

Bajo este aspecto consideramos oportuno señalar una decisión dictada el 30 de diciembre de 1958 por la Corte Constitucional de la República italiana, que declaró la inconstitucionalidad del decreto legislativo n° 929 que había fijado un imponible de mano de obra para las empresas agrícolas. En este fallo, la Corte italiana, integrada por eminentes juristas y presidida por S. E. Azzariti, examina los alcances del art. 41 de la Constitución de ese país, según el cual "la iniciativa económica privada es libre" y afirma que "en la locución 'iniciativa económica' deben comprenderse no solamente las actividades dirigidas a crear y constituir una empresa, sino también las inherentes a la vida y al desarrollo de ésta". El último inciso del artículo citado, dispone que "la ley determina los programas y los oportunos controles para que la actividad económica, pública y privada, pueda ser encauzada y coordinada para fines sociales"; pero la Corte entiende que esta disposición —evidentemente muy avanzada y que se explica teniendo en cuenta el momento y el ambiente en que fue sancionada la primera constitución republicana de ese país— no importa la "legitimidad de normas que, en lugar de informarse en una visión general en el sentido indicado, estén estructuradas en manera de interferir en la actividad económica de cada empresa, turbando y comprimiendo aquella iniciativa privada que está garantizada por el primer inciso del mismo artículo. La obligación impuesta a empresarios de contratar personal aun contra la valoración hecha por ellos de la organización de sus empresas, queda extraña a lo dispuesto en el tercer inciso y no puede encuadrarse en el marco de las providencias de orden general previstas en él".

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

15) La interpretación de las leyes del trabajo*

1. Naturaleza del derecho del trabajo. — La discusión sobre la autonomía y el carácter del derecho del trabajo no tiene únicamente alcance doctrinario, sino que influye sobre los criterios que deben adoptarse en la interpretación de las leyes laborales.

Si se entiende que cada ley laboral forma parte del derecho civil o del comercial —según el código a que está incorporada o la materia a la cual se refiere— corresponderá interpretarla de acuerdo a los principios que rigen en materia civil o comercial, respectivamente. Es lo que ha sido sostenido en nuestro país en cuanto a la ley de accidentes, por haber sido incorporada al Código Civil, y en cuanto a la ley 11.729, por haber sido incorporada al Código de Comercio.

Evidentemente, estas soluciones no son ya aceptables cuando se admite la autonomía del derecho del trabajo¹. Una vez reconocida —como lo hace la mayoría de la doctrina— la autonomía del derecho del trabajo, es menester aclarar el carácter del mismo.

Una primera corriente entiende que se trata de un derecho clasista, de un estatuto que traduce la aspiración de una clase social por obtener inmediatamente un mejoramiento en sus condiciones de vida². En cuanto a los criterios que deben regir la interpretación de las leyes laborales, esta corriente llega a las mismas conclusiones a que arriba la corriente tradicionalista, la cual, aun admitiendo, dentro de límites muy estrechos, la autonomía del de-

* Publicado en DT, 1948-161, reproducción autorizada por La Ley S.A.E.I.

¹ Pergolesi, después de expresar que no existe un sistema especial de interpretación del derecho del trabajo, puesto que rigen los principios propios de cada una de sus fuentes (derecho constitucional en cuanto a las leyes, derecho corporativo en cuanto a las fuentes colectivas, y derecho civil en cuanto a los contratos individuales), admite que, en cuanto a los principios generales, estos deben encontrarse en el sistema mismo del derecho del trabajo y destaca en una nota, que en esto se manifiesta la importancia de la autonomía de tal rama del derecho (*Tratado di diritto del lavoro*, Padua, vol. I, p. 52).

² Véase en este sentido, De la Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, 2ª ed., p. 334.

recho del trabajo, considera que sus disposiciones tienen un carácter de excepción frente a los principios básicos del derecho privado. En efecto, las normas que otorgan privilegios, tienen el carácter de normas excepcionales, y es sabido que estas últimas no pueden interpretarse en forma extensiva o analógica. No debe pues extrañar que los sostenedores del derecho clasista, que lo estudian con espíritu jurídico, lleguen a las mismas conclusiones que fueron adoptadas por la jurisprudencia y la doctrina frente a las primeras leyes de carácter laboral¹.

Una segunda corriente, aun negando el carácter clasista del derecho del trabajo, insiste sobre la finalidad del mismo de otorgar a los trabajadores una defensa contra la preponderancia patronal. Los trabajadores se encuentran frente a sus empleadores en una situación de inferioridad que anula su libertad contractual. De ahí la necesidad de una intervención de la ley para restablecer el equilibrio que no existe en la realidad, contrariamente a lo que suponen los ordenamientos netamente liberales.

Esta posición parece ser la más exacta, especialmente en los países de América donde la legislación laboral no representa el resultado de una lucha de clases, sino que ha sido otorgada —en la generalidad de los casos— por gobiernos de carácter burgués, en aplicación de los principios de justicia social que desde hace tiempo han sido incorporados a la cultura contemporánea, como integración de los principios igualitarios afirmados por la revolución francesa.

De acuerdo con esta concepción, el derecho del trabajo no es un derecho de excepción que sanciona privilegios conquistados con la fuerza, sino que constituye un derecho *especial*, que se distingue del derecho *común*, especialmente porque, mientras el segundo supone la *igualdad* de las partes, el primero presupone una situación de *desigualdad* que tiende a corregir con otras desigualdades².

2. El principio "in dubio pro operario". — El carácter especial del derecho del trabajo importa una primera consecuencia, de notable trascendencia, o sea, el rechazo del principio admitido en el derecho privado, según el cual los casos dudosos deben resolverse a favor del deudor (*in dubio pro reo*). Este principio, que en un primer tiempo fuera ampliamente aplicado aun en el campo de las relaciones laborales, por considerarse las mismas como excepciones a los principios del derecho privado, no puede ser ya admitido; una vez que se reconoce la autonomía del derecho del trabajo, se admite su carácter especial y se acepta que su propósito consiste en otorgar un amparo a la parte más débil en el contrato de trabajo; parte más débil que, precisamente a con-

¹ De la Cueva, Mario, después de destacar el carácter clasista del derecho del trabajo, niega al juez la potestad de "realizar con los otros órganos en el mejoramiento de las condiciones de vida de los obreros". El derecho del trabajo es un mínimo de garantías en beneficio de los obreros, no todo aquello a lo cual tienen derecho, "pero otros procedimientos y no la jurisprudencia, son los vehículos de su evolución".

