

# Vigencia y Alcance del Principio de Irrenunciabilidad

Alejandro Castello\*

*“En el presente artículo, el autor abarca la justificación de la irrenunciabilidad, su noción, alcance y proyecciones en relación a los derechos sustanciales reconocidos al trabajador y la cuestión de la vigencia o actualidad de este principio ante los cambios culturales, sociales, políticos y tecnológicos que conmueven el mundo del trabajo”.*

## 1.- Introducción

El Derecho, como instrumento de regulación de las conductas humanas y herramienta para la convivencia pacífica entre los ciudadanos, necesita de la más amplia difusión entre los miembros de la comunidad. Una de las vías de divulgación y aprendizaje de las normas son los estudios científicos, los cuales según su profundidad y extensión pueden adoptar la forma de Tratados, Manuales, Cursos, Cuadernos, Repertorios o Revistas, entre otros.

En ese marco, la prestigiosa Revista Derecho & Sociedad, que es editada y publicada por la Asociación Civil Derecho y Sociedad de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vienen cumpliendo desde hace varios años un importante y reconocido rol de análisis, debate e investigación sobre temas jurídicos de actualidad, tanto nacionales como internacionales. En su edición aniversario N° 30, la Revista Derecho & Sociedad se ha propuesto abordar exclusivamente temas vinculados al Derecho Laboral, habiendo sido honrado quien escribe con la amable invitación para contribuir con un breve ensayo sobre dicha disciplina.

Sabido es que el Derecho del trabajo se encuentra actualmente en una etapa de transformación, cuyo rumbo aún no se encuentra totalmente definido y delimitado. Después de 20 años de influencia y predominio de las corrientes de pensamiento

neoliberales, que enfocaban el análisis de la legislación laboral desde una perspectiva fundamentalmente económica, priorizando el rendimiento empresarial sobre la protección del trabajo, los ordenamientos laborales han comenzado a cuestionar y dejar de lado esa filosofía, registrándose (re)reformas y cambios legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales en la mayor parte de los países occidentales, incluyendo los latinoamericanos, que retornan al camino garantista en algunos institutos, mantienen la flexibilidad en muchos otros o tienen un naturaleza diferente o incalificable.

Uno de los institutos del Derecho del trabajo que recibió mayor embate desde tiempos de la Escuela del Análisis Económico del Derecho fue sus principios. Ello se debió, entre otras razones, a que en muchos países la justicia laboral desatendía o morigeraba el contenido de las reformas legales flexibilizadoras y desreguladoras, por considerar que éstas violaban los principios de la disciplina, a los cuales por la vía de los hechos se les otorgaba jerarquía superior.

En ese contexto, uno de los principios que actuaba de valla o freno de contención ante la flexibilización era el principio de irrenunciabilidad. En efecto, la prédica neoconservadora consistía en potenciar la autonomía privada del trabajador, ensanchando su esfera de disponibilidad de derechos y beneficios, de manera de permitir la adaptación de las relaciones individuales de trabajo a las exigencias del mercado, lo que chocaba frontalmente con un dogma laboral

\* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

clásico: la imposibilidad del trabajador de desprenderse válidamente de derechos otorgados por la legislación.

Habiéndose calmado los vientos que intentaban derribar el edificio del Derecho del trabajo, parece que es un buen momento para volver a analizar la vigencia, alcance y aplicación del principio de irrenunciabilidad. En concreto, el objeto de esta contribución será estudiar la justificación de la irrenunciabilidad, su noción, alcance y proyecciones en relación a los derechos sustanciales reconocidos al trabajador y la cuestión de la vigencia o actualidad de este principio ante los cambios culturales, sociales, políticos y tecnológicos que conmueven el mundo del trabajo. Dejaremos fuera de nuestro examen el funcionamiento del principio de irrenunciabilidad en el ámbito del Derecho Procesal del Trabajo (conciliación, transacción, desistimiento, prescripción, caducidad, etc.), aspecto complejo que requeriría de una extensión mucho mayor de la que nos hemos planteado para este ensayo.

## 2.- Importancia Del Principio De Irrenunciabilidad

La irrenunciabilidad de los derechos laborales hunde sus raíces en los fundamentos más profundos de la disciplina y constituye un elemento central de la protección que el Derecho laboral confiere al trabajador, ya que sería un contrasentido que el ordenamiento reconociese un derecho o beneficio y simultáneamente admitiese la facultad del empleado para disponer del mismo.

La doctrina (e inclusive la legislación), especialmente la latinoamericana, reconoce la existencia de una numerosa cantidad de principios del Derecho del trabajo<sup>1</sup>, que cumplen una función estabilizadora del mismo al impedir la afectación de sus bases esenciales, pero que, además, sirven para inspirar al legislador, integrar el derecho, orientar al juez o el intérprete y justificar su autonomía respecto de otras disciplinas.

Un principio es un medio por el cual el ordenamiento jurídico formal incorpora y atribuye eficacia jurídica formal a los valores, jerarquizaciones de valores y concepciones sociales sobre los fenómenos jurídicos, predominantes en la colectividad<sup>2</sup>.

Algunos autores sostienen la primacía del principio protector en relación a los demás. Así, Mario Pasco expresa que "sin menoscabo de la idea teleológica de que todos los principios tienen idéntica jerarquía axiológica, hay

aceptación pacífica de que, de todos ellos, el que destaca como principio supremo es el tuitivo o de protección del trabajador, que tiene su origen y explica su necesidad en la desigualdad inherente a la relación de trabajo, que determina que haya una parte fuerte -el empleador-, pletórica de poderes, y otra parte débil, -el trabajador- cargada de deberes (...) La primacía del principio protector llega al punto de que muchos de los otros principios pueden ser asumidos como formas complementarias de aquél, como sucede con los principios de continuidad o de irrenunciabilidad, que apuntan en la misma dirección y cumplen similar función: proteger al trabajador"<sup>3</sup>.

A nuestro modo de ver, algunos principios<sup>4</sup> han sido relevantes para el Derecho del trabajo en una determinada etapa de su desarrollo (por ejemplo el principio de continuidad de la relación de trabajo) o sirven para ofrecer soluciones prácticas que ayudan a mejorar la protección del trabajador (sería el caso de los principios de primacía de la realidad, razonabilidad y buena fe). En cambio, existen otros principios que son vitales para la existencia misma de esta rama del Derecho, ya que su vigencia no depende del tiempo ni del espacio, del grado de desarrollo económico, político, social o cultural de cada país, sino solamente de dos factores: que exista trabajo humano y que éste sea prestado en situación de dependencia.

Esos principios esenciales, que son el **protector** y el de **irrenunciabilidad**, forman parte de los fundamentos profundos de la materia: el día que el ser humano pueda trabajar en pie de igualdad y libertad, no requerirá protección especial y podrá disponer libremente de su esfera de derechos patrimoniales. Mientras ello no ocurra, el amparo preferente del trabajador y la limitación de la autonomía privada de la voluntad, continúan siendo indispensables para evitar abusos e injusticias.

Según señala Víctor Ferro con gran propiedad, el principio de irrenunciabilidad es uno de los paradigmas fundamentales del Derecho del trabajo y "a su alrededor se ha construido trabajosamente el andamio de la indisponibilidad de los derechos que protegen al trabajador, de la imperatividad de las normas laborales y del concepto de orden público inherente a buena parte de los institutos propios del Derecho del trabajo"<sup>5</sup>. Prueba de su trascendencia es que este principio ha sido recogido en trece constituciones de Latinoamérica<sup>6</sup>, aunque con distinto alcance y eficacia.

1 Véase más ampliamente la excelente obra clásica de Américo Plá Rodríguez: Los principios del Derecho del trabajo, 3ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

2 Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya" en Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado, AAVV, Ed. FCU, Montevideo, 2001, pág. 162.

3 Mario Pasco Cosmópolis, "Reafirmación de los principios del Derecho del trabajo" en Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. AAVV, SPDTSS, Lima, 2004, pág. 25-26.

4 Los principios son enunciados básicos que comprenden y contemplan una serie indefinida de situaciones, resultando más generales que las normas, constituyendo los cimientos de toda la estructura jurídico-normativa, tratándose así de principios básicos o fundamentales: Jorge Rodríguez Manzini, Curso de Derecho del trabajo y de la seguridad social, 5ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 50.

5 Víctor Ferro Delgado, "El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional" en Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano, ob. cit., pág. 111.

6 Las Constituciones que recogieron el principio son las de: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Rep. Dominicana y Venezuela: Ricardo Marcenaro Frens, El trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas. Apud: Víctor Ferro, "El principio de irrenunciabilidad ..." ob. cit. pág. 118.

### 3.- Justificación De La Irrenunciabilidad De Derechos

Todas las sociedades han reconocido formas de trabajo, de prestación de trabajo humano y ha existido una regulación jurídica del mismo, aún en las civilizaciones más antiguas. Sin embargo, las modalidades de cumplimiento del trabajo y su regulación jurídica han sido diferentes a lo largo de la historia y solo a partir de la irrupción del capitalismo y la revolución industrial existe el Derecho del trabajo como disciplina jurídica<sup>7</sup>.

En la sociedad esclavista (la Roma clásica como paradigma) el trabajo se caracterizaba por ser forzoso, al ser obligada su prestación con independencia de la voluntad del prestador. En la sociedad feudal, el sistema de trabajo se basaba en la servidumbre. El siervo se establecía en los dominios del señor feudal, quien se apropiaba de los frutos o resultados que excedían del necesario para la subsistencia del trabajador y su familia. En la sociedad urbana medieval también se dieron manifestaciones de trabajo. En torno al gremio, corporación integrada por artesanos de un mismo oficio o profesión con la finalidad de atender a la defensa y ayuda mutua de sus miembros, se desarrollaron supuestos de prestación de trabajo por cuenta ajena en régimen de libertad. La relación resultante se articulaba a través de un contrato de arrendamiento de servicios (aprendizaje en su caso), título jurídico del intercambio de trabajo y su remuneración<sup>8</sup>.

