

LA FACULTAD DE DIRECCION (*)

I

El tema primero bajo el nombre de «facultad de dirección» se refiere, en realidad y como se advierte por su desarrollo, especialmente al mencionar la «organización» y el «orden disciplinario» a la totalidad de las llamadas facultades o poderes jerárquicos del empresario. En efecto, la facultad o poder de dirección puede entenderse en un sentido amplio, tal como lo hace nuestra Ley de Contrato de Trabajo en el artículo 5 cuando dice que se llama empresario a quien dirige la empresa por sí o por medio de otras personas y con quien se relacionan jerárquicamente los trabajadores, o bien puede entenderse en sentido más estricto y limitado, tal como lo hace la misma ley en el capítulo VII del título II cuando enumera una facultad de organización (art. 64) (1), una facultad de dirección (art. 65) (2) y una facultad disciplinaria (art. 67) (3).

(*) N. de R.—El presente trabajo constituyó la ponencia sobre el tema I de los que fueron objeto del VI Congreso Nacional [Argentino] de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su título completo fue: *La facultad de dirección en la Ley de Contrato de Trabajo*: a) *Organización*; b) *Orden disciplinario*; c) *Jus variandi*. Publicamos el original, que nos fue entregado por su autor, sin otra modificación que añadir por vía de notas los preceptos de la Ley argentina de Contrato de Trabajo (Ley 20.744, modificada por Ley 21.297; publicada la primera en 27 de septiembre de 1974 y la segunda en 29 de abril de 1976), que se citan en el ensayo; de esta tarea se ha encargado el profesor TORTUERO.

En otras páginas de esta REVISTA puede leerse una crónica del Congreso citado.

(1) Art. 64. Facultad de organización.—«El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento.»

(2) Art. 65. Facultad de dirección.—«Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.»

(3) Art. 67, p. 1.º Facultades disciplinarias.—«El empleador podrá aplicar me-

Vale decir que la expresión facultad o poder de dirección puede significar el conjunto de los poderes jerárquicos del empresario —mediante los cuales éste dirige efectivamente la empresa— o bien uno de esos poderes, el llamado poder directivo, por oposición a los poderes de organización y disciplinario, que la ley distingue de él. En esta segunda acepción, el poder directivo resulta ser la facultad de impartir directivas concretas, individualizadas y cambiantes, de acuerdo a los requerimientos también concretos, individualizados y cambiantes de la actividad de que se trate —las «órdenes de servicio» a que alude Barassi— (4) pero también «normas de carácter general y continuo formuladas de manera abstracta en los reglamentos de empresa o bien en circulares...» (5) a diferencia de las cuales las mencionadas «órdenes de servicio» son emitidas caso por caso (6).

Como se ha dicho, entonces, en el Tema I la expresión «facultad de dirección» está tomada como comprensiva de la totalidad de los poderes jerárquicos del empresario.

Por lo demás, en esta relación no se harán problemas de designaciones: sí debe hablarse de derechos, facultades o poderes. Se consideran admisibles todas esas designaciones de las posiciones jurídicas subjetivas a que se refiere el Tema I.

El uso de la expresión «poder» o «poderes», simplemente destacará la diversidad de esas posiciones jurídicas subjetivas respecto de otras, como por ejemplo, los derechos de crédito, según el esclarecimiento de Santi Romano en sus «Fragmentos de un Diccionario Jurídico» (7). Conviene aclarar que la expresión «poder» no alude, por sí, a la titularidad de funciones públicas, ni siquiera a funciones propias de una autoridad, sea ésta pública o privada: los poderes de las autoridades tanto públicas como privadas resultan simplemente casos particulares o especies del género poder jurídico, ya que puede haber poderes privados ejercitables por quienes están desprovistos de autoridad, como es el caso de los poderes negociales (es decir, poderes de realizar negocios jurídicos: contratos, testamentos, etc.), o el poder de denuncia de la relación de trabajo por parte del trabajador. Claro está que, en el caso de los poderes a que se refiere

didas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador.»

(4) *Tratado de Derecho del Trabajo*, trad. española del doctor MIGUEL SUSSINI (h), tomo II, Buenos Aires, 1953, pág. 407.

(5) Autor, *ob. y op. cit.*

(6) Autor, *ob. y op. cit.*, pág. 408.

(7) Traducción española de SENTÍS MELENDO y AYERRA RENDÍN, voces, *Poderes, Potestades*, pág. 297, y *Decadencia*, pág. 121, Buenos Aires, 1964.

el Tema I se trata de poderes de una autoridad privada, el empresario, como lo indica en el artículo 5.º (8) de la LCT al hacer referencia a la relación «jerárquica» entre él y los trabajadores; y también el artículo 86 (9), al referirse a órdenes o instrucciones del empleador que el trabajador debe obedecer.

Las facultades o poderes jurídicos que nos ocupan son plurales, según la LCT, que distingue, por lo menos, tres: un poder de organización, un poder directivo en sentido estricto y un poder disciplinario; esto sin considerar a parte el *ius variandi* que la doctrina entiende incluido en el poder directivo en sentido estricto.

Es sabido que Rouast y Durand (10), estrechando la analogía entre el grupo laboral y la comunidad política, hablaron de tres poderes jerárquicos del empresario: poder reglamentario, poder directivo y poder disciplinario, semejantes a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial del Estado. Entre nuestra LCT y esa división tripartita de los autores franceses se encuentra la diferencia de que aquélla sustituye el poder reglamentario por el poder de organización, que va más a lo hondo, como una suerte de poder constituyente de la empresa.

II

El hablar de poderes de una autoridad privada en analogía a la autoridad pública estatal y de la empresa como grupo (grupo organizado), ya abre cauce a la polémica, pues es sabido que existen teorías o concepciones de la empresa, que podrían llamarse individualistas, que quitan relevancia al carácter o aspecto comunitario de la empresa laboral, precisamente como fundamento o sustento racional de esos poderes. Y la polémica asuma en las comunicaciones recibidas. Incluso puede decirse que se destaca y llama la atención en varias de ellas la que se puede llegar a

(8) Art. 5, p. 2.º Empresa-empresario.—«A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa.»

(9) Art. 86. Cumplimiento de órdenes e instrucciones.—«El trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes. Debe conservar los instrumentos o útiles que se le provean para la realización del trabajo, sin que asuma responsabilidad por el deterioro que los mismos sufran derivados del uso.»

(10) *Droit du Travail*, núm. 105, París, 1961, pág. 133.

llamar apasionada afirmación de ese carácter comunitario de la empresa y del fundamento en él de las facultades o poderes jerárquicos de la dirección empresarial. Así, por ejemplo, en el caso de una incitante y novedosa comunicación del Dr. Vázquez Vialard sobre «La empresa como comunidad de personas: su aporte al Derecho del Trabajo»; igualmente en el caso del Dr. Capón Filas quien, en su comunicación sobre «El poder de dirección en la empresa institucionalizada». Organización del ritmo empresarial, habla certeramente de un «bien común intraempresario», al que considera integrado al bien común nacional, continental y universal; y también el caso del Dr. Marc, que en su comunicación sobre el «Derecho disciplinario laboral», luego de explicar las diversas teorías sobre el fundamento de éste (contractualista, de la cláusula penal, de la potestad delegada, de la propiedad privada, de la organización de la empresa, del interés —público —en la producción) y rechazarlas sucesivamente, funda el poder disciplinario en la existencia de una institución, siguiendo la teoría de la institución en las exposiciones de Hauriou y Renard y las enseñanzas sobre el poder privado de las instituciones privadas de Légal y Brethe de la Gresaye. A título de aclaración corresponde señalar que el Dr. Marc atribuye equivocadamente al relator, Dr. Justo López, el fundar el poder disciplinario del empresario en la teoría contractualista.

Se dijo que apuntaba la polémica entre las colaboraciones recibidas porque también en ellas se cuentan votos a favor del origen contractual de los poderes o facultades jerárquicas del empresario. En este sentido, la opinión más enérgicamente sostenida y detalladamente fundada es la del co-relator, Dr. Machera, en su trabajo «Facultades disciplinarias del empleador en la Ley de Contrato de Trabajo». Para el Dr. Machera el fundamento que llamaría «institucionalista» (pues lo refiere a la tesis institucionalista que considera principalmente fundada por A. Légal y J. Brethe de La Gressaye) (se resiente... de su carácter sociológico y metajurídico, acusando, además, en cuanto sostienen que al incorporarse el trabajador a la empresa *tiene en mira* el mismo fin a lograr en común que el jefe de ella, un desconocimiento de los aspectos psicológicos y sociológicos de la realidad en que se presta el trabajo por cuenta ajena en la organización capitalista. En dicha realidad puede constatarse que el fin que impulsa normalmente al trabajador a incorporarse a una empresa es el de obtener una remuneración que le permita atender al propio sustento y al de su familia».

También el Dr. Roberto Amadeo, en una comunicación que tiene el título del Tema I, dice que el fundamento del derecho de dirección «emerge de la esencia del contrato de trabajo, cual es la dependencia», la cual

determina una de las obligaciones principales del trabajador, que es la de someterse al poder de dirección del empleador.

Menos claro en su definición al respecto es el Dr. Livellara, en su comunicación sobre el «Orden disciplinario en la Ley de Contrato de Trabajo», para quien las atribuciones que la ley reconoce a los empresarios de aplicar sanciones a los trabajadores resultan una consecuencia lógica y natural del contrato de trabajo, que encuentra en la relación de dependencia su elemento constitutivo y fundamental; pero luego agrega que del estado de subordinación surgen el poder jerárquico o facultad de mando del empresario «como responsable de la marcha de la organización empresarial, y el deber de obediencia, para el trabajador, como integrante de esa comunidad». Aquí parece apuntar otro fundamento distinto del puramente contractual: el carácter que reviste el empresario de jefe y responsable de la marcha de la comunidad laboral. También habla el Dr. Livellara de que no se concibe una autoridad, tanto en la esfera pública como en la privada sin los medios idóneos para hacer cumplir sus órdenes y suscitar la obediencia debida y la justificación del poder disciplinario en la necesidad de conservar el orden y la disciplina dentro de la empresa, para el cumplimiento de sus fines.

En cambio el Dr. Carrasco Quintana, en su trabajo sobre el Subtema c) del Tema (*ius variandi*), para explicar el *ius variandi*, al que considera una manifestación del poder de dirección, esboza una teoría del interés público y de la delegación de poderes públicos en el empresario. Entiende que el normal desenvolvimiento de las relaciones laborales no sólo interesa a las partes contratantes, sino a toda la comunidad, que se verá beneficiada con él. De modo que además de los intereses personales de los trabajadores y del empleador, aparece el interés común, el fin común, por el cual entiende, según el contexto, indudablemente, el bien común de la comunidad política, es decir, del Estado: «Es por ello, dice, entonces, y a fin de garantizar la paz social, que el Estado toma injerencia en el problema, y debido a la imposibilidad de lograr contacto directo con toda empresa, delega en la persona del empleador sus facultades, invistiéndolo como órgano de mando de la comunidad empresarial, para asegurar la concreción del interés o fin común». Se podría decir, si no nos equivocamos, que en esta concepción estaríamos ante un caso de ejercicio privado de funciones públicas, lo cual acerca sin duda sin voluntad ni advertencia por parte del autor del trabajo —este modo de ver a la concepción totalitaria de la empresa, que hace del empresario, por así decir, un agente directo del bien común estatal. Sin embargo, no resulta indiscutible que haya un interés general o público en el buen funcionamiento de las em-

presas, al menos en general—, punto sobre el cual esta relación ha de volver más adelante.

