

## **IX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE JURISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

#### **LA INDEROGABILIDAD DE LA NORMA LABORAL COMO FACTOR DE INCLUSIÓN**

Dr. César A. TORRES BRIZUELA

Miembro de la Asociación Iberoamericana

De Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Vicepresidente Segundo de la citada Asociación

Prof. Titular por Concurso de Teorías y Sistemas Políticos en el IFDC Sánchez Barros

Ex profesor Titular Efectivo por Concurso de la U. N. La R.

La exclusión en materia laboral tiene numerosas causas, nos limitaremos aquella que se origina en el dictado de leyes del trabajo, que restringen o suprimen beneficios ya otorgados por disposiciones legales anteriores, procedimiento que el posmodernismo y el neoliberalismo han impulsado como un medio para resolver las crisis económicas.

El principio de la irrenunciabilidad y su consecuencia la inderogabilidad de la norma laboral, ponen un freno constitucional a la pretensión.-

La inderogabilidad de la norma laboral involucra necesariamente varios aspectos a considerar; en primer lugar el tema de los derechos adquiridos por el trabajador, que deben ser preservados y concomitante a esto, se afecta la inderogabilidad de los derechos adquiridos y el Orden Público Laboral.-

Las leyes son normas de conducta positivizadas, dirigidas a organizar la vida social, Teniendo como fuentes la propia actividad del Estado a través de sus distintas expresiones - leyes, decretos y demás disposiciones legales; la jurisprudencia de los Tribunales; etc.,- y la voluntad de los sujetos del Derecho del Trabajo, exteriorizada en los Convenios colectivos y acuerdos de empresa o personales, etc., que reconocen

atribuciones y fijan obligaciones.-

En algunos supuestos configuran derechos disponibles por las partes involucradas, porque solo interesan a quien los detenta; en otros las disposiciones tienen un carácter irrenunciables porque abarcan espacios en los que existe un interés superior que las hace imperativas e indisponibles. Este ámbito confluyen la **imperatividad** de las normas que integran el orden público y la **irrenunciabilidad** de las mismas.-

El derecho del trabajo se encuentra inmerso dentro de esta situación, porque el fundamento en la protección del hombre que con su actividad creadora -el trabajo- se enaltece y dignifica; configura su condición de persona con todos los atributos que le corresponde. Están las leyes de trabajo (término usado como comprensivo de toda disposición que regule las relaciones laborales, cualquiera fuere su fuente), sometidas a un “jus cogens”. Esta visión humanista avanza sobre el clásico criterio de que el hombre es solo un “prestador de servicios”; que considera únicamente su actividad y no la función enaltecida de la misma. Esta perspectiva, **al salario lo convierte en precio.-**

La actividad laboral de carácter protectorio, nació y se desarrolló como una respuesta a un sistema productivo que tuvo su máxima expresión en el fordismo-taylorismo y que impuso su impronta a la norma y su posterior proyección en el Estado de Bienestar.-

A partir de la década del 70 en el siglo pasado, comienza un proceso de intensas mutaciones en los métodos de producción, que se profundiza con el advenimiento de la globalización y los avances tecnológicos, circunstancias que determinan cambios estructurales en el modelo productivo y ocasiona la reconversión industrial.- Se desarrollan nuevas formas de las relaciones laborales y tipología de conductas en los actores. Se avanzó hacia un nuevo modelo social, en el cual la legislación del trabajo, según el lenguaje de la O.I.T., ha sufrido un “**desenfoco**”; ya no responde

adecuadamente a la realidad a pesar de los ingentes esfuerzos de algunos Estados; Organismos internacionales, sindicatos y empleadores. También como se lo expresara, los actores sociales han visto afectados sus roles; el Estado que determinaba el marco legislativo mínimo se ha visto desbordado por los efectos de la transnacionalización de empresas o su carácter de multinacionales, que imponen códigos de conducta al margen de la legislación nacional. La respuesta sindical estuvo dirigida precisamente a cubrir las brechas producidas, mediante la creación de nuevas modalidades de expresión, con la configuración de estructuras supranacionales que procuran un adecuado contralor o vigilancia al cumplimiento de la normativa legal.-

Como una consecuencia de esta situación y la necesidad de optimizar rendimientos, al margen del sistema protectorio del Derecho del trabajo, se han desplegado nuevas modalidades en las relaciones laborales que la afectan, haciendo más tenue el clásico principio de la subordinación. La tercerización de servicios; la externalización de las actividades, ya sea ficticia, de carácter simplemente elusivo o necesaria; la subcontratación; intermediación; filialización o creación de filiales con alto grado de autonomía; el franquiciado; los out sourcing, etc., sin olvidar de los propios ordenamientos estatales sobre contratos laborales atípicos, que en Italia denominan “**parasubordinados**”; o los “**cuasi asalariados**” de Alemania, o bien la reciente legislación española que regula el nominado “**autónomo económicamente dependiente**”, pudiéndose mencionar también el “Tele trabajo” en el cual la presencia de la subordinación jurídica resulta casi impalpable.-