² Interpretar el derecho del trabajo conforme a su naturaleza —agrega— "no quiere decir crearlo, y si esto último es posible en el derecho civil cuando existen lagunas en la ley, no puede hacerse en el de trabajo por la ya marcada diferente función de las fuentes formales del derecho" (*Derecho mexicano del trabajo*, p. 335).

³ Como bien dice Couture, "el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades" (*Estudios de derecho procesal civil*, t. I, p. 275).

secuencia de su debilidad, se encuentra en la mayoría de los casos en la situación de parte acreedora.

Esta finalidad de amparo del derecho del trabajo no es una mera creación de la doctrina. Basta analizar cualquier ley obrera, cualquier código o recopilación, para destacar que siempre figura en ellos —en forma más o menos expresa— la cláusula que prohíbe las convenciones que reducen los beneficios que se otorgan a los trabajadores, admitiéndose en cambio las que resulten más favorables para éstos.

Si el derecho privado acepta el principio del *favor pro reo*, es porque, en la generalidad de las relaciones civiles o comerciales, el deudor es el más débil y necesitado. Pero en las relaciones laborales ocurre exactamente lo contrario, puesto que en la generalidad de los casos el trabajador, cuya situación de debilidad frente al empleador constituye el supuesto básico del derecho laboral, se presenta como acreedor frente a su empleador (deudor).

En el derecho del trabajo corresponde pues, no sólo rechazar el principio del derecho privado, sino que, en virtud del mismo proceso lógico que justifica tal principio³, debe admitirse el otro principio, que frecuentemente resultará antagónico, del *in dubio pro operario*⁴.

3. Sus límites. Situaciones personales y finalidad social. — Es obvio que el criterio aludido —tal como ocurre en el derecho privado en cuanto al principio opuesto— debe ser aplicado: a) sólo cuando *realmente exista una duda sobre el alcance de la norma legal*⁵ y b) siempre que *no esté en pugna*

⁴ En sentido idéntico, Barassi destaca que el derecho común, cuando ampara a "quien ha contraído la obligación" (art. 1137 del viejo Código Civil italiano), impone substancialmente aquella ley de equilibrio en que se inspira la legislación del trabajo (*Il diritto del lavoro*, vol. I, p. 83).

⁵ Véase, en sentido idéntico, Cesarino Junior, el cual expresa que "siendo el derecho social, en último análisis, el sistema legal de protección de los económicamente débiles (*hiposuficientes*), resulta claro que, en caso de duda, la interpretación deberá siempre ser a favor de la parte económicamente más débil, que es el empleado" (*Derecho social brasileiro*, 2ª ed., vol. I, p. 104).

En el mismo sentido véase, Pérez Botija, *El derecho del trabajo*, p. 130.

Entre los autores que más decididamente han combatido este principio, cabe señalar al profesor brasileño J. Pinto Antunes. Este autor sostiene que, al adoptarse el principio *in dubio pro operario*, se viola la Constitución de su país y las bases fundamentales del régimen económico y político contemporáneo.

⁶ Decidir, en caso de duda, en favor del trabajador, es actuar contra la letra y el espíritu del régimen, es juzgar contra la voluntad del Estado, que tiene en la empresa y, por consiguiente, en la totalidad del organismo productor, el interés público por excelencia. No son las partes sino el conjunto, lo que constituye el objeto de la producción pública. El intérprete debe tener en cuenta, ante todo, la conservación de la vida de la empresa, y no sacrificarla, en las decisiones judiciales, a los intereses inmediatos y exclusivos de uno de los elementos que colaboran en la misma, sea el capital o el trabajo, aisladamente considerados" (*A interpretação das leis do trabalho*, en "Revista de direito social", vol. IV, nº 21, 1943).

Alipio Silveira adhiere substancialmente a esta opinión al afirmar que el principio "en la duda a favor del trabajador", es falso como principio general de derecho. El derecho del trabajo debe ser interpretado teleológicamente, en forma de armonizar los intereses de la empresa y los de los empleados. Si después de haber utilizado los recursos comunes de la hermenéutica, persisten todavía dudas, el juez debe proceder a una delicada investigación valorativa entre los intereses de las partes, y, a veces, podrán prevalecer los intereses de la empresa, puesto que el derecho del trabajo los tiene en debida cuenta (*O fator político-social na interpretação das leis*, p. 140).

⁷ El profesor Dorval de Lacerda señala que siendo la ley laboral "hecha para compensar la desigualdad jurídica de las partes, de acuerdo siempre con los superiores intereses de la Nación, debe el juez, o quien la aplica, darle tal sentido, que la justifica". El principio *in dubio pro misero* puede pues ser admitido únicamente en el caso de existir verdadera duda y no cuando se trata de otorgar derechos todavía no contemplados por la ley, en cuyo caso "volverá a prevalecer la equiponderancia del juez" (*A renúncia no direito do trabalho*, p. 14).

con la voluntad del legislador⁸. La primera limitación no merece aclaración, estando implícita en la misma enunciación del principio *in dubio pro operario*. Nos limitamos pues a considerar el alcance de la segunda.

La interpretación literal, tan en auge en el siglo pasado, ha perdido hoy día mucho de su importancia frente a las teorías más modernas. Su valor, tan discutido en otros campos, resulta menor aun en el campo del derecho del trabajo⁹, puesto que la mayoría de sus disposiciones son el resultado de improvisaciones legislativas o de convenciones estipuladas entre personas ignoras del tecnicismo legislativo o contractual.

Todas las teorías sobre interpretación de la ley coinciden, en cambio, en admitir el valor que debe reconocerse a la voluntad del legislador, a la *ratio legis*, o sea al *espíritu de la ley*, como lo dispone expresamente el art. 16 de nuestro Código Civil.