En cambio no recoge ningún sufragio, sino sólo críticas (del Dr. Machera, del Dr. Vázquez Vialard, del Dr. Capón Filas, del Dr. Marc, del doctor Carrasco Quintana) —lo cual es todo un signo la antigua teoría del derecho de propiedad, según la cual la empresa era un objeto de dominio del empresario y ello explicaba los poderes jerárquicos de éste sobre el personal. «Si bien es cierto, dice Vázquez Vialard, yendo al centro de la crítica —que alguien puede ser dueño de edificios, patentes, marcas y maquinarias que se utilizan (que constituyen la infraestructura) no puede serlo de una realidad social, que es una creación espiritual»— que supera esa objetividad. Allí no sólo hay bienes materiales, cosas, sino también hombres que comprometen su vida y no son meros portadores exteriores de algo; sobre ellos no es posible —ni lo admite nuestro ordenamiento jurídico estatal— ejercer «dominio». En definitiva, el empresario, sus recursos económicos y su propia actividad (prestada por sí o por medio de algún representante) no son el «todo» de la empresa, sino sólo una parte. En efecto, si por empresa, en su primera acepción, se entiende una actividad humana de cierta complejidad (ir a la esquina a comprar el diario no es una empresa, pero organizar una expedición para escalar el Aconcagua sí lo es), la empresa laboral requiere, por definición, el aporte de actividad humana distinta de la del empresario o sus representantes, vale decir, la actividad propia del trabajo subordinado. Y el aporte de esta otra actividad no se hace, en nuestro derecho, por un título de dominio o derivado del dominio, sino por un título contractual (el contrato de trabajo). El problema consiste, precisamente, en cómo, sobre la base de un aporte contractual, surgen los poderes jerárquicos.

He aquí, entonces, los datos básicos: por un lado, un aporte contractual de actividad subordinada a la actividad total de la empresa misma, como actividad humana compleja y organizada, productora de bienes o servicios que, tratándose de una empresa laboral requiere, necesariamente y por definición, la actividad de una pluralidad de personas (por lo menos dos: el empresario o un representante suyo y un trabajador subordinado; por otro lado, la empresa misma, como esa actividad compleja de un grupo de personas, vale decir, la empresa misma como grupo social organizado para la producción de bienes o servicios; y todavía, por otro lado, la existencia de un interés público en el buen funcionamiento de la empresa, como unidad productiva. Estos datos no son inventado ni meras construcciones teóricas; están tomados de la realidad y ninguna teoría valedera

puede excluir ninguno de ellos, sino que, por el contrario, debe dar satisfactoriamente cuenta de ellos.

Tampoco cabe minimizarlos, por ejemplo, reduciendo el contrato a un acto-condición (de la incorporación a la empresa) o a un acto del cual resulta posteriormente la efectiva incorporación a la empresa (normalmente consecuencia de aquél), como pasa en la «teoría de la incorporación», que tiende a reducir la relación de trabajo a una relación de comunidad (surgida con la incorporación efectiva a la empresa) (11). En efecto, el contrato de trabajo que, como negocio jurídico, es un acto instantáneo —el acuerdo de partes— constituye una relación duradera de cambio trabajo-remuneración que, precisamente, tipifica a la relación de trabajo. Y esta relación compleja que incluye como elemento tipificante esa reciprocidad trabajo-remuneración, permanece como tal después de la incorporación a la empresa. Por esta incorporación, la relación de trabajo no deja de ser típicamente una relación de cambio y no pasa a convertirse en una pura relación de contenido asociativo. Por el contrario, la relación trabajo-remuneración corresponde a la posición típica de las partes, en la cual el trabajador se asegura un ingreso por la prestación de su trabajo al margen de cualquier área o riesgo substancial (12). «El trabajador, dice García de Haro, no tolera que su ganancia dependa, al menos en una de sus partes (salario mínimo), del éxito o fracaso de la empresa» (13).

Pero tampoco cabe minimizar el hecho de que por el mismo contrato de trabajo y sin perjuicio del mantenimiento de la estructura típica de cambio trabajo-remuneración de éste, el trabajador se incorpora a un grupo organizado, a una comunidad de actividad laboral que es la empresa misma. Esta, en efecto, reúne indudablemente en un orden dinámico productivo una multiplicidad de actividades humanas (por lo menos dos, como ya se dijo). No se trata de un mero grupo casual, como el que puede producir la mera coincidencia accidental de una pluralidad de personas en la esquina de dos calles o en un espectáculo teatral o deportivo, sino de un grupo estructurado, organizado para realizar una actividad o complejo de actividades para obtener un resultado productivo. Es más, se trata de un grupo no solamente organizado de una manera vaga o rudimentaria, sino altamente organizado, puesto que en él se da una estratificación autoridad-subordinación, es decir, existe una autoridad diferenciada. En contraste, por ejemplo, con la comunidad internacional (el grupo organizado

(11) Véase en GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid, 1963, págs. 77-79 y 84-85.

(12) Autor y ob. cit., págs. 83-85, número 2.

(13) Autor y ob. cit., pág. 85.

de los estados del mundo), en la que no hay estratificación ni autoridad diferenciada, en la empresa la hay y es la titular, precisamente, de los poderes jerárquicos; hay en ella un órgano al que se atribuyen y que ejecuta el ejercicio de esos poderes. Lo que tal vez confunde, al respecto, es que ese orden activo de una pluralidad de personas, ese orden comunitario o colectivo que es la empresa, no se constituye como tal por un acto fundacional colectivo, sino mediante una pluralidad de contratos individuales de aportación de trabajo. «La empresa, dice García de Haro, constituye, actualmente, algo más que una mera suma de contratos —como pretenden las tesis individualistas y marxistas (éstas, se entiende, respecto a la empresa capitalista) conf. Rivero y Savatier, ob. cit., pág. 96—: posee una *organización* colectiva. Y esto ha de afirmarse, no sólo en el ámbito sociológico o técnico, sino también en un terreno jurídico» (14). Esto último, porque, en el ordenamiento estatal —que es el que nos interesa, refiriéndose nuestro tema a la LCT— los poderes jerárquicos que hacen con esa pluralidad de contratos individuales de aportación del trabajo una organización de actividades humanas, están explícitamente reconocidos y limitados por los artículos 5, 64, 65, 66, 67 y 68, entre otros de la LCT (15). Son los poderes de un órgano del grupo organizado como comunidad de trabajo que es la empresa laboral. Y además la ley prevé la existencia de otros órganos participativos en esos poderes, según el artículo 5.º (16) («cualquiera que sea la participación que las leyes asignen a éstos —a los trabajadores— en la gestión y dirección de la empresa») y 68 (17) («los consejos de empresa»).

Esto quiere decir que el contrato o pluralidad de contratos individuales que son, como ya se explicó, típicamente contratos de cambio (contratos de trabajo) sufren alguna modificación que, sin alterar substancialmente su estructura de cambio permite constituirlos, al mismo tiempo, en actos de incorporación a un todo colectivo, a ese grupo organizado y altamente

(14) Autor y ob. cit., pág. 233.

(15) Contenidas en el cap. VII del título II, bajo la rúbrica *De los derechos y deberes de las partes, op. cit.*

(16) Art. cit. en la (8).

(17) Art. 68. Modalidades de su ejercicio.—«El empleador, en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa, y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho.»

organizado que es la empresa laboral. Lo cual no cabe explicarlo si no se reconoce que a la relación de cambio típica de los contratos individuales de cambio (contratos de trabajo) se sobrepone una relación colectiva. «La sola relación contractual de cambio, dice García de Haro (18), no justifica ni el poder reglamentario, ni el poder disciplinario ni siquiera el poder de mando que, como ha señalado con acierto la doctrina, difiere ampliamente de la posición ordinaria de acreedor: prueba de ello es, como señala Ardau, la posibilidad de una violación jerárquica, pese a cumplirse perfectamente, en todos sus detalles, la prestación de trabajo».

Hace tiempo, el autor que hemos venido citando y en la obra que le citamos, explicó la formación de una relación colectiva y la alteración no substancial de los contratos de cambio mediante la teoría de la conexión de negocios por el fin (19).

Puede decirse que en el negocio básico laboral, el contrato de trabajo, hay una conexión a un fin común a una pluralidad de personas, conexión que alterándolo no substancialmente (vale decir, no quitándole su tipicidad substancial de negocio de cambio) permite constituir, sobre la base de él, ese todo colectivo que es la empresa, con una autoridad diferenciada, titular de los poderes jerárquicos del empresario. Creemos que, precisamente, la teoría contractualista de la empresa y los poderes jerárquicos, cuando supone a éstos simples poderes contractuales dados por la característica de subordinación del trabajo comprometido, no advierte que la subordinación es la otra cara de la moneda de los poderes jerárquicos (es subordinación a ellos) y que, consiguientemente, la subordinación implica una referencia necesaria a una autoridad y ésta a una comunidad, a un grupo organizado y altamente organizado, porque en él se da la estratificación autoridad-subordinación. Lejos de explicar la subordinación la autoridad —es decir, los poderes jerárquicos— es la autoridad la que explica la subordinación.

Esta explicación, que mantiene vigorosamente tanto el contrato como la comunidad de personas, permite rehuir dos extremos falsos e irreales: el puro contractualismo, que no sabe ver la comunidad laboral, y el puro comunitarismo, que no sabe ver el contrato de cambio.

Queda el tercer dato irrecusable: el interés público en la buena marcha de la empresa (del conjunto de las empresas), es decir, en la buena gestión empresaria. Esto no era problema para la concepción individualista de la empresa, mientras tuvo vigencia incuestionada: la empresa laboral era un

(18) *Op. cit.*, págs. 243-244.

(19) Véase *op. cit.*, págs. 228-293.

simple haz de contratos individuales y los poderes jerárquicos irrelevantes para el ordenamiento estatal. De hecho lo que regía era un absolutismo de esos poderes que funcionaban como ilimitados: el empresario es «señor de vidas y haciendas» en el ámbito de la empresa. El primer gran cambio de esa estructura o concepción individualista de la empresa fue, entre nosotros, la introducción por la ley 11.729 de las indemnizaciones por despido y falta de preaviso y la limitación del poder de suspensión, instituciones generalizadas alrededor de una década después por el decreto-ley 33.302/45 (20). Esta novedad ponía fin al reinado absolutista del empresario: sus decisiones podían ser cuestionadas por el trabajador en sede judicial y ser encontradas injustificadas, con la consecuencia, según fuera el caso, de la nulidad o la indemnización. Otro cambio ulterior, previsto incluso por la Constitución Nacional, sería la participación del trabajador en los poderes jerárquicos; sobre este punto tendría que volver esta relación, puesto que es cuestión previa al examen de la titularidad de esos poderes.

