

Sobre el contrato de trabajo por tiempo indeterminado

Mario E. ACKERMAN

SUMARIO: I. *Contrato de trabajo y contrato de servicios.*
II. *La indeterminación del plazo.*

Tanto en el contrato de trabajo como en el contrato —*locación*— de servicios del Código Civil se contempla la *indeterminación del plazo*.

La proximidad conceptual de una y otra contratación podría llevar a deducir que los efectos de tal indeterminación deberían ser similares.

Ello, sin embargo, no es así. Y las diferencias sustanciales en las consecuencias de la imprecisión del tiempo de duración de la contratación no sólo radican en que la *indeterminación* en el contrato laboral no supone —como en el civil— *inexistencia* de plazo sino, antes aun, en que uno y otro contrato obedecen a lógicas jurídicas no comparables que explican, finalmente, el sentido de la *promoción* y *presunción* que, como reglas generales, aparecen en la vinculación de trabajo dependiente.

I. Contrato de trabajo y contrato de servicios

La posición extrema sostenida por Borda¹ y Spota,² en el sentido de que *no resulta acertado el sistema del Código Civil cuando, para referirse al contrato de trabajo, recurre al vocablo “locación”,*³ en la inteligencia

¹ Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. II, pp. 9 y ss.

² Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, reimp. de 1980, vol. V, pp. 157 y ss.

³ *Ibidem*, p. 157.

de que *la locación de servicios es hoy el contrato de trabajo*,⁴ amén de que no parece ser aceptada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias —cuando menos la laboral, pero también en parte por la civil—, omite considerar el que, a mi juicio, es un dato fundamental y que se refiere a uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, nada menos que *la libertad*.

No obstante la discrepancia que anuncio —y que intentaré explicar enseguida—, es interesante observar que tanto en la referida sentencia de la sala X de la CNAT como en la concepción de aquellos importantes civilistas, la asimilación conceptual los lleva a deducir y sostener la aplicación de las normas laborales a la *locación de servicios*.

Subrayo esto último porque, como recordé en otras oportunidades,⁵ en una posición diametralmente opuesta, y con la intención de justificar la demolición de las instituciones del derecho del trabajo, Ruth Richardson llegó a sostener que *los contratos de trabajo son esencialmente iguales a los contratos normales*.⁶

Aquellas *buenas* intenciones, sin embargo, y al margen del riesgo que encierran —en cuanto cualquier fundamentación o argumentación, mutilada o sacada del contexto en el que fue expuesta, puede alimentar posiciones, como la de Richardson, ubicadas en las antípodas del pensamiento de quien la expuso—,⁷ no resultan a mi criterio argumentos suficientes para desatender la diferencia radical entre una y otra contratación.

⁴ Como lo sostuvo la sala X de la CNAT en los autos “Tedeschi, Sandra Estela c/BCRA s/Despido” (CNAT, sala X, 30 de agosto de 1996, RRLSS, año II, núm. 20, octubre de 1996, p. 909).

⁵ Véase, por ejemplo, de mi autoría, “Entre el exabrupto y la esperanza”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLV, núm. 205, enero-marzo de 2002, pp. 60 y ss., esp. pp. 64-66, donde intento responder a esa y otras afirmaciones de la señora Richardson.

⁶ Richardson, R., *Making a Difference*, Christchurch, Shoal Bay Press, 1995, p. 226.

⁷ Un ejemplo notable de las consecuencias tergiversadoras del pensamiento original que puede acarrear una cita parcial aparece en un artículo relativamente reciente del profesor Rodríguez Mancini (“Cuestiones sobre remuneraciones y prestaciones no salariales”, *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fe, núm. 2004-2, *Remuneraciones – I*, pp. 23 y ss.), cuando éste —obviamente de buena fe— reproduce parcialmente un párrafo del jurista alemán Hugo Sinzheimer, cuya formación y pensamiento marxista se evidencia en la mayoría de sus publicaciones. La cita que hace Rodríguez Mancini (en la p. 24 de ese artículo) —que toma a su vez de Palomeque, quien sigue en el caso la versión italiana del estudio de Sinzheimer— se interrumpe en la frase “¿Qué sentido tiene el derecho del trabajo, si se presenta fundamentalmente como el derecho de una

Ya Lorenzetti,⁸ observando una *exuberancia* de la realidad de los *servicios*, luego de calificar a la concepción que identifica a la locación de servicios con el contrato de trabajo como *tesis bipartita*,⁹ destaca que *los servicios autónomos no encuentran cabida en ese esquema*,¹⁰ para afirmar inmediatamente —coincidiendo con Llambías y Alterini— que *la única solución, acorde con los tiempos actuales, es considerar que el contrato de servicios es autónomo*,¹¹ *en la inteligencia de que el régimen laboral enfoca el problema entre el empleado y su empleador y no se ocupa de las relaciones entre el prestador de servicios y los clientes*.¹²

