

# LA FLEXIBILIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

por  
*Martha Abella de Artecona*

## I. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

1. Es sabido que las corrientes doctrinarias son filtradas por la jurisprudencia recojiéndolas o rechazándolas, a través de un proceso que puede durar varios años, por lo cual, es difícil determinar cuando se consolidan efectivamente, se alteran, adaptan o se desconocen.

Las posturas flexibilizadoras en el derecho del trabajo, en sus diferentes versiones, aparecen en la década de los 80, por lo que se consideró oportuno examinar la jurisprudencia de mediados de la década siguiente, a efectos de observar si los criterios flexibilizadores eran receptados, en qué medida y en cuáles aspectos.

## II. METODOLOGÍA

2. Se entendió que, para evitar el análisis caso por caso, detectar posibles tendencias, era preferible intentar una medición cuantitativa, a partir de determinados indicadores.

El primer problema a resolver fue el de la elección de indicadores adecuados que pudieran reflejar la influencia de corrientes flexibilizadoras en los fallos jurisprudenciales.

Para realizar esta selección, se consideró que un indicador eficaz podría ser la aplicación del principio de irrenunciabilidad de las normas laborales, llave maestra del objetivo tutelar que inspira el derecho del trabajo. La aplicación más o menos rigurosa de ese principio, podría ser reveladora de un posible regreso al reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones jurídicas entre capital y trabajo.

La recepción de las críticas a las presuntas rigideces de esa regulación por el derecho laboral formulada por las tendencias flexibilizadoras, podría ser detectada mediante el examen de aquellos casos en que se analizaran los límites a las facultades empresariales, expresadas a través del ejercicio del *jus variandi*, determinándose si los Tribunales admitían una mayor amplitud de esa potestad, a efectos de adecuar la prestación del trabajador a los requerimientos de la empresa, vale decir, si la construcción doctrinaria recibida hasta el presente sobre límites conceptuales funcionales de esa facultad, se mantiene o se debilita.

Para el análisis de tales hipótesis, se tomaron como indicadores los fallos recaídos en demandas por ejercicio abusivo del *jus variandi* o por despido indirecto como consecuencia del mismo.

3. Se consideró que las sentencias de los Tribunales de Apelaciones y Suprema Corte de Justicia serían más reveladoras de tendencias consolidadas que los de Primera Instancia,

tomándose como universo suficientemente representativo los fallos producidos en el trienio 1995-1996-1997. Se analizaron 1124 sentencias, registrándose 69 referidas al principio de irrenunciabilidad y 60 a los límites de las facultades empresariales, comprendiendo las dos variantes ya señaladas:

3. Cabe señalar que un estudio de los fallos publicados en los Anuarios de Jurisprudencia Laboral de los años 1992-1993-1994-1995-1996 y 1997 revela que los reclamos por despido indirecto o ejercicio abusivo del jus variandi disminuyeron de 94 a 45, lo que permitiría adelantar la hipótesis de que los trabajadores aceptan la modificación de sus condiciones laborales en un grado significativamente mayor que en trienio anterior<sup>1</sup>.

4. Sobre las bases indicadas, se trazó el siguiente plan de clasificación de sentencias:

### **Principio de irrenunciabilidad**

1. Fundamentos
  - 1.1. Orden público social
  - 1.2. Vicios del consentimiento
  - 1.3. Aplicación de la condición más beneficiosa
2. Aplicación
  - 2.1. Con relación a normas de carácter general (Constitución, Leyes, Reglamentos)
  - 2.2. Con relación a normas de origen profesional (Convenios Colectivos)
  - 2.3. Con relación a otras fuentes de derecho objetivo (laudos, decretos del Poder Ejecutivo que "homologan" convenios colectivos)
  - 2.4. Con relación a situaciones jurídicas subjetivas
3. Irrenunciabilidad y sujetos colectivos.
4. Irrenunciabilidad y sujetos individuales.

