

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA**

**FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS**

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS Y TÉCNICAS RECIENTES:**

IUS VARIANDI, LIMITES, EL SILENCIO DEL TRABAJADOR.-  
¿PUEDE SER CONSIDERADO CONSENTIMIENTO TACITO? -  
INTERPRETACIONES JURISPRUDENCIALES.- RELACION CON LA  
IRRENUNCIABILIDAD; CONSECUENCIAS.-

**AUTORES:** LUCAS DAMIÁN DECRISTÓFANO Y JUAN CARLOS  
RESIA.-

**MATERIA:** DERECHO SOCIAL.-

**ENCARGADO DEL CURSO:** Dr. ALBERTO J. MAZA.-

**Año en que se realiza el trabajo:** 2010.-

**Sumario:** **Capítulo I-** Introducción.- **Capítulo II-** Breve referencia sobre el  
“Ius Variandi”.- **Capítulo III-** El silencio del trabajador en casos de  
excesos en el ejercicio del “Ius Variandi” ¿Consentimiento tácito?  
Interpretaciones jurisprudenciales; consecuencias.- **Capítulo IV-** Principio  
de Irrenunciabilidad – Su relación con el Ius Variando.- **Capítulo V-**  
Proyección de la Constitución Nacional hacia el Derecho Laboral, el Ius  
Variandi y los Principios del Derecho del Trabajo.- **Capítulo VI-** Derecho  
comparado Latinoamericano.- **Capítulo VII-** Conclusiones.-

## **Capítulo I: INTRODUCCIÓN.**

*Ius Variandi*; para analizar este tema debemos situarnos en el ámbito empresarial, mas precisamente en la dirección de la “empresa”, entendida ésta como la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o beneficios (art. 5 de la L.C.T.) puesto que el *Ius Variandi* es una de las facultades que asisten al empleador.

Ya situados en este ámbito, podemos ver como distintas circunstancias que se van a dar en el desarrollo de la actividad empresarial, inciden directa e indirectamente en la relación laboral. Y es precisamente aquí el lugar en el cual se produce el conflicto de intereses, donde los derechos del trabajador entran en colisión con la facultad del empleador y donde las reglas de juego deben ser claras.

Mucho se ha debatido en doctrina y jurisprudencia sobre la validez de las modificaciones de las condiciones de trabajo, sobre sus límites, sobre las condiciones “esenciales” del contrato de trabajo.

Por lo cual, se tratará de analizar si el silencio que presta el trabajador en los supuestos de cambios esenciales de la relación laboral implementadas unilateralmente por el empleador puede ser considerado consentimiento tácito.

Sin perjuicio de ello, se realizara una breve descripción sobre las características del ius variandi y se analizaran algunos precedentes jurisprudenciales sobre el tema para luego concluir con una opinión.

## **Capítulo II: BREVE REFERENCIA SOBRE EL “IUS VARIANDI”.**

El art. 66 de la ley de contrato de trabajo establece, *“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.*

*Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.*

El **IUS VARIANDI**, es una de las facultades que le compete al empleador, la cual debe ser ejercida de modo excepcional; es unilateral ya que el

empleador puede alterar ciertos aspectos del contrato de trabajo dentro de ciertos límites, sin que el trabajador pueda oponerse válidamente a esos cambios, en tanto y en cuanto esa alteración o esos cambios respondan a causas objetivamente razonables, sin alterar las condiciones esenciales del contrato de trabajo y no se cause ningún tipo de perjuicio al trabajador.

Como se dijo, esta potestad o prerrogativa es unilateral, porque no necesita el consentimiento del trabajador. Dada la importancia que reviste esta característica es que esta sujeta a ciertos límites, sobre los que mas tarde ahondaremos.

A su vez, es tal su carácter excepcional que si es mal usada por el empleador o en su ejercicio se exceden los límites fijados en la normativa laboral, puede ser sumamente perjudicial para el dependiente, y en este caso va a entrar a jugar la opción protectoria ya referenciada que otorga el art. 66, de la LCT. en su nueva redacción.

A diferencia del derecho común, el derecho del trabajo es eminentemente protectorio, de carácter tuitivo y a fin de paliar la desigualdad negocial que existe entre las partes, limita la autonomía de la voluntad. En cambio, en el derecho común, como las partes negocian en igualdad de condiciones, rige la autonomía de la voluntad (art. 1197 Cod. Civil Argentino), de tal forma

que cualquier modificación que introduzcan las partes en las condiciones contractuales será plenamente válida.

Esta facultad es concedida al empleador por razones funcionales a la organización de la empresa<sup>1</sup>.

En primer lugar es importante hacer hincapié en que existen elementos esenciales de la relación de trabajo que no pueden modificarse sin el consentimiento del trabajador, tales como: la remuneración, categoría laboral, lugar de trabajo y jornada<sup>2</sup>.

Así el límite al ejercicio del “ius variandi”, lo impone el mismo art. 66 al señalar que el desarrollo de aquella, no puede alterar modalidades esenciales del contrato de trabajo ni causar perjuicio moral ni material al trabajador.

---

<sup>1</sup> Antonio Vazquez Vialard sostiene “Esta es una consecuencia de la facultad de dirección que habilita- dentro de ciertos límites- a disponer dicha capacidad según las exigencias de la producción”, Derecho del trabajo y de la seguridad social, tomo 1, edición 4ª, Pág. 283, editorial Astrea, Buenos Aires 1989.

<sup>2</sup> Al respecto el Dr. Carlos Alberto Etala expuso “Por elementos esenciales del contrato de trabajo debe entenderse aquellos que el trabajador a tenido en vista –expresa o implícitamente- al momento de contratar. La doctrina y jurisprudencia han juzgado tales, principalmente, a los siguientes: a) la remuneración; b) duración del trabajo (jornada y descansos); c) lugar de trabajo; y, d) categoría o calificación contractual. Establecer cuáles son los elementos esenciales del contrato constituirá una cuestión de hecho a determinar en cada caso particular por el juzgador.”, comentario del art. 66 de la LCT de la ley online, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

Asimismo ver el trabajo realizado por Omar Yasín Nills titulado “Variación de las condiciones esenciales de trabajo. Efecto del régimen impuesto por la ley 26.088, publicado en DT , marzo de 2007, 278.

Otro obstáculo lo podemos encontrar en el Art. 74.de la LCT “No podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo”. Es decir una falta cometida por el dependiente, no puede nunca motivar una modificación de la relación laboral.

El ius variandi debe ejercerse en forma tal, que las modificaciones que se introduzcan: a) no “alteren modalidades esenciales del contrato”; b) “ni causen perjuicio material ni moral al trabajador”. Este último, no sólo debe ser valorado en sentido económico, sino desde el punto de vista de todas las afecciones propias del hombre (vida de familia, su derecho al descanso, etcétera<sup>3</sup>).

Así las cosas, se podría decir que la norma que habilita al empleador a ejercer el ius variandi, le impone requisitos para la validez de las modificaciones realizadas en forma unilateral por este. Las mismas consisten en: Razonabilidad, no alteración de las condiciones esenciales de la relación laboral y que no causen perjuicio material ni moral al trabajador.

**Razonabilidad:** Siguiendo la postura del profesor Juan Carlos Fernández Madrid, expresada en su Tratado Practico de Derecho del Trabajo,

---

<sup>3</sup> Antonio Vazquez Vialard “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, tomo 1, edición 4ª, Pág.. 285, editorial Astrea, Buenos Aires 1989.

Segunda Edición actualizada, (Tomo II, Pág. 1073) entendemos; a la razonabilidad como un uso prudente del mismo. El cambio debe responder a las necesidades de producción de bienes o de servicios, al interés colectivo de la empresa. Para comprender esta postura debemos recordar que Justo López entendió a los poderes del empleador como potestades concedidos no en beneficio de su interés individual, sino en beneficio del interés colectivo de la empresa, para la realización de ese fin intermedio que es el fin común de aquella, distinto del fin inmediato perseguido por las partes en el contrato de trabajo. El fin común de la empresa es el logro de su eficaz intervención en el proceso productivo de bienes y servicios. De modo que el empresario que decide unilateralmente la alteración de la relación de trabajo, en ejercicio de sus poderes jerárquicos, debe justificar el cambio por su relación al fin común de la empresa.

El principio de la necesaria justificación de la decisión empresarial por razones de organización, ha sido receptado por los tribunales en todas las épocas y de todas las jurisdicciones, pues es elemental en esta materia la exclusión de la arbitrariedad en tanto la decisión está referida a una modalidad de la actividad pactada con el trabajador.

Hay derechos contrapuestos a los del empleador y para usar de la franquicia legal de disponer de esos derechos, es obvio que se requiere la satisfacción de una necesidad de la empresa.

En síntesis, para Fernández Madrid, el elemento razonabilidad, sería la combinación entre la prudencia, la no-arbitrariedad y la justificación, preponderando el interés común de la empresa.

**No alteración de las condiciones esenciales del contrato:** Como principio general, puede sentarse que la facultad del empleador para hacer uso de ius variandi se encuentra limitada a que no se modifique el núcleo del contrato. No puede alterarse, en perjuicio, lo sustancial del contrato, como el salario, el tiempo de trabajo o la calificación contractual.

Limitado el ius variandi por matices diversos, en el aspecto contractual, su validez está ceñida por cláusulas expresamente pactadas, y también por todo lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, de ahí que si el cambio es permanente y se refiere a aspectos sustanciales, queda extralimitado el ius variandi y la modificación contractual deja de ser lícita.

No puede alterarse la esencia o núcleo del contrato de trabajo, es decir su contenido sustancial.

La doctrina disiente en determinar concretamente cuales son aquellos elementos que no pueden ser alterados y que constituyen lo esencial en una relación laboral.

Capón Filas entiende que el campo de ejercicio de la facultad modificatoria unilateral es muy reducido, ya que son elementos estructurales y que no



pueden ser cambiados: la calificación profesional, la remuneración, el horario asignado al operario a su ingreso y el lugar de trabajo. En cambio, considera elementos coyunturales: la conformación de equipos de trabajo, la utilización de máquinas e instrumentos de producción y la ropa de trabajo.

Vázquez Vialard entiende como cambios posibles los referidos al lugar de trabajo, a modificaciones no fundamentales del horario y al tipo de actividad dentro de la misma categoría profesional. Excluye a la remuneración, a la que entiende como elemento estructural y por lo tanto inalterable.

Por otro lado, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han considerado como elementos coyunturales y, por ende pasible de modificación por el empleador: el lugar donde se prestan las tareas (establecimiento o sector), la distribución del tiempo de trabajo (una reestructuración no sustancial del horario), el tipo de actividad (tareas o funciones) prestadas dentro de la misma categoría laboral y la determinación de las normas técnicas de trabajo.

**Indemnidad:** El empresario no puede disponer el cambio sin considerar los intereses legítimos del trabajador por lo que debe evitar que la medida le cause perjuicio material o moral. Es decir el cambio no debe afectar ni la persona ni los bienes del dependiente. Este elemento o requisito que ahora surge de la ley y antes fue consagrado jurisprudencialmente implica que el

trabajador debe resultar ileso, es decir no debe ser lesionado por la decisión del empleador en ningún aspecto, o en su caso debe ser adecuadamente resarcido.

El *ius variandi* no es una facultad absoluta y la situación concreta de cada trabajador resulta un límite insoslayable en su ejercicio.

Esto implica que el empleador al tomar una decisión debe tener en cuenta las condiciones subjetivas del trabajador, toda vez que la modificación le puede resultar indiferente a un dependiente, mientras que a otro le ocasiona un serio perjuicio. Esta valoración la debe realizar el empleador para, en su caso, rever la medida respecto al trabajador que aduce una causa justificada.

En cuanto al daño material, concretamente consiste en un perjuicio económico, en un daño estrictamente patrimonial. Por ejemplo las mayores erogaciones por el incremento de los gastos de transporte a causa del traslado del establecimiento. El daño moral se refiere a la alteración del sistema de vida del trabajador (disminución de su tiempo libre) o a la desjerarquización dentro del organigrama de trabajo.

De ésta manera, analizando globalmente los requisitos de validez enumerados, cabe concluir, siguiendo al profesor Grisolia, que son acumulativos y no alternativos, deben necesariamente satisfacerse los tres para no caer en un ejercicio abusivo del ius variandi.

Partiendo de esta premisa, se puede observar que su ejercicio esta sujeto a dos tipos de limitaciones: una de carácter general, que torna justificado o no el cambio dispuesto por el empleador sobre la base de un criterio objetivo y otra de carácter personal o subjetivo que requiere que en cada caso se valore la modificación teniendo en cuenta la situación de cada trabajador.

De todo lo hasta aquí expuesto, se desprende que esta potestad dada al empleador (ius variandi) debe ser ejercida por éste en forma funcional y razonable, por lo cual carecerán de valor aquellas modificaciones realizadas de forma caprichosa, arbitraria o con propósito hostil.

Así, una rebaja salarial o un cambio de categoría al trabajador, dispuestas unilateralmente por el empleador, en principio, no se podrían considerar razonables, toda vez que modifican elementos esenciales del contrato de trabajo en perjuicio del trabajador, y por lo tanto prohibidas por el art. 66 de la LCT.

El segundo párrafo<sup>4</sup> del precitado artículo le otorga al trabajador que sufre la medida dispuesta unilateralmente por el empleador, excediendo el marco de atribuciones que le confiere la ley, la posibilidad de; considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas.

