

PARTE SEGUNDA

EL DERECHO DEL TRABAJO

CAPÍTULO VI

**FUENTES GENERALES
DEL DERECHO DEL TRABAJO**

§ 19.	Las fuentes formales y materiales del derecho del trabajo. Concepto, enumeración y jerarquía	81
§ 20.	Los usos y costumbres del trabajo	84
§ 21.	La jurisprudencia	85
§ 22.	La analogía, la equidad y los principios generales del derecho	86
§ 23.	Método de interpretación del derecho del trabajo	87

CAPÍTULO VI

FUENTES GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

§ 19. **LAS FUENTES FORMALES Y MATERIALES DEL DERECHO DEL TRABAJO. CONCEPTO, ENUMERACIÓN Y JERARQUÍA.** — Por fuentes del derecho se comprende el fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del derecho positivo o vigente en una determinada época¹.

Las fuentes del derecho laboral pueden ser de origen formal o material.

La fuente formal del derecho es el acto por el cual se crea una norma de determinada estructura. El hecho creado expresa la causa de su origen. Pero estas causas son unas de naturaleza material y otras de índole formal. En este sentido se habla de fuentes formales y de fuentes materiales. Las fuentes materiales son de naturaleza metajurídica y radican en la esfera sociológica: son las causas en virtud de las cuales las fuentes jurídicas entran a existir.

Las fuentes formales, por el contrario, radican en el ámbito propiamente normativo y son las formas de manifestarse la voluntad creadora del derecho, en tanto que, mediante dichas formas existe el fundamento de la validez jurídica de la norma. En cambio, con respecto a las fuentes materiales, el acto de creación jurídica no es un acto regulado por una norma superior, sino que es la manifestación de la estructura de la autoridad creadora de la norma. Autoridad, pues, en el sentido de fuente

¹ Cabanellas, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, Bs. As., 1968, t. I, p. 179.

material del derecho, es un grupo o unidad social. Por tanto, como fuente material del derecho del trabajo podríamos citar la acción de ciertos grupos sociales, como, por ejemplo, los sindicatos, cuya realidad no puede ser desconocida por las formas de un derecho individualista².

El concepto de fuentes formales del derecho nace en relación con un ordenamiento legislativo determinado.

Son fuentes formales las dotadas de fuerza de obligar por mandato de dicho ordenamiento legislativo. Reciben el calificativo de formales porque se caracterizan por la forma que revisten, no por la índole de los mandatos que contienen.

Las fuentes materiales no tienen fuerza para obligar por disposición autoritaria; pero aportan elementos o factores para el conocimiento del derecho o para su más certera aplicación. Reciben la calificación de materiales porque valen, no por la forma que revisten, sino por su contenido, o sea por los materiales que aportan³.

Son fuentes formales del derecho del trabajo, la ley, la costumbre del lugar y los principios generales del derecho laboral. Entre las fuentes materiales más comunes se encuentran las convenciones colectivas de trabajo; la doctrina de los jurisconsultos; los precedentes de la ley; la jurisprudencia, etc., y éstas se considerarán fuentes materiales porque, aunque no estuviese ordenada su vigencia, brindan elementos para la mejor comprensión de las fuentes formales.

En cuanto a la jerarquía de las fuentes del derecho laboral, dentro de la categoría de la ley en sentido formal, ocupa el primer lugar la ley supremá, o sea la Constitución del país.

Cabe destacar que, actualmente, con el desarrollo del denominado constitucionalismo social, esta fuente ha adquirido una gran importancia en el progreso y las garantías de la vigencia del derecho del trabajo.

En las constituciones modernas, a partir de la mexicana de Querétaro de 1917, se han incorporado, en la par-

² Legaz y Lacambra, Luis, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, 1943, p. 345.

³ De Buen, Demófilo, *Introducción al estudio del derecho civil*, Madrid, s/f, p. 278.

te dogmática de las constituciones actuales, disposiciones que tienden a garantizar un régimen jurídico laboral acorde con el respeto a la dignidad humana del trabajador.