**“La sustitución de las relaciones feudales de producción por el sistema económico capitalista implicó entonces una nueva forma de trabajo humano: libre, oneroso, por cuenta ajena y subordinado.”**

Luego de la Revolución francesa y antes de la creación del Derecho del trabajo, la regulación del trabajo humano dependiente se regía, según enseña Rafael Alburquerque, por cinco principios jurídicos básicos: a) la libertad de trabajo, en virtud del cual el trabajador era “libre” para emplearse y prestar servicios a cualquier empleador; b) la prohibición de grupos profesionales con el objetivo de preservar la libertad de los individuos (Ley Le Chapelier); c) asimilación del contrato de trabajo al arrendamiento de servicios; d) la aplicación del derecho común a las relaciones de trabajo, lo que según dicho autor “significa el sometimiento del contrato al principio de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, las

condiciones en que se ejecutará el trabajo y la cuantía del salario serán fijadas libremente por las partes. En los hechos, este contrato resultó ser un contrato de adhesión en que el empleador impone las condiciones y la remuneración del trabajo, las que serían muy limitadas con la finalidad de reducir al mínimo las cargas; y, e) la desigualdad entre el empleador y el trabajador<sup>9</sup>.

La sustitución de las relaciones feudales de producción por el sistema económico capitalista implicó entonces una nueva forma de trabajo humano: libre, oneroso, por cuenta ajena y subordinado. La Revolución Industrial tuvo un papel determinante en la configuración de esta nueva forma de trabajo. La columna vertebral de la sociedad capitalista de los siglos XIX y XX fue la industria manufacturera, la cual se edificó en base al sistema de organización del trabajo Taylor-fordista. El resultado de este modelo de trabajo fue la homogeneización y estandarización de la producción y de las relaciones de trabajo, en una estructura de empresa piramidal, con un pequeño grupo supervisor en la cúspide, y, debajo, un impresionante despliegue de departamentos funcionales y permanentes<sup>10</sup>.

Para que este sistema de organización de la producción y el trabajo de estructura piramidal pudiese funcionar se requería que el empresario, propietario de los medios de producción, tuviese amplios poderes y atribuciones (organizar, dirigir, controlar, fiscalizar, supervisar y sancionar) sobre las personas que trabajaban en el establecimiento. La contracara de estos amplios poderes reconocidos al empresario sería la dependencia laboral: el trabajo en la sociedad capitalista industrial se caracteriza por ser jurídicamente libre, ya que ningún trabajador puede ser obligado o constreñido a prestar sus servicios a un tercero, pero paradójicamente, se ejerce bajo el control y dirección del contratante.

En ese contexto, el Derecho del trabajo nace como un desprendimiento del Derecho civil, con la finalidad de atender la especial problemática que se planteaba para el trabajador en su relación con la empresa, ya que esta última disciplina, basada en el principio irrestricto de la autonomía de la voluntad, no estaba en condiciones de regular adecuadamente. En efecto, en tales situaciones, una de las partes, el prestador del trabajo, dada su debilidad económica y su necesidad de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfrutaba efectivamente de la posibilidad de concertar libremente y en igualdad de condiciones los términos de su trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono, con el consecuente resultado de injusticia social.

Según pone de manifiesto Alain Supiot, “los hechos desmienten la total libertad de consentimiento de

7 Ernesto Krotoschin; Manual de Derecho del Trabajo, 3ra. Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 17.

8 Manuel-Carlos Palomeque y Manuel Alvarez de la Rosa, Derecho del trabajo, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 49 y ss.

9 Rafael F. Alburquerque, Derecho del trabajo, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2003, pág. 14-15.

10 Alvin Toffler, La empresa flexible, Barcelona, 1985, pág. 52.

quien se compromete en el contrato de trabajo. La única libertad –no es poca– del trabajador en tal marco jurídico es la libertad de elegir el empresario al que subordinarse, e incluso esto depende del estado del mercado de trabajo. Parafraseando a Marx, puede decirse que el trabajador, que solo tiene una cosa que vender para vivir, y en un único mercado, no puede abandonar a la clase entera de los compradores sin renunciar a vivir<sup>11</sup>.

Frente a ello, la sociedad reaccionó de diversas formas. Una de ellas, fue el nacimiento de un nuevo instrumento jurídico, que hoy conocemos como Derecho del trabajo, identificado con la modalidad de trabajo industrial<sup>12</sup>, cuya misión principal era mejorar y compensar la posición de desventaja social y económica que el trabajador tenía frente a su empleador. La herramienta que se utilizó fue entonces la intervención del Estado, fundamentalmente mediante la aprobación de leyes que fijaban condiciones de trabajo y empleo bajo las cuales podía ser contratado el trabajador dependiente.

**“(...) el Derecho del trabajo se caracteriza por ser de orden público, lo que implica que la mayor parte de las reglas no pueden ser descartadas por contratos individuales y ni siquiera por convenios colectivos.”**

Sin embargo, la sola sanción de normas laborales no fue mecanismo suficiente para garantizar la protección del trabajo subordinado. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, el empleador podía pactar con el trabajador, en el marco del contrato de trabajo, el apartamiento de la normativa estatal, fijando condiciones económicas contemplativas de sus intereses, tornando así ilusoria la red de protección laboral. Por esa razón, para la corriente de opinión más aceptada el Derecho del trabajo se caracteriza (desde sus orígenes) por ser de orden público, lo que implica que la mayor parte de las reglas (o quizás todas) no pueden ser descartadas por contratos individuales y ni siquiera por convenios colectivos<sup>13</sup>.

Al respecto, Jean-Claude Javillier señala que las leyes sociales poseen carácter imperativo, lo que no impide

la vigencia de normas más favorables<sup>14</sup>. De ahí que el orden público social sea de carácter relativo, en tanto es compatible con la posibilidad de superación de los mínimos legales a través de normas autónomas (colectivas o individuales). En todo caso, la derogación in peius solamente podría preverse a través de la negociación colectiva pero no por la vía del acuerdo individual<sup>15</sup>.

En la primera mitad del siglo XX Mario de la Cueva manifestaba que el Derecho del trabajo formaba parte del Derecho imperativo, ya que “la existencia de las relaciones entre el capital y el trabajo no depende de la voluntad de trabajadores y patrones, sino que tiene su carácter de necesidad. El liberalismo estimó que su regulación se debía dejar a la voluntad de cada trabajador y patrono, y por eso consignó en el Código de Napoleón el principio de la autonomía de la voluntad. La injusticia y desigualdad social que produjo esta pretendida autonomía de la voluntad hicieron que el Estado interviniera para garantizar a los trabajadores un mínimo de vida”<sup>16</sup>.

De igual modo, Mauricio Godinho señala que las normas laborales son “esencialmente imperativas”, no pudiendo, de manera general, ser apartada su vigencia por la simple manifestación de voluntad de las partes. El autor apunta que son muy raros los ejemplos de reglas dispositivas en el texto de la Consolidación de Leyes del Trabajo de Brasil (CLT), prevaleciendo una casi unanimidad de preceptos imperativos<sup>17</sup>.

Actualmente, se acepta que la noción de orden público va más allá de la mera imperatividad (obligatoriedad) de las normas legales. Al respecto, Garmendia explica que superada la asimilación del orden público con la eficacia imperativa de ciertas normas, se advierte la existencia de determinados valores que son válidos por sí mismos, y cuya vigencia y efectividad debe preservarse con independencia del reconocimiento explícito por la norma positiva. Para el autor citado, “los valores inmanentes a la condición humana, poseen su propio fulgor, y el mismo les permite alcanzar operatividad jurídica inmediata y una calidad trascendente respecto del Derecho positivo”, lo que lo lleva definir al orden público como “el conjunto de valores de la vida que por la especial trascendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho”<sup>18</sup>.

11 Alain Supiot, *Crítica de Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pág. 141.

12 Efrén Córdoba, “El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación laboral” en *Evolución del pensamiento juslaboralista*. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Montevideo, 1997.

13 P. Durand y R. Jaussaud, *Traité du Droit du Travail*, T. I, Ed. Dalloz, Paris, 1974, pág. 248.

14 Jean Claude Javillier, *Manuel du Droit du Travail*, 2ª edición, Paris, 1988, pág. 67.

15 Jean Claude Javillier, *Manuel de Derecho del Trabajo*, 1ª edición, Montevideo, 2007, pág. 182. El autor señala que en Francia se admite que mediante convenios o acuerdos colectivos se puedan modificar las regulaciones del Código de Trabajo en lo atinente a la duración semanal del trabajo y ciertos aspectos salariales.

16 Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, tomo I, México, 1943, pág. 222.

17 Mauricio Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª edición, LTR, San Pablo, 2007, pág. 201.

18 Mario Garmendia Arigón, *Orden público y Derecho del trabajo*, Ed. FCU, Montevideo, 2001, pág. 33-148-149.

Pero la aspiración de alcanzar la igualdad y la libertad del trabajador en su relación con la empresa requirió limitar aún más la autonomía de la voluntad, criterio rector del régimen liberal del trabajo y del Derecho Civil. En la mayor parte de las legislaciones se fue admitiendo, aún en ausencia de un texto legal expreso, que el trabajador no podía privarse voluntariamente de derechos patrimoniales (beneficios, ventajas, créditos, prestaciones, condiciones de trabajo) que le eran concedidos no solo por la normativa estatal (Constitución, leyes, decretos) sino también por instrumentos internacionales (Convenios de OIT, Pactos, Tratados, Declaraciones, Cartas Sociales, etc.) convenios colectivos, usos y costumbres y hasta en ciertos casos, el propio contrato de trabajo. De ese modo, se le restaba a la voluntad abdicativa del trabajador toda eficacia y validez jurídicas, cualquiera fuese la fuente (estatal o autónoma) del derecho subjetivo.