### **Límites al poder de dirección del empleador**

1. Límites conceptuales.
  - 1.1. Límites internos
  - 1.2. Límites externos
2. Eficacia del consentimiento
3. Sanciones por violación de límites
  - 3.1. Cumplimiento de contrato, reinstalación
  - 3.2. Despido indirecto

<sup>1</sup> A efectos de posibilitar la comparación no se tomaron en cuenta los 60 fallos analizados en la investigación, sino exclusivamente los publicados en los Anuarios de Jurisprudencia.

### III. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

#### 1. Fundamentos

##### 1.1. Orden público social

6. Diecisiete sentencias consideran las leyes laborales como normas de orden público, por lo que no pueden dejar de aplicarse por renuncia expresa o tácita del trabajador<sup>2</sup>, por error en la formulación de la demanda, aplicándosele el artículo 350.3 del CGP<sup>3</sup> ni invocándose usos y costumbres<sup>4</sup>.

Por los mismos fundamentos, tampoco puede ser renunciados salarios y categorías establecidas en laudos<sup>5</sup>.

Dos fallos admiten la renuncia por acuerdo individual<sup>6</sup>; uno, por desistimiento tácito al no comparecerse a la audiencia preliminar, fundado en que los derechos laborales no son indisponibles<sup>7</sup>; cuatro mediante convenios colectivos<sup>8</sup>.

Puede afirmarse que predominan claramente las sentencias que reafirman la imperatividad de las normas laborales fundadas en su carácter de orden público.

##### 1.2. Vicios del consentimiento

7. Aunque no se lo explicita, las garantías que rodean los acuerdos voluntarios o transacciones suponen que en ellas no han existido vicios del consentimiento. Las garantías

---

2 TAT 3º Sent. 35 20/VI/97; TAT 1º Sent. 276 13/VI/96; TAT 1º Sent. 330 8/VIII/96; TAT 3º Sent. 73 1/X/97; TAT 2º Sent. 71 18/VI/96; TAT 2º Sent. 39 28/II/96; TAT 2º Sent. 35 4/III/95; TAT 2º Sent. 248 1/X/96; TAT 2º Sent. 69 12/VI/96; TAT 2º Sent. 184 24/VI/97; TAT 2º Sent. 330 6/XII/96; TAT 1º 303 31/VII/96; TAT 2º Sent. 180 18/VI/97; TAT 1º Sent. 145 17/XII/97; SCJ Sent. 113 13/III/96; TAT 2º Sent. 56 7/III/95; SCJ Sent. 258 29/VIII/97.

3 TAT 3º Sent. 21 30/V/97.

4 TAT 2º Sent. 268 11/X/97; TAT 2º Sent. 27 21/II/96; TAT 2º Sent. 445 9/X/96; TAT 1º Sent. 73 1/X/97.

5 TAT 2º Sent. 35 20/VI/97

6 TAT 1º Sent. 138 3/XII/97; TAT 1º Sent. 56 16/II/96.

7 TAT 3º Sent. 22 30/V/97; SCJ Sent. 431 24/XII/97, en la que se afirma: "en materia laboral existen derechos irrenunciables pero no indisponibles, porque si así fuera, el trabajador podría transar; una vez que ha cesado la relación laboral esta parte puede renunciar a derechos tales como el aguinaldo o las horas extras. De modo que la Corte no está de acuerdo con la afirmación de que estos derechos sean indisponibles". En sentencia 322 de 8/X/97, la Corte parece haber matizado tal conclusión: "a nuestro juicio la trascendencia de esta distinción deriva del fundamento que se le reconozca al principio irrenunciabilidad. Si la irrenunciabilidad se basa en la presunta existencia de vicios de consentimiento, esta distinción puede tener importancia. Pero si se basa en la propia índole de la norma, el punto no tiene trascendencia. Incluso en el caso de que se base en la presunción de vicios del consentimiento, cabe la duda de si no corresponde extender esa presunción más allá de la duración del contrato, dado que prosigue la libertad disminuida como consecuencia de las dificultades económicas".