Por lo tanto, el trabajador que se sienta afectado por el ejercicio abusivo del *ius variandi*, tendrá la opción de interponer una acción ante los tribunales del trabajo y solicitar que la medida dispuesta por su empleador sea dejada sin efecto, disponiendo la ley que el procedimiento para esta acción será la del juicio sumarísimo, o entender que el accionar del empleador configura

una injuria que impide la continuación de la relación laboral y considerarse despedido.

Hay que mencionar que el procedimiento que describe el art. 66, según la reforma de la ley 26.088 es autónomo y la acción que produce su apertura se denomina de “restablecimiento”. Por otra parte, este proceso sumarísimo presenta una estructura de bilateralidad y plenitud restringida que garantiza el acceso a la jurisdicción oportuna y el derecho de defensa de los litigantes.

---

<sup>4</sup> Ver “El *ius variandi* y la continuidad de la relación laboral”, Recalde, Héctor P., LA LEY 2006-C, 1257 - IMP 2006-12, 1547. “Variación de las condiciones esenciales de trabajo. Efecto del régimen impuesto por la ley 26.088”, Yasin, Omar Nills, DT 2007 (marzo), 278.

En cuanto a su procedencia, el trabajador debe alegar una modificación que excede los límites del mencionado artículo de la LCT, para que se disponga la tramitación de la acción en el referido régimen, sin necesidad de que exista una ilegitimidad manifiesta o una arbitrariedad ostensible.

Posteriormente, el artículo 66 dispone la vigencia del procedimiento sumarísimo y agrega: "...no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva".

### **Condiciones de procedencia:**

Pueden observarse diversas posiciones para la procedencia de la medida de no innovar.

1º Quienes consideran que la petición requiere acreditar todos los presupuestos de las cautelares, esto es:

\*.-Verosimilitud del derecho invocado,

\*.-Peligro en la demora, y

\*.-Caución suficiente.

Para sus defensores no existe normativa que desplace la disposición expresa del art. 195 del CPCCN que permite instar una solicitud precautoria antes de la deducción de la demanda. La ley 26.088 no podría ser interpretada como un obstáculo a la viabilidad cautelar cuando, precisamente, establece la veda de las modificaciones lesivas y la imposición de no innovar hasta el dictado de un pronunciamiento definitivo (art. 66 LCT).<sup>5</sup>

A favor del examen de los requisitos de admisibilidad contenidos en las normas de procedimiento se expidió en meduloso e interesante análisis Nicolás J. R. Vitantonio<sup>6</sup>. Para este autor, pretender que el texto del nuevo artículo 66 impone la obligatoriedad de una cautela automática supone, directamente, cercenar el derecho a la doble instancia y limitar de forma clara y directa el derecho a apelar.

2º Los que exigen analizar la verosimilitud del derecho, se fundan en que la petición es una mera posibilidad de que el derecho exista, por lo que no requiere una evaluación exhaustiva sobre las aristas fácticas y jurídicas del conflicto subyacente.

---

<sup>5</sup> CNAT Sala VII “Ruiz Suhr, Gonzalo c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ medida cautelar”, Sentencia 28.228, 2/2/2007.

<sup>6</sup> *Implicancias procesales de la reforma al art. 66, LCT*. Revista de Derecho Laboral, Actualidad, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007-1, págs.35/53.

La Sala IX de la CNAT<sup>7</sup> señaló que “...el llamado “humor de buen derecho” alude a lo aparente y verosímil del planteo desde el punto de vista jurídico, y no a una conclusión terminante sobre la pretensión final, sólo viable mediante un pronunciamiento definitivo.

Cabe recordar que el art. 66 de la LCT, luego de la modificación de la ley 26.088, establece de una manera terminante la imposibilidad de introducir innovaciones que transgredan los límites del *ius variandi*, salvo que éstas sean generales, lo cual brinda sustento a la pretensión cautelar que en lo esencial y temporal, tiende a reponer las condiciones de labor “... sin que sea necesario verificar las restantes condiciones requeridas por las normas procesales. En el caso, el cambio en la categoría laboral del actor con la consecuente alteración de la remuneración se encuentran configuradas en la misiva remitida por la propia demandada.”

Idéntico abordaje efectuó la Sala I de la CNAT<sup>8</sup>, aunque para denegar la medida por su carácter general, en cuanto decidió que a los fines de la procedencia de una medida cautelar es menester acreditar la verosimilitud del derecho. Desde tal perspectiva, advirtió el tribunal que la decisión dispuesta por la demandada abarca a “los trabajadores del turno noche”, por lo que dicha medida resultaría de carácter general para el establecimiento” incumbiendo la carga probatoria en contrario al peticionante, de los hechos

---

<sup>7</sup> “Bailac, José c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ medida cautelar”, Sentencia N° 9563, 8/5/2007.

<sup>8</sup> “Frete, Ramón c/ Surmar SA s/ medida cautelar”, Sentencia 57.881, 9/5/2007.

que alega (art. 377 del CPCCN), circunstancia ésta que no se había cumplido.

César Arese interpreta que “... La reglamentación laboral ha generado en el art. 66 LCT un microsistema destinado a resolver rápida y ejecutivamente una controversia que pone en emergencia el nexo laboral, enrarece las relaciones de trabajo y requiere de una respuesta jurisdiccional inmediata...”

Esta cuestión “... tiene que ver directamente y es coherente con la medida cautelar anti novativa automática prevista en el art. 66 y solicitada por la parte actora. Verificada la verosimilitud de la medida solicitada, el magistrado debe concederla con ese carácter mecánico pero en el marco de un proceso sumarísimo que implica pronta respuesta judicial a la cuestión de fondo y que se dirige a procurar la preservación del nexo de trabajo frente a sus alteraciones sustanciales. ...”<sup>9</sup>

**3º** En una posición más flexible –con argumentos de fondo similares a la anterior- se encuentran quienes entienden que si bien no son exigibles los requisitos comunes a las medidas cautelares, la trasgresión denunciada por el trabajador debe referir a situaciones vedadas por la norma.

---

<sup>9</sup> Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala VII, “Ferraro Hector Daniel C/ Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba- Procedimiento Sumario- Otros- Recurso de Apelación”, A.I. N° 50, 10/3/2008, en minoría.



En esta corriente, Livellara y Guisado coinciden en que procede el mantenimiento de las condiciones anteriores hasta que recaiga sentencia definitiva sin siquiera requerir la acreditación de la “verosimilitud del derecho” y del “peligro en la demora”, como lo exigen el Código Procesal Civil de la Nación (art. 230) y los diversos ordenamientos provinciales.<sup>10</sup>

Al respecto se aseveró que “Si el empleador dispone alguna medida vedada por la citada norma, el trabajador puede optar por accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este caso, la accionante ha ejercido este derecho y solicitado que, mientras se sustancie el juicio, se mantenga el lugar de desempeño de sus tareas hasta el momento en que le fuera notificado el cambio. De la documentación aportada al expediente surge verosímilmente que la actora fue notificada que a partir del día 19 de mayo del corriente año pasaría a prestar servicios en la Estación Cañuelas en el horario de 5 a 13 hs. Que el cambio de lugar de trabajo afecta una de las modalidades esenciales del contrato de trabajo, razón por la cual corresponde, durante la sustanciación de este juicio, ordenar que no se innove en las condiciones de labor existentes hasta el 18 de mayo de 2008, hasta que recaiga sentencia definitiva. Contrariamente a lo sostenido por el Magistrado del Ministerio Público, no considero que esta medida importe

---

<sup>10</sup> LIVELLARA, Carlos A., *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, dirigida por Jorge Rodríguez Manzini, La Ley, 2007, T. II, pág. 779. GUIADO, Héctor C., *La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo*, D.T. 2006 – A, pág. 674.

adelantar el resultado final del juicio. En primer lugar porque es la misma norma la que obliga al dictado de la medida. En segundo término porque durante el juicio la accionada podrá demostrar la razonabilidad de la modificación dispuesta.”<sup>11</sup>

En idéntico sentido se aclaró que “... la voluntad del legislador ha sido categórica ya que a los magistrados no nos queda otra opción que decretar medida de no innovar provisoria mientras tramita el proceso sumarísimo que la norma predica y ello salvo que: a) de la lectura de la presentación efectuada permita advertir que se han alterado las condiciones generales del establecimiento o b) que la presentación del subordinado resulte ambigua y poco clara, es decir peque de oscuro libelo...”<sup>12</sup>

Guisado advierte incluso que “... la norma debería haber dejado mayor libertad al juez para conceder o denegar la medida cautelar, previa verificación de la concurrencia de esos requisitos (o, al menos, del primero de ellos). Sin embargo, ... su redacción es categórica y no deja lugar a dudas: ante el solo pedido del trabajador, el juez deberá disponer sin más trámite la prohibición de innovar, en tanto no surja de la demanda que se trate de una modificación de carácter general (es decir que afecte a todo “el

---

<sup>11</sup> Juzgado N° 28, "Torrilla Hoppe Carolina Noelia C/ Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia S.A. S/ Juicio Sumarísimo", Bs. As., 25/6/2008.

<sup>12</sup> Juzgado N° 67, "Miranda, Nicolasa de Luján c/Floor Clean SRL s/juicio sumarísimo", Bs. As., 7/5/2008.

establecimiento o sección”, como dice el precepto). De todas maneras, como la medida no causa estado y es provisoria, si el empleador acredita que se trata de un cambio de alcance general, el juez deberá revocarla.”

En el mismo sentido se ha dicho que “Si bien es cierto que el art. 66 de la LCT no requiere la acreditación de la "verosimilitud del derecho" y del "peligro en la demora", también lo es que la prohibición de innovar sólo procede "cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo", de manera que el juez únicamente puede dictar esa medida cuando del relato del actor surja, prima facie, la configuración de un cambio unilateral en las condiciones de trabajo pactadas. ...”.<sup>13</sup>

La Sala VIII de la CNAT se pronunció en los siguientes términos: “El desplazamiento del actor del cargo que desempeñaba e la Gerencia de Operaciones y la asignación de funciones como Comandante de Flota, por parte de la empresa empleadora, ha incidido, en principio, sobre la remuneración, que es una de las modalidades esenciales del contrato de trabajo y que constituyen terreno vedado para el ejercicio regular del derecho de ius variandi (art. 66 LCT). En tal contexto normativo, y de acuerdo a la reforma de la ley 26.088, el trabajador que se considera afectado por el ejercicio irregular del ius variandi, si no lo estima un

---

<sup>13</sup> CNTRAB, Retamozo Cristobal c/Consortio de Propietarios del Edificio Santos Dumont 2368 s/ diferencias de salarios", 20/7/2007.

obstáculo insuperable de la continuación de la relación laboral o no desea considerarse despedido, puede accionar por la vía sumarísima, persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. Esto significa que en todos los casos, objetivamente comprobada la modificación indebida de las condiciones de trabajo que no tenga carácter general, resulta procedente el dictado de una orden, de naturaleza cautelar, de no innovar o, en su caso, de restituir el status quo”.<sup>14</sup>

Por nuestra parte soslayamos el título de la acción en análisis -medida cautelar, innovativa - en la convicción de que se trata de una prohibición al empleador. Si este modifica las condiciones contractuales, el reclamo judicial del trabajador debe impulsar automáticamente la resolución del juez ordenando su cumplimiento.

Podrá referirse al mantenimiento de la categoría que promueve la acción, a preservar la remuneración, al status quo horario o de lugar de trabajo, etcétera; es decir a preservar las condiciones de trabajo tal y como se encontraban antes de serle notificado u obligado a la modificación que afecta la relación laboral.

---

<sup>14</sup> “Galarraga, Ignacio c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ medida cautelar”, Sentencia 27627, 30/11/2006.

Esto se desprende de la simple lectura de la sección del art. 66 LCT en análisis. Se infiere un razonamiento laxo y llano de procedencia de la medida de no innovar, coincidente con la decisión adoptada por la Sala II apuntada al inicio.

La interpretación sistemática de la normativa laboral ratifica nuestra posición, toda vez que por este método se encuentra el pertinente respaldo de otras normas de derecho interno para arribar a tal conclusión. Ésta emana de los principios positivos, como el protectorio -incluido en las disposiciones de los arts. 9 LCT y 14 nuevo C.N.-, la irrenunciabilidad –art. 12 LCT-, progresividad<sup>15</sup> y de las sentencias de la Corte<sup>16</sup>.

La norma trasunta su inspiración en esa fuente de derecho –principios sustanciales-, de manera que no puede verse desvirtuada por interpretaciones restrictivas que modifiquen su verdadero sentido y alcance. La disposición no impone obligación al dependiente, salvo la condición de afectación al establecimiento o sección.

Creemos que en mérito de la buena fe procesal que debe reinar en el litigio y de importar la petición un despacho interino del fondo del asunto, debe ser explícita, expuesta con claridad la situación incluida en las previsiones

---

<sup>15</sup> En cuanto logro progresivo de plena efectividad de los derechos.

<sup>16</sup> “Vizzoti Carlos A. C/ Amsa S.A. S/ Despido” (14/9/2004), “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688 (21/9/2004), entre otras.

normativas y resaltando que la medida atacada no es general<sup>17</sup>. Así se posibilitará al Tribunal la prudente ponderación de los elementos que la sustenten en mérito a la evidencia de los elementos obrantes en la causa, que demuestren sin hesitación que se produjo una alteración unilateral de condiciones de trabajo, que no se aplica de manera generalizada, con el fin de evitarla.