III

Aunque generalmente se las confunda, son dos cuestiones distintas la de la fundamentación de los poderes jerárquicos y la de su titularidad, vale decir, quién corresponde que los ejerza. Los poderes jerárquicos, en sí mismos y según ya quedó explicado, se fundamentan en la necesidad de un grupo organizado o comunidad laboral (un grupo altamente organizado, puesto que en él se da la estratificación autoridad-subordinación, vale decir, una autoridad diferenciada) para que haya procesos productivos eficaces. La otra cuestión, en cambio, se refiere a quién ha de ejercer la autoridad.

El economista John Gailbraith ha sostenido que el poder en la empresa depende del control del factor de producción más difícil de conseguir: en la economía llamada tradicional, anterior a la revolución industrial, la posesión de la tierra; luego del desencadenamiento de la revolución industrial, el capital, es decir, el dinero; más recientemente, tiende a ser la concentración de la más alta capacidad técnica y la mayor capacidad organizativa (lo que llama la «tecnestructura») (21). Cuando se

(20) Véase JUSTO LÓPEZ, *El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa*, ref. *Legislación del Trabajo*, t. XV, pág. 657.

(21) Véase del autor mencionado *El nuevo estado industrial*, trad. española de SACRISTÁN, Barcelona, 1968, págs. 64-84.

decía que el dueño del capital era el dueño de la empresa, prácticamente lo que se quería decir era que el dueño del capital (el que ponía el dinero, el capitalista) «mandaba» en la empresa, es decir, ejercía los poderes jerárquicos.

En términos más amplios, habría que decir, con Vázquez Vialard, que las funciones de dirección del empresario se justifican «no tanto en el hecho de ser dueño (o representante de éste), de los bienes y derechos que constituyen la infraestructura empresarial, sino en el de haber sido su organizador (a través de una creación) y tener a su cargo la coordinación de los diversos elementos necesarios para alcanzar el objetivo social» (entiéndase: el objetivo comunitario, el fin productivo de la empresa). Se podría decir que lo justifica la titularidad de los poderes jerárquicos por el empresario es el hecho de haber asumido la fundación de la empresa, reuniendo y coordinando todos los elementos necesarios y convenientes para la realización de su fin productivo y el hecho de seguir siendo el responsable de la marcha y coordinación unitaria de esos mismos elementos. Por eso la visualización de la empresa laboral como una comunidad de trabajo o una comunidad de personas —según la expresión que prefiere Vázquez Vialard, abre la posibilidad de que los mismos trabajadores subordinados asuman la responsabilidad directiva participando de ella como sujetos humanos— y, por lo tanto, capaces de responsabilidad, integrantes de esa comunidad a la que, aportando su trabajo personal, aportan una parte de significativa importancia de sus vidas, en su condición de personas. Con el agregado de que pueden estar más vitalmente interesados en ella (como fuente de trabajo) que, por ejemplo, el dueño de algunas acciones de una gran sociedad anónima. Pero esto ya mira a un tema más específico que el de la existencia y fundamento de los poderes jerárquicos y a las concepciones generales sobre ellos y su titularidad, tema sobre el que habrá de volverse.

IV

Cabe destacar la importancia que para los temas que se han venido desarrollando tiene la visión o concepción de la empresa. Como observa Vázquez Vialard, la revolución industrial fue acompañada de un cambio de orden cultural tal vez más importante que ella (al menos para las cuestiones que venimos de examinar), el cual cambio «sentó los fundamentos de la concepción moderna de la empresa, que se desarrolló de acuerdo con

una visión individualista de la vida que impregnó su sentido»; y según esta concepción individualista, no se ve a la empresa laboral como una comunidad de personas, sino meramente (citando nuevamente a Vázquez Vialard) «una yuxtaposición de contratos del derecho comercial, civil o laboral». En contraste con esa visión con anteojeras individualistas, el reconocimiento de indemnizaciones por despido y falta de preaviso y la limitación de la suspensión, por la ley 11.729 y el decreto 33.302/45, significó el reconocimiento implícito por el ordenamiento jurídico estatal del carácter comunitario de la empresa, puesto que implicaba el reconocimiento (para limitarlos, principalmente) de esos poderes jerárquicos del empresario (22) que hasta entonces habían jugado, para el ordenamiento jurídico estatal, como «inexistentes» (irrelevantes) y actuado, por lo mismo, como absolutos, sin ninguna limitación. El mismo carácter principalmente limitativo, aunque no exclusivamente, tiene su reconocimiento expreso en la LCT. Debe observar que, en esta última, el señalamiento de algunas limitaciones (ejercicio de carácter funcional, atención a los fines de la empresa, atención a las exigencias de la producción, a la organización del trabajo en la empresa) está indicando claramente el reconocimiento por la ley del carácter comunitario de la empresa y de los poderes jerárquicos, como poderes de la autoridad de una comunidad, reconocimiento incompatible con la visión —o mejor: no visión— individualista de la empresa.

En este reconocimiento, ahora expreso, de los poderes mencionados, tanto en lo que tiene de positivo como en lo que tiene de negativo (o limitativo de ellos) aparece visiblemente aquel tercer dato de que hablábamos antes, junto con el contrato de trabajo y con la comunidad de trabajo: la relevancia para el ordenamiento estatal del buen funcionamiento de las empresas. El estado reconoce expresamente su existencia y su importancia al reconocerles relevancia jurídica y reconocer expresamente los poderes de la autoridad privada que las rige, en su uso razonable y valioso (es decir, con las limitaciones que la misma ley estatal impone).

No hay que confundir, sin embargo, según entendemos, este reconocimiento y limitación de una autoridad privada con una delegación en los privados de funciones públicas, es decir, con un caso de ejercicio privado de poderes públicos. Los poderes de que se trata y la autoridad que configuran siguen siendo privados, sólo que el ordenamiento estatal, en razón de su interés en el buen funcionamiento de las comunidades privadas para las que rigen, sin crearlos ni delegarlos, simplemente *los reconoce y los*

(22) Ver estudio citado en nota (20).

delimita. Se trata, entonces, de una y muy importante aplicación del principio de subsidiariedad.

V

Tendríamos, entonces, sobre la base de un contrato con estructura típica de cambio (el contrato de trabajo), alterada pero no substancialmente, de modo que no desaparezca esa estructura, la constitución de una comunidad privada desarrollada, es decir, con estratificación autoridad-subordinación productora de bienes y servicios, cuyo correcto funcionamiento interesa a la comunidad pública (Estado) y por ello simultáneamente reconoce y limita (sin crear ni delegar) los poderes jerárquicos que la rigen.

Esta es, según creemos, la cuestión central (no la única) del Tema I, es decir, la que da la orientación básica en todos los demás temas particulares que puedan considerarse comprendidos en él. Incide incluso —y la observación es también de Vázquez Vialard— sobre la apreciación de los derechos y deberes de las partes de la relación de trabajo pues «los integrantes del grupo no sólo están vinculados a través de débitos y derechos, sino también con el conjunto del que, como miembros, también tienen acreencias y obligaciones. En este aspecto, es importante destacar que cada uno de los participantes tiene un deber de lealtad hacia el todo social, que no se agota con el simple cumplimiento de las obligaciones pactadas». Nosotros diríamos, en la perspectiva de la conexión de negocios y relaciones a un fin común productivo (fin intermedio, como medio de la realización del fin de cambio del contrato, pero fin necesario para éste) que hay una alteración de los efectos típicos de la relación de cambio (alteración, sin embargo, no substancial y que, por esto, la deja subsistente), que afecta su contenido, como pasa, clarísimamente en el *ius variandi* o en el caso del artículo 203 LCT (obligación de trabajar horas suplementarias en casos de peligro, accidente ocurrido o fuerza mayor o por exigencias excepcionales de la empresa) e igualmente en el deber de obediencia del artículo 86 (23) que aparece como deber de subordinación a la jerarquía de la empresa, deber de fidelidad del artículo 85 (24) y, por

(23) Art. cit. en la (9).

(24) Art. 85. Deber y fidelidad.—«El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tengan asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tengan acceso y que exijan tal comportamiento por su parte.»

parte del empresario el deber de previsión de la doctrina alemana, recibido en el artículo 75 (25) de la ley, etc. (26).

Pero también incide la cuestión que venimos tratando sobre la interpretación de los negocios laborales (27) y de las disposiciones de la ley, ineludibles en sus referencias al uso razonable, funcional, de acuerdo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción, cuidando satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y excluyendo toda forma de abuso de derecho (arts. 65, 66 y 68) (28) de los poderes jerárquicos.

Como ejemplo de ese vínculo de solidaridad del grupo laboral —que incluye al empresario—, Vázquez Vialard pone, precisamente al «deber de previsión». Y agrega que «cabe explicitar un deber correlativo de cada miembro, no sólo hacia el coordinador, sino al propio grupo, a través del cual se requiere además de una colaboración pasiva, un deber activo de aportar todo aquello que cada integrante puede dar tanto en el plano material como en el espiritual (iniciativa, orden, paz, tranquilidad, etc.). Quienes comparten un proyecto (y eso es la empresa), al igual que debe ocurrir en la sociedad macroglobal, no pueden sentirse y en consecuencia actuar como ajenos». Para el mismo autor, esta concepción de la empresa como comunidad de personas, opuesta a la individualista, es un tipo de comprensión que requiere un avance progresivo y no fácil y que implica no sólo cambios legislativos, sino, más allá de ellos, un cambio de mentalidad.

VI

Explicitado el enfoque básico y global de los poderes o facultades jerárquicas hay que descender al examen de sus particularidades.

En el recordado capítulo VII del título II de la LCT (29), ésta se refiere primeramente al poder o facultad de organización. Ya se señaló que

(25) Art. 75. Deber de seguridad.—«El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad del trabajo.»

(26) Véase sobre la mencionada alteración, GARCÍA DE HARO, *op. cit.*, en nota (11), páginas 261-272.

(27) Ver GARCÍA DE HARO, *op. cit.*, págs. 275-276.

(28) Artículos citados en (2) y (17).

(29) *Op. cit.* en la (15).

este poder de organización aparece como algo más básico y fundamental que el llamado poder reglamentario que corrientemente tiene en vista el llamado «reglamento de empresa» o «reglamento de taller», no siempre explicitado como acto aparte de la organización fundamental de la empresa.

Se puede decir que el precepto legal, con su simple existencia, destaca dos cosas:

a) el carácter fundamental y, por así decir, constituyente o constitutivo respecto de la empresa misma que tiene el ejercicio de este poder de organización, con cuyo ejercicio la empresa se origina —a modo de creación humana o proyecto realizado— y se mantiene,

b) el carácter privado y no público de ese poder que la ley atribuye al «empleador», es decir, a un sujeto privado o que actúa como privado (si se trata de una empresa del Estado), ya que no estamos ante una ley de empleo público. El ejercicio del poder de organización no es, en nuestro derecho, en ningún caso, un ejercicio privado de funciones públicas: la empresa de la LCT no es una función pública; es una actividad privada o *quasi* privada (en el caso de las empresas del Estado). No importa, al respecto, la complejidad de su organización ni el hecho de que, como señala el doctor Capón Filas en su comunicación, hoy haya, en la gran empresa, una burocracia privada, como en el Estado hay una burocracia pública; este hecho sólo significa el fenómeno burocrático. Tampoco importa, al respecto, el tipo de gestión de la empresa; sea ésta unipersonal o colectiva (por una sociedad) con o sin participación de los trabajadores, la empresa sigue siendo privada. En nuestro país, la empresa en la que se puede decir que hay participación plena de los trabajadores, la cooperativa de trabajo, es una empresa privada.