8 TAT 2º Sent. 78 26/VI/96; TAT 2º Sent. 341 13/X/95; TAT 1º Sent. 135 3/XII/97, por entender que las normas sobre alimentación y vivienda para el personal marítimo contenidas en el art. 1162 del C. Comercio, no tienen carácter imperativo y pueden los sujetos colectivos acordar que no tienen carácter salarial. En contra: TAT 3º Sent. 35 20/VI/97 y TAT 1º Sent. 276 13/VI/96, porque el convenio colectivo no puede negar la esencia misma de la ley de accidentes de trabajo, donde el rubro alimentario es contemplado con naturaleza salarial.

pueden resultar de la intervención de personal especializado del MTSS<sup>9</sup> de sujetos colectivos<sup>10</sup> o por considerarse que después del cese de la relación laboral los créditos laborales son disponibles<sup>11</sup>.

Cuatro sentencias rechazan acuerdos o transacciones que signifiquen renuncia a leyes prohibitivas<sup>12</sup>, impliquen renunciaciones genéricas<sup>13</sup> o se acepten montos inferiores a los que legalmente correspondan<sup>14</sup>.

8. El análisis de aspectos formales para establecer si se ha prestado un consentimiento válido, puede estar determinado por la decisión de la excepción de transacción mediante sentencia interlocutoria, lo cual supone la finalización del proceso sin diligenciar la prueba sobre el fondo del asunto.

La excepción es aceptada en doce casos y rechazada en cuatro, lo cual relativiza la significación del número de sentencias en las que se reafirmara el principio de irrenunciabilidad, fundado en el carácter de orden público de las normas laborales, yuxtaponiéndose el presunto vicio del consentimiento como fundamento del mismo.

### *1.3. Aplicación de la condición más beneficiosa*

9. Una sola sentencia hace referencia a este principio rechazando la demanda, por no existir elementos que determinen la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida por la empresa con la que pueda compararse la nueva<sup>15</sup>.

## **2. Aplicación**

### *2.1. Aplicación del principio de irrenunciabilidad con relación a normas de carácter general.*

10. La mayoría de las sentencias declaran indisponibles los derechos emergentes de la ley laboral<sup>16</sup>. Son claramente minoritarios los fallos en los que se admite la posibilidad de renunciar a ellos mediante acuerdo de partes<sup>17</sup>.

9 TAT 2° Sent. 89 12/V/97; TAT 3° Sent. 33 4/VI/97; TAT 3° Sent. 23 4/VI/97.

10 TAT 3° Sent. 63 29/VIII/97; TAT 3° Sent. 72 1/X/97; TAT 2° Sent. 53 4/IV/97.

11 V: sent. 22 de TAT 3° y Sent. 431 y 322 de la SCJ en nota 13.

12 TAT 2° Sent. 50 7/III/95.

13 TAT 2° Sent. 372 9/XII/97; SCJ Sent. 258 29/VIII/97.

14 TAT 1° Sent. 308 31/VII/96.

15 SCJ Sent. 597 21/VIII/95.

16 V: notas 1-7.

17 TAT 1° Sent. 16/II/96 en la que se validó un acuerdo de partes de redistribución de horas, en el ciclo de 44 horas, sin considerar el exceso diario como horario extraordinario. En contra: TAT 2° Sent. 445 9/X/96; TAT 1° Sent. 138 3/XII/97, en que un acuerdo probado por testigos fue considerado apto para reducir a 1 hora el descanso intermedio, por no desconocerse ningún derecho irrenunciable.

Un fallo considera legítimo el descanso intermedio de 50' fraccionado porque cumple con la hora legal y, al ser fraccionado, es más beneficioso para el trabajador<sup>18</sup>.

Con relación a normas laborales contenidas en decretos, 4 fallos consideran que, mediante convenios colectivos, pueden ser modificadas o adaptadas a realidades concretas, no vulnerándose el principio de irrenunciabilidad, por tratarse de derechos litigiosos, o mediar recíprocas concesiones<sup>19</sup>.

### **2.2. Con relación a normas de origen profesional**

11. Seis sentencias consagran la disponibilidad por los sujetos colectivos de los beneficios obtenidos en convenios anteriores<sup>20</sup>; un fallo entiende que quedan sin efecto al vencer el plazo del convenio, salvo que exista otro convenio posterior o que el beneficio pueda derivarse de la legislación positiva<sup>21</sup>.

