimo. Sin embargo, en las situaciones concretas podrían generarse dudas sobre si esta incorporación o inserción se produce efectivamente y también si ella tiene un carácter laboral o no laboral.

Otro de los criterios que se han esbozado –tanto por la doctrina como en la jurisprudencia– para determinar la existencia de una situación de dependencia es si en la vinculación que une a las partes, quien aparece como empleador será aquél dotado de la potestad –que puede ejercer por sí o por medio de sus representantes– para sustituir, cuando lo creyere conveniente, la voluntad del trabajador por la suya propia.

También entre los casos “difíciles” está –en el ámbito del derecho individual del trabajo– y referido a la terminación del contrato o relación de trabajo, el referido a la “justa causa” de despido, tanto el directo, que decide el empleador como el indirecto, el que dispone por propia decisión el trabajador. A este respecto, el art. 242 de la L.C.T., prescribe en el primer párrafo: *“Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”*.

Una primera dificultad se presenta en la circunstancia de que, si bien en el Capítulo de la Ley de Contrato de Trabajo, titulado “De los derechos y deberes de las partes”, se encuentran enumerados derechos y deberes recíprocos, la enumeración no resulta exhaustiva porque el art. 62 de la L.C.T. bajo el epígrafe de “Obligación genérica de las partes”, expresa: *“Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad”*. Resulta claro que esta disposición genérica, para su aplicación, no es susceptible que su contenido sea sometido a la “lógica de la subsunción” que convertiría el problema interpretativo de esta norma en un “caso fácil”. Por el contrario, existen en esta disposición, “comportamientos” debidos que no están expresamente mencionados en las normas de la ley, pero que son “consecuencia” del contrato y que no solo resultan de lo estrictamen-

te convenido por empleador y trabajador, sino que surgen de ciertos deberes “implícitos” que no necesariamente emergen del contrato de trabajo y de la ley que lo regula –o sea, la L.C.T.–, sino también de otras normas como los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, pero, además, todos ellos, apreciados “*con criterio de colaboración y solidaridad*”.

Asimismo, debe destacarse que el mismo art. 242 de la L.C.T. impone que no cualquier inobservancia contractual constituye una “justa causa” de despido sino que debe tratarse de un incumplimiento contractual calificado, en tanto se requiere que la inobservancia configure “*injuria*”, que “*por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación*”, lo que exige que se haya causado una grave ofensa o perjuicio a la parte agraviada, agravio que puede ser tanto en el plano material o patrimonial como en el moral. En el segundo párrafo del mismo artículo 242 de la L.C.T., se expresa que: “*La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso*”. Nuevamente la ley exige una “valoración” o “calificación” de los jueces sobre el carácter de la inobservancia que debe ser grave lo que excede notoriamente la aplicación de un simple silogismo judicial, puesto que ello exige una actividad evaluativa del juez según las modalidades y circunstancias personales en cada caso concreto, lo que requiere indagar y evaluar sobre la duración de la relación, el medio en que ella se ha desarrollado y el comportamiento de las partes han observado a lo largo de la vinculación.

Asimismo, quiero destacar una disposición normativa, la del art. 11 de L.C.T. que se refiere en su rúbrica a los “Principios de interpretación y aplicación de la ley” y, que, en su texto, expresa: “*Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del*

derecho del trabajo, la equidad y la buena fe". Robert Alexy ha sostenido en sus principales obras lo que se ha constituido en la tesis central de su concepción, esta es, que el discurso jurídico debe considerarse un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Asimismo, ha afirmado categóricamente que todo ordenamiento jurídico tiene una pretensión de corrección y que todo ordenamiento jurídico que no tenga pretensión de corrección es un ordenamiento deficiente. El art. 11 de la L.C.T. revela precisamente el contenido ético que fundamenta el derecho del trabajo en cuanto la interpretación y aplicación de sus normas debe inspirarse en ciertos principios y valores como la justicia, la equidad y la buena fe.

Pero ha sido un último factor el que ha incidido decisivamente en la transformación de las controversias laborales en un grado creciente en "casos difíciles". Las indemnizaciones tarifadas del derecho del trabajo, fueron originariamente creadas con la finalidad de permitir al empleador –necesariamente un empresario– calcular con certeza el costo de producción de la mano de obra de su industria o el costo laboral de los servicios que presta. Esta finalidad originaria se ha visto amenazada clara y progresivamente por una concepción doctrinaria primero, luego transformada en práctica jurisprudencial, que aprecia que dichas indemnizaciones tarifadas, pueden ser superadas en ciertos casos –que fueron creciendo exponencialmente– en los que eran susceptibles de acrecentamiento por los daños y perjuicios del derecho común. Una primera versión de esta concepción doctrinaria y jurisprudencial proviene de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual entendiendo esta corriente interpretativa que las indemnizaciones tarifadas constituyan un resarcimiento derivado de la responsabilidad contractual pero que cabía reconocer una indemnización por daño moral en aquellos casos excepcionales en que la medida de despido fuera acompañada por una conducta adicional que resultara civilmente indemnizable, aun en ausencia de un vínculo contractual. Esta primera versión nació vigente el derogado Código Civil, pero fue continuada con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación –que ha disuelto la distinción

entre responsabilidad contractual y extracontractual, con el reconocimiento de una indemnización por daño moral cuando el hecho que determina el despido fuese producido por una conducta dolosa del empleador o de sus dependientes, entendiéndose por “dolo” cuando el daño se ha producido de *“manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*, tal como lo determina actualmente el nuevo Código. A ello se agrega que la aplicación de la ley 23.592, llamada “Ley Antidiscriminatoria”, aprobada en 1988, ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicable a las relaciones del trabajo y, consecuentemente, en los casos de “despido discriminatorio” se habilita al trabajador damnificado para demandar judicialmente a su empleador se deje *“sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”*, tal como lo autoriza el art. 1º de la citada ley. Es evidente, entonces, que en las relaciones individuales del trabajo en las que se suscitan controversias judiciales los “casos difíciles” han superado actualmente de manera abrumadora los llamados “casos fáciles”, en los que se aplican sólo los procedimientos silogísticos simples de la lógica de la subsunción.

Hans Kelsen cita al jurista Gray quien haciendo suyas las palabras del obispo Hoadly decía así: “Aquél que tiene una absoluta autoridad para interpretar las normas jurídicas escritas o habladas, es en realidad el verdadero legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por primera vez las escribió o transmitió verbalmente. Agregaba que *“A fortiori*, aquel que tiene una absoluta autoridad no sólo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, resulta en realidad el legislador” y concluía que “la forma en que una ley es impuesta a la comunidad como regla de conducta, es aquella ley tal cual, interpretada por los tribunales. Los tribunales dan vida a las palabras muertas de la ley”. Esto nos permite llegar a la conclusión de que toda sociedad democrática se construye a partir de la capacidad intelectual, rectitud moral y transparencia en los procedimientos de quienes tienen el deber de impartir diariamente justicia y, desde luego, nuestra querida República no es –por cierto– una excepción.