Ahora bien, cuando se admite que el espíritu de la legislación laboral consiste en otorgar un amparo a los trabajadores, no se reconoce que esto constituya su *única y última* finalidad.

En muchos ordenamientos –y no solamente en los de carácter corporativo¹⁰– el amparo especial que se otorga a los trabajadores, constituye simplemente un medio para reconstruir el equilibrio entre los distintos factores que concurren en la producción y defender en esta forma el bienestar de toda la colectividad¹¹.

Como bien lo destacan Durand y Jaussaud, una disposición legal concilia a menudo los tres intereses: de los empleadores, de los trabajadores y de la colectividad. En estos casos, al interpretar la ley en favor de los trabajadores, se rompería el equilibrio que está en el propósito de la ley¹².

En segundo lugar, corresponde recordar que el derecho del trabajo, debido a su carácter eminentemente *social* –carácter que sirve para diferenciarlo del derecho privado tradicional, de corte eminentemente *individualista*– prescinde a menudo de la *situación personal* de las partes a que se refieren sus dis-

⁸ Greco señala que la regla según la cual las dudas deben solucionarse en el sentido más favorable al trabajador, se justifica sólo dentro de ciertos límites y debe ser aplicada con cautela. "La legislación social y el sistema de las normas colectivas están ciertamente inspirados por el principio del amparo de los trabajadores, pero el amparo no significa que, a todo costo, se tenga que favorecer los intereses de estos últimos en detrimento de los empleadores. Por consiguiente, donde la misma ley de amparo se calla, o deja lugar a dudas, la cuestión debe solucionarse, no según una ciega tendencia unilateral, en un único sentido, sino de acuerdo con una equitativa valoración y contemperando justamente los opuestos intereses de las partes" (*Il contratto di lavoro*, p. 79).

⁹ Contra la interpretación, exegético-mecánica de la legislación laboral, véase el fallo de la CApeTrab. Sala I, 2811/1947, DT, 1948-181.

¹⁰ En cuanto al ordenamiento corporativo italiano, puede consultarse Riva Sansaverino, la cual expresa que en la interpretación del derecho del trabajo corresponde tener en cuenta los principios generales del ordenamiento corporativo. Por consiguiente, "la interpretación será conducida en forma de favorecer lo más posible el equilibrio de los opuestos intereses patronales y obreros y la recíproca colaboración de las categorías productoras, sobre la base de la subordinación de todo interés, individual o de categoría, a los intereses superiores de la producción y del Estado" (*Corso di diritto del lavoro*, p. 54).

¹¹ Por lo que se refiere al derecho argentino, véanse los considerandos del decr. 4685/47 (publicado en DT, 1947-117) donde el nuevo derecho del trabajo y la acción consecuente de los individuos y poderes públicos son contemplados "como el medio más eficaz para que de una vez por todas se establezca el tan buscado equilibrio entre las diversas fuerzas económicas".

¹² *Traité de droit du travail*, Paris, 1947, t. I, p. 261.

tintas normas, preocupándose exclusiva o prevalentemente de la *finalidad social* que se propone realizar¹³.

Es frecuente el caso en que el amparo de un grupo requiere el sacrificio de algún interés individual de los miembros que lo componen. Es lo que ocurre normalmente cuando se fijan *indemnizaciones tarifarias*, tan frecuentes en la legislación laboral. Cada tarifa, por perfecta y detallada que sea, no puede evitar el inconveniente de otorgar algo más a algunos y algo menos a otros. Y lo mismo ocurre cuando se fijan los salarios relacionados con las calificaciones profesionales.

Sería evidentemente inadmisibles, en el caso de una indemnización tarifaria que resultare inferior al daño efectivo, reconocer al juez la potestad de aumentar su monto en forma de hacerlo coincidir con el daño sufrido; negándole en cambio la facultad de reducirlo cuando la indemnización resulte superior al daño. Ahora bien, si se admitiera esta doble facultad del juez, de aumentar o disminuir la indemnización tarifaria, evidentemente se iría contra la *voluntad del legislador* que ha considerado más conveniente, a los efectos del amparo del grupo interesado, fijar una tarifa, en lugar de admitir la valuación del daño por el juez caso por caso.

Corresponde además tener en cuenta que las tarifas no siempre se proponen exclusivamente adecuar su monto al daño efectivo que se presenta en cada situación. En algunos casos –como ocurrió con la tarifa de accidentes y como ocurre con las indemnizaciones por despido– la tarifa representa un promedio entre los casos en que el daño efectivamente existe y aquéllos en que no existe, o sea, se refiere no solamente al *quantum*, sino también al *an debeat*. No podría pues aumentarse la indemnización por preaviso en favor del trabajador despedido que no encontró empleo dentro del plazo correspondiente, sin negarla –por idéntica razón– al empleado que encontró inmediatamente el nuevo empleo.

Lo que resulta evidente en el caso de las *tarifas*, ocurre, si bien en forma menos manifiesta, en otras numerosas disposiciones laborales. Muy a menudo una medida de amparo especialmente intensa, está acompañada por una disposición que reduce notablemente su campo de aplicación, o sea, a *mayor intensidad*, corresponde una *menor extensión*. Otras veces, los beneficios que se otorgan en una situación, son compensados en una misma ley por las restricciones que se imponen en otra. Es lo que ha ocurrido en Italia, cuando se han reducido los plazos de preaviso para compensar la creación de la indemnización por antigüedad.

Cada ley tiene su *economía*, y, especialmente en el campo laboral, la economía se realiza con cierta prescindencia de las situaciones individuales, singularmente consideradas (de los empleados o de los empleadores), con-

¹³ En este sentido debe interpretarse, según nuestro entender, la conocida opinión expresada por Capitant en el prefacio al *Traité de Rouast y Givord*: "cuando se trata de interpretar las leyes sociales, es menester atemperar el espíritu del jurista agregando algunas gotas de espíritu social; en caso contrario, se corre el peligro de sacrificar la verdad a la lógica" (p. XII). Destacamos que el eminente jurista francés formula la afirmación que precede, al criticar la doctrina que hace depender la aplicabilidad de las leyes laborales de la validez del contrato de trabajo; critica que también nosotros hemos hecho en muchas oportunidades.

templando en cambio el aspecto global: conjunto de los beneficios que se otorgan y de las cargas que se imponen, en cada sector de actividades¹⁴.