Aunque esta última afirmación es ya suficiente para advertir la diferencia entre una y otra *contratación*, cabe agregar algo más, y que es lo que explica, a la postre, no ya el tratamiento diferenciado, sino, antes aun, la propia existencia del derecho del trabajo.¹³

elite de trabajadores que tienen la fortuna de trabajar, cuando junto a él existe un cementerio económico de paro estructural?”. Éste es, sin embargo, el argumento en el que se apoya Sinzheimer para afirmar inmediatamente —a partir de la frase siguiente—: “¿Si las leyes «naturales de la economía» no son reprimidas razonablemente en beneficio del trabajo? Con ello el problema del derecho del trabajo se ha hecho el problema del conjunto del orden económico. Una renovación del derecho del trabajo ya no es posible sin una renovación de tal orden económico. Sólo ello puede producir un reino del trabajo”. La transcripción del párrafo completo —y de algunas ideas más— de Sinzheimer puede leerse en mi trabajo “De ganadores y perdedores (para pensar la reconstrucción)”, en varios autores, *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo, FCU, 1997, pp. 25 y ss., especialmente pp. 34 y 35, artículo éste publicado también en D. T. 1997-A-1055. El texto que sigo de Sinzheimer lo tomé —como lo indico en mi artículo— de su trabajo “La crisis del derecho del trabajo”, traducido de la versión original en alemán y publicado en Sinzheimer, Hugo, *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Madrid, MTSS-Servicio de Publicaciones, 1984, pp. 88 y 89.

⁸ Lorenzetti, Ricardo, “Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, núm. 2005-1, *Contratos de servicios – I*, pp. 7 y ss.

⁹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹² *Ibidem*, p. 17. En el derecho positivo argentino podría agregarse que si el legislador hubiera pretendido sustituir a la *locación de servicios* por el *contrato de trabajo*, la ley 11.729, en lugar de modificar los artículos 154 a 160 del Código de Comercio, habría reemplazado el capítulo VIII del título VI de la sección tercera del libro segundo del Código Civil (artículos 1623 y ss.).

¹³ Reproduzco a continuación y hasta el fin de este apartado las ideas expuestas en

En efecto, conceptual y normativamente —porque, entre nosotros, así lo requiere el artículo 897 del Código Civil—, *la libertad* es un requisito esencial,¹⁴ no ya del contrato, sino, antes aun, de todo *acto jurídico*.

Si bien es cierto que ya la humanidad tiende¹⁵ firmemente a superar aquellas formas extremas de trabajo en las que era negada la propia condición humana de los trabajadores, no parece que pueda predicarse la existencia del mismo grado de *libertad* en quien puede escoger entre trabajar y no hacerlo y, siguiendo la primera opción, elegir si lo hace por cuenta propia o en régimen de *ajenidad* y, aun en este supuesto, decidir cuándo y para quién lo hace, y en aquel que, por el contrario, no tiene ninguna de esas posibilidades.

El desconocimiento de la diferencia entre una y otra situación no resulta admisible en cuanto se acepta que *la libertad*, en su descripción más simple, es la *posibilidad de elegir* y, especialmente, la de *poder decir que no*.

Se evidencia así una innegable limitación a esta elemental manifestación de la libertad cuando *se trabaja por necesidad*, que —una vez más— *no es necesidad de trabajar*, sino *de salario*, esto es, de una prestación económica para atender las necesidades de subsistencia de la persona que trabaja —y de su familia—.

Esa *necesidad* que, si no niega, cuando menos limita severamente la *libertad* de quien debe trabajar *para otro*; es lo que lo obliga, sin alternativa, a aceptar que los frutos de su trabajo correspondan a otra persona.

La *ajenidad*, esto es, esa atribución inicial del producto del trabajo, no deriva así de un acto verdaderamente *voluntario* del trabajador,¹⁶

Ackerman, Mario E. (dir.) y Tosca, Diego M. (coord.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I: *Teoría general del derecho del trabajo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 15-25, y también en “Contrato de trabajo y contrato de servicios”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2005-1, *Contratos de servicios – I*, pp. 106-115.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Boffi Boggero, Luis M., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I, pp. 176 y ss.

¹⁵ Tendencia que supone *tránsito* pero no *culminación* ni tan siquiera *proximidad* de ésta.