No se registran fallos que acepten la teoría de la incorporación de las cláusulas de los convenios colectivos a los contratos individuales de trabajo.

### **2.3. Con relación a usos y costumbres.**

12. Los usos y costumbres son considerados fuentes de derecho laboral en 4 fallos, pero no pueden establecer condiciones menos favorables que las contenidas en normas de orden público o disponer modalidades de distribución o compensación horaria, distintas a las legales<sup>22</sup>.

### **2.4. Con relación a convenios homologados por Decretos del Poder Ejecutivo.**

13. Los convenios colectivos homologados por decretos del Poder Ejecutivo, no pueden ser modificados in pejus por convenios colectivos no homologados<sup>23</sup>, ni la pasividad del sindicato ante su desconocimiento implica derogación<sup>24</sup>.

### **2.5. Con relación a laudos de Consejo de Salarios.**

14. Los laudos emanados de Consejos de Salarios no pueden ser desaplicados, invocándose el principio de primacía de la realidad<sup>25</sup>.

---

<sup>18</sup> TAT 3° Sent. 507 3/XII/97.

<sup>19</sup> TAT 3° Sent. 63 29/VIII/97; TAT 3° Sent. 15 2/V/97; TAT 3° Sent. 72 1/X/97; TAT 2° Sent. 53 4/IV/97.

<sup>20</sup> TAT 2° Sent. 267 25/IX/95; TAT 2° Sent. 87 16/VII/96; TAT 2° Sent. 250 6/IX/95; TAT 2° Sent. 14 1/II/96; SCJ Sent. 597 21/VIII/95; TAT 3° Sent. 15 2/V/97.

<sup>21</sup> TAT 1° Sent. 459 6/XI/96.

<sup>22</sup> TAT 2° Sent. 268 11/IX/97; TAT 2° Sent. 27 21/II/96; TAT 2° Sent. 445 9/X/96; TAT 3° Sent. 73 1/X/97.

<sup>23</sup> SCJ Sent. 915 21/X/96, con discordias.

<sup>24</sup> TAT 1° Sent. 119 20/III/96.

<sup>25</sup> SCJ Sent. 763 5/VIII/96.

## 2.6. Con relación a situaciones jurídicas subjetivas.

15. Ocho sentencias admiten la modificación de condiciones laborales preexistentes mediante novación configurada por consentimiento expreso o tácito<sup>26</sup>; cinco rechazan la modificación por entender que los acuerdos, tácitos o expresos son nulos cuando contrarían las prescripciones de los laudos en materia de categorías y salarios, o, porque mediante un contrato no se puede vulnerar el derecho del trabajador a mantener su categoría; o, porque la simple tolerancia de la modificación no implica consentimiento tácito<sup>27</sup>. Una sentencia refiere explícitamente a que mediante la novación no pueden eludirse normas inderogables como son las que refieren a categorías y salarios contenidas en los laudos.

16. No se registró ningún fallo que tomara en consideración el principio de conservación de la norma más beneficiosa.

## IV. LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

### 1. Límites conceptuales

#### 1.1. Límites internos

17. Quince sentencias consideran que se ha transgredido los límites internos del jus variandi por modificarse unilateralmente los elementos esenciales del contrato de trabajo: salario y/o categoría, ya sea directa o indirectamente (por reducción horaria, supresión de vivienda o prestación alimentaria, rebaja de tasa de comisiones)<sup>28 29</sup>.

18. Ocho sentencias consideran que no se configura ejercicio abusivo del jus variandi, cuando se elimina prima por nocturnidad como consecuencia del cambio de horario nocturno a diurno<sup>30</sup>, por no existir perjuicio económico, aunque se modifiquen condiciones contractuales: actividad realizada<sup>31</sup>, zona asignada<sup>32</sup>, tasa o sistema de pago de comisiones<sup>33</sup>.

26 TAT 2° Sent. 21 14/II/96; TAT 2° Sent. 241; TAT 1° Sent. 410 25/IX/96; TAT 2° Sent. 66 17/III/97; TAT 1° Sent. 428 2/X/96; TAT 1° Sent. 155 27/III/96; TAT 1° Sent. 101 13/III/96; SCJ Sent. 97 21/IV/97, si bien no se pronuncia sobre la novación, no casa la sentencia de 2°. Instancia que la admitiera, por el transcurso del tiempo, por otros fundamentos.