Este razonamiento y contralor, al que algunos refieren como “verosimilitud”, está presente en las dos últimas posiciones enunciadas en el punto anterior. Si se analizan ambas detenidamente, se constata que las dos requieren idénticos recaudos mínimos para la admisibilidad de la demanda y proveer favorablemente a la medida preliminar. Lo cual tiene su justificación en la orden que se va a implementar y los motivos en que se funda que son los que la norma de aplicación expone (art. 66 LCT).

---

<sup>17</sup> Mediante interlocutorio de agosto de 2007 la titular del Juzgado de Conciliación de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba denegó la cautelar reclamada por considerar que “... en su demanda el actor no invocó haber sido sólo él afectado por la modificación horaria, exclusividad que tampoco surge con claridad suficiente de la redacción de la Resolución N° 582/2004 acompañada por el peticionante. Por otra parte, al contestar demanda, la accionada expone que en el expediente administrativo y con la presencia de UTEDYC Seccional Córdoba, el Delegado del Personal de la institución y la representación legal de esta última, se acordó que en función de lo dispuesto por el nuevo C.C.T. 462/06 se mantenía la jornada de trabajo de siete horas diarias de lunes a viernes y treinta y cinco horas semanales, por resultar dicho régimen más beneficioso para el personal, aclarando que esa disposición se efectuaba en razón de que el nuevo Convenio Colectivo fijaba una jornada laboral de ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales. Que en principio parecería que la modificación horaria afectaría a todo el personal, con lo que se configuraría “prima facie” el supuesto de excepción previsto en la norma. ...” (“Ferraro Hector Daniel C/ Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba- Procedimiento Sumario- Otros”).

Consideramos que la restauración de la norma es una nueva manifestación legal de búsqueda del contrato de trabajo antrópico al que alude Gialdino. Expresa este jurista que la “...antropía de un contrato,...Consiste en la forma como la dignidad humana interviene en la esencia del mismo, y en la influencia que ella ejerce, por consiguiente, sobre el régimen de derecho de las relaciones entre las partes. Y, en dicho contrato laboral, la prestación de uno de los celebrantes está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre, y por tanto de su dignidad.”<sup>18</sup>

En esa “actividad humana” se desarrolla el contrato de trabajo, que en la prohibición de innovar y en su caso orden cautelar de innovar para mantener inertes las condiciones de labor, tiende a remover obstáculos o invalidarlos en procura de su pleno y digno desenvolvimiento.

Coincidimos con Gialdino en que “los derechos humanos, en suma, brotan espontáneamente de la dignidad. ... la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia digna. ... La dignidad, asimismo, reclama en no menor medida la extensión de la participación del trabajador en la deliberación y decisiones sobre

---

<sup>18</sup> GIALDINO, Rolando E., Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y Núcleo Duro Interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social, pág. 5. Enviado por Red Catorce Bis, Barrera Nicholson Coordinador.

condiciones y técnicas de trabajo, así como en todo lo que haga a su derecho de defensa en el marco disciplinario de la empresa.”<sup>19</sup>

**Capítulo III: EL SILENCIO DEL TRABAJADOR EN CASOS DE EXCESOS EN EL EJERCICIO DEL “IUS VARIANDI” ¿CONSENTIMIENTO TÁCITO? -INTERPRETACIONES JURISPRUDENCIALES; CONSECUENCIAS.-**

Ahora bien, el problema se plantea cuando el empleador modifica de forma unilateral las condiciones esenciales del contrato de trabajo y el trabajador no realiza reclamo alguno por un tiempo considerable. En otras palabras ¿Puede interpretarse que acepta tácitamente los cambios realizados por su empleador? En estas circunstancias debemos analizar si cabe la posibilidad de darle a esta actitud entidad de consentimiento tácito otorgado por el trabajador.

En el caso de que este interrogante tenga respuesta afirmativa; se genera una duda de Perogrullo ¿Es válido tal el consentimiento? Uno de los pilares de este estudio y tal vez el más importante es tratar de dar luz a estos temas planteados, utilizando para ello la Ley de Contrato de Trabajo, la Doctrina y Jurisprudencia.

---

<sup>19</sup> Autor y op. cit., págs. 11 y 16.



La discusión fundamental que se ha planteado en el orden al *ius variandi* es la de su relación con la renuncia de derechos y las consecuencias que entraña el ejercicio ilegítimo de esa facultad.

Ambos aspectos son cruciales para el derecho del trabajo, ya que se encuentra comprometida toda la estructura del derecho protectorio, desde que la aceptación irrestricta de pactos en perjuicio del trabajador, expresos o tácitos, y particularmente, atribuirle al silencio del dependiente, como consecuencia, la conformidad con la nueva situación contractual, relativo a la situación de necesidad del trabajador que lo lleva a la aceptación forzosa de determinadas condiciones de trabajo. De ahí que las restricciones legales al *ius variandi* tienen una doble lectura. Se afirma la excepcionalidad de la medida pero en los hechos los cambios son frecuentes, arbitrarios y usualmente aceptado por los trabajadores porque la negativa lleva generalmente al despido.

Es muy común en las relaciones laborales que el empleador disponga de manera unilateral cambios en las condiciones de trabajo sin informarle al trabajador.

Además, en la mayoría de los casos, el trabajador tampoco recibe a cambio ninguna contraprestación o ventaja.

En estos supuestos debemos tener en cuenta que el trabajador se encuentra en una situación compleja, debido a que por temor a ser despedido o a sufrir represalias por parte de la patronal, consiente por medio del silencio lo dispuesto por la misma.

Por lo cual se deberá resolver si el consentimiento tácito prestado por parte del trabajador resulta válido o si por el contrario es nulo.

Es interesante realizar una breve reseña jurisprudencial a los efectos de conocer las distintas posturas reflejadas por nuestros tribunales en los casos donde se ha debatido este espinoso tema. Para lo cual se ha tratado de seleccionar distintos precedentes sobre la materia.

Una primera postura nos indica que la CSJ entiende que el silencio del trabajador no puede ser invocado como que implica la formación de un pacto tácito. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Padin Capella, Jorge c. Litho Formas, S.A.” ha establecido que *tener por configurada una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renunciación a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y cons. de la LCT. A ello no obsta-agregó nuestro mas alto tribunal- la circunstancia de que el empleado*

*haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo, puesto que atento a lo preceptuado por los arts. 256, 259 y 260 del mismo cuerpo legal, no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en la citada normativa, máxime cuando el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas. (C.S.J. 12/3/87“Padin Capella, Jorge c. Litho Formas, S.A.”).*

El problema de la renuncia de derechos derivada del silencio del trabajador respecto de modificaciones efectuadas unilateralmente por el empleador ha motivado opiniones doctrinarias y jurisprudenciales contradictorias que la CSJ resolvió en éste caso. Lo que en definitiva se afirma es que el silencio del trabajador respecto de una modificación contractual que lo perjudica no puede ser considerado como una forma de comportamiento circunstanciado que exprese tácita o indirectamente la voluntad de renunciar, y consecuentemente, para legitimar las modificaciones contractuales se infiere la necesidad de que vuelva a producirse un acuerdo novatorio a través del cual el trabajador exprese en forma cierta e inequívoca su voluntad.

Esta doctrina no se ha aplicado en forma irrestricta, pues se han formulado excepciones en razón de exigencias vinculadas con la seguridad jurídica.

Así, en el caso Zorzin<sup>20</sup> dictado por el Máximo Tribunal en el año 1998, se plantea la situación de que el empleado, Víctor Zorzin, procuró la percepción de las diferencias salariales originadas entre lo efectivamente percibido y la remuneración correspondiente a la categoría de gerente. El área a su cargo pasó a denominarse subgerencia sin desmedro de su jerarquía, funciones o asignaciones. Como consecuencia de la instrucción de un sumario administrativo y de una causa penal en que se investigó su eventual responsabilidad por la comisión de delitos en perjuicio de la empresa, fue desplazado a otra área por más de siete años. Entre tanto, el cargo que inicialmente ocupaba volvió a ser elevado al rango gerencial recibiendo sustanciales incrementos remuneratorios. Pese a haber sido sobreseído en forma definitiva en sede penal, fue finalmente despedido sin haber sido repuesto al cargo de gerente que, en su postura, es el que le hubiera correspondido.

La Corte no hizo lugar al reclamo sostenido por Zorzin y sostuvo que por ser un empleado jerárquico debió realizar el reclamo pertinente ante su empleadora y que su silencio durante 7 años debía entenderse como consentimiento tácito de lo dispuesto por Y.P.F<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Fallo “Zorzin, Víctor R. c. YPF S. A.” Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS), 11/06/1998, DT 1998-B, 1652.

<sup>21</sup> La Corte en el caso Zorzin sostuvo “*Si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos, no menos lo es que tal principio cede a la exigencia de la seguridad jurídica, por una parte, en atención a las circunstancias*

Se podría decir que el Superior Tribunal entendió que cuando el trabajador ha tenido la oportunidad –máxime tratándose de personal jerárquico- de tomar conocimiento de los cambios realizados por su empleadora y de haber podido formular el correspondiente reclamo, su silencio mantenido durante un plazo prudencial, -en este caso 7 años- puede constituir un modo implícito de manifestar su aceptación. De esta manera se le dio valor operativo al silencio prestado por el trabajador ante una modificación de categoría que estuvo en condiciones de resistir.

Asimismo la Corte sostuvo que *“Para la apreciación de la legitimidad del jus variandi y, en su caso, para justificar el resarcimiento de sus consecuencias, es necesario determinar la existencia de un perjuicio comprobable al momento en que fue ejercido. Por ende, si la remuneración de las nuevas tareas mantuvo en un principio el mismo nivel que el que correspondía a las anteriormente desarrolladas por el trabajador, éste no puede pretender el cobro de diferencias salariales invocando una*

---

*relativas a las personas y, por otra, cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para entender que tal situación ha sido consentida. Por ello resulta arbitrario el pronunciamiento judicial que receptó el reclamo de diferencias salariales del actor afectado por un cambio de tareas, sin tener presente que en su calidad de profesional y alto directivo de la empresa, podía comprender los alcances de la decisión patronal y su posibilidad de resistirla, y no lo hizo cumpliendo las nuevas tareas sin formular cuestionamiento alguno”*.

*aplicación abusiva de las directivas del art. 66 de la ley de contrato de trabajo (DT, 1976-238).”*

Similar postura se sostuvo en el plenario recaído en el caso “Serra, Héctor c/ EFA”<sup>22</sup> donde se estableció que *“En el caso de que el trabajador se le rebaje unilateralmente la categoría, si opto por mantener el vínculo sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquella en la cual efectivamente presto servicios”*.

Otro de los fallos seleccionados es el caso “Velazco”<sup>23</sup> dictado por la Cámara Nacional del Trabajo, sala VI, en el año 1998.

Allí el trabajador, Velazco, reclamo diferencias salariales por el periodo no prescripto (1993-1995) correspondiente al último tramo de la relación laboral, debido a que su empleadora dispuso unilateralmente un cambio de categoría.

La sentencia de Primera Instancia rechazó la demanda, si bien tuvo por acreditada el cambio de categoría y por consecuencia la rebaja salarial, se

---

<sup>22</sup> “Serra, Hector c/ EFA”, plenario 177, 25/04/72, DT, 1972-450.

<sup>23</sup> Fallo “Velazco, Hector D. C/ Celulosa Jujuy” Cnac. Trab., Sala VI, 14/10/98, D.T. 1999-A-506.

sostuvo que Velazco convalidó la modificación contractual al no haber “efectuado reclamo alguno”, por lo que “equivale a una aceptación tácita de la situación” produciéndose así una novación objetiva del contrato de trabajo por mutuo consentimiento.

Así el sentenciante de grado sostuvo la misma tesis que la Corte en el caso “Zorzín Víctor c/ YPF S.A.”, al disponer que por el transcurso del tiempo se puede consentir los cambios introducidos unilateralmente al contrato de trabajo.

Velazco apela la mencionada sentencia y la Cámara modifica la misma.

Es interesante resaltar en este fallo el voto del Dr. De la Fuente<sup>24</sup> el cual sostuvo *“Pero además hay otra razón fundamental para negarle validez a la rebaja injustificada de categoría y de remuneración dispuesta unilateralmente por el empleador. Esta decisión resulta también nula de nulidad absoluta en cuanto viola lo dispuesto por una norma imperativa (art. 66, ley de contrato de trabajo), que impone límites al ius variandi al prohibir que se alteren modificaciones esenciales del contrato. Y por tratarse de una nulidad absoluta la misma resulta inconfirmable, e*

---

<sup>24</sup> Ver “Invalidez del acuerdo que modifica condiciones esenciales del contrato en perjuicio del trabajador sin su consentimiento previo”, De la Fuente, Horacio H. , DT 1999-A, 988.

*irrenunciable la respectiva acción de nulidad, por lo que la decisión patronal no puede ser convalidada por la conformidad posterior del trabajador, en nuestro caso expresado de un modo tácito en razón de su comportamiento posterior al no objetar la alteración unilateral que lo perjudica”.*

La postura del Dr. De la Fuente, es que el silencio del trabajador no puede consentir una propuesta efectuada por el empleador, quien unilateralmente, sin ninguna intervención del trabajador modifica condiciones esenciales del contrato de trabajo, violando así lo dispuesto por el art. 66 de la ley del contrato de trabajo.