¹⁶ Resultaría muy difícil demostrar empíricamente que “el trabajador retiene una libertad en virtud de la cual es de su propia decisión de la que deriva la atribución de los frutos al «ajeno» que los hace suyos por hipótesis”, según afirma también Manuel Alonso Olea (*Introducción al derecho del trabajo*, 4a. ed., Madrid, Edersa, 1981, p. 36).

quien normalmente no sólo no puede escoger entre trabajar y no hacerlo, o de hacerlo en forma autónoma o dependiente, sino, además, rara vez puede escoger al sujeto de derecho al que se atribuirán los frutos de su trabajo. Sujeto éste a quien, como consecuencia de los modernos modelos de *descentralización empresarial*, el trabajador no sólo no puede elegir sino, aun en cuanto aquél también puede estar seleccionado por otro,¹⁷ más de una vez ni siquiera llega a poder identificar.

Tampoco parece hoy¹⁸ comprobable entonces que *la facultad de opción* —entre trabajar o no y de hacerlo por cuenta propia o ajena— *reside en el trabajador, con la opción adicional y clave de que es el propio trabajador quien elige quien haya de ser la persona a la que los frutos van a ser atribuidos.*¹⁹

Esa no es una afirmación que pueda tener —ni haber tenido en la historia de la humanidad— validez universal, porque no es en modo alguno identificable la posición en la que pueda encontrarse quien tiene recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas, con la de aquel que no los tiene. Y menos aún resulta comparable la situación de éste con la de quien es poseedor de riquezas suficientes como para no necesitar trabajar o para hacer que otros produzcan para él.

La *libertad de trabajar* no tiene, para quienes se encuentran en esas diferentes situaciones, el mismo significado ni similar contenido y, en todo caso, poco es lo que de positivo aporta que el observador de esa realidad confunda en una identidad esos distintos supuestos como configurantes de un *trabajo libre*, por el solo hecho de que en ninguno de ellos se manifiestan formas aberrantes de esclavitud o servidumbre. Porque cuando existe *necesidad* —y especialmente la *necesidad de obtener los recursos para la subsistencia*—, escaso espacio resta para *elegir* o para *decir que no*, y muy reducido queda entonces el *territorio de la libertad.*²⁰

¹⁷ O, inversamente, es este mismo el seleccionado por el beneficiario último de la prestación laboral.

¹⁸ Como igualmente no lo ha sido desde la noche de los tiempos.

¹⁹ Según entiende Alonso Olea (véase Alonso Olea, *op. cit.*, nota 16, p. 37).

²⁰ Y es en cierto modo también Alonso Olea quien acepta esta perspectiva cuando, siguiendo a Simone Weil, expresa que el trabajo mismo, en cuanto sea productivo y quien lo ejecute lo haga para “ganarse la vida”, está en alguna medida gobernado “por la necesidad, no por la finalidad”, se ejecuta a causa de una necesidad y no en vista de un bien; y, luego de admitir que las compulsiones que se derivan (del medio social) y

Pero aquella doble limitación —si no ausencia— de libertad tiene una consecuencia adicional, y que es la que empieza a dar razón de ser, sentido y contenido al derecho del trabajo.

En efecto, la persona que no puede escoger entre trabajar y no hacerlo²¹ y que, obligada a la *actividad productiva*, por carecer de recursos propios debe resignarse al trabajo *por cuenta ajena* y en *relación de dependencia*, estará abdicando en este caso de una nueva porción de su ya precario saldo de libertad.

Kahn-Freund, siguiendo probablemente las enseñanzas de Sinzheimer y von Gierke,²² señalaba que la relación entre un empresario y un

aun de la propia naturaleza biológica del hombre, es claro que limitan y condicionan esa libertad, refiere las posiciones de Freud, Comte y Proudhon y cita especialmente al joven Marx —el de los *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844*— para recordar el señalamiento de éste en el sentido de que “el trabajo no es la satisfacción de una necesidad, sino un medio para satisfacer otras necesidades; todo trabajo en general, en este sentido, no es voluntario sino forzoso, y de ahí que cuando no haya una compulsión física o de otra naturaleza se lo evite como la peste” (*ibidem*, pp. 46, 84 y 85).

²¹ A menos que se valore positivamente la opción por la muerte, la mendicidad o el delito.