Por lo tanto, en nuestro régimen legal, la empresa laboral, de acuerdo al principio de subsidiariedad, es un ente comunitario privado; su origen o iniciativa y su ulterior desenvolvimiento (éste salvo casos de falencia contemplados en la Ley de Concursos) depende de decisiones privadas. No es que el interés que la inspira y que trata de realizar (interés o fin productivo privado) sea irrelevante para el Estado —ya se explicó que, por el contrario, al Estado, por regla general, le interesa el buen funcionamiento de las empresas privadas—; pero ese interés o fin productivo no es directamente un fin público, sino privado, aunque subordinado al fin público (el bien común del Estado).

Del poder de organización depende la estructura básica de la empresa, es decir, dependen los lineamientos fundamentales del proyecto particular en que ésta consiste y, se puede agregar, dependen aquellas pautas o nor-

mas que dibujen ese proyecto. Podrían incluso incluirse las normas del «reglamento de empresa», cuando éste existe por acto expreso y diferenciado, si no se prefiriera atribuir las al poder directivo en sentido estricto.

VII

El poder directivo en sentido estricto es el que hace a la ejecución del proyecto que es la empresa, montado por el poder de organización. De él emanan las órdenes concretas y particularizadas, desde las instrucciones generales hasta las más individualizadas «órdenes de servicio» (tal cosa para tal trabajador o grupo de trabajadores).

En sentido amplio, que trasciende lo puramente laboral, comprende, como señala el Dr. Capón Filas en su comunicación, lo atinente a las estrategias y técnicas que convienen para realizar el fin de la empresa, respetando, como exigencia ética, el bien común de la sociedad global. En el orden laboral, además de las «órdenes de servicio» y las instrucciones generales comprende cosas —es nuevamente el Dr. Capón Filas quien señala— cuestiones como la programación de horarios, turnos, equipos, el tratamiento de las remuneraciones, el ingreso de trabajadores, los ascensos, planes de vacaciones, etc., e incluye facultades de control y el *ius variandi*.

En la LCT aparece mencionado expresamente en el artículo 65 y, en correspondencia con él, el artículo 86 (30) sobre el deber de obediencia del trabajador (primera parte del artículo), pero también se refieren a él los artículos 26 («instrucciones o directivas»), los artículos 70 a 73 (31), sobre controles, sin mencionar otros como el 210 sobre control de enfer-

(30) Artículo 65 cit. en la (2) y art. 86 cit. en la (9).

(31) Art. 70. Controles personales.—«Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal.»

Los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo.

Art. 71. Conocimiento.—«Los sistemas, en todos los casos, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación.»

Art. 72. Verificación.—«La autoridad de aplicación está facultada para verificar que los sistemas de control... no afecten... la dignidad del trabajador.»

Art. 73. Prohibición.—«El empleador no podrá durante la duración del contrato de trabajo o con vista a su disolución, obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales.»

medad (32) y los que se refieren a la suspensión por decisión unilateral del empleador no disciplinaria.

La Dra. Corradetti, en su comunicación sobre el artículo 65 (33) explica que la facultad a que éste se refiere «se exterioriza prácticamente a través de las llamadas órdenes de servicio sin agotarse en ellas, ya que entre la pluralidad de facultades legítimas jurídicamente que la integran se incluyen la de variar ciertas pautas de las condiciones de trabajo, establecer controles, usar del poder reglamentario».

Respecto a las «Facultades de control del empleador», tal el objeto de su comunicación, el profesor Krotoschin traza un claro esquema de ellas y distingue: a) controles llamados personales o corporales, artículos 70/72; b) control de la salud (art. 210) (34); c) controles de la vida privada, respecto de los cuales no hay normas en la LCT, sino en algunos estatutos particulares, y d) control ideológico, que prohíbe el artículo 73 (35). Encuentra, además e) otra restricción a la posibilidad de control que puede deducirse del artículo 68, en cuanto las medidas no podrían lesionar la dignidad del trabajador (36).

Con relación a los controles personales, en la misma comunicación del profesor Krotoschin se señala que la fuente de inspiración de nuestra LCT fue la ley italiana número 300 del 20/5/70, con la diferencia importante de que para la ley italiana los registros y la forma de su realización deben ser objeto de acuerdo de empresa, a falta del cual debe pronunciarse la inspección del trabajo. También recuerda que la ley italiana prohíbe la instalación de aparatos audiovisuales o de otro tipo para controlar la actividad del trabajador, a menos que se trate de aparatos de control necesarios para la organización y la producción o destinados a la seguridad del trabajador; ello con acuerdo de las delegaciones sindicales o, a falta de éstas, con el comité de empresa; y además debe pronunciarse la inspección del trabajo.

En orden a las pruebas o exámenes psicológicos, tests, etc., opina que sólo se puede someter al trabajador a tales pruebas de sus aptitudes profesionales, morales u otras en casos muy especiales, como sería el de un capataz a quien se confiara la formación de aprendices. También señala

(32) Art. 210. Control.—«El trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador.»

(33) Art. cit. en la (2).

(34) Arts. 70 y 72 citados en la (31), y art. 210, cit. en la (32).

(35) Art. 73 cit. en la (31). «El empleador no podrá... obligar al trabajador a manifestar sus ideas políticas, religiosas o sindicales.»

(36) Art. cit. en la (17).

que en EE. UU. se considera «práctica ilícita» la organización de pruebas de aptitud con el propósito de hacer discriminaciones por raza u origen nacional.

La comunicación de referencia menciona dos fallos sobre la materia de controles, uno de la Sala VI de la CNAT, autos D'Alessio J. C. c. Industrias Llave, S. A., del 23-8-77, por el cual se consideró justificado el despido de un trabajador que burló el control, y otro de la Sala III del mismo Tribunal por el cual se consideró justificado el despido indirecto de un empleado a quien se le prohibió el uso de la barba (autos «Ilari, Carlos Vicente c. ENTEL, 8/6/78).

VIII

El tema del poder de modificación por el empleador de las condiciones de trabajo (la LCT habla de las «formas y modalidades» de la prestación del trabajo y excluye la modificación esencial de las modalidades esenciales, art. 66) (37) es uno de los más trabajados por nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina y la LCT recoge las conclusiones, por así decir, básicas de esa jurisprudencia y esa doctrina, razón por la cual esta relación no se detendrá mayormente en los dealles.

El tema ha sido objeto de una comunicación especial del Dr. Morando (*ius variandi*), de otra del Dr. Mirolo titulada «El *ius variandi* en las relaciones de trabajo», el Dr. Carrasco Quintana también dedica su trabajo al subtema c) del Tema I (*ius variandi*) y también lo tratan el Dr. Capón Filas en el trabajo anteriormente citado, el Dr. Fanjul en un trabajo que lleva el mismo título del Tema I, y el Dr. Amadeo en el trabajo citado anteriormente. El Dr. Morando señala que, como según la norma las modificaciones deben ser razonables «deben ser modificaciones requeridas por el fin —intermedio— común a las partes de la relación: la efectiva realización del proceso productivo de bienes y servicios. Obviamente, el uso no funcional, abusivo del *ius variandi*, se encuentra excluido, como el de cualquier otro derecho (art. 1.071 del Código civil; art. 68 LCT (38).

(37) Art. 66. Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajador.— «El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

Quando el empleador disponga medidas vedadas en este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa.»

(38) Art. cit. en la (17).

Según este último el empleador debe ejercitar las facultades que la ley le otorga «cuidando ...de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa»). Puntualiza este autor que el empleador sólo puede alterar accidentalmente y no esencialmente la relación individual, actuando como órgano de la comunidad de empresa actuando en procura del fin común de ésta, intermedio respecto del individual del empresario de los fines, también individuales de los trabajadores; y que el empresario que decide unilateralmente la alteración de la relación de trabajo debe justificar el cambio por su relación al fin común de la empresa.

El Dr. Capón Filas sostiene expresamente el carácter excepcional del *ius variandi*.

Esta relación señala, sobre el tema, dos puntos para la discusión:

a) El primero es el referente a la supresión, por la reforma de la LCT de la referencia a la acción judicial para oponerse sumariamente el trabajador al ejercicio del *ius variandi* que considere abusivo. El Dr. Amadeo entiende que esa supresión significa la exclusión, como alternativa, de la acción judicial como vía de oposición del trabajador; sólo quedarían dos posibilidades de oposición que serían el pedido de reconsideración al propio empleador y el despido indirecto. Además, considera afortunada la reforma así interpretada en atención, dice, a «la dinámica de un establecimiento fabril y el entorpecimiento que significar una acción de esta naturaleza en su ritmo». Cabe señalar que es de una opinión análoga el doctor Fernández Madrid —citado por el Dr. Capón Filas en su comunicación— en la obra *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, de Justo López, Norberto O. Centeno y J. C. Fernández Madrid (v. t. I, p. 378 y también p. 373). Por lo que se refiere al propio Dr. Capón Filas, el trabajador que se considere ante un caso de ejercicio abusivo del *ius variandi* tiene tres vías: 1) la acción de nulidad del acto abusivo; 2) la *exceptio non adimpleti contractus* (entiéndase: retención de la propia prestación), y 3) el despido indirecto. El Dr. Fanjul coincide con el Dr. Capón Filas en cuanto a que existen y se mantienen después de la reforma las tres alternativas que se acaban de mencionar y contra la posición de considerar al despido indirecto la única posibilidad arguye el artículo 10 de la LCT (39). Finalmente, en esta cuestión, a la que dedica exclusivamente su trabajo, el Dr. Meilij reseña como ella se plantea y funda su propia opinión favorable a la subsistencia de la posibilidad de impugnación, opinión que concreta en esta

(39) Art. 10. Conservación del contrato.—«En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.»

ponencia: «Aunque el texto del artículo 66 (40) (t. o.) de la ley de contrato de trabajo no lo disponga expresamente, en la medida que las leyes de procedimiento (judiciales, administrativas, de empresa, de actividad) lo permitan, el trabajador se encontrará facultado para impugnar lo que considera un exceso de poder de dirección del empleador, sin necesidad por ello de recurrir al distracto laboral, pudiendo requerir en su caso, que la medida impugnada sea suspendida en su aplicación hasta tanto se dirima el conflicto relativo a su legitimidad y procedencia».

b) El otro tema que esta relación trae a cuenta por su significado para la comprensión de la noción legal del *ius variandi* es el de si el trabajador ascendido puede oponerse a su ascenso. Al respecto, el Dr. Carrasco Quintana opina que el trabajador no podría negarse al ascenso, a menos que el cambio de categoría le ocasionara un daño material o moral a su persona o en sus bienes. Pone como ejemplo de esto último la pérdida de cargos sindicales (suponemos: un delegado que perdería su condición de tal). Menciona que según alguna jurisprudencia «el empleador debe tener derecho a valerse de los conocimientos adquiridos por sus dependientes (suponemos: en su empresa)». También el Dr. Mirolo opina que, en cuanto a los ascensos «los trabajadores se encuentran ante una ineludible obligación de aceptación del nuevo cargo, que generalmente deviene con un aumento en la retribución. Tal obligación —continúa diciendo— emana como si fuese un corolario del contrato original...», salvo la posibilidad remota de un ascenso que perjudicara al trabajador.