27 TAT 2° Sent. 35 28/II/96; TAT 2° Sent. 225 1/VIII/97; SCJ Sent. 258 29/VIII/97; TAT 2° Sent. 69 12/VI/96; TAT 1° Sent. 218 9/I/96.

28 TAT 2° Sent. 192 21/VIII/96; TAT 1° Sent. 437 2/X/97; TAT 2° Sent. 35 28/II/96; TAT 1° Sent. 37 24/III/97; TAT 2° Sent. 311 4/X/95; TAT 3° Sent. 74 10/X/97; TAT 1° Sent. 218 9/II/96; TAT 2° Sent. 182 28/VIII/96; TAT 2° Sent. 225 1/VIII/97; TAT 2° Sent. 13 1/II/96; SCJ Sent. 733 25/IX/95; TAT 1° Sent. 441 2/X/96; TAT 2° Sent. 199 30/VIII/96; TAT 2° Sent. 368 2/XII/97.

29 La sentencia del TAT 1° 120 de 20/III/96 parece admitir que, si se hubiera probado la rebaja de retribución derivada de la disminución de horas extra, se habría hecho lugar al despido indirecto.

30 TAT 1° Sent. 443 2/X/96; TAT 1° Sent. 148 27/III/96; TAT 2° Sent. 266 16/X/96.

31 TAT 1° Sent. 392 5/IX/96.

32 TAT 2° Sent. 241.

### 1.2. Límites externos

19. Once sentencias exigen probar la existencia del perjuicio para considerar abusivo el ejercicio de la facultad del empleador de variar los elementos considerados no esenciales de la prestación: horario, lugar, tareas concretas dentro de la categoría, aún cuando la alteración suponga modificación de cláusulas preexistentes <sup>34</sup>.

### 2. Eficacia del consentimiento.

20. Ocho sentencias validan el consentimiento expreso o tácito prestado por el trabajador a la modificación de elementos esenciales del contrato –categoría y remuneración– y cinco rechazan por diferentes razones esa posibilidad <sup>35</sup>.

### 3. Sanciones por violación de límites.

21. No se registró ninguna sentencia que hiciera lugar a demandas por cumplimiento de contrato o reinstalación, por lo que, tampoco se detectaron fallos que hicieran uso de la facultad de aplicar astreintes.

22. Veintiún fallos hacen lugar a demandas de despido indirecto fundadas en modificación de elementos esenciales o no esenciales del contrato de trabajo, ajustándose a los parámetros tradicionales de la doctrina nacional <sup>36</sup>.

23. Veinte sentencias no hacen lugar al despido indirecto por ejercicio abusivo del *jus variandi*; la mayoría, porque la alteración no implicó perjuicio, o no pudo ser probado, aún si se modificaron condiciones o cláusulas contractuales <sup>37</sup>; una sentencia, porque el cambio –exclusividad impuesta por modificación del Reglamento Interno– no tuvo propósito lesivo, sino proteger los intereses de la empresa <sup>38</sup>; una sentencia, porque el cambio de horario nocturno y pérdida de prima de nocturnidad fue resolución de Asamblea de socios cooperativistas <sup>39</sup>; dos sentencias, por no existir discriminación ilícita, ya que ésta (la posibilidad de discriminar) debe considerarse comprendida dentro del *jus variandi*, salvo que responda a

---

33 TAT 2° Sent. 21 14/II/96.

34 TAT 1° Sent. 224 9/V/96; TAT 2° Sent. 265 11/IX/97; TAT 1° Sent. 485 6/XI/96; TAT 2° Sent. 241; TAT 2° Sent. 263 10/IX/97; TAT 1° Sent. 120 20/III/96; TAT 1° Sent. 444 9/X/96, en la cual se afirma que “la empleadora no tiene que probar la causa objetiva que legitime el uso del “*jus variandi*”, si antes ella (la actora) no ha probado el perjuicio causado”. En contra: TAT 2° Sent. 350 19/XII/96, que expresa: “la modificación de las funciones del trabajador, pero respetando la categoría y remuneración (no implica) una intención particularmente lesiva contra la persona del trabajador, sino que aparece vinculada con la protección de los intereses empresariales a fin de preservar el secreto industrial”; TAT 1° Sent. 212 de 9/V/96, en la que se exige la prueba de que “el demandado alteró las condiciones de trabajo al punto de volver imposible el normal funcionamiento de la relación laboral”; TAT 1° Sent. 218 9/II/96.