²² Cuando Sinzheimer expresaba que “...el especial interés del derecho del trabajo radica en que se trata del trabajo «dependiente». La dependencia es el gran problema del derecho del trabajo. Hace mucho tiempo que se ha observado tal cuestión y se sigue aún considerando por gran parte de la doctrina científica de nuestros días. La relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional. No pertenece al derecho de obligaciones. Es, ante todo, una relación de poder. Pertenecce al derecho de las personas. La dependencia del trabajador es por ello no sólo una dependencia económica, social o técnica, que sólo sea un hecho que no concierna al derecho. La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales. Pensemos en el poder de mando del empresario. Ningún acreedor puede dar órdenes al deudor. El derecho de obligaciones no conoce el poder de obediencia del deudor. Nadie duda, sin embargo, que el empresario puede dar órdenes al trabajador y que éste tiene la obligación de obedecer. Esa sumisión aclara que en el mundo del trabajo el empresario no sólo tiene un derecho como acreedor, a la manera obligacional, sino un derecho de poder, de carácter jurídico personal. Pensemos en la apropiación directa del producto del trabajo del obrero, por el empresario. ¿Cómo se puede explicar esta atribución al empresario del producto del trabajo? Desde luego, no cabe una explicación obligacional. Sólo se explica por esa relación jurídica de poder que junta en una unidad jurídica al empresario y al trabajador, y cuyo titular es el primero... El trabajo dependiente no es un trabajo que el trabajador se preste a sí mismo y a la colectividad. La dependencia supone un trabajo que se presta a una persona privada. En el trabajo dependiente, el hombre que trabaja está mediatizado. Está alienado de sí y del todo. El trabajo, que en el estado natural del hombre es una función social

trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno; se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida como “contrato de trabajo”.²³

Aun cuando no se acompañe a Kahn-Freund cuando pone en cuestión la existencia de un verdadero *contrato de trabajo*,²⁴ no puede desconocerse que, sumada a la *necesidad* —de la remuneración—, la ine-

o individual, en el estado de dependencia es una función ajena y función de un ajeno. Con esto se plantea para el derecho del trabajo el problema de la libertad humana...” (Sinzheimer, Hugo, “La esencia del derecho del trabajo”, en Sinzheimer, Hugo, *Crisis económica y derecho del trabajo...*, cit., nota 7, pp. 67 y ss., especialmente pp. 75 y 76. En términos similares se expresa en “El hombre en el derecho del trabajo” y en “El problema del hombre en el derecho”, estudios éstos incluidos en la misma recopilación, especialmente en las pp. 81 y 82 y 109 y 110, respectivamente).

También von Gierke afirmaba que “el contrato de servicios actual coincide en su contenido con el contrato del más viejo derecho alemán precisamente en el hecho de que fundamenta una relación personal de señorío. Esto es así porque obliga a una parte a una actividad personal en beneficio de las necesidades y fines de la parte contraria, poniendo a las partes en relación de servidor y señor. El hecho de que la legislación moderna evite esta denominación, no significa que la cuestión haya desaparecido del ordenamiento jurídico, de la misma manera que no puede desaparecer de la vida. La relación de señorío, naturalmente, puede ser de muy diversa consistencia y duración. De todos modos, no falta nunca. Y crece en extensión y firmeza en la medida en que el servicio aceptado constituye un contenido vital profesional del mismo, porque absorbe en forma total o principalmente la actividad productiva del obligado (von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 37 y 38).

²³ Kahn-Freund, Otto, *Trabajo y derecho*, Madrid, MTSS, 1987, p. 52, quien también agrega que “los recursos del capital no pueden ser utilizados por nadie (ya se trate de una entidad privada o pública) sin ejercer un poder de mando sobre personas. Esto es una afirmación obvia o, al menos, debería serlo... No puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer, es decir, sin este elemento de subordinación en el que los juristas correctamente ven la nota fundamental del «contrato de trabajo»” (*ibidem*, pp. 52 y 53). Y en términos similares se expresa ahora Supiot, cuando señala que “en todos los países industriales en que se ha desarrollado, la relación de trabajo se ha definido —y continúa siéndolo— como una relación en que uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo. La subordinación del trabajador, que sirve para caracterizar al contrato de trabajo, es más que un simple criterio técnico de clasificación: es la piedra angular de un derecho que tiene como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre otra” (Supiot, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, MTSS, 1996, pp. 133 y 134).

²⁴ Cuestionamiento que debe enmarcarse, también, en el contexto de la llamada concepción *germánica* de la *relación de trabajo*.

vitabile *sumisión* a los poderes del empleador que implica el vínculo laboral dependiente no es compatible con el *acuerdo libre de voluntades* y el *intercambio de concesiones recíprocas* que supone un *contrato*. Y que, como ajustadamente lo señaló Supiot, *mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete*.²⁵

En rigor, si bien esta posición subordinada puede tener una primera explicación en la *necesidad de trabajar* para otro, es la *ajenidad en los frutos* que tipifica al vínculo laboral lo que da fundamento lógico y jurídico a la posición de supremacía del empleador.²⁶

De este modo, la anticipada apropiación de los frutos del trabajo, y el consecuente derecho a definir el contenido y la oportunidad de producción de éstos, lleva a que se reconozca al empleador sobre su trabajador dependiente una *tríada de poderes* que, al tiempo que *se legitiman recíprocamente*, también *se limitan en cascada*.