Esta tendencia ha sido bien explicada por Helios Sarthou, quien señala que el Derecho del trabajo establece limitaciones de la voluntad que son consecuencia de la especialidad de esta rama jurídica, entre las que se encuentran las cláusulas normativas de los convenios colectivos, que no pueden ser renunciadas por el trabajador, y la subordinación a la que se encuentra sometida el trabajador durante la relación de trabajo, que provoca que su voluntad no sea libre sino coaccionada, lo que resta valor a toda renuncia o modificación<sup>19</sup>.

Según hace notar Mauricio Godinho con gran agudeza, la indisponibilidad innata de los derechos laborales constituye tal vez el vehículo principal utilizado por el Derecho del Trabajo para intentar igualar, en el plano jurídico, la asincronía clásica existente entre los sujetos de la relación socioeconómica de empleo<sup>20</sup>.

Ese criterio filosófico se fue erigiendo rápidamente en un postulado fundamental del Derecho del Trabajo, hasta convertirse en uno de los principios o según feliz expresión de Américo Plá Rodríguez, en "líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones por o que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos"<sup>21</sup>.

#### 4.- Noción Y Fundamento De La Irrenunciabilidad

A cada individuo se le reconoce un ámbito dentro del cual puede programar y ejecutar acciones de carácter económico, lo que se concreta, fundamentalmente, en la formación de contratos, que suponen la creación de un conjunto normativo destinado a regular los comportamientos conducentes a satisfacer las

prestaciones acordadas<sup>22</sup>. Los individuos tienen la posibilidad de establecer, modificar o derogar relaciones jurídicas, que afecten su propia esfera patrimonial.

Mientras el trabajador se encuentra a disposición de su patrono, su libertad negocial (autonomía de la voluntad) se encuentra limitada en la medida en que debe obedecer las órdenes del receptor de los servicios o sus representantes (Directores, Gerentes, Supervisores, Encargados, Jefes, etc.). Como va dicho, mientras el Derecho común reposa sobre el principio de igualdad de las partes y el principio de libertad contractual, el Derecho del trabajo se organiza sobre la idea de sumisión de la voluntad del trabajador. Como lo hace notar Alain Supiot, el contrato de trabajo incorpora una antinomia que percibió del derecho romano, "al resistirse a admitir que un hombre libre pudiera seguir siéndolo cuando se ponía al servicio de otro. El derecho del trabajo se ha alimentado de esta tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esa autonomía"<sup>23</sup>.

**"En el Derecho del trabajo: el trabajador no tiene la posibilidad jurídica de privarse voluntariamente de los derechos patrimoniales que le son concedidos."**

La renuncia implica un acto voluntario por el cual un sujeto se desprende y hace abandono de un derecho subjetivo reconocido a su favor. En el Derecho común la posibilidad de abdicar de un derecho es casi ilimitada y constituye una derivación natural del principio de autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad significa que la voluntad libre del individuo extrae de ella misma su fuerza creadora de obligaciones. En el Derecho del trabajo, la regla es la inversa: el trabajador no tiene la posibilidad jurídica de privarse voluntariamente de los derechos patrimoniales que le son concedidos. Esa imposibilidad refiere tanto a derechos ya adquiridos como aquellos que son futuros o están en curso de adquisición.

En su formulación más aceptada, el principio de irrenunciabilidad se expresa como "la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio"<sup>24</sup>. También se ha dicho que se traduce en la inviabilidad técnico jurídica de que el trabajador pueda

19 Helios Sarthou, "Aspectos de la autonomía de la voluntad del trabajador" en Trabajo, Derecho y Sociedad, Tomo II, Ed. FCU, Montevideo, 2004, pág. 18-19.

20 Mauricio Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, ob. cit., pág. 201.

21 Américo Plá Rodríguez, Los principios del Derecho del trabajo, ob. cit., pág. 14.

22 Eugenio Caffaro y Santiago Carnelli, Eficacia contractual, Ed. FCU, Montevideo, 2003, pág. 14.

23 Alain Supiot, Crítica de Derecho del trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pág. 134.

24 Américo Plá Rodríguez, Los principios del Derecho del trabajo, ob. cit., pág. 118-120.

despojarse, por su simple manifestación de voluntad, de las ventas y protecciones que le aseguran “el orden jurídico y el contrato”<sup>25</sup>.

El fundamento no es unívoco: algunos lo explican en base a la idea de “vicio del consentimiento presunto o real” a causa del estado de sujeción en que se encuentra el trabajador en relación al patrono. Otros lo fundamentan en la imperatividad de las normas laborales. También se ha justificado la indisponibilidad en el “carácter de orden público de las normas laborales”, en la noción mimas de indisponibilidad ó en la limitación a la autonomía de la voluntad.

Sea como fuere, existe amplio acuerdo en que las renunciaciones que se efectúen en contravención de las normas declaradas irrenunciables o indisponibles, “carecen de todo efecto: son absolutamente ineficaces, o sea, insubsanablemente nulas. Se sanciona, pues, la infracción a estas normas de la manera más severa: con la nulidad. No la mera anulabilidad, la nulidad de pleno derecho que se debe declarar aunque el interesado no lo solicite”<sup>26</sup>. También es claro que lo que se considera nulo es la cláusula y no el contrato en su globalidad, por lo que la cláusula anulada será automáticamente sustituida por la norma renunciada ilícitamente

## 5. Alcance De La Irrenunciabilidad

Américo Plá Rodríguez examina un variado elenco de problemas, debates y dificultades que genera la irrenunciabilidad, como por ejemplo la determinación de cuáles son las normas irrenunciables (¿todas las normas laborales están fuera del alcance de la autonomía de la voluntad?), su compatibilidad con otros institutos jurídicos como es el caso de la transacción, la prescripción y la caducidad, si su vigencia se acota al período de vigencia de la relación de trabajo o inclusive con posterioridad a su terminación, su relación con la autonomía colectiva y la distinción con figuras afines como la renuncia al empleo, el desistimiento, la novación, su aplicación al Derecho procesal del trabajo.

Hemos escogido solamente tres aspectos para abordar: a) cuáles son los trabajadores alcanzados por la irrenunciabilidad; b) si su aplicación depende del origen o fuente que tiene el derecho renunciado (legal, convencional, contractual, etc.) y c) la problemática de la novación en el Derecho del trabajo.

### 5.1 Ambito subjetivo de la irrenunciabilidad

La Revolución industrial hizo necesario contar con un método de organización y planificación del trabajo, de forma de optimizar los recursos materiales y humanos dentro del establecimiento. Para los analistas de la época, la mayor productividad del trabajo se podía lograr a

partir de la división técnica y científica del trabajo, esto es, en la separación de un trabajo en una serie de tareas que pudieran ejecutarse en forma independiente<sup>27</sup>.

Estas ideas tendrían su concreción y sistematización en la obra de Frederick Winslow Taylor, reconocido como el padre de la dirección científica de empresas. A partir de las ideas de Taylor, el proceso industrial se constituyó sobre el sistema de microdivisión del trabajo, a base de dividir el trabajo en diminutos componentes separados, de modo que una sola persona se pudiese concentrar en un único proceso. La organización taylorista del trabajo fue complementada con las contribuciones de Henry Ford, dando lugar al sistema de producción en masa denominado Taylor- fordista.

La principal contribución de Ford fue la inclusión de la cadena de montaje o cinta transportadora. Los nuevos elementos confluyeron en algunas características del sistema: a) producción en serie y en masa (un hombre-un puesto-una tarea); b) disminución del costo unitario del producto; c) cadena de montaje que permite hacer desaparecer los tiempos muertos de la producción, aumentando la intensidad del trabajo. Los principios Taylor-fordiano, piedra angular de todas las organizaciones del trabajo durante la mayor parte del siglo XX, establecieron que la eficacia y la productividad dependen centralmente de un trabajo fragmentado y distribuido a lo largo de una línea, la cual se desplaza a ritmo rígid<sup>28</sup>.

Como resultado de todo lo anterior se formó una masa bastante homogénea de trabajadores, caracterizada por la nota de dependencia jerárquica que afectaba a todos ellos dentro de la empresa, con independencia del escalón que ocuparan en la pirámide. De allí a que como señala Adrián Goldín con gran precisión, “el concepto de dependencia laboral fue hasta hoy eficaz porque la inmensa mayoría de los vínculos que se proponía abarcar se insertaba nítidamente dentro de sus fronteras o quedaban claramente fuera de ellas, sin que una u otra variante demandara esfuerzo calificador alguno. El concepto había sido concebido a partir de un tipo social dominante en cuya presencia el proceso de calificación del vínculo –simple, evidente y casi intuitivo- no imponía formular la compleja operación lógica y volitiva ínsita en la práctica de utilización del procedimiento indiciario”<sup>29</sup>.

Como se comprenderá fácilmente, la situación narrada generó que las nociones de protección e irrenunciabilidad abarcaran a todo aquel que estuviese en relación laboral de subordinación jurídica, cualquiera fuese la tarea que desarrollaba (manual o intelectual), la forma en que era retribuido (mes, jornal, destajo) o la jerarquía que tenía en la empresa (peón, oficial, jefe o supervisor).