4. Exigencias especiales a que deben ajustarse las leyes laborales. — La finalidad social de las leyes laborales influye también bajo otros aspectos. El legislador social, al dictar nuevas normas, no siempre puede adoptar sin más la solución que parecería más beneficiosa para los trabajadores interesados, sino que a menudo debe tener en cuenta otras exigencias de carácter práctico, que aconsejan *soluciones parciales o menos perfectas*. Se trata de evitar, o reducir, el inconveniente de las evasiones: de evitar excesivos desequilibrios entre trabajadores que realizan tareas parecidas o entre sectores que desarrollan actividades que pueden substituirse recíprocamente; de evitar o reducir dificultades inherentes a la aplicación práctica de las nuevas normas, etcétera.

En todos estos casos el intérprete, al investigar la *ratio legis*, debe tener en cuenta que el legislador, al mismo tiempo que se ha propuesto otorgar un beneficio, se ha preocupado de evitar que la nueva norma ocasione ciertos *inconvenientes*. Solamente en esta forma se interpreta fielmente la voluntad del legislador y se evita el peligro de que una norma deje de producir los efectos que se propone, u ocasione perjuicios que el legislador quiso prevenir.

5. La "ratio legis" y las facultades del intérprete. — Esta reconstrucción de la voluntad de la ley no puede nunca llevar a conclusiones taxativas e inmutables. La vida económica y social de los países se transforma muy rápidamente, a un ritmo más veloz aún que el que caracteriza al desarrollo de la legislación social.

Son numerosas las normas que resultan derogadas tácitamente, en virtud de normas posteriores. Pero más numerosas aún son las disposiciones que, sin haber sido derogadas, expresa o tácitamente, pierden sin embargo y por entero, su trascendencia, por haberse modificado substancialmente las condiciones a que se referían; como ocurre, por ejemplo, en el caso de haber desaparecido el peligro que tales disposiciones proponíanse evitar. Evidentemente, en estos casos, el intérprete no puede alejarse del texto legal¹⁵. Pero, de no existir una disposición taxativa, tiene la obligación de tomar en

¹⁴ Barassi señala que no siempre se puede, en obsequio a la finalidad protectora de la ley, integrar la fórmula legislativa. "Existen silencios y reticencias legislativas no fortuitas, sino probablemente meditadas. En estos casos es menester atenderse al criterio opuesto al de la analogía, o sea, el de: *ubi lex voluit, dixit*". Cuando el legislador extiende, lo más posible, la disciplina tutelar mediante fórmulas medidas y amplias, la interpretación de una fórmula dudosa si quiere coincidir con la finalidad y la economía general de la ley, debe abstenerse de integrarla en sentido unilateral (*Il diritto del lavoro*, vol. I, p. 87).

¹⁵ De Litala, después de destacar que, según la legislación corporativa italiana, la Magistratura del Trabajo no podía aplicar en la decisión de las controversias individuales, los principios de la equidad (a diferencia de lo que podía hacer, por expresa disposición legal, en las controversias colectivas), afirma que esta solución es justificada "puesto que la norma debe ser siempre interpretada según la más rigurosa técnica y lógica jurídica: *stultus videtur sapientia quae lege vult sapienter videri*" (*Diritto processuale del lavoro*, 2ª ed., p. 50 y 51). Pero, en una nota a pie de página, atenúa notablemente su posición ortodoxa, señalando que "la equidad es una aspiración del espíritu universal y como tal una calidad del derecho, no pudiéndose concebir un derecho que no sea equitativo, siendo la equidad la justicia natural, manifestada por la conciencia jurídica del pueblo. Si la esencia y la razón de ser del derecho, es la equidad, corresponde, en la aplicación del mismo, adaptar el principio de *égalité générale*, a *desigualdades especiales*, que pueden presentarse en los casos concretos. La equidad no es norma, pero es espíritu animador de la misma, al cual el intérprete debe siempre atenderse, a condición de no violar el tenor de la norma misma".

cuenta la nueva situación, a fin de evitar la aplicación de una norma a casos que no coinciden con los que era posible prever cuando la misma se dictó, o por lo menos deberá ceñir su aplicación a los casos que menos se alejen de los supuestos que justificaron la ley.

Igualmente, debe tener en cuenta —dentro de los límites antes indicados— las nuevas orientaciones de la legislación social de cada país¹⁶, evitando el inconveniente de identificar la voluntad de la ley —que tiene su vida, durante la cual se amolda, con suficiente elasticidad, a las nuevas situaciones— con la voluntad declarada por las *personas* que intervinieron en su redacción o sanción¹⁷, tal como lo pretende el método filológico-histórico.

Las facultades del intérprete, en el campo del derecho laboral, pueden parecer más reducidas que las que le corresponden en los otros campos del derecho privado, debido a que en éstos el legislador se limita normalmente a dictar normas de carácter general, a diferencia de lo que ocurre en la legislación laboral, en que prevalece el carácter detallista. Pero cabe recordar que muy a menudo, el legislador laboral deja expresamente un amplio margen al criterio discrecional del juez, como ocurre por ejemplo en el caso del art. 159 de la ley 11.729. Por otra parte, exactamente en virtud del aludido carácter detallista de las leyes laborales, son numerosas las situaciones no previstas *expresamente* por los textos legales; fenómeno que se acentúa por efecto de la rápida evolución y transformación de las relaciones contempladas por el derecho del trabajo.

De ahí la necesidad para el intérprete de recurrir frecuentemente a la *interpretación analógica*, que consideramos admisible en el campo del derecho del trabajo¹⁸, aunque deba ser utilizada con la mayor cautela, teniendo siem-

¹⁶ Por lo que al derecho argentino se refiere, cabe recordar que el citado decr. 4865/47 dispone que los principios formulados en la "Declaración de los derechos del trabajador", servirán como norma para la interpretación y reglamentación de las leyes vigentes en materia de trabajo. Se admite en esta forma la posibilidad —que en el caso concreto constituye una obligación, cuando menos para la administración pública— de aplicar los principios enunciados en el año 1947, en la interpretación de leyes sancionadas aun con mucha anterioridad.