El trabajador queda así sometido al *poder* del empleador de *organizar* la actividad productiva en su empresa, de *dirigir* la actividad personal que cada uno de sus dependientes deberá desarrollar en el marco de aquélla y de sancionar los incumplimientos de éstos en la ejecución de esa labor.

Claro queda así que, aunque por vía legislativa o convencional, o aun *contractual*, se contemple la existencia de *derechos y deberes* de ca-

²⁵ Supiot agrega que “el compromiso manifiesta la libertad. La sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador, en tanto que sujeto de derecho, desaparece del horizonte del derecho civil desde que el mismo entra en la empresa, para dejar paso a un sujeto «tout court» sometido al poder normativo del empresario. El derecho del trabajo ha tenido y tiene siempre por primera razón de ser la de paliar esta falta, es decir, la de «civilizar» el poder empresarial, dotándolo de un cuadro jurídico de ejercicio. Este encuadre ha significado al mismo tiempo —irreductible ambivalencia del derecho— una legalización y una limitación de dicho poder” (Supiot, Alain, “¿Por qué un derecho del trabajo?”, *Documentación Laboral*, núm. 39, 1993-1, pp. 11 y ss., especialmente p. 19), conceptos que reitera en *Crítica...*, *cit.*, nota 23, p. 147.

²⁶ “La ajenidad en los frutos que caracteriza el trabajo por cuenta ajena, que lo define realmente, trae como consecuencia la sujeción del trabajador a las órdenes del adquirente en cuanto a qué frutos deben ser producidos, y en cuanto a cómo, dónde y cuándo deben producirse los mismos. En el caso usual hoy de frutos complejos, resultado de trabajos en cooperación, aquella potestad se extiende a lo necesario para la coordinación de la producción de cada trabajador con la de los restantes. Es éste el sentido en el que la ajenidad de suyo implica una dependencia del trabajador, o en el que el trabajo por cuenta ajena es un trabajo dependiente” (Alonso Olea, *op. cit.*, nota 16, p. 39).

da una de las partes, el reconocimiento a sólo una de ellas —el empleador— de un poder personal sobre la otra —el trabajador— no sólo quiebra la lógica contractual sino, antes aun, evidencia la severa limitación que implica el vínculo laboral dependiente para la libertad del que trabaja.

Y esta limitación se torna más evidente a poco que se examina el modo de ejercicio de los dos poderes que suponen *sumisión personal directa* del trabajador:²⁷ el de *dirección* y el *disciplinario*.

En orden al primero, no puede dejar de observarse que, así como el trabajador debe cumplir con sus obligaciones en los términos pactados —o establecidos por las normas legales y convencionales—, y no tiene ninguna posibilidad de alterar su débito, ya que ello podría configurar un *incumplimiento*, es en cambio al empleador a quien se da la facultad de introducir unilateralmente modificaciones en esa conducta personal insustituible, *siempre que ello responda a las necesidades de la producción*.

En estos términos, y aunque con los límites que le imponga cada ordenamiento positivo,²⁸ el *ius variandi* es una facultad que se reconoce exclusivamente al empleador en función de las necesidades de la producción —esto es, *de sus propias necesidades*—, lo que lleva a que, en los términos en los que queda trabado el vínculo laboral, el trabajador en ningún caso pueda modificar esa limitación a su libertad que supone el compromiso de trabajo personal insustituible, y sea en cambio el empleador quien sí esté habilitado para imponérsela cuando él lo necesite de cara a la generación de los frutos anticipadamente cedidos por aquél.

La subordinación al *poder de dirección* del empleador, que éste podrá ejercer en función de las necesidades de la empresa —que, en realidad, son las *suyas*—, implica así una gran indeterminación²⁹ inicial en

²⁷ El poder de *organización* sólo se proyecta *indirectamente* sobre la conducta del trabajador.

²⁸ Por ejemplo, los que surgen del artículo 66 de la LCT (t. o. —texto ordenado—) argentina o del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en España o, en Uruguay, los que se desprenden de los criterios jurisprudenciales (sobre el *ius variandi* en Uruguay, véase Ermida Uriarte, Óscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Buenos Aires, Hammurabi, 1988).

²⁹ Observa Supiot que “...el vínculo de subordinación es incompatible con la exigencia de una «determinación precisa de la obligación» del trabajador. Como subraya-

el contenido de la prestación del trabajador. Y, en todo caso, la sujeción de esa indeterminación a los límites —legales, convencionales o jurisprudenciales— del *ius variandi* no hace sino confirmar la indefinición inicial. Pero tal limitación, de todos modos, y en cuanto deja siempre abierta, en favor del empleador, la posibilidad de precisar el contenido de la prestación laboral de acuerdo con las necesidades de la empresa, se traduce en una adicional limitación de la libertad del trabajador,³⁰ de contornos igualmente inciertos, que no se agota en el marco de la relación de trabajo.