Por lo cual un trabajador no podría consentir en forma tácita algo que de por sí es ilegítimo, como es la modificación de las condiciones esenciales del contrato, prohibida por normas imperativas.

Además en estos casos el empleador no busca la previa conformidad del trabajador, sino que directa y unilateralmente, lleva a cabo la modificación de elementos esenciales del contrato, sin que exista la más mínima participación del trabajador y quien tampoco recibe a cambio ninguna contraprestación o ventaja, tal ocurrió con Velazco.



Otro de los fundamentos de la sentencia que sostuvo el Dr. De La Fuente se baso en la invalidez por la renuncia de derechos prohibida, manifestando *“En el caso concreto que nos toca resolver, el acuerdo novatorio de las condiciones de trabajo resulta nulo de nulidad absoluta en razón de que en violación de la normativa vigente, el mismo perjudica grave y notoriamente a Velazco, sin que éste obtenga ningún beneficio o ventaja a cambio de la modificación contractual que, en solo provecho del empleador, lo priva sin causa o razón alguna de derechos adquiridos y legítimamente incorporados a su patrimonio.” “...el referido acuerdo novatorio resulta violatorio, por un lado, del principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 12, ley de contrato de trabajo-DT, 1976-238), en cuanto a Velazco a través de dicho acuerdo está renunciando a derechos que le son indisponibles, y que el empleador no ha arrimado ningún elemento de prueba que acredite que el actor ha obtenido a cambio contraprestaciones o ventajas que descartan la existencia de una renuncia prohibida...”*

El magistrado con este argumento considera que son irrenunciables todos los derechos adquiridos por el trabajador, sea que provengan o no de norma imperativa, se considera inválidos los acuerdos que modifiquen el contrato en perjuicio del trabajador, ya sea que éste manifieste su consentimiento de un modo expreso o tácito, a través de un comportamiento inequívoco.

En un sentido similar se expidió el Dr. Lasarte, haciendo hincapié en la desigualdad de hecho que se da en la relación dependiente – patronal, resaltando que mal podría el trabajador prestar consentimiento tácito ante tales cambios cuando por imperativo legal (art. 12 de la LCT) le es vedada esta posibilidad, máxime cuando estos cambios implican una modificación en desmedro de sus derechos sin percibir por ello una prestación alguna.

*"Ante cualquier modificación del contrato de trabajo que perjudique al trabajador, su silencio no puede interpretarse como consentimiento en los términos del art. 58, LCT. Esto es así porque cuando se trata de una modificación in peius del contrato de trabajo, el consentimiento del trabajador y en especial los alcances de su silencio, deben interpretarse muy restrictivamente, si se tiene en cuenta que nuestra disciplina aparece como limitativa del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197, CCiv.), pues se advierte que en las vinculaciones laborales no puede decirse que existe igualdad en el poder negociador de las partes. Por ello, todo acuerdo que modifique el contrato en perjuicio del trabajador debería requerir la homologación judicial o administrativa en los términos del art. 15, LCT., para poder concluir, sin más, que fue libremente querido y que no existió lesión (del voto del Dr. Lasarte)" (C. Nac. Trab., sala 4ª, sent. 83649, 30/4/1999, "Kraisman, Alejandro v. Vilguad S.A. s/despido")."La presunción que emana del art. 58 , LCT., basada en una forma de comportamiento inequívoco, sólo se puede referir al hecho de la renuncia al*

*empleo, ya que la renuncia a derechos está excluida en forma absoluta por el art. 12 de la misma ley y contraría el orden público laboral (ver Fernández Madrid, 'Leyes fundamentales del trabajo', p. 40). Por lo tanto, no puede tenerse por acreditado que existió consentimiento jurídicamente válido de aceptación por parte del actor frente a la modificación impuesta por su empleador que incurrió en incumplimiento contractual que amerita la reparación económica por el perjuicio infringido al actor (del voto de la Dra. Guthmann)" (C. Nac. Trab., sala 4ª, "Kraisman, Alejandro v. Vilguad S.A. s/despido", ya referenciado).*

#### **Capítulo IV: PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD – SU RELACIÓN CON EL IUS VARIANDO.-**

A los efectos de precisar los alcances del principio de irrenunciabilidad, trataremos de dar un breve panorama abarcando su definición, orígenes, diferentes posturas y evolución del mismo.

En nuestro país, la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, encuentra sustento legal cuando en el año 1974, se dictó la L.C.T., la cual dispuso expresamente la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos (arts. 12, 58, 260 y conc.). La interpretación de estas disposiciones legales -en especial del art. 12- ha dado motivo a un arduo debate en nuestra doctrina

acerca de cuales son los derechos irrenunciables del trabajador, cuestión de capital importancia a la que nos referiremos en los párrafos siguientes, no sin antes abordar una aproximación al mencionado principio.

En aras de tal finalidad, debemos comenzar por preguntarnos ¿que se entiende en el derecho por “renuncia”? Siguiendo la postura de Grisliá, decimos que la renuncia puede ser definida como “el abandono voluntario de un derecho mediante un acto jurídico unilateral” a contrario sensu, el citado autor, después de explayarse sobre el carácter tuitivo del derecho laboral, entiende por **irrenunciabilidad** “a la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de una o mas ventajas concedidas por el derecho del trabajo en su beneficio”. Lo relevante de este instituto, es su trascendental importancia al momento de que el trabajador proceda a disponer de sus derechos, ya que está en juego el orden público laboral y además, comenta el destacado jurista que el derecho del trabajo considera que cuando el trabajador renuncia a un derecho lo hace por falta de capacidad de negociación o por ignorancia..

Otro sector de la doctrina, en la cual se enrola el profesor Fernández Madrid, enuncia que la irrenunciabilidad de derechos aparece como el aspecto mas relevante del principio protectorio e impide tanto la renuncia anticipada de derechos como la renuncia de derechos ya obtenidos, sea que provengan de la ley, del convenio colectivo o del contrato individual.

Sin embargo, uno de los puntos donde se centró el debate doctrinario fue sobre los DERECHOS COMPRENDIDOS EN EL PRINCIPIO, en base a este eje fueron surgiendo los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los derechos que el trabajador no puede renunciar o disponer libremente. Son irrenunciables también los derechos futuros, o sólo los ya adquiridos? ¿La irrenunciabilidad comprende sólo a los derechos provenientes de normas imperativas o también a los que tienen origen contractual (acuerdo de partes, usos laborales, etc.)? ¿Todos los derechos del trabajador son irrenunciables, sin excepción, o hay algunos a los que puede renunciar libremente? ¿En su caso, cuales serían los derechos renunciables?

Derechos futuros y adquiridos, debemos resaltar el hecho de que cuando una norma imperativa atribuye al trabajador un determinado derecho, tal asignación será siempre **obligatoria**, partiendo de este punto, vemos que cualquier acto que se realice con la intención de evitar tal asignación va a estar manchado por el vicio de la nulidad (p. ej., la renuncia anticipada) por ende, será siempre pasible de la correspondiente acción de nulidad absoluta, sin impedir que tal derecho se incorpore de un modo pleno al patrimonio del trabajador como un derecho adquirido.

Es decir que los derechos futuros atribuidos por las normas imperativas serán siempre irrenunciables, por la imperatividad misma de la norma, la cual fue creada para otorgar determinados derecho y sería un despropósito permitir tales acciones, en estos casos la nulidad **debe** operar de oficio.

Una vez que el derecho se incorpora al patrimonio del trabajador, cesan entonces los efectos de la imperatividad, y se plantea la cuestión de si el mismo es renunciable o no, y es entonces cuando cobra vigencia el principio de *irrenunciabilidad*, que opera como un obstáculo, impidiendo que el trabajador se desprenda **gratuitamente** de sus derechos, esto es sin ninguna contraprestación (los derechos adquiridos pueden provenir tanto de normas imperativas como de normas “ex contractus” siendo esto lo mas habitual). Es sabido que en nuestro derecho esas renunciaciones están prohibidas por resultar violatorias del orden público, y así disponerlo también la ley laboral (arts. 872, 953 y conc. del Cód. Civil y arts. 12, 58, 260 y conc. de la L.C.T.).

Aunque ambas renunciaciones, tanto de derechos futuros como adquiridos, produzcan los mismos efectos jurídicos, por ser ambas violatorias del orden público (y por lo tanto pasibles de nulidad absoluta), se dan en un ámbito diferente así se puede distinguir, dentro de un genérico principio de *irrenunciabilidad*, las dos situaciones;

**I.-** Por un lado, el principio de imperatividad de las normas (que comprende a la renuncia de derechos futuros) y por otro,

**II.-** El principio de irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, que pueden ser incorporados al patrimonio del trabajador a través de normas imperativas o no imperativas (*ex contractus*).

Considerando que ya hemos dado luz sobre la controversia existente en el plano de la *irrenunciabilidad* de los derechos futuros y de los derechos adquiridos. Intentaremos repetir la tarea sobre otra de las discusiones planteadas, referidas al orden público laboral (normas imperativas).

Derechos provenientes de normas imperativas y no imperativas; esta división que tal vez hoy día no este marcada, gracias a la evolución de la doctrina que culminara a la postre con la reforma en la L.C.T. fue la base de las mas fuertes discusiones doctrinarias, entorno al principio de *irrenunciabilidad*.

**Al respecto surgieron tres teorías bien diferenciadas:**

**I.- Doctrina tradicional:** hasta mediados de la década de los 80`, la doctrina y jurisprudencia aceptaba, que en principio solo eran irrenunciables los derechos adquiridos, consagrados por normas imperativas. La renuncia de los derechos futuros solo se consideraba inválida si los mismos provenían de norma imperativa, y plenamente válida en el supuesto contrario (son renunciables los derechos futuros consagrados por normas no imperativas).

El trabajador podía renunciar libremente, en homenaje a la autonomía de la voluntad, a todos los derechos provenientes de las normas no imperativas que regulan el contrato, como son; las que nacen del acuerdo de partes, de los usos y costumbres y de la voluntad unilateral del empleador. Reconociéndoseles por esto plena validez a los acuerdos individuales que, respetaran los mínimos inderogables, aun cuando modificaran el contrato de trabajo, en perjuicio del trabajador, renunciando este a los derechos conferidos por las normas no imperativas que rigen la relación.

A su vez, al acuerdo modificador in peius, es decir el que disminuía los derechos del trabajador, se le reconocía pleno valor, ya sea que el trabajador hubiese prestado consentimiento en forma expresa o, como era más común, de un modo tácito. En este caso la modificación contractual tenía origen en la decisión unilateral del empleador, a la cual se ajustaba la conducta del trabajador, sin manifestar su disconformidad en un tiempo prudencial, con



lo cual se consideraba que se había producido entonces una "novación objetiva del contrato de trabajo por mutuo consentimiento".

Esta situación no habría de cambiar después de dictada la L.C.T., continuando inalterada hasta la fecha, a pesar de que contiene ahora una disposición especial según la cual, de acuerdo al texto literal y la interpretación aceptada unánimemente por la doctrina tradicional, solo son irrenunciables los derechos provenientes de normas imperativas (art. 12, L.C.T.).

Es decir que -de acuerdo a la interpretación literal que efectúa la doctrina tradicional- dicho art. 12 ha venido a desautorizar categóricamente la distinción antes aludida, de modo que los derechos provenientes de normas no imperativas serían renunciables en todos los casos, se trate de derechos adquiridos o futuros. Sin embargo, el peso de los precedentes y de la tradición ha sido tan grande, que por una suerte de inercia jurídica la doctrina y la jurisprudencia continuó aceptando la postura tradicional, ignorando lo dispuesto por el mencionado dispositivo legal.

Como se dijo anteriormente, la teoría tradicional,<sup>25</sup> que reconoce plena validez a los acuerdos que introducen modificaciones esenciales al contrato de trabajo en perjuicio del trabajador, siempre que se respeten los mínimos inderogables, sea que el consentimiento de éste se manifieste expresamente o, como es lo más común, de un modo tácito, cuando la alteración contractual nace de una decisión del empleador, a la cual se adecua aquél a través de un comportamiento inequívoco, sin manifestar su disconformidad ni impugnar la medida.

Para esta postura tradicional mientras se respeten los mínimos inderogables, impuestos por el orden público laboral, se admite que el trabajador pueda aceptar las nuevas condiciones contractuales que lo perjudican, renunciando así a los derechos conferidos por las normas no imperativas que rigen la relación, esto es que nacen del acuerdo de partes, usos y costumbres, y de la voluntad unilateral del empleador<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Tesis restringida: “La doctrina más tradicional ha considerado que la regla de la irrenunciabilidad receptada por el art. 12 de la LCT no alcanza a los derechos que se encuentran por encima de los mínimos legales o provenientes de la voluntad colectiva conformantes del orden público laboral”. “Alcance del principio de irrenunciabilidad en el derecho del trabajo”, por Diego Martín Tosca, “Colección de Análisis Jurisprudencial” Mario Eduardo Ackerman, La ley, 2002, Buenos Aires.

<sup>26</sup> Ha sostenido Vázquez Vialard que las remuneraciones que no han sido devengadas no constituyen derechos adquiridos sino derechos que *“sólo son una expectativa que se materializará, en tanto y en cuanto se den los elementos fácticos propios de la relación, que el trabajador ponga su capacidad de trabajo a disposición del empleador y éste, la reciba. Por lo tanto... no puede hablarse de renuncia de derechos (que no han nacido), sino*

La tesis amplia que le da un alcance mucho más extenso a la irrenunciabilidad de los derechos reconoce que son irrenunciables todos los derechos adquiridos por el trabajador, sea que provengan o no de norma imperativa, se considera inválidos los acuerdos que modifiquen el contrato en perjuicio del trabajador.