25 Mauricio Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, ob. cit., pág. 201.

26 Américo Plá Rodríguez, Los principios del Derecho del trabajo, ob. cit., pág. 166 y ss.

27 Adam Smith, La riqueza de las naciones, Madrid, Ed. Aguilar, 1961, pág. 10.

28 Benjamín Coriat; El Taller y el Robot, ed. Siglo XXI, Madrid, 1992, pág. 19.

Las transformaciones económicas, tecnológicas, sociales y culturales en curso (re-globalización, liberalización comercial, descentralización empresarial, desarrollo de las tecnologías de la información, biotecnología, aceleración del tiempo humano, etc.) han provocado el desplazamiento de la vieja disciplina de fábrica, el cambio de las calificaciones de los trabajadores, la modificación del régimen de organización del trabajo y el ascenso de las profesiones y oficios vinculada a los datos, información y conocimiento, lo que en cierto modo ha cambiado la forma de trabajar.

Como señalan Alvin y Heidi Toffler, “la tercera y más reciente ola de riqueza desafía todos los principios de la industrialización, puesto que sustituye los factores tradicionales de la producción industrial –tierra, mano de obra y capital– por el conocimiento cada vez más refinado. Mientras que el sistema de riqueza de la segunda ola trajo consigo masificación, la tercera ola desmasifica la producción, los mercados y la sociedad (...) Mientras la segunda ola construyó jerarquías verticales cada vez más dominantes, la tercera ola tiende a nivelar las organizaciones y las traslada a las redes y numerosas estructuras alternativas”<sup>30</sup>. De allí ha que exista un fuerte reclamo empresarial por personalizar e individualizar las relaciones de trabajo, lo que muchas veces implica una revalorización de la autonomía de la voluntad.

### “(...) la tutela que brinda el Derecho del trabajo debe ser directamente proporcional a la debilidad contractual (...)”

En tal sentido, Mario Garmendia señala que el desarrollo de la legislación social, la actuación libre de las organizaciones profesionales, el perfeccionamiento y ampliación de los sistemas de seguridad social, la universalización del manejo de la información, el acceso masivo a la educación y a la capacitación, novedosas formas de producción y roles profesionales que hacen posible el surgimiento de categorías de trabajadores altamente especializados, hacen surgir razonables titubeos acerca de si continúa siendo pertinente que el Derecho del trabajo impida que este trabajador protegido, calificado e inclusive bien remunerado, pueda renunciar individualmente a beneficios laborales establecidos en la legislación<sup>31</sup>.

A mayor abundamiento se sostiene que el sistema Taylorfordista ha sido sustituido por fórmulas más flexibles que repercuten en la propia relación de trabajo, pasándose a un sistema donde se concede más autonomía al trabajador a cambio de una superior responsabilidad y una organización independiente del propio trabajo, agregándose que la realidad actual del Derecho del trabajo contemporáneo refleja que se está produciendo un cierto resquebrajamiento del tipo normativo clásico y una “pulverización” del tipo de trabajador, con un avance del “trabajador heterogéneo”, cuyo predominio es propiciado por la destrucción de la figura del trabajo relativamente homogéneo a través de la transformación de la fábrica fondista en empresa red y la mayor segmentación del mercado de trabajo<sup>32</sup>.

A tales fines se ha propuesto establecer grados de tutela e indisponibilidad diferentes y variables, en función de la situación concreta de cada trabajador<sup>33</sup>, de modo que a mayor nivel de equilibrio entre las partes de la relación laboral, mayor aflojamiento de las limitaciones impuestas a la autonomía de la voluntad. Así, Juan Francisco Dieste se interroga si existe un solo criterio de reconocimiento de la autonomía de la voluntad aplicable por igual a todos los trabajadores, o si es relevante detectar las diferencias existentes en ese colectivo. El autor responde que “el trabajador como sujeto abstracto, uniforme, no existe. Lo que existen son trabajadores concretos, de carne y hueso, y no todos ellos son iguales, no todos tienen las mismas carencias de información, no todos tienen la misma vulnerabilidad, por consiguiente la tutela que brinda el Derecho del trabajo debe ser directamente proporcional a la debilidad contractual, más tutela al más débil, menos tutela al más fuerte” para lo cual deben tomarse en cuenta dos variables: el nivel de ingresos y el nivel de formación<sup>34</sup>.

En la práctica, la mayoría de las legislaciones han ido introduciendo diferentes niveles de protección y consecuentemente de autonomía de la voluntad, en función principalmente del nivel jerárquico que ocupa el trabajador en la empresa, los poderes que detenta y el grado de formación profesional que posee. En efecto, es común que el ordenamiento laboral de cada país regule de modo más flexible el tiempo de trabajo (jornada, descansos, vacaciones, etc.), el sistema de remuneración, los cambios de horario, lugar o tareas, del personal de alta dirección, los idóneos altamente especializados o los profesionales universitarios, en comparación con el personal obrero o administrativo que no tiene poder de mando y/o posee baja calificación profesional.

29 Adrián Goldín, “Las fronteras de la dependencia” en V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú, setiembre 2001, pág. 23.

30 Alvin y Heidi Toffler, La revolución de la riqueza, Debate, Buenos Aires, 2006, pág. 51 y 52.

31 Mario Garmendia Arigón, Orden público y Derecho del trabajo, ob. cit., pág. 136-137.

32 José Luis Monereo Pérez, Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pág. 94. El autor señala que en las últimas décadas se ha acentuado el proceso de fragmentación de la categoría de trabajador homogéneo en la industria, tanto por razones objetivas (cambios en el sistema productivo y en la organización del trabajo), como por la repercusión de políticas laborales de flexibilización que contribuyen a la segmentación de los mercados de trabajo y de la figura del trabajador homogéneo de la época dorada del fordismo.

33 Edoardo Ghera, “La subordinazione fra tradizione e nuove proposte” en Giornale de Diritto del lavoro e relazioni industriali”, N° 40, año X, 1988, pág. 631.

34 Juan Francisco Dieste, “Autonomía de la voluntad individual” en XVI Jornadas uruguayas de Derecho del trabajo y de la seguridad social, Atlántida, Uruguay, agosto de 2005.

Así, a vía de ejemplo, el art. 2 del Estatuto de los Trabajos de España regula la relación del Personal de Alta Dirección, definiéndose esta figura como quienes “ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitada por los criterios de instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. La relación laboral de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, lo que determina que los derechos y obligaciones se regulan en primer término por la voluntad de las partes (duración del contrato, tiempo de trabajo y descansos, extinción de la relación laboral) con la limitación impuesta por ciertas reglas de carácter imperativo (prescripción, causales de suspensión del contrato, garantías del salario, etc.)<sup>35</sup>.

En todo caso, parecería adecuado que el Derecho del trabajo ofrezca un margen mayor para la actuación de la autonomía de la voluntad individual, cuando el trabajador se encuentre en una relación de dependencia laboral muy tenue o diluida. La fecundidad y flexibilidad de los principios, incluyendo al de irrenunciabilidad, permiten al intérprete o juzgador aplicar la solución correcta para cada supuesto o circunstancia concreta, sin que ello implique arbitrariedad o inseguridad jurídica.

**“(...) la condición laboral (jerarquía, formación, etc.) que detenta el trabajador puede ser motivo para morigerar la aplicación del principio de irrenunciabilidad, pero no para hacerlo desaparecer.”**

A tales efectos, se deberían tener en cuenta factores como el nivel de retribución del empleado, su educación y formación, las prerrogativas de que goza, el tamaño de la empresa para la cual trabaja y el nivel jerárquico que ocupa en el establecimiento, la realidad económica de la empresa, el sector de actividad y el país, los beneficios marginales o accesorios que puedan obtenerse por la renuncia y toda otra circunstancia del ambiente.

También habría que apreciar el momento en que se ejerce la renuncia. La autonomía de la voluntad cobra importancia al momento de contratar (función constitutiva de la autonomía), de determinar la modalidad contractual y su contenido (función regulatoria), durante la ejecución del contrato de trabajo (función modificatoria) y en

oportunidad de ponerse fin al mismo (función extintiva). Resulta claro que en la fase pre-contractual (selección, reclutamiento, etc.) existe amplia libertad para las partes, con la única limitación del respeto de la intimidad, privacidad y no discriminación.

Distinta es la solución para el estadio de elección de la modalidad contractual: el tipo (naturaleza) de contrato debe ajustarse a lo que muestra realmente su ejecución. Si las partes pactaron un contrato de arrendamiento de obra pero en los hechos el servicio se cumplió de forma subordinada, debe prevalecer esto último<sup>36</sup>. Más compleja es la situación durante la vida del contrato de trabajo. En esa fase la regla o principio general debería ser la irrenunciabilidad, de la cual el intérprete o juzgador sólo puede apartarse por motivos razonables y fundados. Finalmente, en la fase de extinción de la relación, cobra vigencia el principio de libertad por lo que el trabajador no tiene impedimento alguno para renunciar a su empleo, con la sola condición de hacerlo tempestivamente y de cumplir con las formalidades que pueda exigir cada legislación.

En síntesis, la condición laboral (jerarquía, formación, etc.) que detenta el trabajador puede ser motivo para morigerar la aplicación del principio de irrenunciabilidad, pero no para hacerlo desaparecer. Porque al fin y al cabo, como señala Mario Garmendia, por más imperceptible que sea la dependencia laboral durante la vigencia de la relación laboral en el caso del personal calificado y bien remunerado, la misma no desaparece del todo y “suele hacerse presente con rasgos dramáticos al momento de llegar éste a su fin, oportunidad en la que estos trabajadores toman conciencia de su verdadera condición y quedan destinados a afrontarla en la soledad más extrema<sup>37</sup>”.