Sin embargo, cabe observar que la categoría es un aspecto esencial del contrato de trabajo y la ley (art. 66, primer párrafo), sólo admite los cambios que no «alteren modalidades esenciales del contrato». La categoría, decimos, es esencial porque así como la duración de la jornada de trabajo determina la «cantidad» de trabajo que debe prestar el trabajador (por lo menos la mínima, incluso en el supuesto de trabajo a destajo), la dicha categoría *determina la calidad*, es decir, *el tipo* de trabajo que debe ser prestado. Y ese cambio esencial se produce tanto en el caso de rebaja de categoría como en el ascenso. Si el contrato (la relación contractual) no desaparece, borrado, por así decir, por una relación puramente comunitaria (exclusivamente comunitaria), ese contrato (relación contractual) de cambio parece que no puede ser dejado de lado por decisión unilateral del empleador en forma absoluta, como ocurría en caso de cambio del tipo de trabajo que debe ser prestado, aunque sea por ascenso.

(40) Art. cit. en la (37). Todas las referencias del art. al término t. o. lo son al texto ordenado aprobado por Decreto 390, del 13-5-76, publicado el 21-5-76.

IX

En todo grupo social altamente organizado, vale decir, con estratificación autoridad-subordinación (familia, escuela, cuartel, oficina administrativa, asociación, etc.) hay un poder sancionador, independiente de la posibilidad de la reparación civil y, por lo tanto, penal en sentido amplio, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el partícipe y que busca asegurar, de modo más o menos expeditivo, el cumplimiento de aquéllas. Ese poder sancionador penal en sentido amplio, distinto del poder sancionador penal en sentido estricto y de poder sancionador contravencional del Estado, es lo que se suele llamar poder disciplinario; de donde éste viene a ser un remanente de poder sancionador penal (en sentido amplio) que queda descontado el poder penal en sentido estricto y el poder penal contravencional del Estado. Y a diferencia del poder penal en sentido estricto y del penal contravencional, puede ser ejercido por sujetos privados.

Como parte del poder penal en sentido amplio, el poder disciplinario guarda cierta semejanza o analogía con el poder penal en sentido estricto; pero como distinto de éste a él no se le aplican todos los principios aplicables al poder penal en sentido estricto. Así, por ejemplo, no rige para él el principio *nullo crimen, nulla poena sine lege*. Del mismo modo, las sanciones pueden no ser las mismas y del poder penal disciplinario se excluyen, generalmente, las penas privativas de libertad y nuestra LCT excluye las multas del poder disciplinario laboral (art. 131, *in fine*) (41).

El estudio del poder disciplinario laboral tiene también una larga trayectoria en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina, cuyas conclusiones aparecen, en parte, recibidas en la LCT. Esa larga trayectoria se refleja en los trabajos presentados por el correlator Dr. Machera (ya mencionado), por el Dr. Marc (también ya mencionado) y el Dr. Livellara (igualmente ya mencionado), específicamente dedicados al tema, como también en los de los Dres. Capón Filas, Fanjul y Amadeo que también lo tratan aunque no se refieran exclusivamente a él.

Cuestiones clásicas como el fundamento del poder disciplinario, sus sujetos activos y pasivos, los tipos de sanciones admisibles y los límites de ese poder aparecen tratados en los trabajos presentados. No tiene objeto el examen minucioso de todo eso en esta relación, pero, sí, en cambio,

(41) Art. 131, última parte, «... No se podrá imponer multas al trabajador ni deducirse, retenerse o compensarse por vía de ellas el monto de las remuneraciones».

parece conveniente proponer a la consideración del Congreso cuatro cuestiones: 1.^a la de si el despido por causa justificada o «injuria» (art. 242 LCT) (42) es o no una sanción disciplinaria; 2.^a, la de si la posibilidad de defensa del trabajador, anterior a la sanción, tiene fundamento constitucional; 3.^a, la de ante quién vale el cuestionario de la procedencia tipo y extensión de la sanción, contemplado en el artículo 67, segundo párrafo (43), LCT, y 4.^a, la de si es correcta la atribución a un poder distinto del patronal o empresario la facultad de disminuir o cambiar el tipo de pena (sanción).

La primera cuestión la plantean los Dres. Marc y Livellara. El Dr. Marc recuerda que, según Camerlynck y Lyon Caen el despido por falta grave del trabajador puede ser interpretado ya sea como la más fuerte sanción disciplinaria dentro de la empresa, ya sea como la simple utilización del derecho de rescisión reconocido a cualquiera de las partes en materia de contratos por tiempo indeterminado, y que esos autores señalan que la Casación francesa lo considera un acto de rescisión. También observa Marc que mediante el llamado «despido punitivo» no se busca la enmienda del trabajador, que sería el objeto principal del Poder disciplinario, ya que se produce la ruptura del contrato.

Por su parte, el Dr. Livellara admite que relevantes autoridades que niegan al despido (entiéndase: por falta del trabajador) el carácter de sanción y lo consideran tan sólo un caso de resolución contractual por incumplimiento. Observa que «en tales circunstancias el empleador actuará en su doble carácter: de contratante y como responsable del poder disciplinario de la empresa». Bajo esta última investidura, señala, «aplicará el despido que no sólo implica la rescisión del contrato, sino una serie de consecuencias que sancionan gravemente al trabajador» (la pérdida de los derechos, ventajas y expectativas derivadas de su antigüedad, por ejemplo, en cuanto a licencias, vacaciones, aumentos por antigüedad, ascensos, etc.), y el detrimento a su honor profesional que incluso le dificultaría la posibilidad de obtener nuevo empleo. Sigue explicando el Dr. Livellara que «la empresa, como organización institucional, rebasa la mera relación indi-

(42) Art. 242, p. 1.º «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.»

(43) Art. 67, p. 2.º «Dentro de los treinta días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.»

vidual de las partes y necesita, para el cumplimiento de sus fines, de un poder disciplinario, capaz de mantener el orden interno y dotado de una sanción máxima como el despido, que sirva de prevención contra la conducta de los demás trabajadores. «El patrono, sigue diciendo Livellara, como responsable de la empresa, puede y debe excluir de la comunidad laboral a quienes realicen actos destinados a perturbar gravemente su organización interna». Y concluye que la inclusión del despido como sanción disciplinaria «no sólo mira a favor del empleador, al poner a su disposición tal medida, sino que el trabajador contará en su beneficio con el encauzamiento legislativo de las facultades del empleador, lo que —en definitiva— serviría para precisar y circunscribir aquellos hechos que puedan dar lugar al despido». Sin embargo, para este autor la LCT no ha regulado al despido como sanción «lo que hubiera requerido una disposición expresa. Incluso, sigue diciendo, no obstante tal falta de previsión se quisiera obviar la omisión aplicando extensivamente los principios normativos ordenadores de las facultades disciplinarias del empleador llegaríamos a situaciones verdaderamente incompatibles. En efecto, baste como ejemplo la hipótesis del silencio del trabajador durante los 30 días posteriores a la medida de cesantía, si se hace valer el artículo 67 (t. o.) (44), tal consentimiento implicaría la pérdida del derecho a demandar las indemnizaciones por despido injustificado, lo que es realmente inadmisibles».

Algunas observaciones:

Por de pronto, al menos en nuestro derecho, no podría reducirse el despido por falta («injuria») del trabajador a la rescisión que puede hacer cualquiera de las partes en los contratos por tiempo indeterminado, y esto no sólo porque el instituto (art. 242, LCT) (45) rige también para los contratos por tiempo determinado, sino porque no hay tal poder de rescisión patronal, ya que el despido sin causa justificada es un acto ilícito (aunque sea válido), que tiene una sanción (la indemnización). El despido por falta del trabajador («injuria») debe ser llevado, más bien, a un caso de resolución por incumplimiento, como dice Livellara.

Hecha esta aclaración hay que admitir que el despido por falta («injuria») del trabajador puede ser interpretado tanto como un acto de resolución por incumplimiento como una sanción disciplinaria. Esto corresponde a la *doble posición* del trabajador subordinado: parte de una relación individual de trabajo (relación típica de cambio) y parte de un ente colectivo (la empresa). Desde esta perspectiva debe interpretarse el despido por culpa

(44) Art. cit. en la (43).

(45) Art. cit. en la (42).

(«injuria») del trabajador como un acto de resolución por incumplimiento y (*acumulativamente*) como una sanción disciplinaria. Respecto a su posición como parte de una relación individual de trabajo, el despido por injuria es un acto de resolución por incumplimiento, pero respecto a su posición como integrante de la empresa, es una sanción y la máxima, una pena expulsiva, semejante a la expulsión del afiliado de una asociación. Este doble efecto no se comprende situándose exclusivamente en una de las dos teorías extremas sobre la posición del trabajador subordinado: la contractualista pura (habría que excluir el despido como sanción disciplinaria) o la de la incorporación o comunitaria pura (desaparecería el despido-resolución por incumplimiento); en cambio se comprende en la perspectiva de la teoría del contrato y la relación conexos a un fin común y, por ello, alterados no esencialmente para que se configure, sin dejar de ser efectivos el contrato y la relación individuales, una estructura colectiva sobrepuesta, el ente social que es la empresa.

Esa doble faz del despido punitivo, como acto resolutorio y sanción, explica que incluso como sanción sea en parte igual y en parte diverso a las demás sanciones. En efecto, no tiene sentido, como explicara Livellara, aplicarle la segunda parte del artículo 67 (46) porque la denuncia, en el régimen de la LCT, como acto unilateral recepticio, extingue la relación individual y, con ella, el título de pertenencia a la empresa: habiendo dejado de pertenecer a la empresa no tiene ya sentido cuestionar la procedencia, tipo y extensión del despido como sanción. Por lo mismo, no tiene sentido aplicar la segunda parte del artículo 67: el trabajador, aunque el despido sea sanción, no pierde el derecho a la indemnización por no haberlo cuestionado en el lapso de 30 días. Pero porque el despido es sanción, como tal (es decir, en cuanto a su validez como sanción —de la cual depende el derecho del trabajador a la indemnización—), es aplicable, por ejemplo, el artículo 68 (47) que determina los límites generales al ejercicio de los poderes jerárquicos por parte del empleador; y también le son aplicables los límites especiales al poder disciplinario admitidos por la jurisprudencia y no legislados en la LCT (inmediatez de la sanción respecto a la falta, *non bis in idem*)

Por lo demás, el tratamiento que se acaba de describir es el que da la jurisprudencia al despido por falta («injuria») del trabajador: no aplica la segunda parte del artículo 67 y sí aplica, por ejemplo, el principio *non bis in idem*; además valora la proporcionalidad entre la falta y el despido

(46) Art. cit. en la (43).

