

Cuadernos de Investigaciones

22

Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos

Adrián O. Goldin



**Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales
"Ambrosio L. Gioja"**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A.

1991

ÍNDICE

1. Coexistencia vinculada de las fuentes del derecho del trabajo	2
2. La autonomía colectiva	4
<i>2.1 La autonomía colectiva y la ley</i>	4
2.1.1. El marco constitucional y legal	
2.1.2. Permeabilidad de la ley frente al fenómeno colectivo, clasificación	
2.1.2.1 Negociación colectiva sobre instituciones y aspectos no contemplados por la ley	
2.1.2.2 Derecho necesario relativo institucional	
2.1.2.2.1. El tipo legal	
2.1.2.2.2. La unidad de comparación; la institución	
2.1.2.3. Derecho necesario relativo estricto	
2.1.2.4. Derecho necesario absoluto	
2.1.2.5. Derecho de disponibilidad colectiva	
2.1.3. La comparación entre el convenio colectivo y la ley	
<i>2.2. La autonomía colectiva y los convenios colectivos anteriores</i>	14
2.2.1. Disponibilidad colectiva de los convenios anteriores	
2.2.2. La condición más beneficiosa del convenio colectivo anterior	
3. La autonomía individual	19
<i>3.1. La autonomía individual, la ley y el convenio colectivo.</i>	19
3.1.1. Sus relaciones	
3.1.2. Ineptitud de las partes del contrato individual para pactar condiciones menos favorables en un contexto compensado	
3.1.3. Sobre el concepto de cláusula	
<i>3.2. Autonomía individual y modificaciones del contrato</i>	22

1. Coexistencia vinculada de las fuentes del derecho del trabajo.

El tratamiento conjunto de la autonomía colectiva, la autonomía individual y el principio de irrenunciabilidad, aconseja una indagación dinámica de sus vinculaciones: la autonomía colectiva en relación con la ley y con otros productos anteriores de su propia gestión; la autonomía individual en relación con la ley, con el convenio colectivo, e, incluso, consigo misma.

Concebido de esa manera, el tema nos pone en el marco de la problemática mucho más vasta de las relaciones entre las diversas fuentes del Derecho del Trabajo, a la que alguna vez, con animo abarcativo, denominamos de la *coexistencia vinculada de normas*¹. Ella no se refiere tan solo a auténticas cuestiones que plantea la presencia simultánea de fuentes múltiples y diversas sino también a las que se suscitan en torno de las normas que se suceden, derogan y reemplazan las unas a las otras, lo cual es así porque cuando, en el ordenamiento laboral la norma que ha de prevalecer, reduce, limita, modifica "in peius" o suprime condiciones de trabajo más favorables a los trabajadores contenidas en las disposiciones desplazadas, es inevitable trasladar la atención hacia la situación en que queda el trabajador que ya gozaba efectivamente de las mejores condiciones de trabajo que establecía el régimen anterior. Preocupación que lleva, en última instancia, a interrogarse acerca de si ese evento de sucesión de normas se traduce o no, finalmente, en un nuevo supuesto de simultánea *coexistencia vinculada de normas* y alcanza, en algunos casos, a sustentar impugnaciones relativas a la validez misma de la norma peyorativa ulterior.

De acuerdo a ello, parece conveniente distinguir el carácter propio de la coexistencia vinculada de normas -su presencia y permanencia simultánea en el mundo jurídico - o *impropio*, que se exterioriza cuando las normas se suceden, derogan o de otro modo eliminan las unas a las otras. Decimos *impropio*, pues en tal caso parece no haber auténtica coexistencia; sin embargo cuestiones que plantea la sucesión normativa "in peius" reconduce, por el sendero de la discusión acerca de la preservación de las condiciones más favorables antes gozadas o aún por la de la debatible validez misma del ordenamiento ulterior, a la problemática más compleja de la vinculación entre las normas y su coexistencia cuanto menos ideal al tiempo de su valoración conjunta.

No se nos escapa, por cierto, que discurrimos acerca de uno de los temas más complejos del Derecho del Trabajo. Complejidad que se explica no solo por los factores señalados con acierto por Alonso Olea² -la coexistencia de normas generales con normas sectoriales, la de normas

¹ En nuestro "Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el Derecho del Trabajo" (Lineamientos para una investigación), publ. en D. T. XLVI-B p. 931. Elegimos esa expresión porque nos pareció que tenía amplitud suficiente como para abarcar sin exclusiones tan vasta problemática.

² Cfr. Alonso Olea, Manuel "Derecho del Trabajo" 9na Ed. Revisada, Univ. de Madrid, Fac. de Derecho. Madrid 1985 p. 608. Señalando de modo coincidente esa complejidad, Camps Ruiz, Luis Miguel "Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo" Ministerio de Trabajo. Colección Tesis Doctorales. Madrid 1976 pp.38 y 39; Bayon Chacón-Pérez Botija "Manual de Derecho del Trabajo" Marcial Pons Ed., Madrid 1969-70 Vol. I p. 257. Martín Valverde, Antonio" en "Concurrencia y articulación de normas laborales", publ. en Revista de Política Social. Madrid nº 119, p. 6 se refiere en particular a la complejidad interna de la regulación profesional, que atribuye a "...la dimensión geográfica del mercado de trabajo, la mayor o menor heterogeneidad territorial e industrial del país de referencia, la estructuración de los sindicatos y representaciones

emanadas del Estado con las que produce la autonomía colectiva³ y la atribución a órganos administrativos de ciertas potestades normativas y arbitrales- sino también por la peculiar naturaleza, estructura y efectos de la norma laboral, su relativa inderogabilidad, su tenor mixto -imperativa respecto de alteraciones "in peius"; dispositiva para su mejoración-⁴ y el carácter absoluto de las nulidades derivadas de su inobservancia, que las aparta de la confirmabilidad (art. 1058 Cód. Civil) y del carácter relativo de las nulidades que corresponden en el derecho común a las normas imperativas concebidas para la preservación de intereses particulares (art. 1048 Cód. Civil).

La singular complejidad del tema ilumina el acierto de Camps Ruiz⁵ y de Sala Franco⁶ al elegir el camino del análisis, en virtud del cual los alcances que quepa atribuir a ciertas reglas de aplicación de la norma laboral -norma mínima, norma más favorable, condición más beneficiosa- constituyen producto y no presupuesto de la indagación. Acierto que descansa sobre las dificultades que plantean la formulación de estas reglas, la individualización de los criterios que sirven para distinguir unas de las otras⁷, la delimitación de su significación misma y la consecuente percepción de estas reglas más como problema que como solución⁸.

Elaboramos pues este breve ensayo en el marco más vasto de nuestro intento de reproducir ese esfuerzo analítico en referencia singular al Derecho Argentino, tras el objetivo ulterior de reconocer y sintetizar las reglas, técnicas y criterios jurídicos de solución de las diversas situaciones de coexistencia vinculada de normas del Derecho del Trabajo, así como los conceptos y categorías que se utilizan para operarlas; clasificarlos, exponerlos sistemáticamente, establecer sus vinculaciones, sus datos comunes y sus deslindes⁹. Desde luego, el campo más estrecho del tema elegido en esta oportunidad y su más restringida y específica intencionalidad, imponen dejar por el momento a un lado ciertos rigores metodológicos vinculados con la secuencia analítico-sintética y aceptar, aún cuando no sea más que por el momento, algún "producto elaborado" que contribuirá a dotar de contornos más definidos al discurso descriptivo y a auténticas ideas contenidas en él.

profesionales, los hábitos de negociación ya establecidos"; de modo que a la complejidad que de suyo plantea la pluralidad de las fuentes se le agrega la que a su vez trae dentro de sí la regulación autónoma de cada sector profesional.

³ Conf. Martín Valverde, Antonio, op. cit. en nota anterior pág. 5.

⁴ Conf. Sala Franco, Tomas "El principio de la condición más beneficiosa", Rev. de Política Social-Madrid n° 114 p. 37, p. 45

⁵ En op. cit. en nota 2.

⁶ En op. cit. en nota 4.

⁷ Conf. Pla Rodríguez., Américo "Los principios del Derecho del Trabajo", Montevideo 1975, pág. 65.

⁸ Conf. Camps Ruiz, Luis Miguel, op. cit. en nota 2 p. 48/49. Sala Franco (op. cit. en nota 4 Pág. 37) califica a estos temas como de los "... más necesitados de clarificación jurídica..." citando en su apoyo a Alonso García.

⁹ Es la tarea que estamos desarrollando en el ámbito del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), a la cual el trabajo citado en Nota 1 constituye una primera aproximación.

2. La autonomía colectiva.

2.1. La autonomía colectiva y la ley

En el tratamiento de las relaciones entre la autonomía y la ley cabe distinguir dos distintos niveles de concreción. De un lado, se trata de reconocer cuál es, en términos de política Constitucional y legislativa, la opción que ha hecho suya el ordenamiento jurídico de cara al fenómeno de las energías sociales de autorregulación -neutralidad, garantización, promoción- así como, sea cual fuera ese marco, el modo en que ha distribuido -o yuxtapuesto- competencias entre la ley y los diversos productos de la autonomía colectiva; en uno y otro caso, descubrir las tendencias. De otro lado, en un nivel de concreción mayor, se trata en cambio de establecer desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica cuál es el espectro de relaciones entre los convenios colectivos y las leyes, lo cual demanda un esfuerzo *taxonómico* (clasificar las leyes en función de su permeabilidad al fenómeno colectivo), *analítico* (establecer en cada tipo los alcances de esa interacción) y finalmente *sintético* (reconocer las líneas maestras de esas relaciones en su faz operativa).

El acento lo pondremos hoy sobre estas últimas cuestiones. Es que entre nosotros, los interregnos autoritarios y la repetida hibernación de la negociación colectiva -de la que solo ahora y con sugestiva e inocultable timidez se comienza a emerger- la conservación hoy regresiva de ordenamientos otrora estimulantes¹⁰ el sostenimiento de un modelo sindical portador de una poco equilibrada dosificación de los valores propios de su área¹¹, preservan cierta estática en un ámbito que es dinámico y fluyente por definición y aún por la razón misma de su existencia.

