

VII

OTROS PRINCIPIOS

233. Propuesta de otros principios.— En las anteriores ediciones del presente libro se exponían seis principios, si bien el primero se estudiaba no sólo en su justificación general sino en su aplicación por medio de tres reglas.

Y terminábamos con la aclaración de que esa exposición no representaba un marco cerrado y congelado, por lo que no debía descartarse la posible incorporación de otros principios como consecuencia de nuevas realidades o de nuevas reflexiones.

En estos años que nos separan de la última edición, aun cuando han recibido una general aprobación los principios descritos, se han mencionado otros dos que examinaremos a continuación.

PRINCIPIO DE AJENIDAD DE LOS RIESGOS

234. Origen.— La afirmación en nuestro país de la existencia de este principio —que también se llama de la no asunción de riesgos— tiene su origen en este pasaje de la obra principal de De Ferrari, Lecciones de Derecho del Trabajo: "El contrato de trabajo es el que mayor ventaja reporta a las partes.

Interesa, en primer término, porque ofrece al obrero, al hombre que no tiene recursos, una renta fija: el salario que recibe regular y periódicamente, cualesquiera sean las contingencias que se produzcan, sin necesidad de esperar la venta de los productos ni de correr los riesgos inherentes a toda empresa comercial o industrial.

Pero interesa también al patrono porque mediante ese pago *forfaitaire*, el contrato le deja la dirección y responsabilidad de la empresa y la propiedad de los productos, eludiendo de esta manera los conflictos derivados del condominio de la producción.

Esto que acabamos de decir tiene una particular importancia porque transmite al contrato de trabajo el carácter o naturaleza de una operación *forfaitaire*, que servirá después —para resolver en el terreno jurídico— muchas cuestiones que plantea la ejecución del contrato. Se comprende que si éste que acabamos de expresar es el sentido del pacto que celebran patronos y obreros, todos los riesgos de la explotación deben quedar a cargo de la empresa. De esta manera si falta materia prima, si declina la demanda, si se ha acumulado un gran stock, si se descompone una máquina y por cualquiera de estas circunstancias, no se

utilizan momentáneamente los servicios del trabajador, debe pagarse lo mismo el salario, como se pagan los intereses bancarios o el precio del arrendamiento del local que ocupa la fábrica. Todas estas contingencias corrientes en la vida industrial deben ser soportadas por el empleador porque, al ajustar el contrato en los términos preindicados, los ha tomado a su cargo⁶⁴⁸.

Este pensamiento lo reitera luego en el mismo libro, al referirse al pago del salario tanto en las suspensiones por razones económicas como en el caso de que el trabajador permanezca a la orden del empresario aunque no preste efectivamente el servicio⁶⁴⁹.

La misma solución fue aceptada por Barbagelata al afirmar que los empleadores no están habilitados para imponer suspensiones por motivos económicos y agrega: "Los primeros criterios se fundan en que ninguna de las partes puede separarse unilateralmente del cumplimiento del contrato y particularmente que en el contrato de trabajo la parte del obrero no participa ni en los beneficios ni en los riesgos económicos de la empresa"⁶⁵⁰.

Esta posición ha tenido apoyos posteriores.

Oscar Ermida Uriarte y Ariel Gianola Mentegani escribieron varios años después: "De conformidad con los principios fundamentales del derecho del trabajo, los riesgos de la empresa corren por cuenta del empleador, el que debe abonar el salario mientras tenga al trabajador a la orden"⁶⁵¹.

Anuar Francés, al examinar el problema a la luz del decreto-ley 15.180, que al modificar el régimen de seguro de desempleo introduce la figura del despido ficto, expresa: "Por su sola presencia el Seguro de Paro no modifica el principio iuslaboralista de no asunción de riesgos" (cabe señalar que los antecedentes doctrinarios anteriores los expone en un capítulo que llama El principio de no asunción de riesgos)⁶⁵².

Esta tesis ha sido acogida por la jurisprudencia. En un caso el Juez expresó: "Siendo la «ajenidad» de esencia en el contrato de trabajo es obvio que nada de cuanto se relacione con ese tópico tiene porqué ser soportado por el trabajador, cuyo rol en el contrato laboral se limita a poner a disposición del patrono su energía a cambio de un precio determinado que éste debe respetar pueda o no desarrollar a full su producción, ya que se trata de un riesgo que atañe exclusivamente a la parte empresarial, única que en contrapartida usufructúa de las ganancias del establecimiento"⁶⁵³. No se menciona la palabra principio pero se recoge la idea central del mismo. En otro caso, el Tribunal de Apelaciones del

⁶⁴⁸ *Lecciones de Derecho del Trabajo*, t. II., Montevideo, p. 104.

⁶⁴⁹ *Ob. cit.*, t. II, p. 407.

⁶⁵⁰ Héctor-Hugo BARBAGELATA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Montevideo, 1965, p. 274.

⁶⁵¹ La «interpretación ministerial» sobre el «despido ficto» y otras cuestiones, en "Derecho Laboral", t. XXV, p. 441.

⁶⁵² ¿Esperas y quitas para el pago de la indemnización? El despido ficto en la ley 15.180, en "Derecho Laboral", t., XXVI, p. 308.

⁶⁵³ Caso 59 del *Anuario de Jurisprudencia Laboral*, 1984-87.