El Dr. De la Fuente<sup>27</sup> considera que el acuerdo modificador de las condiciones de trabajo resultaba inválido por consagrar una renuncia prohibida de derechos, y que el trabajador que se perjudicó grave y notoriamente en solo provecho del empleador, sin que causa o razón alguna lo justificara, lo priva de derechos legítimamente adquiridos al disminuir sustancialmente su categoría y remuneración.

---

*sólo de concertación de nuevas condiciones de trabajo, distintas de las anteriores que se han pactado, si bien in pejus para el trabajador respecto de las antes vigentes, pero superiores a los mínimos o, en su caso, máximos fijados por las normas imperativas aplicables al caso. En tanto las nuevas condiciones no perforen esos límites consideramos que no puede invocarse la nulidad del acto, en virtud de que el mismo implica una renuncia de derechos (irrenunciables)", Vazquez Vialard , Antonio, "La invalidez de los actos y acuerdos en el derecho del trabajo", DT, 2000-A, 972. Asimismo ver "Aplicación de los principios generales del derecho del trabajo con especial referencia al de irrenunciabilidad", Vázquez Vialard, Antonio DT 1988-A, 545.*

<sup>27</sup> Ver "Renuncia de derechos y modificaciones del contrato de trabajo", De la Fuente, LT, t. XXXIV, p. I y S.S., 1986.

Por último, la tesis ecléctica la cual considera que en tanto ningún trabajador dependiente quiere el menoscabo de sus condiciones de trabajo –respetando los mínimos inderogables por el orden público laboral-, cuando estos despidos se verifican han venido impuesto por el empleador siempre con la amenaza latente del despido, por lo que ello hace presumir que la libertad del trabajador se ha visto afectada por el vicio de la intimidación, esta presunción siempre admite prueba en contrario.

Para esta tesis cuando hay un menoscabo en los derechos del trabajador debe presumirse que la voluntad del trabajador y el mismo acto se hallan afectados por los referidos vicios.

Por último se analizará el fallo “Prinetti Jorge c/ Bagley”<sup>28</sup> dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III.

En este caso el trabajador, Prinetti, había prestado su consentimiento para celebración de diversos acuerdos que significaron una rebaja de sus remuneraciones, así todos y cada uno de los cambios operados en la forma de retribución del trabajador contaron con el consentimiento de este. Por lo

---

<sup>28</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III(CNTrab, SalaIII), 27/10/1999, “Prinetti, Jorge M. c. Bagley S. A.”.

cual el Tribunal analizó el valor de dicho consentimiento como condición indispensable para la solución de la causa.

El Dr. Giurbourg sostuvo *“El art. 66 de la ley de contrato de trabajo (DT, 1976-238) autoriza al empleador a introducir cambios "en la forma y modalidades de la prestación de trabajo", siempre que los cambios no sean irrazonables, no alteren modalidades esenciales ni causen perjuicio al trabajador. Esta facultad, llamada "ius variandi", se refiere exclusivamente a decisiones unilaterales del empresario, a cuyo poder de dirección fija límites estrictos, pero es inaplicable a los casos en los que media un acuerdo bilateral, ya que una modificación concertada de los términos del contrato no puede identificarse, al menos en condiciones normales, con el poder patronal de dirección.”* .

*“Entiendo, pues, que la expresión de voluntad del trabajador para acordar una modificación peyorativa del contrato de trabajo, en las condiciones de desempleo que actualmente se observan en la República y habida cuenta de la perspectiva de despido que, explícita o implícitamente, se halla siempre presente en la propuesta patronal correspondiente, ha de presumirse viciada en los términos de los arts. 897, 900 y 937 del Cód. Civil. La presunción hominis de la que hablo, que no se aplica a los casos en los que el perjuicio pueda entenderse compensado con otras ventajas en el marco de la buena fe, puede ser disipada por las explicaciones que se requieran al*

*trabajador en caso de que el acuerdo sea sometido a homologación (trámite que, por otra parte, daría al acuerdo valor de cosa juzgada) y, de todos modos, debe admitir la prueba en contrario, ya sea de conformidad con hechos invocados y probados en la causa o en virtud de condiciones de las partes o de la relación habida entre ellas que indiquen, en el caso, la existencia de una efectiva libertad negocial. Ninguna de estas excepciones se halla presente en el caso de autos. Los sucesivos contratos no han sido sometidos a homologación. El actor ha visto reducido su salario, no en virtud de una disminución de las ventas (riesgo éste implícito en la retribución por comisiones), sino como efecto de cambios en el porcentaje de comisión y en las listas de clientes. Los testigos Canle, Pintos y Ramos han dejado en claro que quienes no firmaban los nuevos contratos eran despedidos y, por otra parte, la relación entre el actor y la demandada no muestra características distintas de las de un contrato de trabajo común y corriente, en el que el salario tiene para quien lo gana la urgencia de una prestación alimentaria.”*

Es importante destacar que el magistrado realiza una diferenciación en cuanto a la aplicación del art. 66 de la L.C.T al establecer que es inaplicable en los supuestos donde media un acuerdo bilateral entre las partes.

Luego al analizar el valor del consentimiento prestado por el trabajador, tiene en cuenta la desigualdad negocial entre el empleador y éste. Destaca que el trabajador, necesitado de empleo, podría ser constreñido por el empleador a aceptar modificaciones en el contrato de trabajo que lo perjudiquen, y que para eso la ley ha extendido a todos los casos el criterio que la ley común, por vía de los vicios del consentimiento, aplica a supuestos precisos y probados.

Así, el Dr. Giurbourg al preguntarse cuál es la conveniencia para el trabajador de renunciar a derechos que tenía contractualmente asegurados y al analizar el contexto económico que sufre nuestro país (tiene en cuenta la falta de empleo), concluye que el consentimiento prestado por el trabajador en este contexto, ha de presumirse viciada en los términos de los arts. 897, 900 y 937, Cód. Civil, salvo prueba en contrario. En consecuencia entiende que el consentimiento expreso del trabajador, en este caso, no fue legítimo y hace lugar a su reclamo.

De todo lo expuesto podemos concluir que se debería diferenciar cuando el empleador introduce modificaciones esenciales en el contrato de trabajo acreditando que le realizó una oferta o una propuesta al trabajador y que éste ha prestado debidamente su consentimiento en forma previa antes de comenzar con las modificaciones implementadas, de los casos en que el

empleador modifica las condiciones esenciales del contrato de trabajo en forma unilateral sin tener en cuenta en esta decisión al trabajador causándole un perjuicio. Una vez diferenciado cada supuesto se tendrá que analizar a cuales se le aplica el art. 66 y a cuales los del art. 12 de la ley de contrato de trabajo.

Para esto se tendría que tener en cuenta si las modificaciones en el contrato de trabajo son dispuestas unilateralmente por el empleador sin previo aviso al trabajador o si por el contrario hubo un acuerdo entre las partes<sup>29</sup>.

Así, en los supuestos en que el empleador sin buscar la previa conformidad del empleado, en forma unilateral y por su propia voluntad, modifica los elementos esenciales del contrato de trabajo, sin concederle ningún tipo de beneficio al trabajador, el silencio de éste no podría ser tomado como un acuerdo modificatorio del contrato.

---

<sup>29</sup> Confalonieri (h.), Juan Ángel sostiene “Una vía, excluye inexorablemente a la otra: o hubo acuerdo de rebaja salarial, o la última fue decidida por la empresa. La nulidad del acuerdo no autoriza a sostener que la alteración de los niveles salariales del trabajador se debió a una determinación de su empleador. Más aún, si en definitiva la rebaja del salario del actor no tuvo origen contractual sino que surgió a raíz de una decisión impuesta por la demandada, no debió buscarse fundamento en el art. 12 de la L.C.T (que está destinado a operar dentro de la órbita de la voluntad concurrente de empleador y trabajador) sino el art. 66 del citado cuerpo normativo.”, “ Irrenunciabilidad (de derechos); inderogabilidad (de normas) y fraude (A propósito del caso “Sala” y otras sentencias”, Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Tº XXIX-2002, Pág.. 746/755.



Con lo cual consideramos que en los casos donde el empleador de manera unilateral, sin darle ningún tipo de intervención al trabajador, modifica condiciones esenciales en el contrato de trabajo y éste no realiza reclamo alguno, el silencio prestado por éste no puede considerarse como una aceptación tácita de las modificaciones realizadas por su empleador. Ya que en estos casos las modificaciones esenciales en la relación laboral están prohibidas por el art. 66 de la ley de contrato de trabajo, por lo tanto el trabajador no puede consentir en forma tácita un cambio prohibido por la ley<sup>30</sup>. Siendo de esta manera un acto nulo de nulidad absoluta por no contar con uno de los elementos esenciales de la formación del contrato, como es el consentimiento que tendría que prestar el trabajador.

Cierta corriente minoritaria, apoyándose en algún fallo aislado, declaró la invalidez de acuerdos peyorativos invocando fundamentos de derecho

---

<sup>30</sup> “Repárase que incluso a través de esas modificaciones unilaterales se priva al trabajador, arbitraria e injustificadamente, de derechos legítimamente adquiridos e incorporados a su patrimonio sin que el empleador tenga que proporcionar la más mínima explicación que justifique la "razonabilidad" de la medida (art. 66, ley de contrato de trabajo), o de precisar cuáles son las exigencias de la organización del trabajo (art. 68, ley de contrato de trabajo) que se satisfacen con la alteración contractual, tal como lo exige la ley para admitir el *ius variandi*, que sólo se acepta para introducir modificaciones no esenciales del contrato (art. 66, ley de contrato de trabajo).” “Invalidez del acuerdo que modifica condiciones esenciales del contrato en perjuicio del trabajador sin su consentimiento previo”, De la Fuente, Horacio H. , DT 1999-A, 988.

común, en el caso que se logró acreditar -a veces a través de presunciones- la existencia de algún vicio de la voluntad o de los actos jurídicos (intimidación, lesión subjetiva, etc.).

Entendemos que esta posición no fue bien recibida en doctrina, y a nuestro entender con un criterio acertado, por cuanto en muchos casos no resulta idónea ni efectiva para impedir que el trabajador se desprenda gratuitamente y sin contraprestación alguna, de derechos legítimamente incorporados a su patrimonio.

**Fundamentalmente por tres razones:**

**I.-** La aplicación del derecho común, que podría proceder en casos extremos, en la práctica raramente constituye una solución del problema, no resulta fácil para el trabajador acreditar el vicio que invoca; tales situaciones son difícil de probar.

**II.-** La ley civil ha sido dictada para reglar situaciones entre iguales, no supone que una de las partes se encuentre en situación de inferioridad.

**III.-** Y la más importante, porque en los casos de que proceda la anulación de un acuerdo peyorativo por existir algún vicio de la voluntad o del acto

jurídico, la protección del trabajador siempre será imperfecta, por cuanto la invalidez será relativa y no absoluta, como corresponde cuando se funda la invalidez en normas y principios laborales. Ello significa nada menos que el juez no podrá declarar la nulidad relativa de oficio sino sólo a petición de parte, y que el acto inválido podrá ser confirmado por el trabajador, ya sea expresa o tácitamente, y que la acción de nulidad respectiva será renunciable y prescriptible.

Esto último significa, en definitiva, que la validez del acto quedará sujeto en estos casos a la voluntad del trabajador quién, a pesar de encontrarse (en especial mientras dure el vínculo laboral) en una situación de inferioridad, podrá disponer libremente de su derecho a impugnar el acto que lo perjudica, y a convalidarlo expresa o tácitamente.

Actualmente, con la modificación efectuada por el art. 1° de la Ley N° 26.574 B.O. 29/12/2009 el art. 12 de la LCT, ha quedado redactado de la siguiente manera: “ *Irrenunciabilidad.- Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción*”.

Ahora, llevada a cabo la reforma, debemos estar pendientes de la recepción por nuestros tribunales, mientras tanto podemos ver como ha reaccionado la doctrina respecto de este tema.

En este sentido hemos analizado en especial dos trabajos realizados por reconocidos catedráticos en la materia, que fueran publicado en la ley on-line, por considerar que logran sintetizar las distintas inquietudes que la reforma no logra por si sola de aclarar; para lo cual será vital el avance de la jurisprudencia.

En el primer trabajo analizado encontramos la opinión sostenida por los profesores *Julio Armando Grisolia* y *Ricardo Diego Hierrezuelo* expuesta en una obra titulada, “LA NUEVA REGULACION DEL ART. 12 DE LA L.C.T.”. Estos autores, resaltan la importancia de la convención de partes, analizada en relación a la renuncia y entienden que la misma es un acto jurídico unilateral por el cual una persona (en este caso el trabajador) abdica de un derecho. Por ende, la renuncia no se efectúa en el marco de un acuerdo de voluntades y no requiere la conformidad de la otra parte, porque se da algo a cambio a nada.

Si lo que se produce mediante la convención de partes es una modificación en el contrato de trabajo estaremos en presencia de una novación objetiva y no de una renuncia.

Pero para evitar cualquier tipo de suspicacias, no puede disfrazarse una renuncia bajo la apariencia de un acuerdo de voluntades, porque sería un acto simulado vedado por el propio art. 12, y también por el 14, LCT.