Habrá que esperar entonces algún tiempo para reconocer nuevas tendencias, aún hipotéticamente (pero poco probablemente) la de que nada cambie. Sin embargo, aún en ese contexto es conveniente formular algunas consideraciones básicas que son de todos modos el marco sistemático en el que se inserta el desarrollo posterior.

2.1.1. El marco constitucional legal

De ese modo, habrá que señalar que la autonomía colectiva tiene al igual que la ley su fundamento último en la normativa Constitucional lo cual, si de un lado conlleva consecuencias trascendentes relativas a la preservación de su ejercicio¹², de otro no oculta en modo alguno la

¹⁰ Creemos que la ley 14.250 lo fue, y mucho, en sus primeras décadas de vigencia. Mantener hoy rígidamente dentro del mismo esquema -las leyes 23.545 y 23.546 no le han modificado de modo significativo- nos parece, en cambio, anacrónico y regresivo.

¹¹ La *unidad sindical* es uno de los valores que junto a otros, como los de la libertad sindical, autonomía sindical, democracia interna, inserción y relación democrática con el contexto institucional, participación, pureza sindical, etc., nutren el fenómeno sindical en un contexto de pleno ejercicio de las libertades democráticas. A nuestro modo de ver, la Ley de Asociaciones Sindicales recientemente promulgada ha vuelto a colocar al principio de unidad sindical, impuesto desde ella misma, en un lugar tan prevalente y central, que los restantes valores aparecen disminuidos, subalternizados y, en algunos aspectos, aún cercenados. El valor de la unidad sindical se torna de ese modo, por exceso, en disvalor.

¹² En ese sentido, CSJN 2/4/1985, "in re" "Nordensthol, Gustavo J. c/Subterráneos de Buenos Aires" reg. en D.T. 1985-B-1961; en particular, expresiones del voto de la minoría. También CSJN 2/5/1985 "Soria, Silverio Florencio c/Dirección nacional de Vialidad" (S. 606), publ. parcialmente en E.D. 114-709.

consabida ordenación jerárquica entre la ley y el convenio colectivo (arts. 28 y 31 de la Constitución nacional). Cabe también puntualizar que no se advierten entre la ley y el convenio colectivo -sino poco frecuentemente¹³- zonas de reserva o exclusión de una u otro, por lo que puede afirmarse que el régimen argentino responde al modelo de *superposición*, caracterizado "... por el hecho de que los ámbitos de intervención de la ley y de la negociación colectiva coinciden, es decir recaen sobre una misma materia laboral"¹⁴. Superposición inorgánica, por cierto, que determina que a veces se presente una de estas fuentes en ausencia de la otra y que otras veces el convenio colectivo entable con la ley relaciones de complementariedad o complementariedad¹⁵.

En ese contexto, claro está, no parece irrelevante que el Congreso de la nación detente la atribución de dictar el Código de Trabajo y de la Seguridad Social (art. 67 inciso 11 de la Constitución nacional). A la vista del carácter integral y sistemático de los Códigos, esa circunstancia no alienta, cuanto menos desde la perspectiva Constitucional, una concepción que asigne a la ley un papel meramente marginal en relación con la negociación colectiva.

Procuremos pues en ese marco establecer una suerte de tipología legal cuya variable sea su diversa permeabilidad al ejercicio de la autonomía colectiva.

2.1.2. Permeabilidad de la ley frente al fenómeno colectivo, clasificación

2.1.2.1. Negociación colectiva sobre instituciones y aspectos no contemplados por la ley.

El art. 7 de la ley 14.250 (t.o. 1988) define el esquema básico de relaciones entre el convenio colectivo y la ley. En su primer periodo prescribe que "las disposiciones de los convenios colectivos deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo". *Ajustarse* no significa en este tramo establecer "beneficios mejores"; a esto último se refiere la salvedad prevista en el mismo artículo inmediatamente después. Debe entonces entenderse por de pronto que *se ajustaran* a la ley las normas convencionales que no se aparten de ella "in peius". No lo hacen las que regulan instituciones que la ley no ha previsto; en realidad allí no hay norma legal a la que "ajustarse".

Tampoco incurren en desajuste aquellas que regulan *aspectos no contemplados* por la ley de una institución de la que esta sí se ha ocupado. Pero, "¿qué es en sentido estricto lo que la ley *no ha contemplado*? Es imprescindible establecerlo y distinguirlo de *lo sí contemplado* pues de ese modo probablemente podrá trazarse la correlativa frontera entre la relación articular de

¹³ Conf. Valdés Dal-Re. Fernando, "La ordenación de las relaciones laborales; legislación y negociación colectiva" pág. 9

¹⁴ Conf. Valdés Dal-Re. Fernando, op. y loc. cit. en nota anterior. Entre los modelos de relación entre la ley y el convenio colectivo identificados por la doctrina europea, Valdés Dal-Re consigna, junto al de *superposición*, los de *distribución funcional* (la ley define principios o bases de la regulación normativa, y el convenio colectivo especifica y concreta esa regulación), *distribución por razón de la materia* (ley y convenio regulan de manera exclusiva, en lugar de compartida ciertas cuestiones laborales) y el de *interacción permanente* (el convenio colectivo se relaciona de modo dinámico y diverso con la ley, mejorándola, integrándola o acomodándola).

¹⁵ En la formulación de los modos en que las diversas fuentes se articulan, concurren o se suceden -supletoriedad, subsidiariedad, complementariedad, complementariedad y concurrencia conflictiva por contradicción o divergencia- seguimos la precisa categorización efectuada por Antonio Martín Valverde en op. cit. en nota 2.

complementariedad y otras de concurrencia a veces conflictiva, a veces no problemática (suplementariedad).

Para ello, pareciera decisivo establecer si el instituto tal cual ha sido diseñado por la ley tiene aptitud para funcionar de modo autosuficiente o si por el contrario será necesario integrarlo o complementarlo con otras previsiones normativas que aquélla ha omitido. En el primero de los casos -autosuficiencia operativa del instituto tal como la ley le construyera- habrá que entender que otros aspectos del mismo instituto que la ley no trató, han sido *contemplados* por el legislador pero *contemplados* en ese modo particular de contemplar -considerar-¹⁶ una alternativa susceptible de plasmación normativa que consiste en exteriorizar de modo omisivo la decisión de excluirlo del ordenamiento. En este caso, la circunstancia de que el convenio "Colectivo regule esos aspectos que la ley omitiera, conduce a una situación de concurrencia (conflictiva o no problemática), en la que la *institución* ha merecido un tratamiento distinto en cada texto. Es para esos casos que está concebido el criterio del conglobamiento, por lo que habrá que optar por una u otra unidad orgánica en su totalidad según la que detente el mejor "nivel de beneficio"¹⁷.

En cambio, cuando el aspecto omitido por la ley es esencial para que la institución que ella regula pueda funcionar, ha de entenderse que el legislador no pudo descartar un dispositivo de aplicación ineludible; y debe entonces dejarse abierta la posibilidad de integrar o completar el texto normativo insuficiente. La complementariedad o integración es por definición ajena al mecanismo de la norma más favorable y por lo tanto a la delimitación de la unidad de comparación infranqueable. Estamos en este caso en presencia de una relación de complementariedad que "se ajusta" a la ley.

2.1.2.2. Derecho necesario relativo institucional

2.1.2.2.1. El tipo legal.

La salvedad contenida en el art. 7 de la ley 14.250 (t.o. 1988) a la que nos refiriéramos líneas arriba, permite apartarse de la ley siempre que "...las cláusulas de la convención colectiva relacionada con cada una de esas instituciones resultare más favorable a los trabajadores... ". He aquí el "apartamiento" permitido; mejor diríase el "apartamiento" postulado. En su expresión más simple, refiere una relación de concurrencia no conflictiva -suplementariedad- en la que el convenio se relaciona con una norma legal que regula el mismo supuesto, estableciendo un beneficio que es similar al que prescribe ésta desde una perspectiva cualitativa, pero que es cuantitativamente superior¹⁸. Ambas normas están orientadas en la misma dirección. Si bien se trata de normas superpuestas, no se presentan como normas en conflicto, ya que "... la norma

¹⁶ Es la segunda acepción de la voz contemplar (diccionario de la lengua española) y la que más se acomoda a la idea de la que instrumentalmente estamos haciendo uso.

¹⁷ Entendemos por nivel de beneficio "institucional" la "medida" resultante de la relación de entre ventajas y desventajas que en un momento determinado goza y soporta la categoría profesional, en relación a una determinada institución del Derecho del Trabajo, según los términos en que ha quedado plasmada su regulación sectorial. Va de suyo que esta idea comporta, por su definición misma, una captación global de la institución y que solo cobra sentido y auténtica entidad conceptual en *su dimensión dinámica y relativa*, es decir, en su función de variable de cotejo con el *nivel de beneficio* reconocible en otra instancia.

¹⁸ Conf. Martín Valverde, Antonio op. y loc. cit. en nota 2.

suplementaria coexiste pacíficamente con la norma que le sirve de referencia, cumpliéndola con creces. Su aplicación efectúa con toda exactitud la aplicación de la disposición a la que añade un suplemento"¹⁹.

En el caso del convenio colectivo que más allá de la complementación o franca suplementación del ordenamiento legal, las alteraciones que introduzca serán validas si la resultante es, en cotejo efectuado respecto de *cada institución*, más favorable. aún cuando algún aspecto de ese nuevo "producto institucional" sea desde una percepción aislada menos beneficioso.