En sentido idéntico, en cuanto a la legislación italiana, véase Barassi, *Il diritto del lavoro*, p. 85.

¹⁷ Esta es la posición del *sistema histórico-evolutivo* que, como bien lo destaca Barassi, identifica la intención del legislador con "la razón objetiva de la ley, a la cual es menester conformar la significación de las palabras y la integración de las lagunas", aun cuando sea necesario abandonar la originaria opinión de sus compiladores (*Il diritto del lavoro*, t. I, p. 84 y 85).

Igualmente conocimos con el elogio que el prestigioso jurista italiano hace de la jurisprudencia latina, que sobresale en adaptar sabiamente la norma jurídica al ambiente, "merced a su fin y a veces dinámico sentido de la vida vivida y de las más vivas aspiraciones del momento" (*Il diritto del lavoro*).

Sobre la posición adoptada por los defensores de la interpretación filológico-histórica y de la lógico-sistemática, véase el estudio de García Maynez, *Interpretación en general e interpretación jurídica*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", de México, jul.-dic. 1947, p. 4.

Como bien lo destaca Bramuglia, estas últimas formas de interpretación "niegan la vida misma, que es movimiento y transformación constante, revisiendo, a pesar de los nuevos fenómenos sociales, la letra estatutaria de las leyes" (*La prestación social argentina*, p. 72).

¹⁸ La posibilidad de llenar las lagunas mediante la analogía, ha sido ampliamente debatida por la doctrina italiana, en lo que se refiere a los convenios colectivos. Guidotti ha insistido sobre las inevitables deficiencias de los convenios colectivos, ocasionadas por la imposibilidad de contemplar todos los multiformes aspectos de las relaciones de trabajo, por la necesidad, de naturaleza contingente y política, de acelerar las estipulaciones contractuales y por la extrema movilidad de las formas en que se realiza el trabajo en un período de intensa mecanización. Se ha preguntado pues, qué es lo que tiene que hacer el intérprete de un convenio colectivo, cuando no encuentra en el mismo una disposición expresa para el caso

pre presente la "ratio" de las leyes que se trata de integrar y la de las normas que se trata de extender.

6. Interpretación de las leyes de previsión. — Merecen consideración aparte las leyes de previsión social. Estas leyes, que en un primer tiempo pudieron ser contempladas como pertenecientes al derecho del trabajo, están alejándose cada vez más del mismo, como lo demuestra el hecho de que la afiliación obligatoria, en la mayoría de los sistemas, no está ya limitada — como lo estuviera inicialmente — a los trabajadores subordinados, sino que ha sido extendida a los trabajadores autónomos, a los empleadores y, en algunos casos, a la totalidad de los habitantes de un país, lo que explica cómo algunos autores hablan de la previsión como de una ciencia, de un derecho autónomo, diferenciado del derecho del trabajo¹⁹.

Aun cuando no se admita tal autonomía, es menester reconocer algunas diferencias fundamentales entre las leyes laborales y las de previsión. Tales diferencias serán más o menos profundas, según el sistema de previsión adoptado en cada país. Pero una diferencia siempre existe y consiste en el hecho de que las relaciones previstas por las leyes de previsión, intercurrentes entre los afiliados y el instituto de previsión y no entre el trabajador y el empleador. Si bien es cierto que las leyes de previsión ocasionan también relaciones entre el instituto y los empleadores, en su calidad de contribuyentes o agentes de retención, estas relaciones tienen una trascendencia secundaria frente a las que se producen entre los afiliados y el instituto; al punto de que fueron juzgadas de carácter comercial, en el caso de ser el empleador un comerciante²⁰ y extrañas a la jurisdicción de la justicia del trabajo²¹.

El afiliado no discute sus derechos frente al empleador, sino frente a la caja o el instituto, que generalmente es un órgano estatal, creado expresamente para el amparo de los afiliados y en cuya administración éstos intervienen en forma más o menos eficiente. Desaparece pues la situación de debilidad obrera frente a la preponderancia patronal, que justifica el principio *in dubio pro operario*. ¿Deberá, entonces, volverse al principio del derecho tradicional, de resolver las dudas en favor del deudor, o sea de la caja o insti-

en examen, como ocurre cuando no encuentra contemplada la tarea propia de una determinada clase de obreros. ¿Debe el juez opinar que en este caso la determinación del salario ha sido librada al acuerdo individual o debe aplicar analógicamente el salario correspondiente a la tarea más afín? (*Il problema delle lacune e il contratto collettivo di lavoro*. Informe al Convenio Sindical Corporativo, promovido por la "Rivista del lavoro").

Guidotti se pronuncia a favor de esta última alternativa, pero esa solución es refutada por Pergolesi, el cual destaca que en el caso aludido no puede hablarse de lagunas, sino más bien de interpretación de la voluntad. Este autor, niega igualmente la posibilidad de aplicar, por analogía, las disposiciones del convenio que rige para una categoría profesional, a otras categorías, cuyo convenio colectivo nada dispone al respecto.

Cabe destacar que Pergolesi rechaza la posibilidad de la analogía, tanto en caso de que se reconozca al convenio colectivo el carácter contractual, como en caso de asimilarse el mismo a la ley (*Tratato di diritto corporativo*, dir. Chiarelli, Parte 1, n.º 334 a 337).

¹⁹ Gabriel Bonilla Marín, *Teoría del seguro social*, México, 1945.

²⁰ Una reciente decisión de la CCom Cap. ha reconocido al Instituto de Previsión el derecho de pedir la quiebra del empleador que no ha cumplido con la obligación de abonar los aportes jubilatorios.

²¹ CApelTrab. Sala II, 20/8/1946, DT, 1946-555.

tuto de previsión? Entendemos que este interrogante no admite una respuesta de carácter general.