Es decir, que el empleador que pretenda realizar alguna modificación en el contrato de trabajo sólo tiene dos vías, la del ius variandi y la de la novación objetiva.

Por la primera podrá introducir todas aquellas modificaciones relativas a la prestación de servicios siempre y cuando se respeten los límites previstos en los arts. 66 y 69 de la L.C.T. (razonabilidad, no alteración de condiciones esenciales del contrato de trabajo, indemnidad y prohibición del ius variandi disciplinario).

Mediante la novación objetiva podrá modificar los términos del vínculo jurídico, afectando incluso condiciones esenciales del contrato de trabajo, pero para ello deberán efectuarse concesiones recíprocas. Por ejemplo, podrá reducir la remuneración a cambio de una disminución proporcional de la jornada de trabajo. Pero lo que no podrá hacer, es considerar el

mantenimiento de la relación laboral como uno de los términos de la ecuación, porque, como ya se ha dicho, esto importaría una renuncia y no una novación, ya que el trabajador estaría dando algo a cambio de nada, o mejor dicho, a cambio de algo que ya tiene, como es su trabajo.

Con la reforma legal introducida, ya no existe discusión en establecer que los acuerdos novatorios para ser válidos no deberán encubrir ningún tipo de renuncia, y si el trabajador debe efectuar alguna concesión deberá hacerlo a cambio de otra que efectúe también el empleador, pues de contrario, carecerá de todo valor y deberá estarse a los términos del contrato original.”

Por otro lado, desde una visión mas liberal y patronalista hallamos la posición de la profesora Gabriela S. Cruz Devoto esbozada en un trabajo titulado “Los alcances de la irrenunciabilidad laboral ¿El fin de un largo debate? “ publicado en DT 2010 (febrero), 273, en donde sostiene que la reforma introducida por la ley 26.574 al texto del art. 12 LCT pone fin al debate interpretativo y, a partir de su vigencia, es indudable que ningún derecho del dependiente incorporado al contrato de trabajo por cualquier fuente jurídica resultará renunciabile.

Por el hecho de que la ley 26.574, sancionada el 2-12-09 por el Congreso Nacional y promulgada de hecho el 22-12-09, ha modificado el texto del art.

12 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) y, mediante el agregado de sólo cinco palabras, parece haber puesto punto final a una controversia de 25 años sobre la interpretación que la doctrina y los tribunales asignaban al texto anterior.

Recordemos que ya desde su redacción originaria de 1974 el citado precepto disponía: "*Será nula y sin ningún valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción*".

En un principio pese a su aparente claridad, la norma dio lugar a múltiples interpretaciones jurisprudenciales, pudiendo señalarse un hito que abrió las puertas al debate: el caso "Bariaín, Narciso c/ Mercedes Benz Argentina SA" resuelto el 14-5-85 por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal (CNAT), que sostuvo que la irrenunciabilidad prevista en el art. 12 LCT alcanzaba a todo crédito o derecho ya incorporado al patrimonio, cualquiera fuere su fuente; es decir, nacido de las leyes, de los convenios colectivos o, incluso, de la voluntad individual de las partes del contrato de trabajo.

Desde ese momento la jurisprudencia y la doctrina discutieron con distintas teorías, restrictivas unas, amplias otras, e incluso eclécticas, fundadas en la letra de la ley, en su espíritu, en el principio de irrenunciabilidad, entre otros argumentos. También se sucedieron una serie de Plenarios de la CNAT .

La discusión fue académicamente muy enriquecedora y prolífica, pero a la par, consagró una gran inseguridad jurídica; puesto que, cuando una empresa y sus dependientes pactaban una modificación del régimen salarial futuro, esa novación contractual no garantizaba a la empresa que neutralizaría la impugnación ulterior de uno o más dependientes ante el reclamo de las diferencias salariales respectivas.

Así, además de la discusión sobre los alcances de la irrenunciabilidad de los derechos laborales (sólo los nacidos de las leyes y los convenios colectivos, o los de cualquier origen) se registraba en la doctrina y la jurisprudencia un segundo interrogante: ¿había alguna forma de instrumentar -jurídicamente segura- la modificación de las condiciones salariales en el marco de una novación, que impidiera un futuro cuestionamiento sobre la base de la irrenunciabilidad?

La pregunta resulta pertinente toda vez que, si la irrenunciabilidad es entendida en sentido amplio (protegiendo todo derecho laboral cualquiera sea su origen o génesis) los empleadores carecen de margen alguno para



negociar las condiciones retributivas pactadas originalmente; y, en caso de una crisis empresarial, el único camino sería el de los despidos, consecuencia que resulta contraria a los intereses de la empresa y, en definitiva, de los trabajadores.

Pues bien, para la eminente jurista la citada ley 26.574 ha sellado el primer debate, en otras palabras, los alcances del principio de irrenunciabilidad son legalmente y por lo tanto indiscutiblemente amplios.

Sin embargo, cree que hay otra cuestión que todavía motivará cuestiones interpretativas.

En los párrafos anteriores dejamos claro que para la autora en análisis, la reforma introducida por la ley 26.574 al texto del art. 12 LCT pone fin al debate interpretativo y, a partir de su vigencia, es indudable que ningún derecho del dependiente incorporado al contrato de trabajo por cualquier fuente jurídica resultará renunciabile.

Sin perjuicio de ello, parece pendiente de determinar si tales derechos pueden disponerse a título oneroso mediante una modificación contractual que mantenga la sustancia del sinalagma; porque, de no admitirse ninguna posibilidad modificatoria inclusive frente a una causa objetiva, la regla del art. 12 LCT con su nueva redacción impondría una rigidez al vínculo

jurídico incompatible con la dinámica de las relaciones laborales y de la vida empresarial.

Es que, de no resultar así, las organizaciones empresarias con genuina necesidad de introducir cambios a los contratos originarios se verán obligadas a rescindirlos. Esto demuestra que el aumento protectorio involucrado en esta modificación en el plano individual, desprotege el plano macro social. Podría decirse que el legislador ha visto un árbol pero no el bosque.”

En síntesis, lo que quisiéramos resaltar de estos trabajos analizados up supra, sería fundamentalmente dos aspectos bien marcados en ambos.

Podemos apreciar que tanto los doctores Grisolia, Hierrezuelo y Cruz Devoto, están de acuerdo que la reforma introducida por la Ley 26.574 termina con una discusión, que precedía a la misma Ley de Contrato de Trabajo e incluso se acentuó luego de su redacción, la cual permitiera el desarrollo de las distintas posturas doctrinarias que hemos referenciado.

Queda en claro que ya no se podrá disimular la renuncia de derecho sea cual sea su fuente bajo la forma de novación objetiva del contrato de trabajo.

En cuanto a la modificación del contrato de trabajo, notamos que aun existe lugar a dudas, interrogantes, al menos para cierto sector en este caso puntual representados por la Dra. Cruz Devoto; lo cual redundando en inseguridad jurídica, para el caso de una real modificación del contrato de trabajo por causas que lo fundamenten. Queda planteado por la doctora la posible reacción del sector empresarial, ante este supuesto “vacío legal”.

Si bien entendemos que no solo se debe tutelar la estabilidad laboral, sino también la fuente de trabajo; coincidimos con los doctores Grisolia e Hierrezuelo en cuanto a las vías de modificación contractual jurídicamente válidas, el IUS VARIANDI y la NOVACION OBJETIVA, del contrato de trabajo oportunamente homologado.

**Capítulo V: PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL HACIA EL DERECHO LABORAL, EL IUS VARIANDI Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO.-**

Una vez analizadas exhaustivamente las vicisitudes del ius variandi y del principio de irrenunciabilidad, debemos introducirnos en una cuestión no menor, como es la gravitación constitucional que axiológicamente gira alrededor de estos institutos.

En principio, es menester dejar en claro, que en nuestra historia constitucional el derecho del trabajo fue el producto de distintos factores jurídico-sociales y que su existencia se debe a una larga lucha social, con el dictado de normas - de fondo y de forma- que importaba el reconocimiento por parte del Estado, que una de las partes intervinientes en la relación de trabajo, era hiposuficiente. Tal reconocimiento llega a su máxima expresión con el constitucionalismo social, que incorpora a las Constituciones Nacionales normas tuitivas, las que a su vez nutren y filtran a todo el orden jurídico subconstitucional.

De esta manera, analizado nuestro proyecto social constitucional surge que éste tiene por objeto: "...afianzar la justicia..." (Preámbulo) y para ello "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes..." (art. 14 bis. C.N.), consagrando la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18) y que el ser humano en razón de su dignidad no debe ser discriminado (arts. 16 y 33 C.N.).

Es destacable el rol imperante que juega el constitucionalismo social en nuestro proyecto social constitucional, ya que según los constitucionalistas Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya ( *Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, pag. 250 y sgtes.*) con esa denominación se indica la etapa posterior al constitucionalismo clásico o liberal, en la cual se produce una doble transformación: del Estado Gendarme se pasa al Estado

Intervencionista en lo económico-social y se complementan los derechos individuales con estos nuevos derechos correspondientes a protagonistas o titulares sectorizados, entre otros, los trabajadores, para corregir, remediar o morigerar las injusticias sociales más notorias engendradas bajo el Estado liberal burgués.

Esta nueva etapa significa la jerarquización constitucional de una nueva concepción que-aunque empezó desarrollándose por debajo de los textos supremos a partir del reclamo de los propios beneficiarios-se plasma inicialmente en la Constitución de Querétaro en 1917 (México) y de Weimar en 1919 (Alemania).

La doctrina constitucionalista, ubica dentro de los derechos sociales que consagró el constitucionalismo social, a los derechos de los trabajadores, indicando que éstos son derechos individuales (patrimoniales o no) desde tres puntos de vista:

- a) Por su titular o sujeto activo (los trabajadores en relación de dependencia, sin especificación de sexo y edad);
- b) Por su contenido (tienen como correlato el cumplimiento de prestaciones positivas y negativas, obligaciones de dar, de hacer y no hacer),y
- c) Por el sujeto pasivo (el empleador privado o público).

Esta subespecie de derechos que se consagran en el artículo 14 bis, párrafo 1° de la CN, tienen como eje de todas sus disposiciones al “trabajo en sus diversas formas”, que no debe confundirse con el “derecho a trabajar” (art. 14°, CN), aunque en un punto se conectan.

Ocurre que el derecho al trabajo tiene dos caras: cuando consiste en la labor del hombre autónoma, espontánea y dirigida a obtener la cobertura de sus necesidades, se trata de un derecho civil individual y cuando se trata de la actividad humana realizada en beneficio de otro que paga ese trabajo (relación de dependencia) se trata de un derecho social que restringe el derecho individual del patrón. En ese último caso el trabajo deja de ser un derecho civil para transformarse en social.

Como vemos, la Constitución Nacional al elevar de categoría un derecho, que originariamente fue civil, y posteriormente transforma por imperio del constituyente, en social, significa que la protección es mayor. Dejando expresamente manifiesto que el fundamento de esa protección del trabajador o su derecho está determinada por razones de justicia social, concepto amplio que orienta la actividad del Estado dirigida a evitar la desigualdad y la opresión de los sectores sociales más débiles.

Esto implica que si analizamos el *Ius Variandi* desde la óptica de la carta Magna, inexcusablemente nos vemos forzados a ampliar sus límites de ejercicio (recordemos que esa facultad del empresario tiene tres condiciones de procedencia para que su ejercicio sea legítimo según el art. 66LCT: Razonabilidad, No alteración de las condiciones esenciales del contrato e Indemnidad) debiendo incluir la justicia social a triada de limitaciones antes mencionada.

Esta línea argumental, se desprende de la propia lectura de el texto constitucional, a saber: Preámbulo, arts 14, 16, 17, 18 y 75 incisos 12°, 18°, 19° y 22° ), de su espíritu tuitivo y de la finalidad axiológica del constitucionalismo social plasmado en el art 14 bis que dicta un cúmulo se normas imperativas no solo para el Estado sino también para el empleador, porque recordemos que los derechos sociales no son derechos a la propia conducta, sino a la de un tercero (empleador, Estado), quien debe cumplir con las prestaciones indicadas en la norma fundamental a favor de los trabajadores.

La doctrina ha denominado a estos derechos como sociales porque con ello se quiere destacar la necesidad de proteger más eficazmente aun determinado sector más débil de una situación social determinada (en este caso a los trabajadores) y también el perjuicio que la falta de protección provocaría. La consecuencia inmediata de calificar como social el derecho a

determinadas prestaciones ha sido otorgarles calidad de orden público, con el efecto de ser considerados irrenunciables (tanto para sus titulares, quienes no pueden disponer de ellos, como para los sujetos, quienes no pueden disminuir esos derechos pero si mejorarlos)

Repárese que si se hubiera interpretado con la impronta social de la constitución el artículo 12 de la LCT, que antes comentamos, aquellas disquisiciones doctrinarias que colmaron las obras de distinguidos tratadistas y que a su vez ofuscaron al Estado social de derecho, estarían relegadas al olvido.

Sin embargo fue necesaria la reforma de dicho dispositivo, por la ley Ley N° 26.574 *B.O. 29/12/2009*, para que resurgiera nuevamente un atisbo de aquella postergada justicia social, en su faz protectora.