Estamos pues ante el "conglobamiento por instituciones" como criterio para la identificación de la unidad de comparación. A nuestro modo de ver, se trata de una expresión del conglobamiento institucional morfológicamente distinta de la que este criterio exhibe en el caso de la comparación orgánica entre dos normas legales. En efecto; la comparación entre institutos regulados en dos leyes entraña una opción en la cual dentro del marco de la institución considerada, se preserva la "pureza" de cada texto; se aplica el uno o el otro, sin admitir la intromisión de normas, preceptos o condiciones del restante. En cambio, el convenio colectivo actúa respecto de la ley de otro modo y por lo tanto el cotejo muestra términos también distintos; la comparación se verifica entre el texto legal en su concepción original y la regulación concebida para el mismo instituto por el convenio colectivo, que bien puede reconocer como estructura o base normativa la del propio texto legal de referencia, modalizado con alteraciones de diverso significado y entidad. En otras palabras: *parte del nuevo instituto puede estar en la propia ley respecto de la cual se le compara*²⁰.

Por otra parte, mientras en la relación entre dos leyes la determinación de la más favorable se resuelve en la aplicabilidad de una y postergación de la restante que sin embargo continua vigente, en cambio la condición menos favorable del convenio colectivo constatada al tiempo de su creación -entre nosotros, verificada al de su homologación- determina su invalidez y su consecuente invigencia.

Correlativamente, el convenio colectivo que mejora en beneficio del trabajador las condiciones fijadas en la ley, no la deroga; ésta sigue rigiendo a modo de dispositivo que permite el avance pero no su peyoción²¹. Ley tal puede volver a ser "pulsada" cuando un nuevo convenio colectivo vuelva a alterar la regulación del instituto, caso en el que aquella volverá a ser llamada a actuar como base normativa mínima infranqueable. También recuperará su eficacia cuando en su aplicación concreta al caso individual se le advierta más favorable que el propio convenio que vino a mejorarla²².

¹⁹ Ídem nota anterior.

²⁰ Formalmente, este nuevo instituto nacido de la "mezcla de elementos legales y otros incorporados por el convenio asume una exterioridad análoga a las que se perciben a partir de relaciones de complementariedad o suplementariedad. En esencia, sin embargo, en este caso no se complementa ni agrega; lisa y llanamente se modifica.

²¹ La norma de rango inferior, aún más favorable, carece de aptitud para derogar a la de rango superior; ésta sigue rigiendo como pauta imperativa mínima que limitara cualquier intento peyorativo ulterior (Conf. CNTrab., sala I 7 7/60 "Cohut, Simon c/Constantini Hons. y Cia" LT., t IX, pág. 90).

²² Véase cap. 2.1.3.

Una ultima consideración. La adecuación del convenio colectivo a la ley importa, todavía antes que ello, su adecuación al ordenamiento Constitucional. Si el acto legislativo solo es valido cuando se ajusta a la Constitución, con igual razón lo debe hacer el convenio colectivo que es fuente de derecho objetivo por habilitación de la ley en sentido formal²³. En este campo, tal adecuación no se verifica solo a auténticas normas Constitucionales directamente operativas sino aún a las meramente programáticas, ni la ley, ni el convenio, pueden establecer disposiciones que transiten una orientación contraria a la programática prescrita por el orden Constitucional²⁴.

Los textos legales que exhiben la predisposición descrita en este capítulo constituyen derecho necesario, por el imperativo acatamiento que se les debe, *relativo* porque su inderogabilidad se satisface en la inviabilidad de su modificación peyorativa, e institucional pues su mejoración admite flexible modulación en el ámbito de la institución. Llamémosles pues con una finalidad taxonómica y comparativa, *normas de derecho necesario relativo institucional* y convengamos en que su imperatividad se satisface en tanto el convenio colectivo preserve su nivel de beneficio en el ámbito de cada institución.

2.1.2.2.2. La unidad de comparación; la institución.

Una de las vertientes más complejas de aplicación del criterio de "norma mínima" y del de "norma más favorable" a la luz del art. 7º de la ley 14.250 (t.o. 1988) y del primer párrafo del art. 9 de la L.C.T. es la que se refiere a la determinación y deslinde de la unidad concreta de comparación para definir el texto normativo más favorable.

Existe, es cierto, aquella directiva general-"... considerándose la norma o conjunto de normas que rige cada una de las instituciones del derecho del trabajo" (art. 9 L.C.T.); "... cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones..." (art. 7 ley 14.250, t.o. 1988)- que define claramente la adscripción legal al sistema del conglomeramiento "orgánico" o por "instituciones". Pero es errado pensar que bastará recurrir a esa directiva para percibir los contornos de esa unidad de comparación que es sin duda un recaudo previo y esencial para posibilitar la aplicación de la regla de la norma más favorable.

En efecto; ¿qué es una institución?; ¿cuáles son"... cada una de las instituciones del derecho del trabajo"? Y, por ejemplo, ¿lo es solo el preaviso?²⁵, ¿sólo la indemnización por antigüedad?²⁶, y, ¿por qué no el despido sin causa?²⁷ O tal vez lo sea el despido sin causa engarzado con las justas causas del despido, desde que es válida afirmar que si uno y otras están

²³ Conf. López, Justo "El principio de igual remuneración por igual tarea" L.T. XV, pág. 596.

²⁴ Conf. López, Justo, op. y loc. cit. en nota anterior; en igual sentido Katz, Ernesto "La cláusula más favorable al trabajador" L.T. t. XVI pág. 213.

²⁵ Así parecen considerarlo los diversos votos del plenario "Romero, Ramón Roberto c/Consortio Aguero 1761" referido a los encargados de casa de renta, publicado en L.T. t. XXX pág. 650.

²⁶ Conf. CNTrab. (sala III) 28/2/77, "Zapata, Héctor c/Great Lakes", L.T. XXV-A, pág. 433.

²⁷ También en relación al caso del encargado de casa de renta, ésta sería la posición de la sala V de la CNTrab. en autos "Sánchez de Cuesta, Beatriz Elsa c/Consortio de Propietarios" sentencia 24.416 del 20/5/77, que considera conjuntamente al preaviso y la indemnización por antigüedad, fallo citado por López, Justo en "La L.C.T. y los estatutos particulares, L.T. XXVIII-A pág. 500. También lo menciona como tal Devali en una numeración ejemplificativa del concepto de institución en "La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable para el trabajador", Rev. D.T. t. 1962, pág. 27.

inevitablemente separados, están también ineludiblemente unidos como las dos caras de una moneda. ¿Pero acaso no es también una institución la estabilidad en el empleo, que involucra a todos y cada uno de los elementos (¿instituciones?) antes referidos?

Estos interrogantes demandan una respuesta y ella, estamos convencidos, no reside en encomendar al intérprete la tarea vana e infructuosa de dibujar un rígido molde conceptual para la idea de *institución del Derecho del Trabajo*. Molde que por haber sido artificialmente diseñado llevará a que cada vez que se reconozca o deniegue a cierto instituto, o conjunto normativo²⁸, o cláusula, o conjunto de ellas²⁹, la condición de institución del Derecho del Trabajo, se esté incurriendo inevitablemente en correlativas peticiones de principios, unas veces más afortunadas, otras menos.

Quizás sea mejor recordar que el conglobamiento orgánico o por instituciones nace como una de las respuestas morigeradoras de las vertientes extremas concebidas para definir la unidad de comparación: la teoría del conjunto o "conglobamiento" a secas; la teoría de la acumulación o "atomista". En aquellas respuestas se reconocen preocupaciones comunes: apartarse de la unidad de comparación excesivamente amplia, pero cuidarse al propio tiempo de escindir lo inescindible³⁰, evitar la disociación de "... las diversas partes de las condiciones de trabajo que están relacionadas íntimamente (destacado en el original), aún cuando se hallen separadas exteriormente..."³¹, no separar las diversas "... disposiciones (que) se equilibran y se justifican las unas por las otras..."³², no desintegrar el conjunto compuesto "... por las normas referidas al mismo tema que no pueden disociarse sin mengua de su armonía interior"³³.

Y es en esas directivas sobre las que convendrá apoyarse con prescindencia de la diversa denominación con la que cada uno de sus autores ha designado su propia teoría pues todas tienen en común la propiedad de hallarse "... en el centro de aquellos extremos, única conforme al sentido común"³⁴.

Vertiente ecléctica que, como es propio de las que lo son, se conforma como producto o vector de la tensión armónica entre fuerzas -valores o disvalores- dirigidas hacia y desde las tesis extremas, incorporando lo valioso que tiene cada una de ellas solo en la medida que le permite simultáneamente desprenderse de sus efectos negativos. En estas tesis intermedias concebidas para la individualización de la unidad de comparación ello significa, concretamente, la búsqueda del conjunto conceptual menor, pues sólo de ese modo se realiza la idea de la protección máxima posible³⁵, (tensión hacia la teoría de la acumulación), cuidando sin embargo que ese conjunto tenga la amplitud necesaria que evite escindir lo inescindible, que no lesione su economía interior, que no separe lo que no debe separarse pues constituye lo uno justificación y equilibrio de lo otro

²⁸ Conf. Martín Valverde, Antonio, op. cit. en nota 2, pág. 28 y citas en nota 42.

²⁹ Conf. Cessari, Aldo "Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato", Milano 1966, citado por Pla Rodríguez, Américo en "Los principios del Derecho del Trabajo", Biblioteca de Derecho Laboral, Montevideo 1975, pág. 63.

³⁰ Conf. Caldera, Rafael, "Derecho del Trabajo", Ed. El Ateneo 1972 pág. 196.

³¹ Kaskel, Walter y Dersch, Hermann, "Derecho del Trabajo" traduc. por Krotoschin, Ernesto, Depalma 1961, pág. 133.

³² Conf. Durand y Jaussaud, "Traité de droit do travail" t. I, pág. 181, cit. por Deveali en op. cit. en nota 27.

³³ Conf. Pla Rodríguez, Américo en op. cit. en nota 7 pág. 47.

³⁴ Conf. Kaskel y Dersch, en op. y loc. cit. en nota 31.

³⁵ Idea a la que se refiere Krotoschin, Ernesto en "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", Depalma 1965, t. I pág. 69.