En efecto, la restricción de la libertad es *interna* y *externa*, porque así como al interior de la relación de trabajo se manifiesta en la sumisión directa a los poderes del empleador durante el *tiempo de trabajo*, esa misma sumisión y, aun, la posibilidad de que el contenido de la prestación sea modificado, condicionan la libertad de organizar los *otros tiempos* personales del trabajador, y que son los de la vida familiar, la cultura, el ocio, etcétera.

Este condicionamiento de *la vida* del trabajador —y de su familia—, que es una consecuencia *normal* de las relaciones de trabajo *normales*,³¹ se potencia en los supuestos de excepción, tales como los de tra-

ba Paul Durand, «el poder de dirección permite al empresario utilizar la fuerza de trabajo del trabajador para servir a los intereses de la empresa». En efecto, el contrato de trabajo pone al trabajador a disposición del empresario: la obligación del trabajador comporta, en general, una gran indeterminación. Este poder imprime a las relaciones de trabajo su marca distintiva. En los otros contratos, el acreedor sólo fija, de acuerdo con el deudor, el objeto de la obligación. En el contrato de trabajo, el empresario adquiere un poder de dirección continuo sobre la actividad del trabajador durante la ejecución del contrato” (Supiot, *Crítica...*, *cit.*, nota 23, p. 144. La referencia a Paul Durand corresponde a Durand, P. y Joussaud, R., *Traité du Droit du Travail*, París, Dalloz, 1947, t. 1, núm. 352, p. 430).

³⁰ “El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma, en someterla a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato. El poder patronal es tanto más grande cuanto más grande es este margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador” (Supiot, *Crítica...*, *cit.*, nota 23, p. 145).

³¹ Sobre el condicionamiento de *la vida personal* del trabajador por su *vida laboral*, resulta ilustrativa la observación de Sennet sobre un caso real —de un trabajador al que identifica como Rico—, cuando relata: “El aspecto fugaz de la amistad y de la comunidad local constituyen el fondo de la más aguda de las preocupaciones íntimas de Rico: su familia. «Llegamos a casa a las siete, preparamos la cena, tratamos de que nos quede una hora para ayudar a los niños con los deberes, y luego nos dedicamos a nues-

bajo nocturno o en turnos rotativos,³² o cuando la contratación es temporaria o sin estabilidad.³³

Y es a partir de la observación del marco *real* en el que se ejerce el *poder de dirección* que corresponde valorar la trascendencia que asume ese otro poder exclusivo del empleador, cuyo uso debería ser funcional a aquél, pero que, como todo poder, no está exento de la arbitrariedad, y que es el *poder disciplinario*.

Debe advertirse aquí que, normalmente, el control que se ejerce sobre el poder disciplinario no es previo sino posterior a su ejercicio por el empleador y, también generalmente, con efecto *devolutivo*.

Esto es, al modo de las obligaciones tributarias frente al Estado, y en contra de las reglas del derecho penal, el trabajador debe cumplir su *pena* aun cuando la *sentencia de condena* —dictada por el empleador— no esté *firme*. Tal suerte de *solve et repete* vale no sólo para las *suspensiones* sino aun para la *pena de muerte* del contrato, como lo es el *despido disciplinario*, cuya revisión judicial, salvo en los excepcionales supuestos de *estabilidad absoluta*, apenas dará derecho al trabajador a una tardía reparación económica, usualmente *tarifada*.

El *poder disciplinario* prevalece así sobre la regla de *continuidad* y sobre la protección de la estabilidad en el empleo.³⁴

Esta eficacia operativa del poder disciplinario puede encontrar justificación en el hecho de que la postergación de las consecuencias de la sanción disciplinaria podría obstaculizar el ejercicio normal de los poderes de organización y dirección, a los que aquél debe ser funcional. La explicación, sin embargo, sin dejar de ser admisible, no le resta va-

tro papeleo». Cuando las cosas se ponen duras en su consultoría durante meses enteros «casi ya no sé quiénes son mis hijos». Le preocupa también la frecuente anarquía en la que se hunde su familia, y le preocupa no ocuparse lo suficiente de sus hijos, cuyas necesidades no pueden programarse para que se adapten a las exigencias de su trabajo” (Sennet, Richard, *La corrosión del carácter; las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 19).

³² Aun cuando la vida familiar se adapte a la presencia y la participación de la mujer o el hombre en horarios que varían todas las semanas, no es imaginable la planificación de actividades culturales, de capacitación o recreativas en *turnos rotativos*.

³³ Situaciones éstas en las que lo único que tiene la nota de *permanencia* es el temor a perder el empleo y, con éste, el salario.