En todos estos institutos, se pone énfasis en la **subordinación económica**, porque la otra, de naturaleza jurídica, como se dijo, ha quedado muy imprecisa. Estas situaciones ambiguas y de fuerte incertidumbre sobre la aplicación de la legislación laboral, deben sumarse formas o modalidades ilegales o evasivas, como el trabajo no regulado o mero

incumplimiento de la ley. Además se han multiplicado relaciones de naturaleza precarias que impulsa el propio Estado para afrontar el desempleo, tales como las pasantías, contratos de aprendizajes o vinculados a los programas de empleo.-

Otra de las respuestas a estas nuevas formas de relaciones laborales, fue la implementación de normas flexibles -la flexibilización normativa- por parte del Estado, un concepto que ha producido un formidable debate, no solo por la imprecisión del término, dúctil, acomodadizo y adaptable a circunstancias diversas, que contraría al rigor normativo del derecho del trabajo, sino por su equivocada implementación.

Matices que oscilan desde una “**civilización**” de la legislación laboral, según el Lenguaje de algunos tratadistas, que no compartimos, porque en nuestro idioma el antónimo de este término tiene un contenido peyorativo - el derecho del trabajo sería “**incivilizado**”- más bien diríamos una desregulación o la pretendida supresión de la Legislación protectoría, eliminando el Orden público laboral y regular las relaciones laborales por el Código Civil; o como alternativa, una adecuación de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo, reformulando el sistema legal en concordancia a la nueva realidad, tanto de la sociedad como de los actores concretos de la relación.-

Esta última propuesta conduce necesariamente al meollo del tema; resultaría legalmente posible derogar las leyes laborales vigentes y en caso afirmativo cual sería el límite, en razón de la naturaleza de los derechos involucrados y los principios constitucionales que pueden ser afectados. Es aquí en donde se debe distinguir con absoluta claridad tres instituciones, por una parte la **irrenunciabilidad de los derechos**, la **inderogabilidad de la norma** y la **irretroactividad de la ley**.-

La **inderogabilidad** no es un problema de la **irretroactividad** ni de **irrenunciabilidad**. La **inderogabilidad** es el impedimento de suprimir un derecho o beneficio, cuya extinción puede afectar a situaciones creadas por normas legales

anteriores; no es legislar para el pasado, ni renunciar voluntariamente a una atribución conferida previamente.- La acción volitiva del trabajador u organización sindical, de sacrificar un beneficio configura la renunciabilidad; **la retroactividad** es legislar para el pasado.-

La **supresión de una norma legal** es fundamentalmente una actividad del **Estado**, aunque a nuestro criterio, **también puede ser el resultado de la acción Volitiva de los actores principales de la relación laboral**, e inclusive la que se produce actualmente con mayor frecuencia, a partir de la creación de normas convencionales por parte de empleadores y sindicatos de trabajadores. Pero entendemos que distinguir ambas situaciones es fundamental, porque la extinción de la legislación básica debe ser obra exclusiva del Estado, voluntad acotada por el Orden Público, entendido como un conjunto de institutos jurídicos que no pueden ser alterados por encontrarse interesado el orden social y sus derechos fundamentales. En la irretroactividad de la norma legal, nos encontramos frente a un problema de **imperatividad**, es la prevalecía de la norma sobre la voluntad de las personas, individualmente consideradas o de los sectores sindicalizados, inclusive del propio Estado. La más reciente doctrina argentina, realiza un adecuado análisis de esta situación, distinguiendo entre la **imperatividad** de la **irrenunciabilidad**; o **indisponibilidad**, según la terminología que utiliza el Dr. H. De la Fuente en su Libro “El Orden Público”, para distinguir lo que es **renunciable**, de lo **indisponible** porque Está interesado precisamente el Orden Público. La **imperatividad** es lo que hace **indisponibles** los derechos.-

Las modificaciones “in peius” de los derechos individuales regulados por el Derecho del Trabajo, deben ser realizadas por el Estado, es lo que se infiere del texto del art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo vigente en Argentina.-

El Orden Público Laboral debe ser considerado como un núcleo rígido, un “ius congenes” u obligatorio, que contiene las **normas esenciales e indisponibles**, que hace inaceptable la aplicación del “Pacto Sum Servanda” entre las partes, porque el cumplimiento de la ley, permite la dignificación del trabajador, de la cual está interesada la sociedad, más allá de la voluntad individual.-

El Orden público laboral, tiene su origen ya sea en la **Constitución del Estado**, que como norma básica ordena la sociedad y fija normas de conducta primordiales para obtener ese objetivo, o en los **valores y principios fundamentales** que le confieren contenido y sustento al Derecho del Trabajo, es lo que denominamos “**núcleo duro**” o “**rígido**” que **no puede ser alterado sin afectar derechos sustanciales de los trabajadores cuyo cumplimiento está interesada toda la sociedad**. De esta manera toda normativa que exceda los mínimos inderogables, ya sea que provenga del Estado o de la negociación colectiva o individual del trabajador, puede ser impugnada su vigencia. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.-