Trabajo manifestó: "No corresponde poner a cargo del trabajador los riesgos de la empresa. La falta de trabajo por razones económicas debe ser encarada como riesgo de explotación de exclusivo cargo del patrono... Si el empresario no cumple con darle ocupación al trabajador, éste conserva íntegros sus derechos al salario, hasta que pueda ingresar al seguro de paro, pero nunca puede quedar desprotegido totalmente"⁶⁵⁴.

235. Opinión diferente.— Pese a estos antecedentes, nosotros no nos hemos decidido a incluirlo en la lista de los principios.

El destacado autor argentino, Jorge Rodríguez Mancini, se plantea el problema de si puede hablarse de un principio de ajenidad de los riesgos y lo resuelve negativamente. Alude a fallos judiciales y trabajos doctrinarios que llaman principios fundamentales a elementos configurativos de las estructuras jurídicas. "Así ocurre —dice textualmente— con el llamado «principio de ajenidad del riesgo y de indemnidad». Sucede con esto como en otros casos que se denomina principio a lo que en todo caso constituye un contenido estructural de la relación económica que da lugar a la relación jurídica conocida como contrato de trabajo. Es correcto que el principio tutelar o protectorio o de favor del trabajador sirve para apoyar soluciones que tengan en cuenta un sistema de responsabilidad por riesgo distinto del tradicional o civilista, pero esto no implica en modo alguno la existencia de un principio jurídico y mucho menos «fundamental» del derecho del trabajo. Así como no podría hablarse de «un principio de subordinación» referido a la posición jurídica en que se basa el contrato de trabajo, tampoco puede crearse un principio de «ajenidad del riesgo» y de «indemnidad» por cuanto ambos conceptos identifican verdaderos componentes del contrato de trabajo como una derivación del esquema económico sobre el cual descansa; es decir, la relación capitalista por el uso del capital como medio de producción cuya propiedad no pertenece al trabajador, dentro de la cual el riesgo económico corresponde precisamente al propietario del capital".

Y unas líneas más abajo, agrega: "Sin perjuicio de un análisis más profundo del tema, creo que corresponde precisar el concepto de principio jurídico ya que por no utilizarlo correctamente puede resultar que se adjudiquen virtualidades propias de aquél a nuevos elementos constitutivos de situaciones o relaciones jurídicas como se acaba de explicar. La función de los principios jurídicos es bien clara y potente y por lo mismo no es apropiado extender el concepto más allá de la que por su naturaleza corresponde, evitándose así derivar de un concepto, que no es un principio jurídico, conclusiones infundadas que puedan expresar tendencias de justicia pero que carecen de apoyo jurídico, como se ha observado últimamente en alguna doctrina y fallos judiciales"⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Caso 1014 del *Anuario de Jurisprudencia Laboral*, 1980-1981. La sentencia fue publicada en "Derecho Laboral", t. XXV, p. 166.

⁶⁵⁵ *Realismo y principios jurídicos en el derecho del trabajo*, en la revista argentina "Derecho del Trabajo", 1988-B, p. 1914.

En nuestro Curso de Derecho Laboral⁶⁶⁶ hemos indicado las razones por las cuales no se puede considerar que la obligación de pagar salario alcanza a las jornadas en que se permanece a la orden.

Ese concepto se utilizó para describir una de las hipótesis en que se generaba licencia pese a no haberse trabajado. Creemos que si se pagaba el jornal no era necesaria la referencia o ella se hubiera redactado de otra manera.

Contraría el concepto de onerosidad del salario y el carácter sinalagmático del contrato de trabajo que lleva a sostener que hay contraprestación salarial cuando hay prestación de trabajo. Este criterio fundamental sirve para resolver los casos dudosos, las situaciones limítrofes.

Tradicionalmente se admitieron en la práctica las suspensiones por razones económicas (ausencia de materia prima, exceso de stock, rotura de máquina, etc.) con un límite de 15 días mensuales, que surgió de una costumbre impulsada en su época por el Instituto Nacional del Trabajo, el cual difundió el criterio de que ninguna suspensión (fuera por el motivo que fuese) podía exceder de 15 días. Esa costumbre, surgida en la década de 1940, tiene más de 50 años de vigencia y acatamiento, trasluce un uso consuetudinario que admite las suspensiones por razones reales de falta de trabajo aunque el trabajador esté a la orden.

Desde el momento en que se creó el seguro de desempleo a cargo de organismos de la seguridad social, en el año 1958, el legislador reconoció implícitamente que el empleador no tenía obligación de pagar el salario durante la suspensión ya que si estuviera obligado a hacerlo, no tendría sentido que el organismo respectivo tuviera que pagar el subsidio ni que el trabajador fuera a resignarse a cobrar un porcentaje si podía seguir percibiendo íntegramente el salario.

Si se tratara de un riesgo económico de la empresa, no hubiera aprobado el seguro de paro que importaba un pago menor que el salario y la liberación del empleador.

Reconocemos que el problema es complejo.

Nosotros creemos que los principios deben tener detrás un respaldo de consenso unánime o poco menos. Puede haber discusiones sobre su denominación, su formulación, su alcance, su órbita de aplicación, pero no sobre su existencia misma.

Con la relatividad que tienen estos datos, digamos que la recepción prudential de este principio es mucho menos frecuente que la referente a otros principios.

⁶⁶⁶ Tomo II, vol. 1, editorial Idea, p. 160.