### **5.2 Ambito objetivo de la irrenunciabilidad: determinación de los derechos irrenunciables**

Otro punto complejo refiere a la determinación de los derechos (o “ventajas” según terminología utilizada por Plá Rodríguez) alcanzados por la indisponibilidad, lo que es lo mismo que precisar cuál es el ámbito material en el que se aplica el principio de irrenunciabilidad. A esos efectos interesa saber de qué tipo de derecho se trata y cuál es su fuente, causa u origen.

Veamos el primer aspecto. Como señalan Abramovich y Courtis, “uno tiene un derecho –en sentido legal– cuando el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto una potestad –la de hacer o no hacer algo, y la de reclamar correlativamente de otros sujetos que hagan o no hagan algo. Se trata entonces de una pretensión justificada jurídicamente –en el sentido de que la pretensión está fundada sobre un reconocimiento establecido en la ley-. Algunos autores resumen esto

35 Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García Murcia, *Derecho del trabajo*, 14ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 185.

36 La Recomendación N° 198 de la OIT establece en su numeral II párrafo 9 que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

37 Mario Garmendia Arigón, *Orden público y Derecho del trabajo*, ob. cit., pág. 142.



afirmando que tener un derecho significa que una norma jurídica asigna a un sujeto una expectativa negativa (de omisión) o una expectativa positiva (de acción), y crea sobre otros sujetos los correspondientes deberes u obligaciones<sup>38</sup>.

En materia laboral los derechos del trabajador pueden tener contenido patrimonial, en cuyo caso consisten en **créditos** (por ejemplo la retribución en sus diversas modalidades o las indemnizaciones por extinción del contrato) o **prestaciones** (servicios que da el empleador para mejorar la posición del trabajador como el caso del transporte, vivienda, formación profesional, etc.) o pueden tener contenido extrapatrimonial (no económico), como es el caso de las libertades (entendidas como derechos fundamentales laborales “inespecíficos”) que posee el trabajador por su sola condición de ser humano.

Juan Sagardoy enseña que “se trata de derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos. Son derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano, es decir, derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral<sup>39</sup>”.

**“(...) el problema de la determinación de cuál es el alcance objetivo de la irrenunciabilidad queda circunscrito únicamente a la esfera de los derechos patrimoniales.”**

Las libertades tienen como reverso el deber jurídico de todos los demás sujetos y de las Autoridades, de comportarse de tal manera que no lesionen el ámbito libre de la conducta, ni interfieran dentro de ese ámbito.

Se trata de derechos fundamentales<sup>40</sup> del trabajador en su modalidad de libertades públicas, que la Constitución e instrumentos internacionales (Pactos, Convenios, Tratados, Declaraciones, Cartas Sociales, etc.) reconocen a la persona y acompañan a la misma en todas las facetas de su vida, incluyendo el trabajo en el ámbito de la empresa.

Actualmente se reconoce pacíficamente que, sin perjuicio de la necesaria compatibilización con los intereses y derechos legítimos del empresario, esos derechos son ejercitables en el seno de la empresa<sup>41</sup>. En esa categoría ingresan derechos y libertades como la dignidad e intimidad, el derecho al honor y a la propia imagen, la libertad de expresión, religión, culto, política e ideas sindicales, la protección de datos personales, la igualdad y no discriminación, la protección de la integridad física y moral.

Parece evidente que el trabajador, cualquiera sea su categoría, jerarquía, nivel retributivo o de formación y sin importar en qué etapa de la relación laboral se encuentre (precontractual, desenvolvimiento del vínculo, extinción del mismo, etc.) **no puede abdicar, de forma directa o indirecta, de sus derechos fundamentales entendidos como libertades públicas** (intimidad, dignidad, libertad de pensamiento, etc.), para insertarse en la empresa. Por lo tanto, resulta claro que el problema de la determinación de cuál es el alcance objetivo de la irrenunciabilidad queda circunscrito únicamente a la esfera de los derechos patrimoniales.

La segunda interrogante que surge entonces es si todos los derechos de contenido económico están bajo la tutela de la irrenunciabilidad. Para una importante corriente de opinión que compartimos, debe hacerse una diferenciación según el tipo de fuente que dio origen al derecho o prestación. Tratándose de derechos o “ventajas” concedidos por el ordenamiento heterónomo (Constitución, leyes, decretos, etc.) no sería lícita su renuncia, salvo que la norma expresamente así lo habilite. Su naturaleza de orden público social impediría cualquier actuación peyorativa de la voluntad del trabajador. En todo caso, sólo se admitiría la superación de la ventaja o derecho, por cuanto los mismos siempre deben interpretarse como derechos mínimos y no máximos.

38 Víctor Abramovich y Christian Courtis, El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 1.

39 Juan A. Sagardoy Bengoechea, Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Cuadernos Civitas, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2005, pág. 13. El autor señala que esos derechos fundamentales inespecíficos implican un reencuentro de los trabajadores con su propia individualidad, durante largo tiempo oculta tras la larga sombra, primero del sujeto político triunfante de la revolución burguesa, del ciudadano, y más tarde del sujeto político claudicante de las revoluciones sociales de finales del XIX y principios del XX: la clase obrera.

40 Javier Jiménez Campo señala que los derechos fundamentales son aquellos resistentes, en su contenido esencial, a la acción legislativa, lo que implica que todos los poderes públicos quedan vinculados por esos derechos y libertades, sólo por ley puede regularse el ejercicio de los mismos y debe respetarse su contenido esencial: Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 26 y 28.

41 Sagardoy Bengoechea manifiesta que en caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador y los intereses organizativos del empresario, el Tribunal Constitucional de España “vela para que los derechos de una y otra parte no sufran una restricción injustificada o desproporcionada. El punto de partida de la jurisprudencia constitucional es que los derechos de una de las partes de la relación laboral no pueden menoscabar, de forma indebida, los derechos de la contraparte. Así, por un lado, el empresario no puede ampararse en la libertad de empresa para hacer ilusorios los derechos fundamentales del trabajador. Pero, por otro, la invocación de los derechos fundamentales del trabajador no puede justificar la imposición de modificaciones de la relación laboral, la ruptura del marco normativo de la misma o el incumplimiento de los derechos laborales que incumben al trabajador: el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador no puede implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato, porque los derechos fundamentales no son ilimitados y el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos se establezcan”, Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo, ob. cit., pág. 38, 39, 40.

Igual solución cabría aplicar a los derechos derivados de los instrumentos internacionales, inclusive los que no han sido ratificados por los Estados pero integran el denominado "bloque de constitucionalidad". Como nos recuerda Héctor-Hugo Barbagelata, "las disposiciones y principios que integran el bloque de constitucionalidad no son solamente los que constan o se desprenden de la parte dispositiva de la Constitución y de su Preámbulo, cuando lo tienen, sino que se suman a ellos, los que constan o se desprenden de instrumentos internacionales y aún de las doctrinas generalmente admitidas en un régimen democrático de derecho", agregando que "todas las categorías de instrumentos que tratan de los derechos humanos, -entre los que cuentan los laborales-, son un tipo de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre Estados, sino que han alcanzado la dimensión de jus cogens, lo cual los independiza de la necesidad de que sean ratificados y estén en vigor"<sup>42</sup>.

Una tercera posibilidad es que las ventajas provengan de un convenio colectivo. En los países de derecho continental es un valor jurídico pacíficamente aceptado que "las normas convencionales tienen carácter imperativo o cogente, no forman parte de la categoría de normas dispositivas, que pueden apartarse por los individuos mediante declaraciones de voluntad discrepantes, salvo en los contados casos en que expresamente lo permita el propio convenio. En consecuencia, si un contrato de trabajo o una declaración unilateral pretenden algo distinto a lo establecido por el CCT, no surten eficacia alguna; de manera que tanto los contratos de trabajo, como las directivas del empresario o las renunciaciones del trabajador habrán de guardarse de contravenir lo dispuesto por los convenios, porque no tendrían validez ..."<sup>43</sup>.

De igual modo, Daniel Rivas señala que una fuente del Derecho del trabajo que no produzca normas mínimas inderogables, parecería carecer de sentido, pues resultaría "inoperante" si las partes de la relación de trabajo resolvieran desconocerla (...). No obstante la inexistencia en el ordenamiento laboral uruguayo de una norma legal que le atribuya al convenio colectivo la eficacia imperativa y sustitutiva, existe la convicción, decantada de la práctica de las relaciones laborales, de la constante invocación de la doctrina y recepción por la jurisprudencia, de que los convenios colectivos presentan naturalmente tal eficacia"<sup>44</sup>.

Resta por analizar una posibilidad más: que el derecho (crédito o prestación) tenga como fuente el contrato de trabajo. En este punto la cuestión se torna más

opinable. Una corriente de pensamiento sostiene que es perfectamente válido que el trabajador renuncie a derechos cuya fuente es el contrato, incluyendo a aspectos remuneratorios y condiciones de trabajo, siempre que se respeten los mínimos imperativos de origen legal o convencional. En ese orden, Víctor Ferro sostiene que no puede sostenerse a priori "que en virtud del nivel de desigualdad en que el trabajador se encuentra frente a su empleador, su consentimiento se encuentra afectado. Si bien la motivación interna del trabajador puede provenir de la incertidumbre por la conservación del empleo o por su ulterior desarrollo o promoción al interior de la empresa, ello por sí mismo no descalifica las decisiones que pueda adoptar respecto a su remuneración o categoría"<sup>45</sup>.

