

Voces: IUS VARIANDI

Título: La Corte bonaerense cambia su doctrina respecto del art. 66 de la LCT

Autor: Carcavallo, Hugo R.

Cita: MJ-DOC-4046-AR | MJD4046

Producto: MJ,LJ

1. Salvedad hecha del Dr. Pettigiani, cuyo voto se apoya en precedentes que constituían la doctrina del tribunal, los restantes miembros, apartándose de tales precedentes, adoptan otra posición sobre el significado y los alcances del art. 66 de la LCT. Creemos que la doctrina anterior es o fue hasta ahora la generalizada, con naturales excepciones (ver p. ej. Digesto Práctico La Ley, Ley de Contrato de Trabajo, Director ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, Coordinador RAÚL H. OJEDA, 1ª Edic., 2003, t. I, ps. 528/529 y 535/536, núms. 4658 a 4667).

El Dr. Soria ataca la interpretación que se venía haciendo de la norma apelando al cambio de la realidad socio económica del país, por obra de una crisis de magnitud extraordinaria y con repercusión notoria en el mercado laboral, cuadro que coloca al trabajador en un estado de indefensión cuando media un ejercicio abusivo del ius variandi.

De tales consideraciones generales descende a la literalidad del artículo 66 y encuentra que el hecho de hablarse allí de una “posibilidad”, demuestra “la voluntad del legislador de retener para el trabajador la forma de proteger mejor sus derechos”, cuestionando la medida a través de otros instrumentos jurídicos, por ejemplo, la exceptio del art. 1201 del Código Civil, forzada salida —respetuosamente lo decimos— que deja de lado el claro texto aplicable y sus antecedentes, los cuales procuraron aventar soluciones de ese tipo.

2. Con algunas consideraciones concordantes el Dr. de Lázzari adhiere al voto del Dr. Soria y el Dr. Negri, cuestiones fácticas aparte, manifiesta: “una renovada reflexión me conduce a realizar una lectura de la norma del art. 66 de la LCT más armónica con el principio protectorio”, añadiendo que los efectos de la interpretación restrictiva que robusteció la reforma de la ley 21.297 “evaden los principios de continuidad e irrenunciabilidad”. El Dr. Roncoroni adhiere a los fundamentos de los Dres. Pettigiani y Negri, con especial señalamiento del derecho del trabajador a demandar, en sede judicial o administrativa, que se restablezcan las condiciones pactadas o acudir a la exceptio non adimpleti contractus.

Una digresión. En el sistema transaccional, tarifario y de estabilidad relativa que nos rige, cuya inequívoca expresión es la norma del art. 245 de la LCT, no alcanzamos a vislumbrar qué dispositivo legal permitiría a la autoridad administrativa o, incluso, a un juez, ordenar el restablecimiento de ciertas condiciones de trabajo; como hipótesis algo más que excepcional en el ordenamiento vigente, sólo recordamos la limitada facultad temporaria del art. 10 de la ley 14.786 relativa a los conflictos

colectivos. En ese sistema, tampoco es coherente prever posibilidades para el *ius variandi*, cuando reconoce el despido *ad nutum*, correspondiendo en ambos supuestos abonar idéntica indemnización.

En cuanto a la retención de tareas, prescindiendo de los términos del art. 66, podría hallar sustento en el principio genérico del art. 79 de la LCT, habiendo sido admitida por la jurisprudencia principalmente tratándose de la falta de pago oportuno de las remuneraciones —hecho por lo común bien concreto—, aun cuando hay discrepancias doctrinarias respecto de la devengación de salarios durante el tiempo no trabajado (ver op. cit., t. I, p. 197, núm. 7671). Simplemente recordamos la vasta gama de situaciones disímiles y discutibles que envuelve el *ius variandi*, instituto reconocido precisamente por las mutaciones que distinguen al contrato de trabajo.

3. Sin ánimo de aventurarnos en lo lingüístico, anotamos que posibilidad no es sinónimo de alternativa, como podría inferirse del voto del Dr. Soria. Según el Diccionario de la Lengua Española (21ª Edic., 1992), posibilidad, en su segunda acepción, significa “aptitud o facultad para hacer o no hacer una cosa” (t. II, p. 1646) —en el caso considerarse o no despedido— mientras que alternativa significa “opción entre dos o más cosas” (t. I, p. 115) —en el caso, considerarse despedido o utilizar otros instrumentos jurídicos, no especificados en el precepto—.

Y si el art. 66 reconoce que al trabajador sólo le asiste la posibilidad de colocarse en situación de despido indirecto (art. 246 LCT), no parece que el texto tolere el reconocimiento al interesado de alternativas varias y no definidas, máxime después de la reforma introducida por la ley 21.297, con un sentido que se pasa por alto.

4. En definitiva, que sin otro soporte que el de una interpretación gramatical más que opinable, la redacción del art. 66, reformado por la ley 21.297, acaba de cobrar en la Provincia de Buenos Aires mayor amplitud que la del art. 71 de 1974, que no abría un abanico de posibilidades, judiciales o administrativas, y que atendiendo a las prealudidas características del contrato, exceptuaba expresamente de la acción judicial concedida a las condiciones y modalidades que “sean generales para el establecimiento o sección”, resultado final que con todo respecto estimamos paradójico.(1)

No desconocemos los problemas que hubo y que hay acerca de la interpretación de la ley y que en el campo jurídico y en otros se propugnan métodos dinámicos o libres que, por el paso del tiempo, independizan el texto de la concepción del autor. BORDA impugnó que se atribuyera al juez un papel pasivo frente a la ley, porque integra el orden jurídico y está inserto en él como un elemento vivo, para darle flexibilidad y brindar la justicia más ajustada a las circunstancias del caso y más sensible a las cambiantes exigencias sociales, pero no dejó de afirmar el respeto de la ley, anotando que la libre interpretación en sus consecuencias más extremas importaría la arbitrariedad y el desorden con grave desequilibrio de los poderes del Estado (Tratado... Parte General, t. I, p. 218, núm.201).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó de antiguo un principio básico que creemos no se ha observado, afirmando que la primera regla de interpretación consiste en respetar la voluntad del legislador, ateniéndose al sentido de las palabras que ha utilizado (Fallos: 248:111; 302:973; 304:1007; 308:1745; etc.), regla recogida por BORDA (op. cit., p. 223).

Y si la crisis, los cambios económicos y sociales, etc., han modificado el cuadro fáctico, en nuestro esquema institucional la capacidad creadora de los jueces tiene en tal regla un límite preciso, siendo el legislador quien debe dictar las normas adecuadas a las nuevas realidades. Ese es el remedio y no el hacerle decir a la ley lo que no dice, ni quiso decir, con el consiguiente riesgo de interpretaciones dispares que socavan a la seguridad jurídica.

A propósito. Reiteramos que la flamante versión pretoriana del art. 66 de la LCT visiblemente pasa por alto la reforma de la ley 21.297, conforme ya sucediera, no sin inconvenientes, con la práctica

eliminación jurisprudencial de la figura de la falta de trabajo (ver Suspensión por causas económicas, Revista de Derecho Laboral, 2003-1, ps. 268/272).