(tensión hacia el conglobamiento). O, dicho en otras palabras, la búsqueda del conjunto no tan amplio que haga suya la rigidez del conglobamiento total³⁶, no tan reducido que incorpore la negativa condición atomista de la tesis de la acumulación³⁷.

Desde esa perspectiva, la unidad de comparación se definirá sobre el texto de la ley -es ésta, (imperativa para la autonomía colectiva) la que define el marco de referencia- y ha de ser aquella que en cada concreto cotejo con un convenio colectivo resulta de la óptima y más armoniosa administración de estas fuerzas en tensión, aquella que, en suma, más valores positivos logre extraer de ambas tesis extremas al costo de la menor incorporación de sus disvalores.

Se trata, dicho de otro modo, de la individualización en la ley del **conjunto conceptual u orgánico mínimo inescindible** para lo cual, como es fácil advertir, no sirven los criterios rígidos. En esa tarea la idea de "institución de Derecho del Trabajo" no admite una conceptualización unívoca que permita elaborar moldes estrechos ni formular un "catálogo" de instituciones como unidades de comparación invariables en todos los casos de aplicación e interpretación que se presenten³⁸. Por el contrario, para reconocer en cada caso concreto la institución que sirva en el como unidad de comparación con el convenio colectivo, parece necesario dar cauce a esas ideas que aspiran a alinearse con la razón de ser misma del conglobamiento orgánico y que a modo de apretada síntesis y quizás de conclusión, podría corporizarse en las siguientes variables: a) determinación en la ley de un conjunto normativo conceptual u orgánico, b) que sin sacrificar ese carácter tenga tan estrecha dimensión como fuere posible y c) que esa dimensión permita de todos modos rescatar en plenitud su armonía interior.

2.1.2.3. Derecho necesario relativo estricto.

El criterio del conglobamiento orgánico resulta excesivamente amplio -y de consiguiente inaplicable- en relación a algunas disposiciones para las que el legislador postula un acatamiento estricto y específico que solo se satisface mediante la preservación del propio dispositivo, irremplazable por mejoración compensatoria alguna. Se trata de aquellos preceptos en cuya observancia rigurosa se encuentra comprometida la dignidad, la salud, la integridad física del trabajador; disposiciones que no se exteriorizan normativamente bajo formas distintas de auténtica que exhiben las de *derecho necesario relativo institucional*, y en consecuencia solo puede reconocérselas desde perspectivas causales y axiológicas y de tal modo dinámicas y cambiantes al correr de los tiempos y al fluir de las ideas; de los conocimientos, de la tecnología y de su diversa consideración social³⁹.

³⁶ Conf. Monzón, Máximo Daniel, "La función económica del convenio colectivo y el principio de subsidiariedad" Rev. D. T. t. 1965, p. 202

³⁷ Explica Monzón (op. y loc. cit. en nota anterior), que esta concepción "conduce a la destrucción de la sistemática de la disciplina general y de sus distintos institutos en particular"

³⁸ Los interrogantes planteados en los primeros párrafos de este capítulo en relación a los temas vinculados con la estabilidad -que tomáramos a modo de ejemplo- demuestran que es en vano el intento de confeccionar ese catálogo o que, en todo caso, el mismo ha de ser tan amplio y rico en combinaciones que servirá de poco.

³⁹ "... pero este (el convenio) como bloque normativo puede ofrecer un conjunto de condiciones mejoradas sobre las legales y, sin embargo, ser alguna de las condiciones pactadas inadmisibles por atentar a reglas de interés u orden público, que forman un

Por dar algunos ejemplos, incluiríamos entre estas disposiciones algunas relativas al trabajo de los menores (por ejemplo, el tope máximo de su jornada antes de los 16 años, (art. 90 L.C.T.) sus vacaciones mínimas (art. 194 L.C.T.) la jornada máxima para tareas insalubres (art. 200 L.C.T.) y diversas disposiciones vinculadas con la higiene y seguridad en el trabajo.

Si bien es cierto que la mayoría de esas normas pertenecen -es obvio- al ámbito de lo que se conoce como "reglamentación del trabajo", no pareciera sin embargo que *todas* las normas de esa área demanden tan estricto acatamiento y se sustraigan por lo tanto al criterio del conglobamiento institucional. Es claro sí que son normas de orden público (laboral), pero no pertenecen a la multívoca categoría que el art. 7 de la ley 14.250 (t. o. 1988) construye en torno de la idea del interés general⁴⁰; su afinidad es mucho más estrecha con las normas de *derecho necesario relativo institucional* aún cuando el acatamiento que demandan es menos flexible. Para distinguirlas de esta última categoría, auténtica designamos *normas de derecho necesario relativo estricto*.

2.1.2.4. Derecho necesario absoluto.

El primer apartado del artículo 7° de la ley 14.250 (t.o. 1988) termina excluyendo toda posibilidad de apartarse de las disposiciones legales "...dictadas en protección del interés general". Esta norma debe hoy considerarse juntamente con el último párrafo del art. 4° del citado ordenamiento que incorpora contenidos antes parcialmente previstos en el decreto reglamentario, reconociendo como presupuesto esencial para acceder a la homologación que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas en protección del interés general. "... así como tampoco que la vigencia de la misma afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien produzcan deterioro grave de las condiciones de vida de los consumidores".

Normalmente en la materia laboral el interés general se satisface -o cuanto menos, no se ve lesionado- en la pactación de mejores condiciones de trabajo que las que se encuentran legalmente prescriptas. Excepcionalmente, ello no es así cuando se refieren a la ley cometidos excluyentes con el fin de "...lograr tratamientos normativos uniformes⁴¹, eludiendo con ello inaceptables desigualdades", o con el de "... establecer tratamientos legales coordinados con otros sectores del ordenamiento"⁴², o se afecten derechos de raigambre constitucional y, en

derecho necesario estricto e inviolable, conjunto de derechos, en expresión jurisprudencial (STS, 8/2/78), "excluidos de cualquier examen conjunto ... (de los que) ... ninguna norma puede hacer olvido ni degradación ... aunque escapen a toda catalogación apriorística posible". La dificultad está justamente, como bien dice la sentencia citada, en precisar cuáles son tales derechos, entre otras cosas por que su carácter de necesario estricto viene influido por la "realidad social del tiempo" (Alonso Olea, Manuel, op. cit. en nota 2 pág. 598.

⁴⁰ Véase sobre ésta el capítulo que sigue.

⁴¹ Entre nosotros, el art. 15 de la ley 18.017 que priva de efectos a las cláusulas de los convenios colectivos que establezcan beneficios que tengan por causa el matrimonio, la maternidad, el nacimiento, la paternidad o la escolaridad. Luis Ramírez Bosco (Convenciones Colectivas de Trabajo, Ed. Hammurabi 1985, Págs. 148/150) incluye una completa enunciación e las disposiciones legales insusceptibles de ser afectadas en cualquier sentido por los convenios colectivos.

⁴² Conf. Valdés Dal-Re, Fernando, en op. y loc. cit. en nota 13, citando a Rodríguez Piñero-Del Rey en "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley" en "Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo". Entre otras normas cabe mencionar a las que establecen el régimen de los privilegios de los créditos laborales en el concurso (L.C.T., arts. 261 a 274).

consecuencia, de jerarquía superior⁴³, o se lesione el principio de seguridad jurídica⁴⁴, o se afecte la situación económica general o de ciertos sectores de la sociedad, etc.

A esa variedad tan amplia tal vez le quede chica la idea aquí insuficiente del "orden público" o del "interés general"; a su vista, es factible reconocer disposiciones que resguardan *otros intereses aún particulares*, que no son los de las propias partes del vínculo laboral individual o colectivo. Otros intereses que ante el carácter imperativo del que están investidas las disposiciones de los convenios colectivos, demandan en su resguardo -no tienen por que ser afectados por las proyecciones de una relación a la que son ajenos- una imperatividad de nivel superior que la prevalezca.

2.1.2.5. Derecho de disponibilidad colectiva

Quedan por considerar este tipo de disposiciones legales que operan para la autonomía individual como las de *derecho necesario relativo estricto*⁴⁵, pero de cuyos contenidos la autonomía colectiva puede disponer y apartarse⁴⁶. Textos que diseñan el marco normativo básico, resguardan de la desigual aptitud de negociación individual y previenen las insuficiencias o demoras de la autonomía colectiva pero no la limitan.

Desde perspectivas axiológicas, éticas y operativas muy distintas de las que alimentan las estrategias desreguladoras en materia laboral⁴⁷, las normas cuya imperatividad cede ante el ejercicio de la autonomía colectiva no se desentienden de la inequívoca insuficiencia negocial del trabajador dependiente ni abdican del cometido tutelar del Derecho del Trabajo, pero preservan para la autonomía colectiva la aptitud irrestricta de reconocer y dar respuesta diferenciada a los marcos diversos y cambiantes de la realidad sectorial.

Cuesta encontrar expresiones de esta categoría normativa -"disponibilidad colectiva"- en el ordenamiento vigente. Tal vez el texto positivo que mejor responda a ese modelo es el art. 106 de la Ley de Contrato de Trabajo que solo reconoce como viáticos a aquellos importes que han sido

⁴³ En autos "Figuroa, Oscar F. y otro c/Loma negra CIASA" (4/9/84), reg. en D.T. 1984 pág. 1809), la Corte Suprema de Justicia de la Nación *descalificó el régimen de la estabilidad absoluta establecido en un convenio colectivo por suprimir* ... el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, con menoscabo de la *garantía del art. 14 de la Constitución que consagra la libertad de comercio e industria*". *Lo consideró asimismo lesivo de la garantía de propiedad*. Salvedad hecha del carácter opinable de esta decisión, sirve de buen ejemplo para la categoría que pretendemos ilustrar.

⁴⁴ Como el art. 256 de la L.C.T. que fija el plazo de prescripción de las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y excluye expresamente que ese plazo pueda ser modificado por "... convenciones individuales o colectivas". En breve, la disponibilidad del convenio colectivo sobre la norma estatal es un problema de la autoconformación de esta última y no un problema jerárquico que sea posible resolver con construcciones claramente contrarias e incompatibles con nuestro derecho positivo (español), García Perrote Escartin, I. "Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo" Madrid 1987, Págs. 164/165.