(47) Art. cit. en la (17).

poniendo a éste en la línea de las sanciones, como la sanción máxima, y considerando la aplicación de sanciones anteriores (antecedentes desfavorables) o el mérito para haber aplicado una sanción menor.

Tampoco puede decirse, sin más, que el único objeto ni el principal de la sanción disciplinaria laboral sea la enmienda del trabajador sancionado; sin perjuicio de ese efecto —cuando la sanción puede procurarlo— el objetivo principal es, como dice el Dr. Livellara, el mantenimiento del orden interno de la empresa. Si no no serían sanciones la expulsión del afiliado de una asociación ni la pena de muerte, en el derecho disciplinario societario y en el derecho penal en sentido estricto, respectivamente.

La segunda cuestión la plantea el Dr. Capón Filas cuando afirma que uno de los principios de acuerdo a los cuales ha de ejercerse el poder disciplinario es el de la legítima defensa del imputado, considerada como garantía constitucional. Sostiene que «el trabajador ha de ser escuchado antes de la sanción» y, agrega, «esta real manifestación de legítima defensa estaba expresamente normada en el artículo 72 LCT (aclaración: corresponde al artículo 67 del actual t. o.) primera redacción. Fue derogada por la reforma pero mantiene vigencia por el principio constitucional». Luego dice que «el imputado ha de poder defenderse, utilizando para ello todos los medios de prueba» y estima que el procedimiento interno ha de cubrir diversas etapas: comprobación por acta del incumplimiento; comparecencia del imputado, a quien se le da noticia de los hechos y oportunidad de ofrecer pruebas; evaluación de la prueba por el empleador; imposición y notificación de la sanción; impugnación del trabajador.

Según este criterio se traslada íntegramente al interior de la empresa el régimen de la justicia estatal. Al respecto parece que hay que hacer una observación. En la Constitución Nacional, el artículo 18, en conexión con el 95, garantiza la defensa en juicio judicial de la persona y de sus derechos. Ahora bien, esta básica garantía constitucional está asegurada al trabajador desde que se introdujo en nuestro derecho la indemnización por despido arbitrario y la limitación del poder de suspensión, circunstancia que, como ya quedó dicho, implicó, simultáneamente, el reconocimiento de los poderes jerárquicos y su limitación, según resulta de la jurisprudencia que aplicó las respectivas normas. El mismo reconocimiento, ahora expreso, y limitación de poderes aparece en la vigente LCT. Todo esto significa que, a diferencia de lo que pasaba antes que ello ocurriera —es decir, en el régimen puramente individualista de la empresa laboral—, cuando esos poderes funcionaban de hecho y como irrestrictos en el interior de la empresa, la decisión disciplinaria del empleador no es la última y definitiva palabra, sino que es revisible en sede judicial. Con esta existen-

te posibilidad de revisión judicial parece que se salva, en lo substancial, la garantía constitucional de defensa en juicio judicial, de los artículos 18 y 95 de la CN. Lo que tal vez puede decirse es que por cierta analogía con el funcionamiento del Estado o, si se prefiere, por un principio inmanente a toda comunidad o grupo organizado, se postula que la aplicación de una sanción sea el fruto de un juicio objetivo y suficientemente informado; pero no parece que en todos los casos y como condición de validez se requiera un procedimiento formal. Por lo demás, la posibilidad de revisión judicial suple, en cierta forma, la ausencia de ese procedimiento formal. Ello no quita que, por aplicación más estricta de aquel postulado se puedan y sea conveniente establecer ciertos procedimientos e incluso órganos especiales para la aplicación de sanciones, ya sea por iniciativa patronal, acuerdo colectivo o como forma de participación en los poderes jerárquicos.

El texto anterior del actual artículo 67 (t. o.) —art. 72 de la LCT aprobada por la Ley 20.744— se limitaba a exigir que el trabajador tuviera oportunidad de ser oído en todos los casos. No se trataba, entonces, de un procedimiento completo a imagen y semejanza del que requiere la garantía del artículo 18 de la CN. Pareciera que plantear la exigencia de un procedimiento completo correspondiese a otra estructura de la empresa —concretamente: a una estructura participativa— que no es todavía la vigente.

Cosa distinta es que se juzgue inconveniente la reforma en cuanto suprimió aquella posibilidad de ser oído el trabajador antes de imponérsele la sanción. En este sentido opina el Dr. Fanjul, en su comunicación, con citas de los Dres. Vázquez Vialard y Ruprech. También el Dr. Livellara y el Dr. Machera opinan a favor del texto anterior.

Con referencia a la tercera cuestión, vale decir, ante quién es válido el cuestionamiento de la sanción en el plazo de 30 días corridos, bajo pena de tenerla por consentida, el Dr. Capón Filas opina que «ha de realizarse directamente con el empleador» y que si éste mantiene la sanción o su respuesta no satisface al impugnante podrá éste llevar su reclamación ante la autoridad administrativa laboral y, eventualmente, ante el poder judicial. El Dr. Amadeo dice que, para el mencionado cuestionamiento, hay tres vías: hacerlo ante el empleador, ante la autoridad administrativa laboral o ante el juez competente. Entiende que la interpretación que mejor se compadece con el principio de realidad y con las miras de lograr la paz social es la que reconoce la facultad de impugnar la sanción disciplinaria ante el propio sancionador y no le satisfacen las argumentaciones de la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza por las cuales ésta resolvió que el trabajador sólo puede recurrir ante el órgano judicial.

No se ve razón para que no baste, a los efectos de que no se considere

consentida la sanción y caduca la posibilidad de revisión judicial, cuestionarla en el plazo legal ante el empleador. Este cuestionamiento ante el empleador es una declaración recepticia, o sea, debe llegar a la órbita de conocimiento para este último antes de la expiración del plazo. Pero nada impide que se haga una reclamación administrativa o se entable demanda judicial igualmente antes de la expiración del plazo, en cuyo caso debe también considerarse satisfecha la exigencia legal de cuestionamiento, siempre, claro está, que ello pase a los 30 días. Y creemos que en estos otros casos basta interponer la reclamación administrativa o la demanda judicial antes de la expiración del plazo, porque con ello ya se exterioriza suficientemente la voluntad de no consentir la sanción. Desde luego que si en presencia de la reclamación ante él o administrativa el empleador no la satisface, el trabajador, para obtener un pronunciamiento vinculante respecto de aquél, tendrá que recurrir, en definitiva, a la instancia judicial, de acuerdo a los artículos 18 y 95 de la CN.

La cuarta cuestión la plantea el Dr. Machera, en el trabajo antes citado al referirse a la discusión abierta respecto de si sobre todo la posibilidad de que el Poder Judicial sustituya o limite la medida disciplinaria no importaría una indebida inmisión de ese poder en la vida interna de la empresa. En efecto, una cosa es que el juez revoque o anule la sanción que no aparezca justificada (y por ello importa un abuso del poder disciplinario) y otra cosa distinta es que él *elija* la sanción conveniente o la medida de la misma. E incluso habría que distinguir entre la reducción de la sanción (por ejemplo, la suspensión disciplinaria de diez a cinco días), en lo que podría entenderse que habría una revocación o anulación parcial de ella y la sustitución de una sanción por otra (por ejemplo, una suspensión por un apercibimiento) no siendo el magistrado el titular del poder disciplinario de la empresa. La cuestión tal vez estaría en decidir si es aplicable el principio según el cual quien puede lo más puede lo menos, es decir, quien puede revocar la sanción puede reducirla e incluso puede sustituirla por otra menos grave. La ley ha decidido que sí.

X

En esta relación se ha reservado un capítulo para el tema de las limitaciones o los poderes jerárquicos del empresario atendiendo principalmente a que un artículo de la LCT, el 68 (48), da pautas limitativas para

(48) Art. cit. en la (17).

todos ellos; esto sin perjuicio de que se señalen otras propias de cada poder.

El citado artículo 68 empieza por disponer, en todos los casos el empresario deberá ejercer las facultades que le confieren los artículos anteriores (49) (que se refieren, sucesivamente, a la facultad de organización, la de dirección, la de modificar las formas y modalidades de trabajo y a las facultades disciplinarias en los límites y bajo las condiciones que fijen la ley), los estatutos profesionales (que, como es sabido, también son leyes), las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. En cuanto a las dos primeras fuentes de limitación (la ley general o particular —decimos particular refiriéndonos a los estatutos profesionales— y la convención colectiva), no se plantea ninguna dificultad; sí, en cambio, respecto de los consejos de empresa y los reglamentos internos que ellos puedan establecer puesto que, hasta ahora, no existe ninguna ley que organice dichos consejos. Sin embargo, nada impediría que fueran organizados por convenio colectivo, dentro del respectivo ámbito de aplicación; la ley aquí se limita a mirar la posibilidad de que lleguen a existir.

Obviamente, en caso de conflicto de normas entre la ley y el convenio colectivo hay que aplicar la directiva que imponen los artículos 8.º (50), primera parte y 9.º (51), primer párrafo, de la LCT y 6.º, primer párrafo de la Ley 14.250.

Aunque el artículo 68 (52) LCT se refiera exclusivamente a los reglamentos internos dictados por los consejos de empresa, no habrá inconveniente en aplicar el reglamento interno establecido de otro modo, incluso por decisión unilateral del trabajador, siempre que no contrarién disposiciones más favorables a los trabajadores de la ley o los convenios colectivos (arg. art. 7.º, LCT (53), *a fortiori*).

Luego el mismo artículo 68 sigue especificando que en el uso de las

(49) Art. cit. en la (17).

(50) Art. 8, p. 1.º «Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales que contengan normas más favorables a los trabajadores serán válidas y de aplicación.»

(51) Art. 9, p. 1.º «En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.»

(52) Art. cit. en la (17).

(53) Art. 7. Condiciones menos favorables. Nulidad.—«Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas...»

facultades o poderes jerárquicos de que se trata «siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa. Aquí aparece la empresa misma, con su organización como ente colectivo, como criterio de razonabilidad (aplicabilidad del principio laboral de razonabilidad expresada con la palabra «exigencias») y con referencia a lo que Capón Filas llama «bien común intraempresario». Se trata de lo que favorece y se justifica para la realización del bien común productivo de la empresa. Desde esta perspectiva, debe distinguirse entre el fin propio de la empresa (*finis operis*): la producción de bienes y servicios y lo requerido para la eficacia y la subsistencia de aquélla, en orden a ese fin y el fin ulterior que puede tener subjetivamente el empresario —por ejemplo, la obtención de un lucro— que es, con relación al fin propio de la empresa un *finis operantium*; es el primero y sus exigencias y no el segundo el que tiene relevancia en orden a la razonabilidad del uso de los poderes jerárquicos por el empresario. La exigencia legal que se comenta excluye el mero capricho y toda arbitrariedad.

Se agrega luego, como límite, el respeto debido a la dignidad del trabajador. De acuerdo al criterio humanista, la economía (en el sentido de la producción de bienes y servicios) es para el hombre y no el hombre para la economía. Una concepción de la empresa que sacrifique el valor humano de sus integrantes (que eso son los trabajadores), consagraría una verdadera inversión de valores y, cabe agregar, estaría en abierta contradicción al Derecho del Trabajo, cuyo fin tuitivo es la persona humana del trabajador. Aquí, entonces, la ley desliza en la estructura de la empresa el dogma fundamental del Derecho del Trabajo que es el respeto a la persona del trabajador, recibiendo (como también lo hace en el art. 75 (54) que, en cierto modo, completa la referencia del 68) el llamado «deber de previsión» de la doctrina alemana.