De forma coincidente, César González Hunt expresa que no existe razón para sostener que las remuneraciones y beneficios previstos en el contrato de trabajo y superan los mínimos establecidos por normas legales y convencionales, se encuentren afectados por el principio de irrenunciabilidad, "...debido a que, según se ha afirmado, el principio de irrenunciabilidad impide la afectación de derechos nacidos de normas indisponibles y el contrato de trabajo no crea normas jurídicas, sino obligaciones. En este sentido, al tratarse de obligaciones acordadas libremente por las partes, debe admitirse la posibilidad de que ellas mismas modifiquen, en cualquier sentido las obligaciones que hubiesen podido crear. Cabe anotar aquí que, en nuestra opinión, este mismo carácter puede predicarse de las remuneraciones y beneficios establecidos por la "voluntad unilateral del empleador", toda vez que al crearlos el empleador está modificando el contrato de trabajo de manera unilateral en ejercicio de la facultad premial que, en contraposición al poder de dirección, le confiere al ordenamiento"<sup>46</sup>.

En Uruguay, esta posición ha sido sostenida por Eduardo Ameglio y Leonardo Slinger, para quienes las condiciones o beneficios que emanan del contrato individual son renunciables, siempre que superen los niveles mínimos establecidos por el orden público laboral. Señalan que "en esta esfera el ordenamiento jurídico le reconoce a las partes vinculadas por un contrato de trabajo la capacidad para contraer obligaciones que están por encima de lo que dispone la ley laboral y, por ende, le debe reconocer también la capacidad jurídica para derogar o modificar estas mismas obligaciones. En este terreno la validez o no de estos acuerdos dependerá exclusivamente de la autenticidad o no del consentimiento de las partes"<sup>47</sup>.

La posición contraria se funda en el carácter adhesivo del contrato de trabajo, la capacidad contractual disminuida

42 Héctor-Hugo Barbagelata, "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales" en *El Trabajo y la Constitución*. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 367 y ss.

43 Antonio Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, 6ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 713.

44 Daniel Rivas, "La inderogabilidad del convenio colectivo de trabajo" en revista *Derecho laboral*, N° 190, abril-junio 1998, pág. 613-614.

45 Víctor Ferro Delgado, "El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional", ob. cit., pág. 119.

46 César González Hunt, "La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos" en *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano*. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. AAVV, SPDTSS, Lima, 2004, pág. 143.

47 Eduardo J. Ameglio y Leonardo Slinger, "Las variaciones del contrato de trabajo" en *XI Jornadas uruguayas de Derecho del trabajo*, octubre 1999, Salto, Uruguay, Ed. FCU, pág. 10.

del trabajador, su debilidad económica, la desigualdad intrínseca entre las partes, el principio de igualdad y el derecho a la justa remuneración. En tal sentido, se ha señalado que el contrato de trabajo es un contrato de adhesión en el que una de las partes impone las condiciones contractuales, sin que el otro contratante tenga la posibilidad de negociarlas por su debilidad económica, por lo que una renuncia de beneficios o condiciones provenientes del contrato de trabajo sin obtener contraprestación económica alguna, no puede considerarse válida<sup>48</sup>.

También se ha dicho que “parece razonable extender la irrenunciabilidad a los beneficios de origen contractual. Esta irrenunciabilidad se deriva de la necesidad de limitar la autonomía individual durante la relación de trabajo, para garantizar la igualdad sustancial de las partes y proteger al trabajador (art. 8, 53 y 332 Const.)”<sup>49</sup>. En la misma dirección, se ha señalado que el campo de la autonomía de la voluntad del trabajador en el contrato de trabajo se limita a su celebración, la extinción por renuncia y la aceptación de acuerdos que mejoren las condiciones de trabajo establecidas en la ley, de lo que se deriva que el consentimiento del trabajador debe reputarse ineficaz, toda vez que recaiga sobre condiciones menos beneficiosas que las que se habían pactado<sup>50</sup>. En Brasil, Mauricio Godinho parece afiliarse a esta posición ya que en la noción de indisponibilidad incluye no solamente las ventajas y protecciones que le aseguran el orden jurídico, sino también las que derivan del “contrato de empleo”<sup>51</sup>.

En nuestra opinión, cuando salimos del campo de la heteronomía e ingresamos al del contrato de trabajo, debe reconocerse cierto margen para el gobierno de los propios intereses individuales. Dicho margen debe ser necesariamente estrecho porque la relación entre trabajador y empleador no es paritaria. En ese sentido, para la determinación de la validez o no de la renuncia de derechos emergentes del contrato de trabajo debe tenerse en cuenta, en primer lugar, si se trata de una iniciativa propia, auténtica y exclusiva del trabajador o si, por el contrario, su origen se ubica en la esfera e interés del empleador.

En segundo lugar, habrá que examinar el interés que pueda tener el trabajador en abandonar ese derecho. En tercer lugar, la nueva situación que generará para el trabajador la abdicación del beneficio. En ciertos casos podría implicar una desmejora económica pero un mejoramiento de otros aspectos cualitativos de su posición. En cuarto lugar, la justificación o motivo de la renuncia. Tratándose de un hecho anormal, la renuncia

solo puede fundarse en una razón seria y fundada (familiar, profesional, etc.). En quinto término, según se vio en el apartado anterior habrá que tener presente la jerarquía y calificación del trabajador. Por último, habrá que indagar sobre la autenticidad de la voluntad del trabajador, lo que supone analizar si su consentimiento es libre, reflexivo y espontáneo. No debe perderse de vista que en una sociedad marcada por el desempleo y la inestabilidad laboral, para la inmensa mayoría de los trabajadores la libertad de negociación es una mera ilusión. Pero ello no implica, a nuestro juicio, que todo tipo de renuncia de derechos provenientes del contrato de trabajo, sea automáticamente nula.

Sostener lo contrario, supondría restar todo tipo de posibilidad (aunque sea mínima) de acomodamiento de los términos de la relación laboral a las vicisitudes de la empresa, lo que puede traer consecuencias económicas negativas para el propio trabajador. En efecto, si no se admitiese una válvula de escape para los casos de beneficios o ventajas de carácter suprallegal que han tenido su causa en la voluntad de las partes, muchas veces el empleador no tendrá otra opción que poner fin a la relación laboral y contratar un nuevo trabajador, bajo las condiciones económicas que no se pudieron establecer con el trabajador cesado.

### 5.3 La problemática de la novación

Lo que viene de exponerse sirve de antesala para el examen del instituto de la novación y su aplicación en el ámbito del Derecho del trabajo. La renuncia supone un acto unilateral de desprendimiento o abandono de un derecho, en virtud del cual éste se extingue. El ejemplo típico de renuncia es la que se consigna en un recibo por saldo o finiquito, en el que el trabajador declara o manifiesta haber quedado satisfecho con una suma de dinero cobrada y no quedar pendiente de cumplimiento ningún crédito contra el empleador<sup>52</sup>.

Sin embargo, en la práctica la renuncia de un derecho no suele instrumentarse como una mera expresión de voluntad unilateral del trabajador, en la que el empleador simplemente actúa como sujeto pasivo receptor de ese consentimiento, sino a través de verdaderos acuerdos que se celebran entre las partes que modifican los términos de la relación de trabajo, dando paso a una nueva condición. En otros casos la renuncia del derecho subjetivo no es realizada por el trabajador, sino por la organización sindical a través de la autonomía colectiva, lo que conduce a particulares problemas sobre la relación entre autonomía individual y autonomía colectiva y la licitud de la disponibilidad de

48 Ricardo Mantero Alvarez y Gustavo Gauthier, “Autonomía de la voluntad y contrato de trabajo” en XII Jornadas Uruguayas de Derecho del trabajo y de la seguridad social, Noviembre 2000, Maldonado, Uruguay, Ed. FCU, pág. 96-97.

49 Ariel Nicolliello, “La autonomía de la voluntad y las modificaciones del contrato de trabajo” en XII Jornadas Uruguayas de Derecho del trabajo y de la seguridad social, Noviembre 2000, Maldonado, Uruguay, Ed. FCU, pág. 113.

50 Antonio Grzetic Long, “Realidad y fantasía de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo” en XII Jornadas Uruguayas de Derecho del trabajo y de la seguridad social, Noviembre 2000, Maldonado, Uruguay, Ed. FCU, pág. 61.

51 Mauricio Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, ob. cit., pág. 201.

52 Doctrina y jurisprudencia son contestes en que estas expresiones de voluntad no tienen ninguna validez por vulnerar el principio de irrenunciabilidad, por lo que el finiquito únicamente vale en cuanto reconoce el pago de la cantidad de dinero que en ellos se consigne: Américo Plá Rodríguez, Los principios del Derecho del Trabajo, ob. cit. pág. 163.

derechos individuales por el sindicato, extremo sobre el cual no incursionaremos.

**“(...) en la novación aparece el concurso de la voluntad del empleador y además, la condición abandonada es reemplazada por otra nueva, menos favorable al trabajador.”**

En puridad, el problema de la novación se presenta en términos similares a los que se expusieron cuando se analizó la renuncia de ventajas y beneficios provenientes del contrato de trabajo, como acto estrictamente unilateral. La diferencia es que en este caso aparece el concurso de la voluntad del empleador y además, la condición (derecho o ventaja) abandonada es reemplazada por otra nueva, menos favorable al trabajador.

La durabilidad del contrato de trabajo hace que éste se vea sujeto a las presiones del contexto ambiental que cambia. En muchos casos la válvula de escape se encuentra a través del ejercicio del *ius variandi*. De ese modo, el empleador puede adaptar las obligaciones de las partes en cuanto al tiempo (horario), espacio (lugar en el que se trabaja), tareas (asignación de nuevas funciones que no impliquen perjuicio profesional ni salarial) y hasta con ciertos límites la retribución (por ejemplo cambiando la forma de retribución, si no causa daño). En otras ocasiones, la alteración debe recaer sobre aspectos vedados (ajenos) a la potestad unilateral del empleador de variar las condiciones laborales. Se trata de cambios que afectan aspectos principales o centrales de la relación de trabajo, como es el caso del nivel de la retribución, la carga horaria de trabajo, la categoría que desempeña el empleado, entre otros.