⁴⁵ *Todas* las normas que pertenecen al ámbito del orden público laboral constituyen derecho necesario relativo estricto para el ejercicio de la autonomía individual. (Véase luego cap. 3.1).

⁴⁶ Esa disponibilidad "... debe quedar clara y meridianamente establecida en la propia norma estatal...

⁴⁷ La desregulación no solo abre el juego al ejercicio más libre de la autonomía colectiva; también deja paso al abuso incontrolable del poder prevalente del empresario en la relación individual "Modifíquense y háganse más flexibles, ciertamente, los instrumentos y técnicas normativas a utilizar, pero no los objetivos de tutela a alcanzar. Si así fuera, no se estaría sino propiciando, bajo el pretexto de la crisis económica, el "liberarse" de las "ataduras" del Derecho del Trabajo -evidentes límites al poder empresarial- y retrotraemos a una lógica de dominio y arbitrariedad, a una situación histórica en la que el capital proporcionaba trabajo en las condiciones libremente decididas por él (libre autonomía de la voluntad, despido libre sin constricciones externas, etc.) (García Perrote Escartin, I. op. cit. en nota anterior, pág. 211.

gastados efectivamente y acreditados por medio de comprobantes, haciendo sin embargo salvedad de lo que sobre el particular "... dispongan los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo"⁴⁸. De ese modo el art. 106 delinea el concepto del viático de modo imperativo, imperatividad que cede ante el tratamiento distinto que le defiere el convenio colectivo de aplicación⁴⁹.

2.1.3. La comparación entre el convenio colectivo y la ley

No es fácil comprender el modo en que se relacionan la ley y el convenio colectivo si no se distinguen apropiadamente los "momentos" en que se materializan esos vínculos y los alcances que el cotejo entre ambas fuentes del Derecho del trabajo proyecta en cada una de esas instancias.

Conviene proceder por orden. En un primer momento, que podríamos calificar como el de su pre-vigencia, el convenio colectivo "in fieri", aún en su etapa de creación, se relaciona con la ley con el objeto de testear su legitimidad orgánica. Ello significa verificar institución por institución el carácter más favorable del convenio colectivo, lo que constituye presupuesto de su validez y, en nuestro derecho, condición para que le sea dispensada la homologación estatal. Se trata de una consideración vincular *genérica, estática y en abstracto*, en la que se despliega el efecto operativo básico del principio de norma mínima -cada tipo de norma laboral opera, según su rango formal, como condicionante mínimo de las de rango inferior⁵⁰- contenido en los artículos 7° de la ley 14.250 (t. o. 1988) y 8° de la L.C.T. en lo que se refiere a la relación entre convenio colectivo y la ley⁵¹. Homologado tras ese control el convenio colectivo, adviene al mundo jurídico no para derogar la ley respecto de la que fuera objeto de cotejo -carece, como antes vimos, de aptitud para hacerlo- sino para convivir y relacionarse una vez más con ella cada vez que una situación jurídica determinada se involucre en el ámbito de aplicación que comparten la ley y el convenio, ambos sin duda vigentes en dinámica y dialéctica relación de *coexistencia vinculada*. Si se puede predicar que el convenio homologado, desde una perspectiva genérica, estática y en abstracto, es en la comparación institucional necesariamente más favorable que la ley, no parece en cambio que análoga relación haya de establecerse inexorablemente en el cotejo que

⁴⁸ La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (en pleno) convalidó esta expresión de disponibilidad colectiva en los autos "Aiello, Aurelio c/Transportes Automotores Chevallier S.A.", fallo del 28 de agosto de 1985, reg. en D.T. 1985-B-1435, en el que reconoció el carácter no remuneratorio de viáticos no sujetos a acreditación mediante comprobantes por así haberlo dispuesto el convenio colectivo de aplicación, usando de las facultades acordadas por el art. 106 de la L.C.T.

⁴⁹ El proyecto sobre Información y Consulta en la empresa, que el P.E.N. elevará al Congreso de la Nación el 4 de agosto de 1986, reconocía en su artículo 8° amplio margen a la autonomía colectiva para "... reglamentar, ampliar, modificar, reformular o aún, dejar sin efecto... "las disposiciones del proyecto. En el mensaje de elevación se puntualizaba claramente que el texto legal sería "inderogable" para la autonomía individual pero disponible - "disponibilidad colectiva" se le designaba expresamente- para la autonomía colectiva. El artículo 45 de la nueva ley de Asociaciones Sindicales (23.551) dispone que "*a falta de normas en las convenciones colectivas o en otros acuerdos*, el número mínimo de trabajadores que representan la asociación profesional (debió decir "sindical") en cada establecimiento será: ... "(Es esta otra norma de disponibilidad colectiva?"

⁵⁰ Conf. Alonso Olea, Manuel op. cit. en nota 2 pág. 610.

⁵¹ Si en esta consideración genérica, estática y en abstracto la norma del convenio colectivo es menos favorable que la de la ley, carecerá de validez. Si es más favorable, esa aparente divergencia no es tal, pues esa relación es justamente la que prohija la propia ley. Si siendo genérica, estática y abstractamente *más favorable*, lo es *menos* en el caso concreto, *no es inválida sino inaplicable en ese caso*. De todos modos, en ningún caso se trata de derogación en la significación estricta de esta voz. Entre normas de distinto rango juega el principio jerárquico o de autoridad: no el de modernidad ni el de especialidad.

nuevamente habrá que practicar entre uno y otro -esta vez de modo *específico, dinámico y concreto*- a la hora de decidir la aplicación del convenio o de la ley al caso particular. Se trata esta vez de determinar qué es lo más favorable para este trabajador en concreto, más allá de que lo sea también o no para la categoría profesional que él integra. Se observará para ello, es cierto, un criterio objetivo que no depende de la apreciación subjetiva de los interesados⁵², pero, reiteramos, formulado en concreto, vale decir, estableciendo si la regla inferior es en el caso particular más o menos favorable para el trabajador en relación al cual correlativamente ha de ser o no aplicada. Se trata en este caso de la *regla de la norma más favorable* -que demandara también que la comparación se formule de acuerdo con el criterio del conglobamiento institucional (art. 9º L.C.T.)- *a la que de este modo es posible reconocer como proyección activa y dinámica del principio de norma mínima*⁵³. A modo de síntesis digamos entonces que la ley y el convenio colectivo se vinculan en relación comparativa en dos momentos que es posible distinguir con claridad: a) al tiempo de la creación del convenio colectivo, cotejo *genérico, estático y en abstracto* que se resuelve en la satisfacción del principio de norma mínima; b) al tiempo de aplicación del convenio colectivo o la ley al caso particular, cotejo *específico, dinámico, concreto y objetivo*, que se resuelve de conformidad con la regla de la norma más favorable, dinámica proyección de aquel principio.

2.2. La autonomía colectiva y los convenios colectivos anteriores

2.2.1. Disponibilidad colectiva de los convenios anteriores

Animados en esta oportunidad por el propósito de examinar brevemente los límites que circunscriben el ejercicio de la autonomía colectiva, nos preguntamos ahora si los nuevos convenios tienen la aptitud de modificar en cualquier sentido (aún "ins peius") los preexistentes, o sólo les cabe establecer condiciones más favorables para los trabajadores, o cuanto mucho, incursionar en aspectos no explorados por aquellos.

El examen de las normas Constitucionales y legales vinculados con el tema (art. 14 bis de la Constitución nacional, arts. 1º, 7, 8, 9, 12 Y 13 de la L.C.T.; arts. 7, 8 y concordantes de la ley 14.250 (t.o. 1988) no permite encontrar, cuanto menos desde una aproximación literal,

⁵² Conf. Hueck, Alfred y Nipperdey, H.C., "Compendio de Derecho del Trabajo" (trad. esp.) Madrid, 1963, p. 361; Durand, Paul cit. por Pla Rodríguez, Américo en op. cit. en nota 7 pág. 6; Caldera, Rafael, "Derecho del Trabajo" Ed. El Ateneo, Bs. As. 1972 (citando a Durand-Jaussaud, Traite t. I p. 180).

⁵³ En una etapa anterior de nuestra investigación habíamos pensado que la regla de la norma más favorable era ajena a la dilucidación de las situaciones de coexistencia vinculada entre normas de distinto rango las que, creíamos, estaban suficientemente "abastecidas" por el *principio de norma mínima* (nuestro artículo cit. en nota 1 p. 950 y 951). Hoy, al distinguirlos "momentos" diversos en que se practica el cotejo entre la ley el convenio colectivo, creemos advertir que la regla de la norma más favorable si juega un papel efectivo en la instancia de de comparación que demanda la aplicación de las normas al caso concreto. *Tampoco* entre normas de diverso rango - lo mismo sucede entre auténtica de igual jerarquía-la regla de la norma más favorable opera efectos *derogatorios*, en el sentido de suprimir la vigencia de una de las disposiciones cotejadas; se limita en cambio a reconocer la prevalente y postergar la aplicabilidad de la restante. Si es cierto que cada norma que pertenece al ámbito del orden público laboral apetece su propia postergación por normas de rango inferior que contengan beneficios superiores, lo que la regla de la norma más favorable hace es verificar en el caso individual la observancia efectiva del principio de autoridad -en el que reposa la ordenación jerárquica de las normas- dando satisfacción en concreto a aquella apetencia de la norma de rango superior.

restricción alguna. Con una reiteración casi obsesiva (arts. 7, 12 y 13 de la L.C.T.; art. 8 apartado 1º de la ley 14.250 (t.o. 1988); art. 8 de la L.C.T. y 7 de la ley 14.250), el ordenamiento positivo se hace cargo del *principio de norma mínima* relativo a la creación de fuentes de distinto rango normativo. Acerca de la relación entre fuentes de la misma jerarquía sólo es posible identificar una regla de aplicación (art. 9 L.C.T.).