Finalmente se prescribe la exclusión de toda forma de abuso de derecho. La prohibición del abuso del derecho es un principio general que ni siquiera habría sido necesario poner en la LCT, especialmente después de su incorporación expresa al articulado del Código civil (art. 1.071). Tratándose de esas posiciones jurídicas subjetivas que son los poderes y, concretamente, los poderes de una autoridad (en este caso privada), el abuso del derecho se concreta como *abuso de poder*. Lo que prohíbe, entonces, la parte final del artículo 68 LTC es toda forma de abuso de los poderes jerárquicos del empleador, para lo cual hay que tener presente que lo que justifica el ejercicio de esos poderes es lo que dice orden a la realización

(54) Art. cit. en la (25).

del fin productivo de la empresa, que no debe confundirse con los fines particulares que pueda tener el empleador, los cuales, respecto a aquel fin, son meros *finis operantium*.

Aparte de esas limitaciones del artículo 68, aplicables a todos los poderes jerárquicos del empresario, la ley agrega otras disposiciones sobre ciertos poderes que, en verdad, no dicen gran cosa más que el artículo 68:

a) Respecto al poder directivo en sentido estricto, el artículo 65 (55) especifica que las facultades de dirección «deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción». El ejercicio funcional de los derechos es uno de los modos, frecuentes en la doctrina, de referirse a la exclusión del abuso del derecho; en el caso, según lo que sigue diciendo la norma, la funcionalidad debe juzgarse atendiendo a los fines de la empresa, que son fines de producción de bienes y servicios, y a las exigencias de la producción, que se refieren a los medios necesarios y convenientes para la realización de aquellos fines. Como se ve, es lo mismo que aparece luego en el artículo 68.

Sin embargo, el mismo artículo 65 (56) agrega algo que no deja de ser sorprendente: «sin perjuicio de la preservación y *mejora* de los derechos personales y patrimoniales del trabajador». Aquí la ley introduce algo que podría considerarse una referencia al «deber de previsión» del empresario, también presente en el artículo 68, pero especialmente la introducción de «la mejora» de los derechos (personales y patrimoniales) del trabajador abre un ámbito de solidaridad y de ministerialidad de la actividad empresaria con relación a los integrantes de la empresa que recuerda, en alguna medida, aquello del destino o uso común de los bienes, de los Padres de la Iglesia y los grandes teólogos medievales. Capón Filas dice que la defensa y mejoramiento de los derechos morales y económicos de los trabajadores integra el bien común intraempresario.

b) La ley, en su artículo 66 (57), también fija límites específicos a ese modo de ejercicio del poder directivo que es el *ius variandi*, límites que implican la recepción de una orientación jurisprudencial previa.

Se condiciona la validez del ejercicio del *ius variandi*, en primer lugar, a su razonabilidad. Esta es, se puede decir, una exigencia propia del ejercicio de todo poder (principio de razonabilidad) y tratándose de poderes fundados en la realización del fin productivo de la empresa supone el uso

(55) Art. cit. en la (2).

(56) Art. cit. en la (2).

(57) Art. cit. en la (37).

de los medios necesarios y convenientes para esa realización; algo, entonces, que se puede decir que está también en el artículo 68 (58).

En segundo lugar, la ley requiere que el uso del *ius variandi* no altere las modalidades esenciales del contrato. El mismo *ius variandi* consiste —si no no existiría— en una alteración unilateral, por parte del empleador, de una relación de origen contractual y que, por lo tanto, fue constituida por un acuerdo bilateral. La ley, entonces, admite esa modificación unilateral pero siempre que ella no altere lo esencial del contrato. Por eso el caso del *ius variandi* es un ejemplo típico de que la relación de cambio que es la relación de trabajo, por su conexión al fin común de la empresa, mantiene su estructura típica substancial, pero admite o tolera modificaciones no esenciales, que no desvirtúen substancialmente esa estructura de cambio.

En tercer lugar, según la norma legal, el uso del *ius variandi* no debe causar perjuicio material ni moral al trabajador. Aquí aparece nuevamente el básico «deber de previsión», que atiende, como ya se dijo, a lo que es focal en el Derecho del Trabajo: la consideración debida a la persona del trabajador.

Como se advierte, también en el artículo 66 aparecen las pautas fundamentales del artículo 68, con el agregado del respeto a lo substancial del contrato, agregado que se explica por lo que el mismo *ius variandi* es.

c) Luego la ley, en sus artículos 67 y 69 incluye dos limitaciones al uso válido del poder disciplinario.

Según el artículo 67 (59), las medidas disciplinarias deben ser «proporcionales a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador». Es, nuevamente, la exigencia de razonabilidad en el uso de los poderes, en este caso el disciplinario (principio de razonabilidad).

Y según el artículo 69 (60) se prohíbe aplicar sanciones disciplinarias que impliquen una modificación del contrato de trabajo. Se podría decir que la ley excluye terminantemente un *ius variandi* disciplinario, o sea, la alteración del contrato de trabajo como sanción. Como consecuencia de ello, resulta, por ejemplo, inadmisibles como sanción la retrogradación en la categoría, pero también el cambio de horario, el traslado, etc.

Ahora bien, aparte de la aplicabilidad de las limitaciones a todos los poderes dispuestas en el artículo 68, la jurisprudencia, desde que empezó a aplicar la ley 11.729, reconoce otras limitaciones no legisladas antes ni

(58) Art. cit. en la (17).

(59) Art. citado en la (3) y en la (43).

(60) Art. 69. «No podrá aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo.»

ahora: a) la exigencia de inmediatez entre la falta y la sanción, y b) el principio *non bis in idem*.

La exigencia de inmediatez puede entenderse como un caso de caducidad. Santi Romano ha explicado que no hay prescripción de los poderes mismo —a diferencia de lo que pasa con los créditos— porque no tienen por objeto una prestación: el poder mismo es imprescriptible y subsiste mientras subsistan las condiciones o presupuestos de su existencia; pero lo que puede haber es caducidad de la posibilidad de ejercicio del poder en los distintos casos concretos en que podría ser usado. Según la jurisprudencia, el empresario que, ante una falta del trabajador, no la sanciona en seguida, en un lapso razonablemente breve según las circunstancias, pierde la oportunidad de sancionar esa falta, lo cual no significa que pierda su poder disciplinario ni la posibilidad de sancionar en el futuro otras faltas que sean cometidas.

También el principio *non bis in idem*, según el cual no se pueden aplicar dos sanciones (disciplinarias) por la misma falta, puede asimilarse en cierto modo a un supuesto de caducidad, en este caso por el uso del poder en el caso concreto. Es como si la posibilidad de sancionar (disciplinariamente) una falta se agotara con el uso del poder disciplinario para sancionarla: aplicada una sanción ya no queda posibilidad de aplicar otra más (por la falta de que se trata). El principio no implica que no pueda haber sanción disciplinaria por el hecho de haberse aplicado una sanción penal en sentido amplio de otro tipo (por ejemplo, una pena del derecho penal en sentido estricto si la falta de que se trata era también un delito).

El Dr. Livellara opina que estas limitaciones no incluidas en la LCT no podrían ser dejadas de lado en un futuro Código del Trabajo.

Aparte hay exigencias específicas de la suspensión disciplinaria: justa causa (que, en realidad no es un límite al poder disciplinario, puesto que consiste en la misma falta), plazo fijo, notificación por escrito y respeto de los plazos máximos (arts. 218, 220 y 222, LCT) (61).

El Dr. Quitegui, en su comunicación sobre «El régimen disciplinario

(61) Art. 218. Requisitos de su validez.—«Toda suspensión dispuesta por el empleador para ser considerada válida, deberá fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito por el trabajador.»

Art. 220. Plazo máximo. Remisión.—«Las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, no podrán exceder de treinta días al año, contados a partir de la primera suspensión...»

Art. 222. Fuerza mayor.—«Las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobada podrán extenderse hasta un plazo máximo de setenta y cinco días en el término de un año, contado desde la primera suspensión, cualquiera que sea el motivo de ésta...»

en las convenciones colectivas de las empresas públicas», propone la inclusión en dichas convenciones colectivas de un Régimen Disciplinario que, además, debería asegurar la estabilidad propia de modo que la privación del cargo sólo pudiera hacerse —lo mismo que, por otra parte, la aplicación de sanciones que afecten al derecho al ascenso— sólo podría hacerse previo sumario y la estabilidad sólo sería afectada por el encuadramiento del trabajador en faltas típicas que contemplen como sanción medidas expulsivas. También, en opinión del Dr. Quitegui, el Régimen o Estatuto Disciplinario a adoptar por vía de convenio colectivo contendría la enumeración taxativa de las faltas disciplinarias y las correspondientes sanciones. También contemplaría el mencionado Estatuto Disciplinario los recursos ante medidas aplicables sin sumario y las diversas etapas de un procedimiento disciplinario. A este respecto puede señalarse que, en el orden nacional, cuando las Empresas del Estado no tengan organizado un procedimiento propio se les aplica supletoriamente el procedimiento administrativo reglado por la ley 19.549 y su decreto reglamentario.

XI

Dos de las comunicaciones recibidas se refieren al poder de dirección en el régimen de dos estatutos particulares: el de la actividad periodística y el del jugador de fútbol profesional.

a) El Dr. Orlando Rocco estudia la «Facultad de dirección en la actividad periodística» y opina que los límites y condiciones del ejercicio de la facultad de dirección en el trabajo periodístico resultan de la ley y del específico estatuto profesional.

Recuerda que en el estatuto hay dos disposiciones que se refieren a la mencionada facultad de dirección: el artículo 30, por el cual «los periodistas ajustarán su labor a las normas del trabajo que fije la dirección del empleador dentro de la categoría en que se ha inscrito» y el artículo 39 que autoriza al despido en caso de «desobediencia» grave a reiteradas instrucciones que reciban en el ejercicio de sus funciones. Luego el Dr. Rocco traza el cuadro de lo que debe ser el uso correcto de la facultad de dirección en la actividad periodística, incluido el *ius variandi*, aplicando, como ya había anticipado, las normas de la LCT (arts. 65, 66, 68, 69 y 86) (62) y las del propio estatuto. Por lo que se advierte, no hay ningún inconveniente en la aplicación promiscua de normas de ambos cuerpos legales, ya

(62) Artículos citados en la (9), (2), (37), (17) y (60).

que las normas del estatuto aparecen como una aplicación particular a la autoridad periodística de los artículos 65 y 86 de la LCT y no se observa ninguna incompatibilidad entre ellas y las demás referentes a los poderes jerárquicos del empleador en la LCT.

b) El Dr. Confalonieri estudia «La facultad de dirección en el contrato de trabajo futbolístico. Luego de comparar el contrato de trabajo futbolístico profesional —en el que aparece un «equipo»— y el contrato de trabajo por equipo de la Ley de Contrato de Trabajo, diferenciándolos porque en este último caso el empleador contrata con un equipo ya formado o a formarse por el jefe o delegado, mientras que en el futbolístico profesional contrata con cada futbolista individualmente, para formar él el equipo, observa que el equipo de fútbol no tiene un delegado o representante, aunque sí tiene, generalmente, un jefe, llamado «director técnico», designado por el mismo club y que es un trabajador dependiente en quien el club delega, en forma más o menos amplia, el poder de dirección. Explica luego que en el poder de dirección entra la facultad del club empleador de designar entre todos los futbolistas que componen el equipo los que han de integrar el equipo especial, más reducido, que disputa los partidos y puntualiza que esa facultad no ha de ejercerse arbitrariamente, bajo pena de violar el club el deber de ocupación del artículo 78 de la LCT (63).