Con todo, no es sino a partir de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación a nuestra Ley Fundamental de Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, que se ha operado un enorme cambio en el sistema normativo, ya que se ha ampliado el sistema de derechos y también su protección.



La transformación ha sido vista como un nuevo paradigma, lo que justifica poner nuestra atención en el tema.

Actualmente, la Constitución Nacional no es el único pacto que regula las relaciones políticas, económicas y sociales, ya que hay otros y variados pactos mediante los cuales se estructura la sociedad democrática, y el nuevo pacto es el respeto de los derechos humanos por medio de tratados internacionales.

Por lo que entendemos que nuestro programa social constitucional se propone: “...afianzar la justicia...y promover el bienestar general...” (Preámbulo), para ello “todos los habitantes de la Nación gozan del derecho...a trabajar” (art. 14), “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...” (art. 14 bis) y “el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones con las potencias extranjeras por medio de tratados...” (art. 27). De éstos: los que versan sobre derechos humanos y se hallan enunciados en el art. 75 inc. 22, poseen jerarquía constitucional, y los simples tratados y concordatos tiene jerarquía superior a las leyes. A su vez, corresponde al Congreso de la Nación “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social,...a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...” (art. 75 inc. 19), así como “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la

igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...” (art. 75, inc. 23).

Como se puede observar, el proyecto constitucional es mucho más amplio con la indicada reforma, lo que impulsa el fortalecimiento de todo el derecho del trabajo y por efecto reflejo cada uno de los principios que protegen al trabajador.

Así las cosas, recordemos que en su clásica obra sobre los principios del derecho del trabajo, Plá Rodríguez señalaba que los autores no estaban de acuerdo en cuanto al número y denominación de los distintos principios, pero en realidad se aprecia que sobre diferencias mínimas hay consenso en cuanto al fondo de la cuestión. De esta manera, proponía los siguientes: 1- Principio protector: del cual derivan tres ideas: a) in dubio pro operario, b) regla de la aplicación de la norma más favorable, c) regla de la condición más beneficiosa; 2- Principio de la irrenunciabilidad de los derechos, 3- Principio de la continuidad de la relación laboral, 4- Principio de la primacía de la realidad, 5- Principio de la razonabilidad, 6- Principio de buena fe. A su vez, Justo López agrega los de trato igual (no discriminación) y de integración o actuación colectiva, que se refleja en el art. 14 bis de la C.N., en los derechos sindicales y en la participación en las ganancias con control

de producción y colaboración con la dirección. Por su parte, Juan Carlos Fernández Madrid, estima que, de acuerdo a la evolución y el sentido último del derecho del trabajo, el principio protectorio es el centro alrededor cual gira toda la normativa laboral. Para el último citado, las reglas de aplicación del principio protectorio son: a) in dubio pro operario; b) la selección de la norma más beneficiosa; c) irrenunciabilidad de derechos; d) indemnidad y ajenidad al riesgo empresario; e) subsistencia de la condición más favorable; f) no discriminación; g) facilitación de las pruebas en el proceso (presunciones laborales). Finalmente, Ricardo Cornaglia, introduce el principio de progresividad, el que, según su punto de vista impregna a todo el sistema normativo laboral de sus notas características y excluyentes. Visión actualizada de lo que Deveali entendía como uno de los principios de la ciencia de la legislación laboral y denominaba de la progresión racional.

### **El principio protectorio**

Estimamos que, el principio protectorio ha sido reforzado por las Declaraciones, Convenciones y Tratados sobre Derechos Humanos, lo que reafirma -desde el plano constitucional- la preocupación por el legislador constituyente de lograr la paz social en base al reconocimiento de la

dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de la persona humana.

así, los pueblos de las Naciones Unidas se declaran resueltos a promover el progreso social y elevar el nivel de vida de los individuos, por lo que los gobernantes deben esforzarse con medidas progresivas al reconocimiento y aplicación universales del respeto a estos derechos y libertades. En especial, toda persona tiene derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a una remuneración equitativa y satisfactoria, a fundar sindicatos, a sindicarse, en fin a un nivel de vida adecuado para si y su familia.

A su vez, los Estados Americanos han reafirmado su propósito de consolidar en este continente -dentro del cuadro de las instituciones democráticas- un régimen de libertad personal y **justicia social**, para ello los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades y a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacerlas efectivas. Al mismo tiempo se obligan a adoptar providencias -tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional- para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. En especial, las referidas al logro del pleno empleo, la orientación vocacional, el desarrollo de proyectos de capacitación técnico profesional y particularmente los programas destinados

a los minusválidos y los tendientes a que la mujer pueda contar con efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo. Esta apretada síntesis, nos lleva a concluir en sentido que el principio protectorio, que tiene vigencia normativa en el art. 14 bis, se halla reforzado y complementado con los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

### **El principio de progresividad**

El propósito de “...**promover** el bienestar general...”, y la garantía de que “...el trabajo en sus diversas formas **gozara** de la protección de las leyes indica el sentido prospectivo de las normas constitucionales, que van en idéntico sentido -hacia el futuro- de lo dispuesto por las Declaraciones, Convenciones y Tratados sobre Derechos Humanos que fuimos reseñando. Por lo que, el principio de progresividad también ha sido fortalecido y ampliado por las normas contenidas en los instrumentos citados en segundo lugar.

La importancia de esto, reside en el hecho de que las obligaciones concretas asumidas por nuestro Estado resultan exigibles judicialmente. Nacen así, obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público por lo que la violación a las disposiciones

internacionales puede emanar de una omisión por parte de los poderes públicos.

A los fines del presente trabajo, nos interesa destacar -con relación al PIDESC- que los estados contratantes se comprometen a adoptar medidas en forma progresiva -lo que da idea de una cierta gradualidad-, pero que la obligación mínima es la obligación de *no regresividad*, es decir que: deben abstenerse de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos sociales y culturales vigentes al momento de adoptar el tratado internacional. Como lo sugieren Cornaglia y Abramovich-Courtis - esta obligación se articula con el principio de razonabilidad (art. 28 C.N.), ya que ambos principios tiene por objeto asegurar el debido proceso sustantivo a través del control de contenido de la reglamentación de los derechos. Por lo que, la obligación de *no regresividad* implica un control “agravado” del debido proceso sustantivo.

La forma de judicializar derechos económicos, sociales y culturales, tendría una doble vía: a) el derecho a no ser discriminado -compromiso asumido por el Estado en el art. 2.2. del PIDESC- y b) la garantía del debido proceso -art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos-.

**Las reglas in dubio pro operario, la selección de la norma más beneficiosa, de la condición más favorable y de no discriminación:**

Siguiendo la orientación de Fernández Madrid, en cuanto a las reglas de interpretación y aplicación; hallamos que éstas tiene su símil en el orden de las normas supranacionales. así, las tres primeras deben complementarse con el principio *pro homine* y la última -además de la ley 23.592, contra actos discriminatorios- con los derechos al trato igual y a la no discriminación.

Dado que los principios generales tienen una triple función: a) de interpretación, b) normativa -o integradora- y c) fundamentadora -o informadora-, las reglas citadas adquieren renovada vitalidad y trascendencia para la decisión de los conflictos laborales. Las cuestiones que ofrezcan dudas al interprete, sobre el sentido de la norma laboral; el caso de concurrencia de normas destinadas a reglar una misma situación jurídica; la situación que se produzca cuando haya sucesión de normas y exista una situación concreta anteriormente reconocida, así como la prohibición de cualquier tipo de discriminación: se enriquecen actualmente con las reglas *pro homine* y el derecho al trato igual.

Cuando se deban aplicar las normas de los instrumentos internacionales relativas al trabajo, ha de estarse a la interpretación que resulte más favorable al individuo *-pro homine-* cuyo derecho se pretende tutelar, así como debe darse prevalencia a la norma que signifique la menor restricción a dicho derecho. Este criterio hermenéutico -acudir a la norma más amplia o interpretación extensiva (cuando deban reconocerse derechos) y restringida (cuando se establezcan restricciones o suspensiones) - resulta fundamental pues los instrumentos internacionales prevén casos de restricciones legítimas y aún la suspensión -en casos extraordinarios- del ejercicio de determinados derechos humanos. . Tal lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos humanos (art. 29.2), PIDESC (art. 4), Pacto de San José de Costa Rica (art. 30).

Finalmente, la no discriminación es un derecho en sí mismo, pero a la vez un principio de interpretación que determina la forma de aplicación de las normas sobre derechos humanos.

Advertimos con renovadas esperanzas, que los operadores del derecho hemos sido dotados de nuevos instrumentos - sumados a los anteriores- que nos permitirán petitionar -y adoptar- resoluciones justas y humanitarias con el fin de preservar la paz social y afianzar la justicia, dentro de un orden democrático y solidario.



No obstante lo expuesto, y que algunos autores -como Juan Carlos Fernández Madrid- consideraban respecto al futuro de los principios del Derecho del Trabajo, que el garantismo legal sería cada vez más necesario; dichas recomendaciones no fueron atendidas y por el contrario, en el devenir histórico, la realidad actual es otra -y bien diferente-.

La legislación “flexibilizadora”, con -supuestos- fundamentos en: la internacionalización del mercado, las exigencias de la competitividad, la reducción de costos, maximización de eficacia productiva y fomento del empleo, sin embargo ha precarizado -regresividad- las relaciones laborales y desprotegido al trabajo, en abierta contradicción a los principios que venimos analizando.

Por ello la OIT ha estimado oportuna y necesaria efectuar una Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, destacando que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente, que debería prestarse especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, que la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y significado peculiares, así como urge reafirmar la

permanencia de los principios y derechos fundamentales inscriptos en la Constitución de la Organización, promoviendo su aplicación universal .

Y, si bien es cierto que el Derecho del Trabajo está impregnado de circunstancialidad práctica e histórica, también es verdad que el movimiento obrero utiliza como palancas para mejorar el nivel de protección la aspiración sucesiva -o alternativa- a la diferenciación y a la equiparación, pero siempre buscando alcanzar un mejor nivel de protección -de manera progresiva-.

Hallamos entonces, a jueces y abogados en la encrucijada: del milenio que se agota y del nuevo que asoma, con ímpetu y diversas cuestiones.

Realidad social que no es posible ignorar, máxime cuando el compromiso asumido es el de afianzar la justicia, en un orden democrático, con la persona humana como centro, brindando igualdad de oportunidades para todos, y donde es necesario redoblar los esfuerzos por la tutela y promoción para los más débiles.

En este marco, hemos sostenido que, los principios protectorios - y sus reglas in dubio pro operario, de la selección de la norma más beneficiosa, subsistencia de la condición más favorable y de no discriminación- como de

progresividad han sido reafirmados y enriquecidos por la reforma de 1994. Dado que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos deberán interpretarse *pro homine* y conforme el principio -a su vez derecho- de no discriminación. Compete a los tribunales locales interpretar, aplicar y hacer efectivas dichas garantías constitucionales.

Los Jueces han jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, sistema normativo que tiene fuerza obligatoria y vinculante. Recordemos que la Corte Suprema ha resuelto con reiteración que todos los jueces tienen el derecho y a la vez el deber de aplicar la Constitución Nacional - a la que debemos sumar los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional- y asegurar su primacía.

Los magistrados y abogados, como operadores, tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos. Pues, el sistema normativo constitucional es -al decir de Cornaglia- la expresión global del deber ser conjunto de la sociedad, es decir un programa de programas.

Tal es la exigencia actual para los jueces, a quienes se exige protagonismo, función directiva, creatividad, preocupación por el proceso justo, garantismo de la defensa en juicio y sobre todo asegurar la efectiva vigencia de las

garantías jurisdiccionales que ya tienen un nuevo y globalizado techo de seguridad, al valer operativamente en el orden local las pautas principios y estándares que emanan de los instrumentos internacionales y su interpretación -y aplicación- por los órganos pertinentes.

En igual medida, los abogados como auxiliares de la justicia deben colaborar en esta ardua tarea, con peticiones idóneas y sobre todo exigiendo la efectividad de la tutela de los derechos humanos en cada caso concreto.

Por último, como conclusión y a modo de síntesis a lo expuesto ut supra, creemos que la reforma constitucional de 1994, ha venido a reafirmar, enriquecer y extender los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, especialmente el protectorio -y sus reglas in dubio pro operario, de la selección de la norma más beneficiosa, subsistencia de la condición más favorable y de no discriminación- y el de progresividad.

Las normas sobre derechos humanos que tutelan específicamente al trabajo y al trabajador -contenidas en instrumentos internacionales- tienen carácter operativo y deben ser aplicadas en cada caso concreto.

Es misión de los jueces y abogados, poner al alcance del justiciable, en cada oportunidad que éste recurra a los tribunales, los instrumentos indispensables para la tutela y promoción de sus derechos.

Las leyes flexibilizadoras -o desprotectoras- que vulneren los principios antes citados, deben ser neutralizadas por la interpretación y aplicación de las normas contenidas en la Ley Fundamental e instrumentos internacionales ya que poseen rango -constitucional- superior.

Es tarea de magistrados y auxiliares de la justicia, poner lo mejor de sí para el logro de un orden democrático y social más justo, situando a la persona humana como centro del sistema, con tutela y promoción de los más débiles; y en el ámbito laboral con protección al trabajo -y al trabajador- eliminando cualquier forma de discriminación -entre las más odiosas se encuentran las que tienen como origen la pobreza y el analfabetismo-.

La protección establecida por las normas de fondo, se extienden a las cuestiones procesales, dado que hay un refuerzo de las garantías directamente operativas.