En el campo de la previsión están en conflicto dos principios igualmente ponderables. Por un lado, cabe considerar que lo que se otorga a un afiliado, es algo que se quita a sus compañeros, que han pagado las contribuciones y que son acreedores de los futuros beneficios²². Esta consideración ha ejercido una notable influencia sobre la orientación de la jurisprudencia administrativa y judicial que se ha dictado en un primer tiempo en materia de previsión.

Pero, por otro lado, corresponde tener en cuenta que la previsión ha sido creada principalmente para poner remedio a las necesidades más apremiantes de los trabajadores y faltaría pues a su finalidad si, por un exagerado apego a la letra de la ley, dejara sin amparo a los trabajadores necesitados. Este segundo aspecto es el que ha influenciado las últimas manifestaciones de la jurisprudencia que, de acuerdo a las actuales orientaciones legislativas, se ha esforzado por ampliar cada vez más el número de los beneficiarios y el monto de los beneficios²³.

También en este campo, como en el de la legislación propiamente laboral, las orientaciones legislativas ejercen una marcada influencia sobre la interpretación de las normas legales²⁴, influencia que, dentro de los límites *supra* indicados, consideramos perfectamente justificada.

Cuando la orientación legislativa no ofrece un criterio seguro para la solución de los casos dudosos, entendemos que es necesario hacer una distinción fundamental, entre los beneficios destinados a solucionar *necesidades urgentes y primarias de los trabajadores y sus familias*, como sería la asistencia médica o la intervención quirúrgica en casos de urgencia, y los destinados simplemente a ofrecer *comodidades en proporción a los aportes abonados*, como ocurriría en el caso de las pensiones por vejez o jubilaciones que se otorgan a los afiliados que disfrutaban todavía de aptitud laboral.

Según nuestra modesta opinión, el conflicto entre el interés del *individuo* y el del *grupo* al cual pertenece, debe resolverse — por ser ambos igualmente respetables — teniendo en cuenta la distinta *intensidad*. Cuando se trata de la primera clase de beneficios, es evidente que el interés individual es más *intenso* que el del grupo social. Lo contrario acontece en cuanto a la segunda clase de beneficios.

Si nuestro planteo es exacto, debería concluirse que, en el primer caso, las situaciones dudosas deben resolverse en favor del afiliado, mientras que en el segundo, las dudas interpretativas deberían solucionarse en favor del instituto de previsión, o sea, del deudor.

²² Véase mi nota *Naturaleza del seguro de maternidad*, DT, 1947-552.

²³ Véase, por ejemplo, el fallo de la CSJN, 1/10/1947, DT, 1947-552.

²⁴ Véase, entre otros, el fallo de la CSJN, 24/3/1947, DT, 1947-176.

16) La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable para el trabajador*

1. **Jerarquía de las fuentes del derecho del trabajo.** — El problema de la jerarquía de las fuentes se plantea en todas las ramas del derecho, adquiere trascendencia especial en el derecho del trabajo, no solamente por el hecho de existir en dicha rama una nueva fuente, de primordial importancia, cual es la convención colectiva, sino por la circunstancia de que muchas de sus normas contienen una expresa salvedad en cuanto a la vigencia de normas más favorables¹. De ahí la necesidad, bastante frecuente, de aplicar simultáneamente disposiciones de distintos órdenes como ser normas legales y cláusulas convencionales o contractuales².

Aun en el supuesto de no existir una salvedad expresa, en el sentido expuesto, la situación se presenta, en la generalidad de los casos, debido al carácter inderogable de las normas legales y —en algunos países, como el nuestro— de las cláusulas de determinadas convenciones colectivas; inderogabilidad que casi siempre tiene carácter relativo, es decir, admite la posibilidad de derogaciones por disposiciones de menor jerarquía, cuando éstas resulten más beneficiosas para los sujetos protegidos, es decir, para los trabajadores.

Se admite, pues, la prevalencia de las cláusulas más favorables de una convención colectiva respecto de las normas de una ley laboral que regula la misma materia, así como la prevalencia de las cláusulas más favorables de un contrato individual frente a las de una convención colectiva y a las normas de una ley.

La inderogabilidad relativa, que se traduce en una *derogabilidad relativa*, constituye una nota característica del derecho laboral, siendo contados los casos de normas de orden público que no admiten su derogación en forma absoluta.

* Publicado en DT, 1962-65, reproducción autorizada por La Ley S.A.E.I.

¹ En algunos casos se trata de una salvedad expresa, como la del art. 10 del dect. ley 1740/45 que se refiere al "derecho más favorable" reconocido por otras disposiciones legales o convencionales. En otros casos se declara la nulidad de la limitación de los beneficios otorgados por la ley (dect. ley 24.095/45, art. 14). Finalmente en otros supuestos la nulidad se refiere únicamente a las *convenciones de partes* que reducen esos beneficios (ley 11.729, art. 158; ley 12.713, art. 27; ley 12.908, art. 81).

² Fundándose en el texto literal de estas últimas disposiciones y de otras análogas, podría sostenerse que en tales supuestos la prohibición se refiere únicamente a los contratos individuales y no a las convenciones colectivas; solución que coincidiría con la distinción formulada por Barassi y a la cual nos referimos en el párr. II. Pero el argumento literal pierde valor si se tiene en cuenta que los textos legales en cuestión fueron sancionados con anterioridad a la ley 14.250 que ha regulado las convenciones colectivas; de ahí la falta de mención alguna a ellas.

³ La referencia que se hace en el texto a los *contratos individuales* no significa que se considere que el contrato individual es una fuente del derecho del trabajo, como lo pretenden algunas doctrinas modernas. Nos referimos al mismo como fuente de *derechos subjetivos* y de las correspondientes obligaciones, a la par de las normas legales.

Cabe destacar que la mayoría de los autores extranjeros —y también algunos argentinos— estudian especialmente el problema que se refiere a la derogación de normas legales por los contratos individuales, sin referirse a las convenciones colectivas. Lo que se explica teniendo en cuenta que en gran parte de los países el convenio colectivo se rige por las normas de derecho privado y por consiguiente produce efectos análogos a los contratos individuales.