No carece de elocuencia el hecho de que ni la Constitución ni ley alguna contengan preceptos que con análoga frontalidad -salvo en cuanto se refiere a los efectos retroactivos (art. 3 Cód. Civil)- inhiban al órgano generador de normas para modificar, derogar o abrogar en cualquier sentido lo que fuera producto anterior de su propia creación. Ninguna norma superior impide al legislador hacerlo con las leyes anteriores, no hay tampoco normas expresas que limiten a los actores sociales para revisar los convenios precedentes, no se encuentra siquiera alguna que acote el ejercicio de la autonomía individual en la modificación de sus manifestaciones anteriores⁵⁴.

Esa literal ausencia -esta vez referida en particular a la posibilidad de modificar en uno y otro sentido los convenios colectivos- no necesariamente impedirá establecer límites más estrictos en una tarea hermenéutica más avanzada siempre, claro está, que consideraciones axiológicas o sistemáticas nos induzcan a trascender esta llamativa abstinencia legal.

La ley ha dejado a la autonomía colectiva un amplio campo de ejercicio por encima de sus propios límites imperativos. De ningún modo puede decirse que en ese plano -el de la autonomía colectiva- se reproduzca de modo generalizado el fenómeno del desequilibrio negocial que denota al vínculo laboral individual⁵⁵. A partir de la criteriosa consideración de ese dato, cabe reconocer entre las aptitudes sobresalientes del convenio colectivo, la de su maleable capacidad de adecuar ágilmente sus contenidos a las cambiantes circunstancias que en cada tiempo plantean la situación económica general, el mercado de empleo, la posición relativa del sector y, en su caso, las alternativas favorables o críticas por auténtica que atraviesa la empresa⁵⁶. *Las restricciones al ejercicio amplio de la autonomía colectiva dentro del marco impuesto por la ley, debilitan al sindicato*, impotente en tal caso para contribuir desde la regulación convencional a dar una respuesta que neutralice, revierta o cuanto menos amortigüe los efectos perversos de las situaciones de crisis o del cambio económico o tecnológico sobre el mercado y la situación del empleo. Las cosas ocurren en tal caso inexorablemente, sin que el sindicato pueda hacer algo para corregir su rumbo, induciendo de ese modo al escepticismo de los trabajadores,

⁵⁴ Claro que esta última constatación -libertad de la autonomía individual en relación a las condiciones previamente establecidas en el Contrato- exhibe perfiles mucho más problemáticos habida cuenta de que se manifiesta en el marco de la arquetípica desigualdad negocial propia de la relación de trabajo. Sobre esta cuestión y el debate doctrinario que se ha generado en su derredor, véase más abajo cap. 3.2.

⁵⁵ no es que neguemos que se puedan seguir presentando situaciones de desequilibrio negocial también en el plano colectivo. No nos parece en cambio que se trate de un fenómeno sistemático, generalizado, ni asimilable causalmente al que se manifiesta en el plano individual; tampoco que grave invariablemente en detrimento de las representaciones sindicales.

⁵⁶ Conf. Von Potobsky, Gerardo "La negociación colectiva" (Reflexiones con vista a una actualización de la legislación y la práctica en materia de convenciones colectivas). Ponencia presentada al VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social org. por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Mar del Plata, noviembre de 1985 (publ. del Congreso, pág. 22). En igual sentido Giugni, Gino, "Derecho Sindical" Ed. Ministerio de Trab. y S.S. Madrid, 1983, pág. 163 y Ojeda Avilés A. "Derecho Sindical" 2da. Ed. Madrid 1984, pág. 590, cit. por Von Potobsky en op. y loco cit. en esta nota.

resquebrajando la confianza en el fenómeno sindical y alentando a aquellos a buscar respuestas más "realistas" al margen de la acción colectiva⁵⁷.

Por el contrario, habilitar al sindicato a buscar en cada caso la respuesta -mejorativa o peyorativa- que satisfaga mejor los intereses de la categoría que representa abre el espectro de sus alternativas y de ese modo le fortalece. Después de todo, *la capacidad irrestricta del sindicato para participar en el ejercicio de la autonomía colectiva en el marco de la ley es una atribución que enriquece el cúmulo de sus poderes y de ninguna manera un vínculo que lo somete.*

Mientras que en relación a la ley laboral el concepto de lo que es peor -lo peyorativo- emerge objetivamente del propio texto legal, en el ejercicio de la autonomía colectiva ese concepto es por naturaleza relativo y cambiante. ¿Peor que qué? ¿Peor que el texto convencional anterior o que las consecuencias que sobre la categoría profesional se derivarían de no revisarlo? Es este un juicio que le compete al sindicato; no se trata solo de fortalecerlo con esquemas legales fuertemente centralizados⁵⁸; también se le fortalece confiando en su aptitud para defender como se debe los intereses de la categoría que representa; también él debe confiar en sí mismo⁵⁹
⁶⁰.

2.2.2. La condición más beneficiosa del convenio colectivo anterior

Cuestión algo más compleja es la que se refiere a la preservación o no de los mejores derechos que los trabajadores empleados gozaran al abrigo del convenio colectivo anterior más favorable. También en este aspecto es necesario trazar un marco valorativo que ilumine los derroteros que el ordenamiento pudo haber transitado.

En el ejercicio de la autonomía colectiva el sindicato asume y lleva la representación de la categoría profesional. Son sus intereses y no los de cada trabajador individualmente considerado los que están en juego; aquéllos por los cuáles se lucha y se negocia. Es por ello que el sindicato no puede comprometer en la negociación los derechos que cada trabajador ha incorporado al

⁵⁷ "La norma inderogable "in peius" por el convenio puede trastocarse, frente a un sindicato fuerte, en un obstáculo para la consecución de objetivos valorados como prioritarios por aquel..." (García Perrote Escartin, I op. cit. en nota 46 pág. 167)." "No tiene sentido... privar al sindicato de su poder dispositivo para la negociación de un convenio, cualesquiera que sea su contenido, si estratégica o tácticamente interesa su firma" (De la Villa, L.E. y Palomeque, M.C. "Introducción a la Economía del Trabajo", Madrid 1978 I, pág. 765, Addenda de 1981 pp.129/132, citados por García Perrote en op. y loc. cit.)

⁵⁸ Cuestionables como el nuestro, si esa centralización impuesta por la ley, desbarata, por excesiva, otros valores del propio área sindical cuya jerarquía no es inferior a la de la unidad sindical (sobre esa dosificación impropia de los valores sindicales véase, antes, nota 11).

⁵⁹ No contribuyen a consolidar esa confianza disposiciones como la del artículo 9 de la nueva ley sindical que admite la pactación de aportes de los empleadores en favor del sindicato, abriendo de ese modo cauces para la "monetización" y "comercialización" espurias de las condiciones de trabajo. A nuestro modo de ver este tipo de disposiciones lesiona insanablemente el principio de pureza sindical.

⁶⁰ Reconociendo la aptitud del convenio colectivo para derogar aún "in peius" un convenio colectivo anterior, recordamos, entre muchos otros, a Giugni, Gino, en op. y loc. cit. en nota 56; Camps Ruiz, L. M. op. cit. en nota 2, pág. 126, Hueck, Goetz "Acerca de la configuración colectiva de las relaciones individuales de trabajo" en "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pág. 39; Katz, Ernesto "Las cláusulas más favorables al trabajador" L.T. XVI-213; Deveali, Mario L. "Las cláusulas menos favorables de la nueva convención colectiva" en "El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias" Ed. Astrea 1983, t II, pág. 325; Rodríguez Mancini, Jorge en "Tratado de Derecho del Trabajo dirig. por A. L. R. Vázquez Vialard, Ed. Astrea-Bs. As. 1983, t. IV, p. 574, citando, en el mismo sentido a Krotoschin, Emesto "Tratado práctico de Derecho del Trabajo, t. I p. 64 y Camerlynck y Lyon-Caen, "Droit du Travail", p. 825. También Ramírez Bosco, Luis, en op. cit. en nota 41, p. 61. Alonso Olea (op. cit. en nota 23 pág. 616) admite la aptitud del convenio colectivo para derogar "in peius" el anterior, pero reivindica la preservación de la condición más beneficiosa del convenio derogado. Una tan rápida como bien ilustrada recorrida por algunas experiencias en el derecho comparado (Alemania, Francia, Italia y Bélgica) puede encontrarse en Von Potobsky, Geraldo, op. y loc. cit. en nota 56.

entramado de su "situación jurídica subjetiva"⁶¹ como producto de su gestión contractual individual⁶². He allí el fundamento de la preservación de la condición más beneficiosa contractual⁶³ que el ordenamiento positivo argentino consagra más de una vez (art. 8 L.C.T. y 8 ley 14.250 (t.o. 1988)).

A su vez aquellas condiciones de trabajo de las que los trabajadores gozan porque así lo dispone el convenio colectivo son, por decido de algún modo, el producto de la gestión solidaria de la categoría de la que el trabajador se beneficia, encuéntrese o no afiliado al sindicato. Si ese mismo principio de solidaridad categorial obligara a declinar algún derecho específico para preservar al conjunto de consecuencias más gravosas o para hacer posible su mejoramiento relativo con carácter global, la pretensión del trabajador de conservar individualmente para sí aquello que basta entonces ha tenido como producto de la solidaridad colectiva se erige como un acto insolidario y disfuncional. Ello implica, en efecto, instalar una percepción fragmentada y selectiva del fenómeno colectivo -y de su contenido solidario- al que se admite en sus facetas favorecedoras y se repudia en las que ya no lo son.

No hay solidaridad colectiva posible en esos términos. No solo por razones éticas; es que los empleadores no aceptarán acuerdos ni compromisos que el grueso de sus dependientes resistirán con éxito en las instancias individuales. El sindicato verá entonces nuevamente erosionada su capacidad de gestión y respuesta -esta vez de hecho- y la categoría profesional padecerá inexorablemente el daño que la inviabilidad del acuerdo impidió neutralizar.