Durante ese proceso de desarrollo del constitucionalismo social se observa que el derecho constitucional regula de distinto modo, desde el punto de vista de la técnica jurídica, el alcance y los efectos de las normas atinentes al derecho del trabajo. Algunas constituciones adoptan normas de derecho del trabajo propiamente dichas, con efectos operativos; en cambio, otras se limitan a incluir normas de carácter programático, cuya regulación legal se considera un deber del Estado para su aplicación práctica. Otras se reducen a regular la competencia de los órganos legislativos encargados de dictar la legislación del trabajo. Este es un problema que tiene su importancia en países de régimen federal como la República Argentina.

La Constitución Argentina, en su art. 14 bis, en sus tres apartados, contempla la protección del trabajo en sus distintas formas: reconoce a los trabajadores el derecho gremial con facultades para concertar convenios colectivos de trabajo e incluso el derecho de huelga; asegura al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor; y el derecho a la seguridad social en sus diversas manifestaciones.

Al considerar la enumeración y jerarquía de las fuentes formales del derecho del trabajo a fin de evitar los conflictos que puedan suscitarse en su aplicación, en perjuicio del trabajador, conviene establecer una prelación en su seriación jerárquica. Porque, si bien se puede estimar el contrato individual de trabajo como fuente primaria del derecho laboral por ser la voluntad de las partes la expresión creadora de la norma jurídica destinada a regir sus derechos, no se puede desconocer que el ejercicio de la libertad contractual pueda derogar las leyes reglamentarias del trabajo, máxime al estar informadas en principios de orden público.

En el orden de prelación de las leyes, sobre la base de su jerarquía institucional, se puede considerar la Constitución del Estado, los tratados, las leyes del Con-

greso, los decretos reglamentarios y las leyes provinciales.

En cuanto a las convenciones de la OIT, una vez ratificadas por el Congreso pueden considerarse entre las fuentes supletorias del derecho del trabajo. Así, por ejemplo, la Convención de Washington de 1919 sobre jornada legal de trabajo, como antecedente inmediato de la ley 11.544.

Las convenciones colectivas del trabajo, celebradas con arreglo a lo dispuesto en la ley 14.250, también pueden considerarse fuente de derecho del trabajo. Porque en la convención colectiva los sujetos pactantes (sindicatos y empresarios) se convierten, en sentido propio, en fuente del derecho laboral, de rango análogo, aunque de tipo diferente, al de la ley y la costumbre, porque al reconocer la obligatoriedad de sus cláusulas para los contratos individuales de trabajo, adquieren la normatividad de una ley, aunque la convención carezca de la sanción formal por el órgano legislativo del Estado.

Como fuente de derecho laboral es indudable, puesto que la convención colectiva, una vez homologada, será obligatoria para todos los trabajadores, afiliados o no, al sindicato pactante, que se desempeñan en las actividades comprendidas en ella, dentro de la zona de su aplicación (art. 8º, ley 14.250 y art. 3º, decr. regl. 6582/54)⁴.

Ante la presencia y el desarrollo de esta institución jurídica, podemos decir, con Lyon-Caen, que el derecho convencional ha venido a extender y completar el derecho legal del trabajo dando solución a problemas de toda índole suscitados en las relaciones entre el capital y el trabajo.

§ 20. **LOS USOS Y COSTUMBRES DEL TRABAJO.** — Para Camerlynck y Lyon-Caen conviene relacionar los usos como fuente de derecho con los convenios colectivos en función de su origen⁵, por revestir una gran importancia, sobre todo en las materias no tratadas por la ley. Los usos laborales son, generalmente, locales o regionales.

⁴ Full Stop, *Las convenciones colectivas de trabajo y la regla "iura novit curia"*, *Sensus*, XX-257 y siguientes.

⁵ Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del Trabajo*, p. 49.