2. **Inderogabilidad relativa y prevalencia de las normas o cláusulas más favorables para el trabajador.** — Teniendo en cuenta la distinta *intensidad del orden público* que impone la inderogabilidad, algunos autores proceden a una distinción, afirmando que existen normas legales que si bien no pueden ser derogadas por los contratos individuales, pueden en cambio ser libremente modificadas por las convenciones colectivas³.

Esta solución se funda al mismo tiempo en consideraciones lógicas e históricas.

Desde un punto de vista lógico, la tesis aludida subraya el hecho de que la inderogabilidad relativa se justifica en muchos casos por el único propósito de las leyes laborales de amparar al trabajador en cuanto se encuentra en situación de inferioridad frente a su empleador, sea en el momento de celebrar el contrato individual de trabajo, como durante su ejecución. Pero la aludida situación de inferioridad desaparece cuando la fijación de las condiciones de trabajo no está a cargo de cada trabajador individualmente, sino que es realizada por la asociación profesional que celebra la convención colectiva. Desaparece, pues, el fundamento de la inderogabilidad relativa y resulta conveniente permitir a la asociación gremial una completa libertad de acción, que resulta necesaria a fin de adaptar las medidas de amparo a las distintas situaciones, prescindiendo de las disposiciones legales que por tener carácter general no pueden contemplar las innumerables diferencias, subjetivas y objetivas, que presentan las relaciones laborales, en los distintos sectores de actividades, en las diferentes zonas y en los distintos momentos⁴.

Desde un punto de vista histórico se señala que la mayoría de las leyes laborales han sido sancionadas en un momento en que no existía aún la práctica de las convenciones colectivas, debido a la ausencia de asociaciones profesionales o a la falta de un instrumento legal que permitiese el desarrollo de esa forma de regulación de las relaciones de trabajo. Ambos argumentos tienen validez especial en nuestro país.

Basta pensar que la mayoría de nuestras leyes laborales fueron sancionadas en una época en que la actividad industrial no estaba aún desarrollada y, por consiguiente, se refieren principalmente a las modalidades propias de la actividad mercantil, como es el caso, por ejemplo, de la ley 11.729, cuya aplicación a las actividades industriales —admitida por nuestra jurisprudencia, sólo después de muchos años de su vigencia— plantea a menudo problemas de difícil solución.

Casi todos los estatutos profesionales, sancionados mediante decretos leyes durante el período 1943-1946 y posteriormente ratificados por la ley

³ Barassi, *El derecho del trabajo*, 1935, vol. 1, p. 27. Refiriéndose a los convenios colectivos reguados por la ley Rocco, en una forma análoga a nuestra ley 14.250, y al decreto ley italiano del 13 de noviembre de 1924, cuyas disposiciones coinciden casi íntegramente con las de nuestra ley 11.729, este autor admite la posibilidad de que las convenciones modifiquen las disposiciones del decreto citado "aunque sean, a primera vista, menos favorables. En este caso el convenio hace suyo, substancialmente, el principio directivo de la ley, pero lo actúa en forma distinta".

⁴ Véase mi *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3ª ed., Bs. As., Tea, 1956, p. 382 y 383, y nota *Orden público e inderogabilidad de las normas laborales*, DT, 1957-352 (ver en esta obra, n.º 19).

En sentido coincidente Ferró, *La renuncia y la prescripción en el derecho del trabajo*, DT, 1950-453, 454; Gottschalk, *Norma pública e privada no direito do trabalho*, San Pablo, 1944, p. 192 y siguientes.

12.921, se limitaron a reproducir el texto de convenios celebrados por reducidas e informales representaciones profesionales, con el propósito de atribuirles eficacia *erga omnes*, en un momento en que no existía una regulación legal de los convenios colectivos. Solución que pareció entonces acertada, pero que origina ahora serios inconvenientes, ya que tales estatutos no pueden ser modificados sino por nuevas leyes, y sólo en algunos supuestos mediante decretos del Poder Ejecutivo.

La proliferación de la legislación laboral constituye pues, una traba para la evolución del derecho laboral, evolución que en casi todos los países se realiza mediante los convenios colectivos que constituyen el medio más idóneo para dictar normas que se ajusten a las mutables situaciones económico-sociales, además que a las nuevas concepciones de la política social⁵. Esto explica por qué en algunos países se ha propiciado la derogación de las leyes laborales que no responden a exigencias básicas del ordenamiento laboral, y que se proponen únicamente remediar la presunta situación de inferioridad jurídica y económica de los trabajadores.

No está en nuestro propósito tomar posición sobre el problema aludido, que deberá ser encarado el día en que se cristalice el proyecto de sancionar un código del trabajo; pero entendemos que las consideraciones arriba expuestas deben ser tenidas presentes en la solución del problema más modesto que nos proponemos examinar. Problema que consiste en precisar el *criterio* y la *unidad de medida* que debe utilizarse para decidir, en cada caso concreto, cuál es la norma o el grupo de normas o de cláusulas más favorable para el trabajador, a las cuales corresponde reconocer prevalencia.

3. Criterio objetivo. - En cuanto al criterio parece claro (por lo menos en el caso de las normas legales y de las cláusulas de los convenios colectivos) que el mismo ha de ser de carácter *objetivo*, es decir, debe referirse a la generalidad de los trabajadores contemplados por la norma o las cláusulas, con prescindencia de las situaciones individuales⁶.

Consideramos superfluo recordar que ninguna ley de amparo -y lo mis-

⁵ Al comentar el *Ordenamiento de las leyes obreras*, de Unsain, un prestigioso estudio alemán, Schregel, afirmó que "donde el Estado fija las condiciones de trabajo en una forma tan detallada, queda solamente poco lugar para una regulación colectiva por las partes. De esta manera, la formación legal del derecho colectivo del trabajo se agota en la ley de Seguridad del Estado de 1945, por una parte, y en la ley de asociaciones profesionales obreras, del mismo año, por otra parte" (rev. "Recht der Arbeit", Berlín, 1952, p. 478).