Naturalmente, la cuestión no ofrece dificultad cuando se trata de acuerdos que mejoran la situación económica o profesional del trabajador, sino cuando traen como resultado un empeoramiento de las condiciones bajo las cuales cumple su trabajo. Esta última situación se ve con mayor frecuencia y adquiere especial significación jurídica cuando la empresa se encuentra en fase de crisis y por ende, la necesidad de alterar y ajustar las condiciones esenciales de la relación de trabajo no obedece al capricho o antojo del empresario, sino a una necesidad económica de mantener la actividad de la empresa y conservar los puestos de trabajo. Igual exigencia de flexibilidad se suele presentar en las pequeñas y medianas empresas, donde su menor dimensión implica, en algunos casos, una mayor debilidad económica, una menor disponibilidad de

recursos económicos, técnicos y humanos y dificultades de acceso a los recursos financieros<sup>53</sup>.

Nace entonces la interrogante de si la autonomía individual de la voluntad, en su modalidad adaptativa de las condiciones de trabajo, puede funcionar válidamente a través del instituto de la novación.

La novación supone la sustitución de una nueva obligación a la antigua que se extingue. La novación tiene una cara extintiva o liberatoria y otra creadora: se suprime o modifica una condición de trabajo dando lugar a una nueva. Antonio Ojeda Avilés señala que debe diferenciarse entre la simple renuncia y la novación. Mientras en la renuncia existe la voluntad de desprenderse de un derecho, en la novación la intención es la de reemplazar el derecho por uno nuevo<sup>54</sup>.

Américo Plá Rodríguez plantea la interrogante de si mediante el acuerdo del trabajador, es posible proceder a la rebaja del salario. El autor responde que en el Derecho italiano la ley disponía la inderogabilidad in peius de sus disposiciones, asimilando a éstas las normas consuetudinarias y contractuales, lo que llevó a la doctrina italiana a sostener que el trabajador no podía, en absoluto, renunciar a ninguno de los derechos que posee durante el tiempo que dura la relación de trabajo. Pero señala Plá Rodríguez que fuera de Italia, en general se admite la validez de esas modificaciones contractuales, siempre que la rebaja salarial no vulnere el mínimo impuesto oficialmente, ya que el trabajador tiene la opción de rechazarlas reclamando el mantenimiento del contrato o el pago de la indemnización por despido correspondiente<sup>55</sup>.

A nuestro modo de ver, la aceptación de la licitud de la novación en el campo del Derecho del trabajo supone la observancia de varios requisitos. El primero es que la legislación no la prohíba. Esto es precisamente lo que sucede en Uruguay, donde no existe norma legal que restrinja la autonomía de la voluntad individual en ese ámbito. La segunda condición es que exista una sustitución de una obligación por otra. La novación no es tal si esconde una renuncia lisa y llana de un derecho, esto es, si no surge un nuevo derecho, aunque económicamente diferente e inclusive menos beneficioso para el trabajador.

En tercer término, el acuerdo de voluntades no puede vulnerar normas heterónomas o convencionales (convenios colectivos). En cuarto lugar, deben examinarse los motivos y causas que originan la necesidad de ajustar o moldear la relación de trabajo. Sólo puede admitirse un desmejoramiento de las condiciones económicas pactadas si existe un motivo serio y fundado. El quinto requisito es que el trabajador debe recibir alguna ventaja a cambio del abandono de su derecho. Debe

53 Véase más ampliamente: Antonio Alvarez del Cuvillo, *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, Colección Estudios CES, Nº 196, 2007, Madrid, pág. 33 y sigs.

54 Antonio Ojeda Avilés, *La renuncia de derechos del trabajador*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pág. 238.

55 Américo Plá Rodríguez, *El Salario en el Uruguay*, Facultad de Derecho, Montevideo, 1956, pág. 556.

existir una contraprestación del empleador, aunque naturalmente no será equivalente o del mismo valor que la ventaja derogada. En algunos casos la contrapartida será el mantenimiento de la fuente de trabajo. En otros podrá ser una compensación económica por el derecho extinguido. Si no hubiese contraprestación el trabajador no tendría provecho alguno, lo que podría viciar el acuerdo por ausencia de causa para contratar.

Finalmente, en el análisis de la validez y legitimidad de la novación habrá que determinar otros aspectos como la autenticidad de la voluntad del trabajador, quién tuvo la iniciativa (el trabajador o el empleador), la existencia de asesoramiento previo por parte del empleado y las circunstancias que rodearon al mismo. Como señala Antonio Alvarez del Cuvillo, la negociación individual podría considerarse como una forma de adecuación de la relación laboral a las circunstancias concretas del momento, especialmente apropiada para las pequeñas unidades productivas. Sin embargo, "la modificación de los elementos del contrato de trabajo mediante la negociación individual ha de ser considerada con las debidas cautelas, y ello porque la posición de superioridad económica y jurídica del empleador puede implicar que sus intereses predominen en el contrato, o incluso que el acuerdo sea un mero revestimiento formal para una imposición unilateral"<sup>56</sup>.

Refiriéndose a la legislación española, el autor antes mencionado expresa que el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la disposición de derechos reconocidos por disposiciones legales o colectivas de derecho necesario, precisando que esta norma supone una sólida garantía contra los posibles abusos del empleador, ya que implica que los mínimos legales y convencionales no pueden empeorarse mediante el recurso a la autonomía individual, aclarando que la restricción no es absoluta "dado que es posible llegar a acuerdos que perjudiquen al trabajador en lo que refiere a circunstancias y condiciones puramente contractuales"<sup>57</sup>.

El último punto a abordar sobre la temática de la novación refiere a si ésta puede configurarse mediante consentimiento tácito. El silencio del trabajador (continuar trabajando sin consignar reclamo o protesta alguna), ha sido considerado en algunos casos, como indicio de que existió aceptación del cambio en las condiciones de trabajo, aún cuando la modificación sea peyorativa, descartándose por esa vía una violación de principio de irrenunciabilidad. En los casos en que prosperó esa opinión, la modificación se había producido mucho tiempo antes de plantearse una reclamación retroactiva.

En cuanto a la expresión de voluntad, tanto de la propuesta como de la aceptación, la misma puede ser efectuada en forma expresa o tácita. La doctrina más

autorizada entiende que lo que importa en ambos casos es constatar la voluntad que se ha manifestado, ya que una vez pronunciada ésta tiene el mismo valor con prescindencia del medio empleado; esto es, vale de la misma manera (como voluntad expresada), sea que su expresión resulte tácita o expresa<sup>58</sup>. En la voluntad expresa, la intención emerge directa e inmediatamente del medio empleado, en tanto que, en la voluntad tácita se infiere de las circunstancias, por lo que es menester en estos casos recurrir a un procedimiento lógico de deducción, que interpretando la conducta asumida por el sujeto deduzca de ella su intención. Por lo general, el consentimiento expreso se exterioriza mediante palabras, y el tácito se deduce de un comportamiento que no se vale de la palabra para manifestar la voluntad, pero ningún medio de expresión revela, por sí solo, la naturaleza expresa o tácita del consentimiento<sup>59</sup>.

Tratándose la novación de un instituto excepcional en el Derecho del trabajo, la admisión de su conformación por vía de un consentimiento tácito debe quedar reservada para situaciones en las que el comportamiento del trabajador haya demostrado, de forma inequívoca, que su voluntad fue aceptar el cambio propuesto. De lo contrario, se estaría admitiendo por vía indirecta la alteración del contrato de trabajo por la sola voluntad del empleador, saneándose el incumplimiento por el mero paso del tiempo, al margen de la prescripción o caducidad (que en principio deberían ser los únicos institutos aplicables a esta situación).

En nuestra opinión, en la valoración del consentimiento "tácito" debe entrar a jugar el principio de buena fe. Existe acuerdo en que el principio de buena fe se aplica a ambas partes de la relación laboral durante su ejecución, concretándose en un comportamiento honesto, escrupuloso, leal, sincero, fiel a la palabra empeñada, solidario con los intereses de los restantes sujetos con los que se entró en una determinada. La buena fe hace referencia inmediata al vínculo que se instaura entre dos sujetos y sanciona o neutraliza cualquier conducta que bajo la apariencia (formal) de un correcto comportamiento, solo persiga la obtención de una ventaja con daño a la otra parte. La buena fe objetiva tiene como finalidad hacer prevalecer la sustancia sobre la forma.

Una de las proyecciones de la buena fe es la denominada doctrina del acto propio (*venire contra factum proprium*). Esta situación se presenta cuando se pretende ejercitar algún derecho o facultad en contradicción con anteriores conductas de relevancia jurídica y que también choquen con la buena fe. Es decir, cuando se adopta una conducta diametralmente opuesta a su propia conducta anterior, ello colide con el principio de buena fe. Esta teoría exige no separarse del valor de significación que la propia conducta puede atribuirle la otra parte, hace inadmisibles la invocación de vicios de forma o defectos por quien

56 Antonio Alvarez del Cuvillo, *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, ob. cit., pág. 113.

57 Antonio Alvarez del Cuvillo, *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, ob. cit., pág. 117.

58 Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XI, Ed. FCU, 3ª edición, 1990, pág. 189.

59 Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, ob. cit. pág. 194 y 195.

con su conducta previa los ha ocasionado. Constituye una idea simple: nadie puede variar de comportamiento, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.