35 V. Notas 32 y 33.

36 V. Nota 34.

37 TAT 2° Sent. 350 19/XII/96.

38 TAT 1° Sent. 443 2/X/96.

39 TAT 1° Sent. 16 30/IV/97.

causas objetivas ilícitas o se violen mínimos salariales impuestos por laudos<sup>40</sup>, cinco sentencias, por haber mediado novación, mediante consentimiento expreso o tácito<sup>41</sup>.

## CONCLUSIONES

Esta primera etapa de la investigación no permite arribar a conclusiones definitivas; sí puede afirmarse que, con oscilaciones, existen indicios de cambios en la jurisprudencia que revelarían permeabilidad ante ciertos aspectos de las corrientes flexibilizadoras.

1º) La admisión de transacciones y “acuerdos voluntarios”, examinándose aspectos formales que, supuestamente revelarían que el consentimiento del trabajador ha sido expresado libremente, soslaya el análisis de si ese consentimiento, aún libremente expresado, pudo ser eficaz, por recaer sobre derechos indisponibles.

2º) Las sentencias que formulan distinciones entre irrenunciabilidad e indisponibilidad de derechos, tomando en cuenta, además, la vigencia o no de la relación laboral, por su escaso número, no pueden considerarse representativas de una tendencia, pero significan una variante importante con relación a doctrina y jurisprudencia anterior.

3º) La recepción de la doctrina de la disponibilidad absoluta por los sujetos colectivos de las condiciones pactadas en convenios anteriores, representa la posibilidad de una regresión en materia de beneficios obtenidos, impuesta, la mayoría de las veces, por reales o supuestas vicisitudes de las empresas. La adecuación de la negociación a la coyuntura supone, generalmente, la pérdida de conquistas adquiridas, a cambio de conservar puestos de trabajo. La legitimación jurisprudencial de tales regresiones, privilegiándose la autonomía colectiva, implica el decaecimiento de la teoría de la incorporación de las cláusulas normativas a los contratos individuales de trabajo, pero, además, el del principio de ajenidad, en cuanto se acepta la coparticipación de los trabajadores en el riesgo empresarial.

4º) El reconocimiento de la autonomía de la voluntad para pactar modificaciones de las condiciones laborales, parece ser predominante, si bien es significativo el número de sentencias que son especialmente rigurosas al valorar el consentimiento prestado por el trabajador.

5º) En algunos fallos parecerían predominar criterios civilistas en la interpretación e integración de normas y principios. Sin embargo, se advierte un claro apartamiento de las disposiciones del Código Civil en materia contractual, aceptándose facultades exorbitantes del empleador. La exigencia de la prueba del perjuicio, en caso de variarse unilateralmente condiciones contractuales o la imposición de exclusividad, mediante la modificación del Reglamento Interno, invocándose la necesidad de proteger los intereses de la empresa, estarían indicando, aunque en forma incipiente, una tendencia jurisprudencial a abandonar los parámetros elaborados por el derecho del trabajo en materia de límites del ejercicio del *ius variandi*, sin aplicar, tampoco, las normas del Código Civil, referentes a la responsabilidad contractual.

---

40 TAT 1º Sent. 148 27/III/96. En contra: TAT 2º Sent. 375 XII/97, que hizo lugar a diferencia de salarios por política salarial discriminatoria.

41 V. Nota 34.



6°) La disminución notoria de demandas por despido indirecto, así como la inexistencia de fallos relativos a reinstalación o cumplimiento del contrato, estarían revelando una mayor aceptación de los trabajadores de alteraciones, substanciales o no, del contrato de trabajo.