³⁴ Lo que confirma, una vez más, que el llamado *principio de continuidad* no es tal, sino tan sólo un *medio técnico*.

lidez a la observación anterior ni representa un impedimento real para la eventual aplicación de las sanciones en forma arbitraria.³⁵

La observación de las consecuencias de esta posición de supremacía del empleador, y la consecuente sumisión del trabajador, sumada a aquellas razones —o, en todo caso, a la razón primera, que es la *necesidad* de obtener los medios materiales para su sustento—, obligan a recordar una vez más las palabras de Franklin Delano Roosevelt cuando afirmaba que *la libertad*, además de libertad de creencias y de expresión, es *liberación del miedo y de la necesidad*.³⁶

Difícil resulta entonces disimular que el trabajo *por necesidad* y *subordinado*, esto es, *sometido a los poderes del empleador*, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable *pérdida de libertad*, por lo que mal puede en consecuencia calificarse la prestación personal del trabajador dependiente como una manifestación de *trabajo libre* —cuando menos sin hacer algunas reservas—.

Y es a esta situación a la que quiso dar respuesta el derecho del trabajo operando no sólo en el acotamiento de la libertad resignada sino, al mismo tiempo, compensando la reducción de libertades con *seguridades*, porque así como el reconocimiento de que el trabajador *pretende salario* explica los mecanismos de tutela de su crédito y la preservación de sus ingresos cuando él está impedido de ganarlos por una causa que no le es imputable, la verificación de que subordina a otro su único patrimonio —que es él mismo y su capacidad de trabajo— a cambio de aquella retribución da una doble razón —esto es, la posición jerárquica del empleador y la necesidad de preservación del cuerpo físico del trabajador— al cúmulo de obligaciones que se imponen al empleador relacionadas con la protección de las personas físicas que trabajan para él.³⁷

³⁵ Resulta de todos modos interesante observar que la excepción al ejercicio irrestricto del poder disciplinario aparece en la tutela de los representantes sindicales. En este caso, sin embargo, el fundamento no debería buscarse en la preservación del derecho individual del trabajador, sino en la libertad sindical y en la protección de los intereses colectivos.

³⁶ Véase Gordon, Margaret S., *La política de seguridad social en los países industrializados; análisis comparativo*, Madrid, MTSS, 1990, pp. 19 y 20.

³⁷ Véase, sobre esta cuestión, Supiot, *Crítica...*, *cit.*, nota 23, pp. 90 y ss., y también “¿Por qué un derecho del trabajo?”, *op. cit.*, nota 25, p. 17, donde afirma que “el dere-

Es por todo esto que la *seguridad en el empleo* pretende ser, antes aun, *seguridad en los ingresos*, *seguridad* ésta que, así, no necesariamente debería ser *vitalicia*, sino que podría estar limitada en el tiempo hasta que ella sea sustituida por una prestación equivalente que no debería estar a cargo del empleador sino de la comunidad en su conjunto, por la vía de la *seguridad social*.

Éste es, entonces, el sentido de la *indeterminación del plazo* en el llamado *contrato de trabajo por tiempo indeterminado*.

II. La indeterminación del plazo

Mientras que *la libertad* es un elemento *esencial*, en los contratos civiles el *plazo* —junto con *la condición* y *el cargo*— es un elemento *accidental*.³⁸

Tampoco esto es exactamente así en las relaciones de trabajo dependiente. Amén de que el concepto de *indeterminación del plazo* no coincide con el que se le da en el derecho civil.

Para el Código Civil, la *indeterminación de plazo* en la locación supone *inexistencia* de plazo, lo que lleva a que cualquiera de las partes está legitimada para rescindir el contrato en cualquier momento (artículo 1604, inciso 2, Código Civil).³⁹

Para nuestra Ley de Contrato de Trabajo, en cambio, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicio, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la misma ley (artículo 91, LCT).

La circunstancia de que se subordine la extinción del vínculo laboral a la producción de dos hechos futuros —cumplimiento de límites

cho del trabajo procede justamente de estas dos preguntas difíciles: *¿cómo garantizar la seguridad física de individuos sujetos a las constricciones de la producción? y ¿cómo conferir derechos a individuos sometidos a la voluntad de otro?*"

³⁸ Boffi Boggero, *op. cit.*, nota 14, t. I, p. 160.

³⁹ Con la exigencia temporal mínima que impone el artículo 1507 para ciertas locaciones y, por cierto, la limitación general para el ejercicio de los derechos que se desprende del artículo 1071 del mismo Código Civil.

de edad y años de servicio— podría llevar a reflexionar si éste es en realidad un *plazo* o si se trata de un contrato sujeto a *condición resolutoria*.