Por eso los convenios colectivos, al incluirlos en su ámbito de aplicación, podemos decir, no hacen sino homologarlos.

El uso comporta un elemento objetivo; un hábito seguido y practicado durante largo tiempo en la profesión y la región y, por otra parte, un elemento subjetivo (*opinio necessitatis*: la creencia de que ese hábito es imperativo). El uso, por su modo de obrar colectivo, constituye un elemento de la costumbre en su fase embrionaria. Aunque no debe confundirse el uso con la costumbre. Porque si bien el uso es una repetición continuada de actos de la misma clase, esto no es suficiente para que constituya una costumbre, como fuente de derecho. La repetición constante es el elemento material, extrínseco, aparente: pero éste por sí solo no basta: hay actos que se repiten continuamente y sin embargo no llegan a constituir costumbre, en sentido jurídico. Para que surja la costumbre jurídica, es necesario que la repetición constante sea avalada por la persuasión de que la reiteración misma es absolutamente obligatoria, esto es, que los demás pueden exigirla y no depende, por tanto, del mero arbitrio subjetivo. Este elemento psicológico es lo que los romanos llamaron *opinio iuris necessitatis*⁶.

La costumbre puede ser general o local, y predomina en unas profesiones más que en otras.

En el derecho argentino rara vez la costumbre podrá considerarse fuente jurídica, al estar excluida por el derecho común, salvo en los casos en que la ley se remita expresamente a ella, como lo hace el art. 1627 del Cód. Civil.

§ 21. **LA JURISPRUDENCIA.** — La jurisprudencia se origina en las decisiones de los jueces sobre los casos sometidos a su juzgamiento.

A consecuencia de la interpretación y aplicación de la ley se la llegó a considerar ciencia del derecho en el clasicismo romano y la ciencia de lo justo y de lo injusto en la definición justiniana.

La jurisprudencia, como norma jurídica, se puede

⁶ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Madrid, 1935, t. I, p. 539.

considerar una subclase de derecho consuetudinario. De tal manera la opinión más generalizada, según De Buen, es que las sentencias repetidas de los tribunales son una de las formas del elemento material constitutivo de la costumbre.

La repetición duradera de las resoluciones judiciales crea usos *fori*, que tienen la fuerza del derecho consuetudinario⁷.

Donde existe un sistema procesal en vigencia que permita la casación o el recurso de los acuerdos plenarios se podrá considerar la jurisprudencia producida por los tribunales en la instancia superior, en cierto modo, como fuente del derecho, dado que por razones de economía procesal los tribunales inferiores deben someterse, siempre que haya identidad de supuestos jurídicos y de hecho, a lo resuelto en casación o en los fallos plenarios. Pues, de lo contrario, la resolución del inferior corre el riesgo de ser revocada.

§ 22. **LA ANALOGÍA, LA EQUIDAD Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.** – La analogía es un método de investigación del derecho aplicable a un caso.

Consiste tal método en elevarse al principio inspirador de una norma concreta y deducir de él nuevas consecuencias, distintas de las expresadas en la norma.

No debe confundirse la analogía con la interpretación, que tiene por objeto determinar el sentido de una norma ya formulada. En cambio, la analogía tiene por finalidad descubrir una norma no formulada.

Así, el Código Civil argentino, en su art. 16, dispone que “si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas”, basado en el principio clásico de que “donde existe la misma razón legal, debe existir también igual disposición de la ley”.

La equidad es para Aristóteles una manera de justicia que se adapta a la singularidad de cada caso. Equidad es proporción entre la norma y las exigencias de justicia encerradas en cada caso.

⁷ De Buen, *Introducción al estudio del derecho civil*, p. 329.

A la equidad como principio en que debe inspirarse la aplicación del derecho, Escriche le atribuye dos acepciones en jurisprudencia, ya que, ora significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel criterio de rectitud del juez que, a falta de ley escrita o consuetudinaria, consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea la ley natural.