Refiriéndose al orden disciplinario, el Dr. Confalonieri señala la particularidad de estar el jugador de fútbol profesional sometido a dos poderes disciplinarios distintos: el del propio club de fútbol que es su empresario-empfeador, respecto de los incumplimientos contractuales, y el del tribunal de disciplina deportiva, órgano de la asociación de los clubs, con facultad de juzgar y sancionar únicamente las faltas deportivas, según el artículo 20 del Convenio 430/75. Aquí sería interesante alguna reflexión sobre el tipo de empresa que es la futbolística profesional y la modificación que introduce en el régimen normal de esa empresa (en nuestro medio, asociativa) su asociación en una entidad de grado superior, como es la Asociación

(63) Art. 78. Deber de ocupación.—«El empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber. Si el trabajador fuese destinado a tareas superiores, distintas de aquellas para las que fue contratado, tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente por el tiempo de su desempeño, si la asignación fuese de carácter transitorio.

Se reputarán las nuevas tareas o funciones como definitivas si desaparecieran las causas que dieron lugar a la suplencia y el trabajador continuase en su desempeño o transcurrieran los plazos que se fijen al efecto en los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo.»

del Fútbol Argentino y la de ésta en organismos internacionales, como la Confederación Sudamericana de Fútbol y la FIFA.

También se señala que la suspensión disciplinaria del jugador de fútbol profesional no suspende la obligación del trabajo deportivo, sino sólo el pago de la remuneración, puesto que el futbolista tiene que continuar sus ejercicios de entrenamiento. Sobre esto podría observarse que tal tipo de suspensión más se parece a la imposición de una multa en especie, es decir, de un trabajo no remunerado.

Finalmente, el Dr. Confalonieri considera inconstitucional el artículo 16, último párrafo, de la ley 20.160 en cuanto, en caso de despido por falta grave del trabajador, agrega una sanción de inhabilitación para actuar profesionalmente hasta el 31 de diciembre del año siguiente; invoca como fundamento de la inconstitucionalidad la garantía constitucional al ejercicio del derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14, CN) y el «artículo nuevo» o 14 bis, en cuanto consagra el principio protectorio y a la garantía de condiciones dignas y equitativas de labor. Llama la atención esa posibilidad de imponer un privado —como es un club de fútbol— una pena de inhabilitación para ejercer la propia profesión durante un lapso que puede llegar a casi los dos años a un trabajador, a quien se supone, en principio, que su profesión le sirve para ganar el sustento; pareciera que la sanción de que se trata —una suerte de pena de derecho penal en sentido estricto accesoria a un despido disciplinario— excede el margen razonable que queda, como poder sancionador, para el poder disciplinario. Incluso podría pensarse en una violación de la garantía de la defensa en juicio (arts. 18 y 95 de la CN) y del principio. *nulla poena, nullo crimen sine lege*, de rigurosa aplicación en el derecho penal en sentido estricto.

En cuanto al *ius variandi*, el Dr. Confalonieri opina que el estatuto particular contiene disposiciones coincidentes con las de la LCT, puesto que si bien especifica que es facultad privativa de la entidad deportiva establecer el lugar y horario de entrenamiento, como los cambios que resulten necesarios, también determina que ese lugar y horario deben establecerse respetando los usos y costumbres vigentes y que los cambios sólo serán admisibles en casos excepcionales, siempre que resulten necesarios y no impliquen injuria a los intereses de los futbolistas.

XII

Ya se diferenció antes la cuestión de la existencia de los poderes jerárquicos en la empresa y la de su titularidad.

En la empresa surgida de la revolución industrial se daba como de suyo que esos poderes (irrelevantes y como invisibles para el ordenamiento estatal en razón de la ideología individualista vigente) los ejercía el aportador de los recursos económicos necesarios para su organización. Pero si se admite que la empresa es un grupo organizado, una comunidad de personas, no va de suyo esa titularidad.

La titularidad de que se trata se justifica, en definitiva, por la responsabilidad en la organización y en la marcha de la empresa y, si se quiere, el riesgo que impone esa responsabilidad. Lo que no va de suyo es que siempre y exclusivamente esa responsabilidad haya de ser asumida sólo por el o los que aportan los medios económicos y nunca y en ninguna medida los que aportan, con su trabajo personal, una parte importante de sus vidas, ni que éstos al participar en la empresa no asuman ningún riesgo (por ejemplo, la pérdida del empleo que es su fuente de subsistencia, en caso de fracaso de la empresa).

El Dr. Vázquez Vialard, como integrante de la Comisión del Tema I, desarrolló un muy completo trabajo sobre «La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas». En él explica que «el sistema empresario se concibió de acuerdo con una especial concepción de la vida y por lo tanto del poder, que se atribuyó —o por lo menos, en los hechos, acaparó— la o las personas que aportaban los bienes (necesarios en toda organización empresarial); de esa circunstancia derivó la capacidad de mando (quizá más por ese hecho que por el de organizar, dirigir, que en cierta manera quedó como una derivación del aporte de lo material), con lo que se olvidó algo que es fundamental: una empresa requiere además de esa contribución (que en cierta manera constituye un «trabajo envasado»), de la labor personal de quienes colocados en diversos niveles de funcionalidad (desde el peón al gerente) posibilitan su desarrollo como tal. En el caso, se dio prioridad a lo material sobre la tarea humana».

El mismo autor agrega que «en cierta manera, todo el concepto de participación se funda en el hecho fundamental de que el trabajo (tanto en lo que se refiere a dirección como a ejecución) también otorga una función de mando en la empresa, que debe compatibilizarse con la que le corresponde a los otros aportadores. En definitiva, el problema consiste en determinar si se trata de una comunidad o de un simple agregado de contratos que a algunos no les da otro derecho más que a recibir lo pactado: el salario».

Cuando se trata de participación en los poderes jerárquicos del empresario por parte de los aportadores de trabajo subordinado conviene deslindarla tanto de la participación en los beneficios la cual, cualquiera que

sea su interés, no implica ninguna participación en la autoridad que rige la empresa; y también debe ser deslindada de la participación de los trabajadores en el capital de la empresa. Esta última (por ejemplo, mediante posesión de acciones de la sociedad anónima empresaria) es cierto que da una cierta (más o menos amplia —en el ejemplo puesto, según sea la proporción de capital en manos de los trabajadores—) participación en la gestión de la empresa, pero esa participación se sigue dando a título de la posesión del capital y no, precisamente, a título de aportadores de trabajo subordinado. Como explica Vázquez Vialard, respecto de esa participación en el capital, «con prescindencia de la utilidad de un sistema de este tipo para lograr una mayor difusión de la propiedad, lo que constituye uno de los objetivos de la política social, la misma se delinea dentro del criterio de reconocer el derecho de participar en función de la tenencia de parte del capital social». Para nuestro tema de lo que se trata es de aquella participación en la cual, diciéndolo nuevamente con palabras de Vázquez Vialard, «el sector de trabajadores tiene derecho —por la sola circunstancia de serlo y aunque no tenga la propiedad del capital social— a tomar parte en la gestión empresaria...» «los órganos que se encargan de determinar la política de una empresa, así como los que la ejecutan (en algunos países la distinción es clara) están integrados por representantes del capital y del trabajo» o, en otras palabras, el trabajo «es título suficiente para participar en la toma de decisiones y en la administración...».

Este tipo de participación puede asumir muy diversas figuras según sean sus modos (participación en la gestión —igualitaria, minoritaria, mayoritaria—; derecho a información, derecho de ser consultados, derecho de veto) y las áreas de la empresa en que se la admita (sector económico y técnico, sector del personal, sector social). No puede esta relación entrar en detalles al respecto, detalles que, por otra parte, están desarrollados en el trabajo mencionado del Dr. Vázquez Vialard, en el cual también se ofrece un amplio cuadro de la legislación comparada y de los antecedentes en nuestro país.

El mismo Vázquez Vialard observa que no se trata de que la participación «pueda ser considerada como sinónimo de anarquía; todo lo contrario, significa un mayor orden (en el sentido de cada cosa en su lugar), por lo menos en cuanto respecta a la consideración del papel que a cada uno le corresponde. Por lo tanto la autoridad no puede desaparecer, lo que no significa que deban mantenerse ciertas formas de su ejercicio que más que recibir su fundamento de una concepción de lo que es autoridad, lo tienen en una deformación de la misma». Y agrega: «cabe precisar que la autoridad tiene como razón de ser —a través de la coordinación de los

medios para lograr los objetivos— la de expresar la unidad de conducción, por lo que la misma es servidora de la comunidad en grado más eminente que los demás miembros que la integran; es ella la que tiene a su cargo velar para que el grupo alcance el cumplimiento de su finalidad».

Tal vez deba señalarse que la participación no es un «beneficio», en el sentido en que se suele usar esta expresión en materia laboral: en sí misma es la asunción de una responsabilidad. Ni está destinada, como tal, a procurar aquel tipo de «beneficios», aunque pueda, sí, aportar un mayor grado de justicia en las cuestiones de personal y, por ejemplo, en la aplicación de sanciones disciplinarias (en la hipótesis de intervención de órganos participativos). La razón entonces a favor de la participación no es del orden de obtención de mayores «beneficios», en el sentido indicado, sino la de ser conforme a la noción de persona, y de persona que participa en una comunidad, al asumir responsabilidades con relación a la misma. Lo cual no quiere decir que sea fácil que se dé la disposición adecuada para esa asunción de responsabilidades, como suele ocurrir con los accionistas de grandes sociedades anónimas que, teniendo la posibilidad de asumirlas suelen desentenderse de ellas o con los afiliados a las asociaciones que también en su mayoría suelen desentenderse de la ocupación de cooperar con su buena marcha y dejar ésta a cargo de un grupo reducido.

XII

Aquí habría terminado esta relación si no fuera porque en el lugar y el momento oportuno fue omitida una cuestión, que plantea el Dr. Fanjul en su trabajo y que no puede dejar de ser planteado al Congreso; se trata de la posibilidad de indemnización por daño moral en caso de violación de algún derecho inherente a la personalidad del trabajador y, en ese supuesto, de agregar tal indemnización a la tarifaria por despido arbitrario. El autor reseña los antecedentes favorables a las dos posiciones (la que reconoce la posibilidad de que la indemnización por daño moral se agregue a la tarifada por despido arbitrario) y se muestra favorable al reconocimiento del daño moral.

JUSTO LÓPEZ