Como sostiene Adolfo Gelsi, la doctrina del acto propio sustenta la incoherencia o incongruencia de la conducta de un sujeto respecto a anteriores comportamientos, verificándose incompatibilidad por contradicción entre las mismas. El autor postula la aplicación del principio en supuesto en que un sujeto de derecho intenta verse favorecido en un proceso judicial asumiendo una conducta que contradice otra que la precede en el tiempo, por cuanto la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico, debiendo descalificarse la contradicción con la conducta propia y previa. La teoría del actor propio aplica el valor justicia por cuanto realizada determinada conducta que lleva al convencimiento de los demás de que será permanente, no corresponde de manera abrupta introducir un cambio en aquella en perjuicio del sujeto que, sobre tales bases, se ha relacionado con el sujeto activo<sup>60</sup>.

**“(...) los acuerdos, sean tácitos o expresos, son nulos cuando contrarían las prescripciones claras e imperativas de las normas que fijen salarios mínimos.”**

La buena fe, el principio de confianza, el contenido ético del contrato de trabajo, deben ser elementos que se tomen en cuenta para valorar la existencia o no de un consentimiento tácito por parte del trabajador. En tal sentido, Américo Plá Rodríguez plantea si el trabajador que en los hechos ha aceptado una modificación unilateral impuesta por el empleador, como podría ser una rebaja del salario, esa conducta práctica debe mirarse como un consentimiento tácito. El autor responde que “se entiende que teniendo el trabajador la opción para reclamar el despido o celebrar un nuevo contrato, y habiendo optado por esta última alternativa, no es posible luego reclamar como si tal acuerdo no hubiera tenido efecto. Con todo, cabe una limitación y es la de que cuando se trata de rebajas directas, no es posible traspasar el límite mínimo fijado por la ley o por el laudo, ni siquiera con el consentimiento del interesado. O sea, que, cuando mediante la rebaja, el salario desciende por debajo del mínimo impuesto oficialmente, el trabajador conserva siempre –a monees que se opera la prescripción correspondiente– el derecho a reclamar las diferencias de salarios respectivas. En efecto, se sabe que

los acuerdos, sean tácitos o expresos, son nulos cuando contrarían las prescripciones claras e imperativas de las normas que fijen salarios mínimos<sup>61</sup>.

## 6. Reflexiones Finales

En los últimos veinte años han cobrado vigor los cuestionamientos al Derecho del trabajo, especialmente porque constituiría una barrera o freno al libre desenvolvimiento de las fuerzas económicas del mercado. Se señalan diversos cambios en el modo de producir de las empresas, que pondrían en tela de juicio las bases fundamentales del Derecho del trabajo y más concretamente, sus principios.

Así, se dice que en el mundo del trabajo de ayer el tiempo estaba empaquetado en duraciones estándar, mientras que “la fuerza de trabajo de hoy está constituida cada vez más por “agentes libres”, es decir, trabajadores que son profesionales por cuenta propia, contratistas independientes, asesores y otros trabajadores autónomos, muchos de los cuales establecen sus propios horarios”, agregándose que el nuevo sistema de riqueza basado en el conocimiento “libera al individuo de la rigidez y regularidad carcelarias de la era industrial, pero aumenta la imprevisibilidad y exige cambios fundamentales, tanto en el modo de coordinar las relaciones personales y la creación de riqueza como en el de hacer negocios<sup>62</sup>.”

También se afirma que la (re)globalización está provocando que el capital se desplace de un país a otro, con la consecuente pérdida de puestos de trabajo, lo que llevaría a que los países tengan que aflojar sus reglamentaciones sociales para atraer capitales o evitar su fuga. Los defensores de la liberalización económica dicen que si bien se pierden puestos de trabajo, se generan nuevas oportunidades. Puestos de trabajo de productividad elevada y salarios altos sustituyen a puestos de trabajo de productividad baja y salarios reducidos. Como señala Joseph Stiglitz, “el argumento resulta convincente, salvo por un detalle: en muchos países, la tasa de desempleo es elevada y quienes pierden su puesto de trabajo no pasan a ocupar otro alternativo con mayor salario, sino que pasan a engrosar la lista de parados” y si no pierden sus empleos, los trabajadores no calificados ven reducidos sus salarios, los beneficios y la protección laboral, porque de lo contrario la empresa trasladaría los puestos de trabajo al extranjero<sup>63</sup>.

Como enseña Alain Supiot, “el derecho del trabajo ha tenido y tiene como primera razón de ser hacer resurgir al trabajador como sujeto de derecho en la empresa, es decir, “civilizar” el poder empresarial, dotándolo de un marco jurídico de ejercicio<sup>64</sup>.” En ese camino, la irrenunciabilidad sigue cumpliendo un rol importante.

60 Adolfo Gelsi Bidart, La teoría de los actos propios, en Revista Jurídica Estudiantil N° 5, Montevideo, 1988, pág.11 y ss,

61 Américo Plá Rodríguez, El salario en el Uruguay, ob. cit., pág. 556.

62 Alvin y Heidi Toffler, La revolución de la riqueza, ob. cit. pág. 100.

63 Joseph E. Stiglitz, Cómo hacer que funcione la globalización, Ed. Taurus, Buenos Aires, 2006, pág. 100-101.

64 Alain Supiot, Crítica de Derecho del trabajo, ob. cit. Pág. 148.

Pueden haber cambiado las formas de organización y producción de las empresas, atribuyendo mayor protagonismo y responsabilidad al trabajador en la toma de decisiones. El avance de la tecnología y la universalización de los sistemas de formación profesional pueden haber mejorado la posición jerárquica del trabajador y hasta en muchos casos mejorado su nivel de retribución. Pero estas circunstancias no han alterado sustancialmente el mayor poder del empresario frente al trabajador, ni tampoco han liberado totalmente a éste de su estado de subordinación jurídica.

## “(...) el trabajador aún requiere de la tutela del Derecho del trabajo y especialmente de la técnica jurídica de la irrenunciabilidad de los derechos.”

Por eso, el trabajador aún requiere de la tutela del Derecho del trabajo y especialmente de la técnica jurídica de la irrenunciabilidad de los derechos. Ello es más claro aún en los países latinoamericanos, en donde la penuria del empleo y los bajos salarios limitan aún más la autonomía de la voluntad del trabajador.

El criterio expuesto precedentemente no implica desconocer que, en ciertos casos, la irrenunciabilidad debe dejar paso, bajo ciertas condiciones, a la autonomía de la voluntad individual. Tal es la situación del personal de alta dirección de las empresas y de todos aquellos trabajadores que por su calificación, jerarquía y nivel de ingresos necesitan de menos tutela que el resto de los empleados.

Lo mismo sucede con la posibilidad de renunciar a derechos emergentes del contrato de trabajo. Si bien es claro que la indisponibilidad rige irrestrictamente en el ámbito de las normas heterónomas y convencionales, se debe reconocer un espacio de libertad para las partes de la relación laboral, cuando se trata de beneficios que provengan de la voluntad de ellas mismas y exista motivo justificado para extinguir o modificar los mismos. En estos supuestos habrá que analizar la validez de la renuncia o reemplazo del derecho caso a caso, para determinar la autenticidad y espontaneidad

de la voluntad del trabajador, el interés que tenga en la renuncia y las consecuencias que tendrá la misma para su posición laboral.

Como apunta Diego López, “una vigorosa defensa de los derechos laborales no impide reconocer que una condición protagónica de la nueva vida económica y social es la necesidad de adaptación permanente, a la que se añade la necesidad de seguridad: la adaptabilidad, como un necesario margen de adecuaciones y cambios permanentes en el mundo empresarial; la seguridad, como referencia de estabilidad en un entorno laboral en extremo cambiante, como el desafío de garantizar la vigencia de derechos en el móvil mundo contemporáneo del trabajo. El estrecho camino alternativo que se abre para el Derecho laboral transita entre la adaptabilidad sin pérdida de derechos y la seguridad no impeditiva del cambio”<sup>65</sup>.

Lo expresado hasta el momento demuestra que la irrenunciabilidad tiene plena vigencia en el Derecho del trabajo, tanto en su plano sustantivo como en el adjetivo (Derecho procesal del trabajo). En ese orden, de nada serviría la creación de beneficios, ventajas y prestaciones laborales sin una correlativa instauración de instrumentos que los hiciesen valer. Allí es donde cumple su rol tuitivo el principio de irrenunciabilidad, acompañado de otros mecanismos como el procedimiento laboral. Porque como enseña Ermida Uriarte, una legislación heterónoma protectora requiere, para garantizar su eficacia, de una Justicia del trabajo especializada y de un proceso autónomo que refleje los principios del Derecho sustantivo al que sirve<sup>66</sup>. Para dicho autor, actualmente “se percibe en América Latina y en Europa un cierto freno o desaceleración de la ofensiva flexibilizadora/desreguladora, que en el plano jurídico formal podría ir acompañada por –o estar fundada en– una revalorización de la Constitución, de las normas internacionales y de los derechos humanos. Si esto fuera efectivamente así, habría que abordar la construcción de la etapa posneoliberal del Derecho del trabajo”<sup>67</sup>. En esa (re)construcción del Derecho laboral, no existe la menor duda que cabe un lugar especial para sus principios, incluyendo la irrenunciabilidad.

Sirva esta pequeña contribución para el festejo de un nuevo aniversario de la prestigiosa Revista Derecho & Sociedad. ✉

Montevideo, marzo de 2008.

65 Diego López, *Derecho, trabajo y empleo*. LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2004, pág. 203.

66 Oscar Ermida Uriarte, “Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del trabajo en América latina y en Europa” en *Revista de Derecho social latinoamericana*, N° 1-2006, Ed. Bomarzo, Buenos Aires, pág. 11.

67 Oscar Ermida Uriarte, “Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del trabajo en América latina y en Europa” ob. cit., pág. 28.