En fin, a setenta y siete años de los fusilamientos en la Patagonia, y cincuenta -casi- de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la lucha por alcanzar una sociedad más justa, libre y solidaria, exige de los operadores del derecho una exégesis actualizada de los principios

fundamentales del Derecho del Trabajo, así como un efectivo compromiso con la defensa de los Derechos Humanos.

### **Capítulo VI: DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.-**

A modo informativo reseñaremos a continuación las soluciones que consagran las legislaciones de países latinoamericanos sobre irrenunciabilidad, ya sea en el ámbito constitucional, como en su legislación laboral interna:

\* En Chile, el Código del Trabajo dispone en su art. 5 que "*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo. Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente*".

\* La Consolidación de Leyes del Trabajo de la República Federativa de Brasil dispone en su art. 468 que "En los contratos individuales de trabajo sólo será lícita la alteración de las respectivas condiciones por mutuo consentimiento siempre que no resulten, directa o indirectamente, perjuicios al empleado, bajo pena de nulidad de la cláusula que infrinja esa garantía". El Código del Trabajo en el art. 8 sostiene que: "*Son nulas y no obligan a*

*los contratantes, aunque se expresen en un convenio de trabajo o en otro pacto cualquiera, las estipulaciones, actos o declaraciones que impliquen disminución, adulteración, dejación o renuncia de los derechos reconocidos a favor de trabajador ". Luego, el art. 159 afirma que "El salario pactado no podrá ser reducido por ninguna circunstancia, ni aun mediante el consentimiento del trabajador. En los casos en que por razones de crisis económica grave de carácter nacional, caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobados por las autoridades administrativas de trabajo, se ponga en peligro la existencia de la fuente de trabajo, se podrá, de manera temporal, modificar o reducir los horarios o la semana de trabajo, correspondiente, con el consentimiento de la organización sindical, o de los trabajadores donde no exista ésta, siempre que se acuerden los métodos para lograr la recuperación gradual de la jornada de trabajo a los niveles existentes antes de la crisis. En tales situaciones el Estado aunaré esfuerzos con los trabajadores y empleadores, a fin de disminuir los efectos de la crisis".*

\* El Código de Trabajo de la República de Haití indica en su art. 6 que "Ningún trabajador puede renunciar a los beneficios que le son reconocidos por la Constitución y por la ley."

\* En la República Oriental del Uruguay no existen normas legales ni constitucionales sobre el tema, aunque los principios elaborados por el profesor Américo Plá Rodríguez tienen allí reconocida fuerza de ley. Entre ellos, la irrenunciabilidad que se refiere a la "*imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio*".

### **Capítulo VII: CONCLUSIONES.-**

Debemos partir de la base que en la realidad el trabajador constantemente sufre las consecuencias del distinto poder negocial que posee ante su empleador. Este factor de poder debe ser tenido en cuenta a la hora de resolver las modificaciones en la relación laboral dispuesta de manera unilateral por el empleador y consentida a través del silencio por el empleado.

A esto debemos sumarle los momentos de crisis que atraviesa nuestro país en donde la falta de oferta de trabajo juega un rol importante en las decisiones que debe tomar el trabajador cuando debe de discutir aquellos cambios realizados por su empleador.



En este contexto, es donde debe valorarse el consentimiento prestado en forma tácita por el empleado. Habrá que preguntarse también que beneficios o contraprestaciones recibirá el mismo. O por el contrario porque un trabajador querría verse perjudicado renunciando a derechos que contractualmente tiene asegurados a través del contrato de trabajo<sup>31</sup>.

Por lo cual el silencio del trabajador no debe ser tomado como un consentimiento tácito en los supuestos en donde el empleador de manera unilateral, modifica las condiciones esenciales del contrato de trabajo sin darle al trabajador un beneficio o contraprestación a cambio. En estos supuestos aquel consentimiento debe ser declarado nulo por ser contrario a la normativa vigente.

Por último consideramos que nuestros tribunales deberían sostener la invalidez de estas modificaciones realizadas al contrato de trabajo bajo la exclusiva voluntad del empleador, que perjudican al trabajador. De esta

---

<sup>31</sup> “Si...el trabajador termina por aceptar el cambio que lo perjudica "será evidente que lo hace por necesidad, forzado por su situación de inferioridad jurídica y económica que lo obliga a aceptar el mal menor, frente a otros que se le ocasionarían en caso de no acceder a la imposición patronal (represalias, despidos, etc.)” “Invalidez del acuerdo que modifica condiciones esenciales del contrato en perjuicio del trabajador sin su consentimiento previo”, DE LA FUENTE, HORACIO H. , DT 1999-A, 988.

manera se cumplirá con el principio protectorio consagrado en el derecho del trabajo.

Como ya lo expresaran los Doctores Grisolia e Hirrezuelo, tenemos que estar atentos en las vías y los modos que utilizaran los empleadores para modificar el contrato de trabajo. Teniendo en cuenta que solo se podrán alterar las condiciones esenciales a través de la figura de la NOVACION OBJETIVA, donde ambas partes, sin renunciar a derechos, los trabajadores, puedan disponer de estos, a título oneroso mediante una modificación contractual que mantenga la sustancia del sinalagma, tal como lo expresara la Dotor Cruz Devoto en el trabajo el analizáramos up supra.

Dejando la figura del IUS VARIANDI, como un atributo que tiene el empleador para poder desempeñar con éxito su tarea de dirigir la “empresa”, el cual deberá ser empleado dentro de los límites a los cuales nos hemos referido, para lograr el mejor desarrollo posible en su actividad; resultando finalmente beneficiados directamente ambos empleador y empleado e indirectamente visto desde un punto de vista macro-económico la sociedad en su conjunto.-

## INDICE

- **Capítulo I: Introducción**, concepto de “empresa”-----Pág. “2”.-
- **Capítulo II: Breve referencia sobre el “Ius Variandi”**, límites al Ius Variandi-----Pág. “6”.-
- Razonabilidad -----Pág. “7”.-
- No alteración de las condiciones esenciales del contrato-----Pág. “8”.-
- Indemnidad -----Pág. “10”.-
- Análisis, del segundo párrafo art. 66 “Ley De Contrato De Trabajo”, las distintas posibilidades del empleador, afectado por la medida-----Pág. “12”.-
- Procedimiento de la acción de “restablecimiento”-----Pág. “13”.-
- Distintas posturas sobre la acción de “restablecimiento”-----Pág. “14”.-
- Acción de “restablecimiento”, nuestra opinión al respecto-----Pág. “21”.-
- **Capítulo III: El silencio del trabajador en casos de excesos en el ejercicio del “Ius Variandi” ¿Consentimiento tácito? Interpretaciones jurisprudenciales; consecuencias,** -----Pág. “25”.-

- Postura de la Corte Suprema de Justicia de La Nación en el caso “Padin Capella, Jorge c. Litho Formas, S.A.”, -----Pág. “27”.-
- Breve referencia al caso “Zorzin” y sus repercusiones, -----Pág. “28”.-
- Fallo “Velazco, Hector D. C/ Celulosa Jujuy”, su análisis, nuevo enfoque jurisprudencial respecto al silencio del trabajador frente a la modificación del contrato de trabajo, ----- Pág. “32”.-
- **Capítulo IV: Principio de Irrenunciabilidad – Su relación con el Ius Variando**, -----Pág. “36”.-
- Irrenunciabilidad; distintas posturas, -----Pág. “40”.-
- Conclusiones respecto al Fallo “Prinetti Jorge c/ Bagley”, -----Pág. “45”.-
- Corriente minoritaria, su rechazo, fundamentos, -----Pág. “50”.-
- Modificación efectuada por el art. 1° de la Ley N° 26.574 B.O. 29/12/2009 al art. 12 de la L.C.T., -----Pág. “52”.-
- Análisis de los Trabajos realizados por los profesores *Julio Armando Grisolia y Ricardo Diego Hierrezuelo y Cruz De voto*-----Pág. “53”.-
- **Capítulo V: Proyección de la Constitución Nacional hacia el Derecho Laboral, el Ius Variandi y los Principios del Derecho**

<b>del Trabajo,</b>	-----Pág. “59”.-
- El Principio protectorio,	-----Pág. “68”.-
- El principio de progresividad.	-----Pág. “70”.-
- Las reglas in dubio pro operario, la selección de la norma más beneficiosa, de la condición más favorable y de no discriminación,	-----Pág. “71”.-
- <b>Capítulo VI:</b> Derecho comparado Latinoamericano,	-----Pág. “78”.-
- <b>Capítulo VII:</b> Conclusiones,	-----Pág. “81”.-
- <b>Bibliografía,</b>	-----Pág. “86”.-

### **BIBLIOGRAFÍA:**

- Antonio Vazquez Vialard:** *Derecho del trabajo y de la seguridad social, tomo 1, edición 4ª.*-
- Humberto Quiroga Lavie, Miguel Angel Benedetti y María de la Nieves Cenicacelaya:** *“Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I. de Rubinzal- Culzoni Editores.*-
- Bidart Campos, Germàn:** *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Bs. As. 1995.*
- Omar Yasín Nills:** *“Variación de las condiciones esenciales de trabajo. Efecto del régimen impuesto por la ley 26.088.*-
- Recalde, Héctor P:** *“El ius variandi y la continuidad de la relación laboral”, LA LEY 2006-C, 1257 - IMP 2006-12, 1547.*-
- Revista de Derecho Laboral, Actualidad, Rubinzal – Culzoni Editores:** *Implicancias procesales de la reforma al art. 66, LCT.*-
- “Frete, Ramón c/ Surmar SA s/ medida cautelar”, Sentencia 57.881, 9/5/2007.**-
- GUISADO, Héctor C:** *La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo.*-
- “Torrilla Hoppe Carolina Noelia C/ Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia S.A. S/ Juicio Sumarísimo”.**-
- “Miranda, Nicolasa de Luján c/Floor Clean SRL s/juicio sumarísimo”.**-

**-Retamozo Cristobal c/Consortio de Propietarios del Edificio Santos Dumont 2368 s/ diferencias de salarios".-**

**-“Galarraga, Ignacio c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ medida cautelar”**  
*Sentencia 27627, 30/11/2006.-*

**-“Vizzoti Carlos A. C/ Amsa S.A. S/ Despido”, (14/9/2004).-**

**-“Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, (21/9/2004).-**

**-GIALDINO, Rolando E.,** *Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y Núcleo Duro Interno - Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Socia.-l*

**-“Zorzin, Víctor R. c. YPF S. A.”,** *Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS), 11/06/1998, DT 1998-B, 1652.-*

**-“Serra, Hector c/ EFA”,** *plenario 177, 25/04/72, DT, 1972-450.-*

**-“Velazco, Hector D. C/ Celulosa Jujuy”,** *Cnac. Trab., Sala VI, 14/10/98, D.T. 1999-A-506.-*

**-De la Fuente, Horacio,** *“Invalidez del acuerdo que modifica condiciones esenciales del contrato en perjuicio del trabajador sin su consentimiento previo”.-*

**-Diego Martín Tosca,** *“Alcance del principio de irrenunciabilidad en el derecho del trabajo”.-*

- Mario Eduardo Ackerman**, La ley “*Colección de Análisis Jurisprudencial*”, 2002, Buenos Aires.-
- Vázquez Vialard, Antonio**, “*Aplicación de los principios generales del derecho del trabajo con especial referencia al de irrenunciabilidad*”.-
- De la Fuente**, “*Renuncia de derechos y modificaciones del contrato de trabajo*”, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III(CNTrab, SalaIII), 27/10/1999, “Prinetti, Jorge M. c. Bagley S. A.”.-
- Julio Armando Grisolia y Ricardo Diego Hierrezuelo**, “*LA NUEVA REGULACION DEL ART. 12 DE LA L.C.T.*”-
- Gabriela S. Cruz Devoto**, “*Los alcances de la irrenunciabilidad laboral ¿El fin de un largo debate?*”, publicado en DT 2010 (febrero), 273
- Travieso, Juan Antonio**: “*Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas*”.-
- Autores varios**, en: “*La aplicación de Los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*”, Compiladores Martín Abregù y Christian Courtis, CELS, Editores del Puerto SRL, Bs. As. 1997.-
- **Plá Rodríguez, Américo**: “*Principios del derecho del trabajo*”.-
- Fernández Madrid, Juan Carlos**: “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, FEYDE, La Ley.-
- Cornaglia, Ricardo**: “*El ataque al principio de progresividad*”, ídem: “*La reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires y la consagración en la misma de los derechos sociales*”.-.



- Vanossi, Jorge R:** *“Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”*.-
- Autores varios, Compiladores Martín Abregù y Christian Courtis,** *“La aplicación de Los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales”*.-
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian:** *“Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación de los tribunales locales.*.-
- Autores varios, Compiladores Martín Abregù y Christian Courtis:** *“La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”*, , CELS, Editores del Puerto SRL, Bs. As. 1997.-
- Saba, Roberto P.:** *“Discriminación, trato igual e inclusión”*.-
- Plà Rodríguez, Américo:** *“El rol de las normas internacionales de trabajo en el proceso de integración económica”*.-
- Bidart Campos Germàn:** *“El art. 75 inc. 22, de la Constitución Nacional y los Derechos Humanos”*.-
- Autores varios, Compiladores Martín Abregù y Christian Courtis, CELS, Editores del Puerto SRL, Bs. As. 1997:** *“La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”*.-