Circunstancias económico-sociales pueden conformar situaciones que puedan hacer variar la cantidad o calidad de los beneficios, siempre por arriba del mínimo inderogable, que no puede ser afectado, como lo dijimos, ni aún por el Estado.-

La doctrina se ha esforzado por representar gráficamente este contexto de excepción, asimilándolo a un punto o sitio, el núcleo duro e inderogable, alrededor del cual se encuentran círculos concéntricos de mayor o menor amplitud según sean sus necesidades que aparecen como sustento, pero con esta figura, podríamos generar una discriminación, al asignarse diversos niveles de protección de acuerdo con la actividad o trabajador. Preferimos identificarla como un **centellear** o **títular** de estrellas, que muestran una luz oscilante. Se conserva un **núcleo duro**, que son las normas básicas e inderogables y las **oscilaciones** expresan las variaciones que en más o

menos, las circunstancias económico- sociales de excepción, impongan. Es algo así como la “matización” que la doctrina española admite para los derechos esenciales.-

El Estado podrá suprimir o limitar derechos, **siempre que no se afectare el núcleo inalterable** del Derecho del Trabajo, sus normas jurídicas básicas, y **cuando las** circunstancias **excepcionales** lo impongan; pero siempre de una manera **razonable** y **paulatina** y que representen **un sacrificio compartido**, para evitar situaciones de conflictividad y porque la responsabilidad social del empleador es una exigencia

Las disposiciones legales surgidas de la negociación colectiva o individual, siempre que excedan la norma mínima protectoria, también podrán ser suprimidas por los actores sociales que las instituyeron.-

La **inalterabilidad** de la legislación protectoria esencial del Derecho del Trabajo; la **excepcionalidad**; la **razonabilidad** de la restricción y manera **paulatina** de disponerse, deben ser los factores necesarios para considerar **legítima** y **legal** la medida regresiva, es decir, que no afecte **principios, valores y derechos inalterables** que conforman el Derecho del Trabajo.-

**Solo bajo esas rigurosas condiciones puede admitirse la derogación de normas que conforman el Derecho del Trabajo.-**

Finalmente debemos sostener con énfasis, que no aceptamos la pretensión de asignarle a la Seguridad Social un nuevo enfoque de sus objetivos, descargando sobre ésta, todos los efectos negativos, producidos por los cambios legislativos del Derecho del Trabajo; ambas son materias que necesariamente se complementan, pero no es admisible una total sustitución porque la responsabilidad social de los empleadores, lo dijimos, es ineludible. Finalmente, los países que hayan ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Pacto de San José de Costa Rica, deberán considerar en su tarea reformadora, si resuelven asumirla, que rige

el principio de la “No regresividad” de los derechos ya reconocidos. En Argentina el referido pacto tiene jerarquía constitucional, lo que hace más difícil aceptar una modificación que suprima derechos laborales ya reconocidos por la legislación, una conducta regresiva devendría en inconstitucional.-

La Rioja, Argentina, enero del 2.014

Dr. César A. Torres Brizuela

**LA INDEROGABILIDAD DE LA NORMA LABORAL –SÍNTESIS-**  
**Dr. César A. TORRES BRIZUELA -ARGENTINA**

El problema de la **inderogabilidad** de las normas laborales tiene su fundamento en el **Orden Público** que está esta destinado a preservar derechos considerados esenciales para el equilibrio de las relaciones sociales. La **inderogabilidad** tiene por lo tanto basamento, no en la **irrenunciabilidad**, sino en la **indisponibilidad** del derecho por los titulares del mismo, originada en **normas constitucionales** o en **valores y principios** que sustentan al Derecho del Trabajo. La crisis ocasionada por las transformaciones de los sistemas productivos, originados en la tecnología y la globalización, han colocado al derecho laboral, según el lenguaje de la O.I.T., en una situación de “desenfoco”. A esta nueva realidad se respondió, ya sea flexibilizando la ley; creando modalidades atípicas elusivas del contrato laboral original, enfatizándose más en la subordinación económica; o bien evadiendo la norma laboral mediante el trabajo no regulado o aplicándose directamente la legislación civil.- Frente a esta realidad ¿es posible reformular el derecho del trabajo, suprimiendo beneficios o asignándoles alcance mas reducido? Para responder debemos imaginar una figura de una estrella, con **su núcleo** y la **oscilación** de su luz, que serían los derechos que pueden variar según las circunstancias. El Estado puede suprimir derechos, sin **alterar** el núcleo básico; las normas convencionales pueden modificarse por las partes, extinguiendo derechos que se hubieren acordado por encima del mínimo legal, además debe ser una medida **excepcional** y **razonablemente aplicada** de una manera **paulatina** para evitar situaciones conflictivas.- No admitimos asimismo que las reformas al Derecho del Trabajo, sean realizadas exclusivamente,

transfiriendo responsabilidades a la Seguridad Social. El débito social del empleador así lo impone.-