En ese marco, sostener la vigencia del principio de la condición más beneficiosa del convenio colectivo importa una aproximación individualista e insolidaria en un fenómeno por esencia colectivo y social. Es una perspectiva que el ordenamiento laboral no tiene por que sostener, dado que se encuentra al margen de las cuestiones que plantea su dato sistemático central: la hiposuficiencia negocial del trabajador dependiente en la estera individual. Se explica entonces que la ley argentina, que de modo tan franco ha reivindicado la preservación de la condición más beneficiosa contractual, no haga lo mismo con las condiciones emergentes del convenio colectivo.

El convenio opera, como la ley, "desde afuera" del contrato individual⁶⁴ - "...el contrato colectivo no pierde su naturaleza heterónoma respecto del contrato individual..."⁶⁵ - formando el marco jurídico objetivo -"la situación jurídica objetiva" de la que hablan los administrativistas⁶⁶ -cuya sustitución le extirpa del mundo jurídico por lo que no puede uno de los sujetos "... pretender hacer sobrevivir la disciplina relativa a una institución particular como si continuase siendo regulada por el precedente contrato colectivo, sino que la relación contractual

⁶¹ Conf. García de Entrerria, E. y Fernández, Tomás-Ramón; Curso de Derecho Administrativo, t. I Madrid 1974, pág. 78.

⁶² Conf. Alonso Olea, op. cit. en nota 2, pág. 78.

⁶³ Conf. Camps Ruiz, L.M. op. cit. en nota 2 pág. 395 y Sala Franco, Tomás op. cit. en nota 4 pág.62.

⁶⁴ Conf. Krotoschin, Ernesto "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo" 2da. ed. 1962, Vol. II-69, pp. 746/47; Barassi, Ludovico "Tratado de Derecho del Trabajo" Ed. Alfa-Buenos Aires 1953, t. I p. 170 y Martín Valverde, Antonio R. T. 1984 nº 73, p. 181, cit. por García Perrote, I en op. cit. en nota 46 pág.279.

⁶⁵ Conf. Giugni, Gino, op. cit. en nota 56, pág. 192.

⁶⁶ Conf. García de Entrerria y Fernández, op. y loc. cit. en nota 61.

entera, en sus distintas instituciones, resulta regulada por el pacto subsiguiente (Casación 21/6/78 N° 3069)"⁶⁷. Las normas heterónomas conforman un marco cambiante y ajeno a las partes en las que solo pueden depositar expectativas libradas a la continuidad de su vigencia " ... al tiempo en que se concreta el hecho que determina su aplicación"⁶⁸.

⁶⁷ Conf. Giugni, Gino, op. cit. en nota 56, pág. 192.

⁶⁸ CNAT (sala IV) 30/12/1983 "in re" "Correa, Norma B. clBanco de Ultramar S.A." D.T. XLIV-A-467. El artículo 3ro. del Código Civil reformado por la ley 17.711, consagró el principio del efecto y aplicación inmediata de la nueva ley, dejando únicamente lugar a una excepción: " ... a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias". Esto se funda -sostienen Aftalion, García Olano y Vilanova ("Introducción al Derecho" Ed. Abeledo Perrot-Buenos Aires 1984 pp. 480 a 483)-" ... en que siendo leyes que no son imperativas sino que suplen la voluntad de las partes allí donde éstas no han sido suficientemente explícitas, se entiende que las partes se han remitido a la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato... *lo que se respeta no es la ley antigua en sí, sino la voluntad de las partes que dicha ley interpretaba*". Si bien el art. 3º del Código Civil se refiere a las leyes en sentido formal-imperativas y supletorias- no parece excesivamente audaz ni técnicamente desviado trasladar estos principios al convenio colectivo, norma imperativa que opera al modo en que lo hace la ley. En ese marco, resulta relevante el criterio del legislador que solo admite la *incorporación* del marco jurídico objetivo a los contratos en curso de ejecución, cuando ha mediado un *acto de voluntad* que trasciende el mero acatamiento de la norma imperativa.

3. La autonomía individual

3.1. La autonomía individual, la ley y el convenio colectivo

3.1.1. Sus relaciones.

El contrato individual no puede apartarse de las disposiciones de la ley y de los convenios si lo hace pactando condiciones menos favorables para el trabajador. Ello es consecuencia inmediata del carácter imperativo de las normas laborales y su subsecuente irrenunciabilidad inmanente.

La L.C.T. y la ley 14.250 (1.o. 1988) traducen en normas positivas esas consecuencias que de todos modos se encuentran insitas en la naturaleza misma de cada una de las normas que deben ser observadas. De ese modo, el art. 7 de la L.C.T. prohíbe la pactación individual "in peius" al tiempo que remite la determinación de sus efectos al art. 44 de la LCT (nulidad absoluta). La remisión no es feliz; el art. 44 se refiere a la nulidad absoluta del contrato mismo por nulidad o prohibición de su objeto, mientras que el art. 7 refiere un campo mucho más amplio, desde que la pactación peyorativa que merece la sanción de nulidad puede referirse a condiciones que no invalidan el objeto mismo del contrato, y por lo tanto no determinan su genérica nulidad⁶⁹; el alcance de la sanción se expresa en más adecuada dimensión en el art. 13, al que luego nos referiremos. En la misma línea, el art. 8 de la ley 14.250 dispone que "las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio de los trabajadores".

El art. 12 de la L.C.T., bajo el acápite de la irrenunciabilidad, sanciona de nulidad "toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley... los estatutos profesionales o las convenciones colectivas... ", sanción sobre la que vuelve reiteradamente el art. 13 prescribiendo que tal sanción que afecte a las cláusulas peyorativas determina "ope legis" su sustitución por las normas que se pretendieran conculcar. López⁷⁰ describió así el proceso que actúa el art. 13: "... es decir, que, por disposición legal simultáneamente se eliminan normas del contrato individual (las nulas por oposición a las más favorables de la ley o del convenio) sino que se integra o completa de nuevo el contrato mediante la sustitución legalmente dispuesta. La ley simultáneamente crea la laguna contractual (nulidad de la cláusula) y el remedio (integración: sustitución de la cláusula); solo que no se trata de una integración supletoria, por mera carencia de normas contractuales (art. 12 L.C.T.) sino de integración imperativa por eliminación e introducción forzosa de normas".

Pareciera, a nuestro modo de ver, que la cuestión es algo más simple. Las normas del ordenamiento laboral que garantizan condiciones mínimas tienen intrínseca aptitud para regular directamente los vínculos contractuales individuales⁷¹, lo cual no es contradictorio con la circunstancia de que las denota una consustancial vocación de ser desplazadas o postergadas en

⁶⁹ Conf. López. Justo, en López, J., Centeno, N. y Fernández Madrid, J. C. "Ley de Contrato de Trabajo Comentada" Ed. Cont. Mod. Tº I p. 78.

⁷⁰ Op. cit. en nota anterior, pág. 75.

⁷¹ Conf. García Perrote E.I., op. cit. pág. 428/429.

su aplicación por normas más favorables de rango inferior. El carácter peyorativo de esas normas inferiores determina su ineptitud para producir aquel desplazamiento y su nulidad como configuración jurídica de ello; suprimido el factor de desplazamiento, la norma laboral recupera su aplicabilidad plena en el contexto de su vigencia nunca comprometida.

La ley o el convenio colectivo ulterior privan de efectos a las cláusulas del contrato individual anterior que resultan menos beneficiosas. En cambio, para nada comprometen la plena vigencia de esas otras cláusulas el contrato individual que continúan consagrando beneficios superiores a los de la nueva norma (art. 8, 2do. apartado, ley 14.250 (t.o. 1988)). Uno y otro efecto no son sino ineliminable consecuencia del principio de norma mínima y de la naturaleza misma de la norma laboral; su relativa imperatividad. Es en efecto imperativa en relación al carácter mínimo irreductible de sus preceptos; ello explica la pérdida de validez de las cláusulas menos favorables del contrato individual. Es, por el contrario, meramente dispositiva respecto de estipulaciones mejores, lo que justifica clara y suficientemente la preservación de los mejores beneficios adquiridos al nivel de la pactación individual.

3.1.2. Ineptitud de las partes del contrato individual para pactar condiciones menos favorables en un contexto compensado.

No parece que las partes del contrato individual de trabajo estén dotadas de la aptitud de modelar instituciones, ni siquiera cláusulas⁷² más favorables al trabajador a partir de la modificación "in peius", aún compensada, de alguna de las condiciones específicas establecidas en la ley o en el convenio colectivo⁷³. Así lo prescribe enérgicamente el art. 7 de la L.C.T. ("las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador...") y el art. 12 del mismo ordenamiento; no existe por otra parte en este sector legal precepto alguno que establezca salvedad análoga a la que formula para las partes sociales el primer párrafo del art. 7º de la ley 14.250 (t.o. 1988).

Ese tratamiento diverso parece plenamente justificado. Ni el trabajador individual tiene la aptitud negocial del sindicato⁷⁴ -por el contrario, se le concibe y presume como hiposuficiente-, ni el producto de lo acordado queda sometido como sí lo está el convenio colectivo al contralor administrativo previo al comienzo de la producción de sus efectos. Por ello, no podemos coincidir con Justo López⁷⁵ cuando encuentra en el art. 13 de la L.C.T. el sustento normativo para trasladar el cotejo entre la ley y el contrato individual de trabajo al nivel de la cláusula como unidad de comparación⁷⁶, infiriendo de allí la preservación de la cláusula en su totalidad cuando es en su conjunto más favorable, así como su íntegra eliminación cuando lo es menos.

⁷² Sobre el concepto de cláusula y su significación en el contexto de estos temas, nos extendemos en próximas líneas y, en particular, en el apart. 3.1.3.

⁷³ Conf. Alonso Olea, Manuel, op. cit. en nota 2 pág. 818/819.

⁷⁴ Ídem, nota anterior.

⁷⁵ Op. cit. en nota 69, pág. 75.