La *condición*, sin embargo, reclama no sólo un acontecimiento *futuro* sino, además, la *incertidumbre* acerca de su producción (artículo 528, Código Civil).⁴⁰

En el concepto del contrato de trabajo *por tiempo indeterminado*, ambos hechos necesariamente habrán de producirse alguna vez —a menos que la vigencia del contrato sea interrumpida por alguna de las causas contempladas también por la ley—, lo que excluye el requisito de incertidumbre que caracteriza a la *condición*.

Lo que no existe, en cambio, es *certeza* en orden a la fecha en la que estos hechos acaecerán, lo que lleva a que la *indeterminación* en el tiempo de duración aproxime a esta figura al *contrato de trabajo a plazo incierto*.

No es entonces precisa la afirmación de Cabanellas en el sentido de que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado es de duración indefinida, esto es, el vínculo... no posee límite alguno en el tiempo que se haya establecido previamente.⁴¹ Si bien Centeno, luego de transcribir la cita anterior, parece adherir a ese concepto y reforzarlo al entender que los únicos supuestos de vigencia *temporal* en la contratación laboral son los contratos *a plazo fijo* y *eventual*,⁴² más adelante, al comentar el artículo 91 de la LCT (t. o.), afirma que en el caso de los trabajadores en general ligados a su empleador por un contrato por tiempo indeterminado, se genera un derecho a permanecer en el empleo durante todo el tiempo de su vida laboral⁴³ y, luego, ya categóricamente, expresa que se ha fijado por ley un punto final máximo a la duración del contrato.⁴⁴

⁴⁰ Boffi Boggero, *op. cit.*, nota 14, t. III, p. 238.

⁴¹ Cabanellas, Guillermo, *Contrato de trabajo. Parte general*, vol. I, p. 443, citado por Norberto Centeno en López, J. et al., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1977, t. I, p. 410.

⁴² *Ibidem*, pp. 410 y 411.

⁴³ *Ibidem*, p. 412.

⁴⁴ *Idem*.

Y si bien se observa, éste y no otro es el sentido con el que lo trata nuestra legislación.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 252 de la LCT (t. o.), cuando el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria, el empleador podrá *intimarlo* para que inicie los trámites pertinentes. A partir de ese momento el contrato se mantiene por un plazo máximo de un año, y vencido este plazo u otorgado el beneficio provisional —lo que ocurra primero— el contrato se extingue sin obligación indemnizatoria.

La lógica de esta regla es, una vez más, la relación entre la vinculación laboral y los ingresos del trabajador. Así, cuando éstos pasan a ser provistos por el sistema de seguridad social, el contrato de trabajo deja de ser necesario —como fuente de recursos para el trabajador y su familia— y se produce entonces su *extinción natural*.

Por esta razón, también, el legislador *prefiere* la contratación *por tiempo indeterminado* —como expresamente lo prevé el artículo 27 de la ley 24.013— y *presume* tal modalidad contractual —artículos 10 y 90 de la LCT (t. o.)—.

En los términos expuestos, la *intimación* para iniciar el trámite jubilatorio, aunque de acuerdo con el último párrafo del artículo 252 de la LCT (t. o.) *implicará la notificación del preaviso*, no cumple la función del instituto previsto en los artículos 231 y siguientes de la LCT (t. o.) para el *despido* ni debería ser identificado con éste.

En rigor, esta *intimación* cumple una función similar a la del *preaviso* en el contrato *a plazo fijo*, esto es, *recordar* al trabajador la *limitación temporal* de la contratación, y es por ello que no deberían aplicarse en este supuesto las reglas del capítulo I del título XII de la LCT.⁴⁵

Finalmente, como concepción general, la consideración del contrato de trabajo *por tiempo indeterminado* como una contratación *a plazo incierto*, así como justifica que al extinguirse el vínculo laboral por la jubilación del trabajador no se abone indemnización alguna, también

⁴⁵ Modifico así la posición que asumí inicialmente sobre esta cuestión y que, a partir de la identificación de los institutos y de la consideración de la *intimación* como un *preaviso ampliado*, me llevó a sostener la aplicación del artículo 239 de la LCT (t. o.) en ese plazo anual. Véase mi obra *Incapacidad temporaria y contrato de trabajo*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pp. 320 y ss.

explica que el *despido incausado* debe ser considerado un *ilícito contractual* —en cuanto supone el incumplimiento de la obligación de respetar el plazo legal— que obliga al empleador a pagar una indemnización *por daños y perjuicios* que, en el diseño legal actual, está tarifada en función de la antigüedad y la remuneración del trabajador.⁴⁶

⁴⁶ Sobre el fundamento y la función de la indemnización tarifada por despido véase mi trabajo “Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia”, *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fe, núm. 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo – I*, pp. 149 y ss., especialmente pp. 150-155.