Se puede entender por principios generales del derecho, los principios inspiradores de un derecho positivo, en virtud de los cuales el juez podrá dar la solución que el mismo legislador daría, si estuviese presente, o hubiese resuelto de prever el caso.

Pacchioni opina que los principios generales del derecho no son ni los principios de equidad, ni los del derecho natural, ni las disposiciones especiales de las leyes, ni los principios generales de la legislación. El legislador, según dicho autor, remite al juez, cuando las leyes no le ofrecen una solución segura para el edificio de la ciencia jurídica, al gran observatorio desde el cual los legisladores modernos han construido sus códigos y desde el cual atalayan constantemente sus leyes. Los principios generales del derecho no tienen un carácter estrictamente nacional; la ciencia tiene un valor universal⁸.

En la aplicación de los principios generales del derecho del trabajo, como fuente formal, el magistrado debe tener presente la evolución operada en las instituciones del derecho laboral, bajo la influencia de factores socioeconómicos, a fin de no aplicarlos con una técnica puramente civilista al tratar las relaciones laborales.

§ 23. **MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.** – La interpretación de las leyes obreras debe estar en consonancia con la naturaleza jurídica de las instituciones que componen el derecho del trabajo. Por lo tanto, el juez, al aplicar la ley, debe tener en cuenta, en los casos dudosos, el espíritu social que las informa, a di-

⁸ Pacchioni, Giovanni, *I principi generali del diritto*, en "Archivio giuridico", t. XVI.

ferencia de las del derecho común, saturadas de espíritu individualista.

A causa del interés social, que se debate en todo conflicto laboral, en nuestra modesta opinión no serían los más aconsejables el método exegético ni el gramatical para la aplicación del derecho del trabajo, siempre que se entienda a éste como una expresión de la justicia.

Pues, si las leyes laborales están destinadas a cumplir un fin social en armonía con las exigencias del bien común, debe prevalecer un criterio valorativo y político-social en la interpretación y aplicación de ellas.

La ampliación, en el concepto hermenéutico, no constituye solamente una reacción contra el absolutismo de los derechos individuales, en cuyo sistema la ley debía aplicarse mecánicamente para evitar el arbitrio judicial, sino que, además, obedece a la finalidad de los institutos del derecho procesal laboral que se proponen realizar la justicia y asegurar la paz social. Por tanto, la interpretación de las leyes del trabajo debe ser amplia y orientada por el método teleológico, que tiene un valor esencialmente positivo, desde el punto de vista teórico, como lo señala el profesor Renato Treves⁹.

Ahora bien, la interpretación teleológica de las leyes del trabajo debe orientarse por este objetivo inmediato, ya que tal método de interpretación atiende a las finalidades de la ley, a la *ratio legis* de ellas. Pues la búsqueda armonía se encontrará en la comprensión y colaboración recíprocas, entre los factores de la producción por medio de una solución justa de sus problemas económicos y sociales¹⁰.

La actividad judicial, como lo anota Silveira, comprende muchas operaciones complejas y complementarias unas de otras: selección de la norma aplicable, examen de las cuestiones sobre vigencia y retroactividad, creación de la norma en los casos de lagunas en la ley,

⁹ Treves, Renato, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", anno XIII, 1933, fasc. IV y V.

¹⁰ Pérez, Benito, *Características del derecho procesal laboral*, Sensus, XII-593 y ss.; y *La interpretación del derecho previsional*, DT, XXXIII-245 y siguientes.

interpretación propiamente dicha y adaptación de la norma al hecho o configuración del tipo jurídico¹¹.

Por todo lo cual, debemos tener en cuenta que el derecho del trabajo tiene como finalidad el equilibrio de intereses entre trabajadores y empleadores y, la función de la ley es realizar la justicia y asegurar la paz social.

¹¹ Silveira, Alipio, *La interpretación del derecho del trabajo*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, t. IX, abr.-may.-jun. 1947.