⁷⁶ Criterio que con alcance general preconiza para este y otros supuestos de concurrencia conflictiva Aldo Cessari en "Il favor verso il pretatore di lavoro subordinato", citado por Pla Rodríguez, en op. cit. en nota 7, pág. 64. Este último desestima la teoría de la cláusula "... dada la diversidad de conceptos que puede encerrar la expresión 'cláusula' así como la muy variada función que cada una de ellas puede cumplir.

A nuestro modo de ver, las partes del contrato individual no pueden apartarse de las normas laborales imperativas ni siquiera buscándose compensación dentro del limitado ámbito de la cláusula de modo de hacer de esta, en su conjunto, una unidad más favorable. Parece más bien que el art. 13 de la L.C.T. recurre al concepto de "cláusula" no para hacer admisible su preservación si pese a alguna concreta minoración respecto del texto legal se la advierte en conjunto más favorable, sino para marcar cual es la medida hasta la que debe extenderse la inexorable nulidad y consiguiente eliminación.

De ese modo, la eliminación no seguirá el camino extremo de la acumulación estricta según la cual correspondería adscribir a la nulidad los elementos que en algún aspecto por parcial que fuere se mostraren menos favorables que la ley, preservando al tiempo aquellos otros que aún contenidos en la misma cláusula y concebidos con aquella como una unidad se reputen más favorables. Tampoco cabrá extender la nulidad de modo que involucre a todo el instituto afectado (conglobamiento orgánico); por lo tanto, aquellas de sus cláusulas que no merezcan reproche en ninguno de sus elementos conservaran su vigencia.

Desde esta óptica el concepto de cláusula no tiene lugar acá como unidad de comparación, pues la peyoración convencional individual no es en principio admisible ni en sus menores expresiones. Es, en cambio, la medida unitaria afectada por los alcances de la nulidad y consiguiente expurgación, para que en esa misma medida el texto legal imperativo que se pretendió desplazar, recupere su aptitud de normativizar la relación jurídica, a la que se refiere la cuestión. Operaría de ese modo el criterio de la acumulación, matizado tan sólo en que la eliminación de la disposición transgresiva alcanzara al conjunto de la cláusula que la contiene impidiendo de este modo un desmembramiento que tras sortear una transgresión, desemboque en un resultado disfuncional que la ley laboral tampoco apetece.

Las otras cláusulas convencionales del instituto de que se trate que no contengan elementos peyorativos y no merezcan por lo tanto reproche alguno conservarán su vigencia. Es que ellas exteriorizan el modo natural en que deben colocarse el contrato individual en relación a la ley y al convenio colectivo -complementación, suplementación- y el empleador no podrá pretender su decadencia sustentándola en la decadencia de aquellas cláusulas reprochables y como tal nulas, pues ello significaría la búsqueda de amparo en la propia torpeza⁷⁷.

3.1.3. Sobre el concepto de cláusula.

La cláusula es "un precepto negocial que no tanto presenta el requisito de la autonomía sustancial, sino que parece posteriormente inescindible, es decir, no reductible o descomponible en partes elementales, sin que eso venga a destruir la esencia unitaria del precepto"⁷⁸.

¿Cómo distinguir esta idea respecto de la de "institución" en la caracterización que la atribuyéramos supra en 2.1.2.2.2?

⁷⁷ Ello sería así, a juicio de Cessari, aún contra cualquier reserva que las partes hubieran efectuado acerca de la inescindibilidad del acuerdo celebrado entre ellas (cit. por López, en op. y loc. cit. en nota 69).

⁷⁸ Conf. Cessari, Aldo, cit. por López, en op. cit. en nota 69, pág. 76.

Podría decirse que mientras que la institución es una unidad orgánica o conceptual, la cláusula, que no presenta "... el requisito de la autonomía sustancial..."⁷⁹ es una unidad técnica de expresión o formulación normativa. Una y otra reconocen la condición de entidades unitarias inescindibles; pero esa inescindibilidad tiene una dimensión relativa distinta: el instituto es irrevocable en tanto no puede fraccionarse si se pretende que siga detentando la integridad conceptual que lo define; la cláusula lo es en la medida en que se pretenda seguir conservándole su propia condición unitaria formal. Una institución del derecho del trabajo puede encontrarse concentrada en una única cláusula; en este último caso, "institución" y "cláusula" coinciden en su dimensión formal pero siguen refiriendo ideas diferentes.

3.2 Autonomía individual y modificaciones del contrato

El debate acerca de la validez de los acuerdos entre el empleador y su dependiente tendientes a modificar en perjuicio de este último el "nivel de beneficio"⁸⁰ contractual del que este gozara anteriormente ha alcanzado el nivel de una verdadera polémica. En estudios, réplicas y contrarréplicas⁸¹ quienes allí terciamos hemos sido algo más eficaces en poner en evidencia las debilidades de las construcciones de los otros que en convencer acerca del acierto de las propias. De todos modos, ha quedado una vez más en evidencia la manera modesta pero consistente en que la tarea doctrinaria genera un proceso de enriquecimiento acumulativo, que deja para los análisis posteriores, para el aplicador y el intérprete, para el legislador y el político social un espectro amplísimo de ideas, perspectivas y reflexiones que contribuirá más tarde o más temprano a iluminar el camino que conduce a la mejor solución.

Preferiríamos en esta oportunidad dejar por un momento a un la de la tarea hermenéutica y llamar de nuevo la atención -lo han hecho antes la mayoría de los que han abordado el tema- sobre su dimensión axiológica y social. Desde estas perspectivas vuelve a preocuparnos la posibilidad de asistir impasibles al predominio incontenible de la voluntad prevalente del empleador, como si la desigual aptitud negocial que denota al vínculo dependiente evanesciera cuando de las condiciones del contrato -y no de las de la ley o del convenio colectivo- se trata.

⁷⁹ Ídem, nota anterior.

⁸⁰ En el caso de la modificación "in peius" del contrato de trabajo, el "nivel de beneficio" (ver nota 17) debe establecerse en forma global, es decir, a partir de la consideración de todas las estipulaciones del contrato en forma conjunta, y no de las de cada institución. Hemos explicado este criterio en nuestro "Acuerdo modificador del contrato de trabajo en perjuicio del trabajador; injusta amenaza y lesión subjetiva" L.T. XXXIV p. 401 en part p. 403.

⁸¹ Entre otros De La Fuente, Horacio "Renuncia de derechos y modificaciones del Contrato de trabajo" LT. XXXIV, p. 1; del mismo autor, "Protección del salario frente al empleador. Nulidad de los acuerdos que no reduzcan el salario" en Estudios en homenaje a Pla Rodríguez, Ed. Amelio Fernández, Montevideo-II, p. 161 y "De nuevo sobre la renuncia de derechos y las modificaciones del contrato de trabajo. Estado actual de 13 controversias" LT. XXXV -903; Vázquez Vialard, Antonio "Validez de los acuerdos modificatorios de auténticas condiciones de trabajo fundadas en derechos nacidos de normas imperativas" LT. XXXIV p. 241 y 481 y "El principio de irrenunciabilidad: estado actual de la doctrina judicial y de los autores" D.T. 1986-B-1215; Etala, Carlos A. "El orden público laboral, la revisión del contrato y el vicio de lesión" L.T. XXXIII-561 y "La rebaja remuneratoria y el consentimiento del trabajador" LT. XXXIV p. 99; Ramírez Bosco, Luis "La derogación convencional de cláusulas contractuales más favorables"; García Martínez, Roberto "La irrenunciabilidad y el orden público laboral" D.T. 1986-B-1751; Zas, Oscar "El principio de irrenunciabilidad y la rebaja remuneratoria" D.L. 1986-481; Goldin, Adrián O. op. cit. en nota anterior.

Pero estamos lejos de encontrar la respuesta en la proyección a ultranza del principio de irrenunciabilidad. Este no ha de llegar más allá de la declamación generosa cuando se le invoque en un contexto de exacerbada fragilidad como el del contrato de trabajo, que preserva la irrestricta discrecionalidad empresarial en la determinación del acceso al empleo, así como en su extinción, marco dentro del cual toda resistencia declinara finalmente con el despido. Por otra parte, al negarse la posibilidad de modificar el contrato, el destino de todas aquellas relaciones de trabajo que ante nuevas circunstancias de diversa naturaleza -críticas o no- se demuestren técnica o económicamente inviables si no se las adecua, será inevitablemente el de su aniquilación. El ordenamiento estaría prohiendo de ese modo tendencias extintivas, en las que una concepción tal vez extremosa del principio protectorio, operaría destructivamente sobre el principio de conservación del contrato de trabajo, cuando este último sin lugar a dudas es concreta emanación de aquél.

Es que la lógica tradicional de la protección -decíamos hace no mucho⁸²- ya no parece tener las respuestas adecuadas; por lo menos no las suficientes. Señalábamos entonces la necesidad de trasladar ciertos énfasis sobre una lógica tutelar distinta, cuya eficacia se sostenga más sobre los instrumentos de gestión tutelar colectiva, autónoma y participativa que sobre invigentes prerrogativas legales. Es en ese marco en el que se encontraran instrumentos aptos para dar respuestas eficaces a la problemática de las modificaciones de los contratos de trabajo que no transgredan el marco imperativo de la ley.

Una de las técnicas más eficaces consiste en someter esas modificaciones a una ágil instancia de convalidación previa que frustre conductas abusivas y dote de certidumbre y legitimidad sustancial al nuevo "status" contractual. Para ello, es necesario desarrollar mecanismos paritarios de colaboración y consulta *provistos de información suficiente*, para que en tiempo propio y a partir del conocimiento inmediato y circunstanciado de la realidad contextual, hagan posible la adecuación de los contratos y su consiguiente continuidad al abrigo de inicios avances sobre la menguada capacidad negocial del trabajador dependiente.

La instrumentación de esas técnicas está al alcance de la negociación colectiva. Los protagonistas sociales hoy tienen la palabra.

⁸² En "Hacia el reconocimiento constitucional del Derecho a la información" publicado en D.T. 1988, p. 1.