Otra publicación alemana, de carácter oficial, informa que la legislación de dicho país ha dejado actualmente fuera de su área de influencia la materia que se refiere a horario de trabajo, vacaciones retribuidas y salarios. Estas cuestiones están regidas por los convenios colectivos. Y agrega: "El Estado no interviene en la vida laboral más que cuando lo exigen las reglas generales de higiene industrial y protección de la salud, de la seguridad dentro de las empresas, del trabajo de menores y de la santificación del domingo. Los ingresos por trabajo y todas las otras disposiciones sociales son acordadas libremente por las partes contratantes de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda" (*Boletín Semanal de Asuntos Alemanes*, GT, enero 1962, p. 41).

⁶ Krotoschin llega a conclusión idéntica al examinar la discrepancia entre las cláusulas de una convención colectiva y las de un contrato individual, afirmando que "la comparación de la norma individual con la norma general debe hacerse desde un punto de vista objetivo, esto es, de tal modo que al generalizarse el arreglo individual, extendiéndolo a toda la categoría o grupo de trabajadores que se hallan en condiciones idénticas o similares, éste resulta más ventajoso" (*Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. I, p. 762).

mo puede decirse en cuanto a las convenciones colectivas, a pesar de su superioridad, bajo este aspecto, respecto de la ley- puede contemplar todas las situaciones especiales. Por consiguiente existirá siempre alguna exclusión injustificada y alguna desigualdad en cuanto a la intensidad de los beneficios; no puede evitarse el inconveniente de que una norma beneficiosa para la generalidad de sus destinatarios resulte en cambio perjudicial en alguna situación individual.

Es cierto que en algunos supuestos las normas legales reconocen al obrero un derecho de opción⁷, lo que sucede especialmente en materia de previsión; además, en situaciones muy especiales, la ley autoriza expresamente al juez a aplicar la norma que resulta más favorable en el caso concreto sobre el cual debe pronunciarse⁸. Pero se trata de situaciones especiales que no alteran el principio general arriba aludido.

Una nota típica de las normas legales y de las cláusulas de las convenciones colectivas -que nuestro ordenamiento asimila, en cuanto a los efectos, a los preceptos de una ley- consiste en la *generalidad*, que es una consecuencia del principio constitucional de la *igualdad*. No puede pues admitirse que en el caso del concurso de normas legales y convencionales, se admita en una situación individual la prevalencia de las primeras, y en otra situación la primacía de las segundas, a pesar de que se trate de una misma norma y de una misma cláusula; salvo, se entiende, que la norma legal o la cláusula convencional admitan expresamente el derecho de opción.

4. Teorías de la acumulación y de la conglobación. - Pasamos ahora al segundo punto. A fin de aclarar sus términos, citaremos algunos ejemplos.

Algunos convenios colectivos, remediando una evidente deficiencia de nuestra ley 9688 -deficiencia que sólo recientemente fue corregida por la ley 15.448⁹- disponían que durante el primer período de incapacidad ocasionada por un accidente, el trabajador tenía derecho al sueldo íntegro, en lugar del medio sueldo dispuesto por la ley; y agregaban que el importe de dichos sueldos tenía que ser deducido del monto de la indemnización que fuera debida en el caso de resultar una incapacidad permanente. Estas disposiciones, como lo señaláramos oportunamente¹⁰ y como lo reconocieron algunos tribunales¹¹, eran en su conjunto más favorables que el régimen legal. A pesar de esto algunas sentencias han negado el derecho de deducir las cantidades

⁷ Nos limitamos a recordar el caso de las dos acciones optativas y excluyentes previstas en el art. 17 de la ley 9688.

⁸ Véase en el caso de accidentes y enfermedades incapacitantes, el art. 155 de la ley 11.729 y nuestra nota *Acciones optativas y acciones excluyentes en el campo del derecho del trabajo*, DT, 1945-138 (ver en esta obra, nº 119).

⁹ Registrada en DT, 1960-589.

¹⁰ Véase nuestro comentario, *Convenciones colectivas y orden público*, DT, 1960-301 (ver en esta obra, nº 301).

¹¹ CNAT, Sala III, 20/3/1959, DT, 1960-92, con comentario de Rivas, y fallo plenario del mismo tribunal, 14/7/1960, DT, 1960-509.

que se habían abonado durante el primer período, en aumento de las impuestas por la ley¹².

El ejemplo expuesto permite individualizar claramente los dos criterios con que puede solucionarse el problema.

El primer criterio, denominado de la *acumulación*, aplica en un mismo caso, parte de lo dispuesto por el convenio, y parte de lo dispuesto por la ley sobre el mismo punto, según resulten más favorables para el trabajador, aun cuando la parte del convenio que se aplica esté íntimamente vinculada con la que se rechaza, y a pesar de que el régimen convencional, en su conjunto, resulte más favorable que el régimen legal, siempre considerado en su conjunto. Criterio que nosotros hemos calificado, en otra oportunidad, de "atomista".

El otro criterio, que la doctrina italiana denomina de la *conglobación* —y que nosotros hemos calificado como *orgánico*— tiene en cuenta el carácter unitario de cada régimen, hace la comparación entre los dos regímenes en su conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro, prescindiendo del respectivo carácter unitario.

Cabe señalar que, a pesar de la identidad de la terminología usada por la generalidad de los autores, la tesis de la *acumulación* a que nos hemos referido, no tiene nada que ver con el problema que concierne a la *acumulación de beneficios* y a la *acumulación de regímenes*.

De *acumulación de beneficios* se habla cuando existen dos normas —por ejemplo una general y una especial— que otorgan distintos beneficios respecto de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en el caso de muerte ocasionada por un accidente del trabajo, se discute si los causahabientes tienen el derecho de cobrar dos indemnizaciones: la fijada por la ley 11.729 para todos los casos de muerte, y la fijada por la ley 9688 para el caso de muerte ocasionada por un accidente del trabajo¹³. Igualmente, en el caso de cesantía injustificada del trabajador a domicilio, se discute si éste puede reclamar, además de la multa indemnizatoria prevista por el art. 32 de la ley 12.713, la indemnización por despido contemplada en la ley 11.729¹⁴.

El problema de la *acumulación de regímenes* se presenta cuando se discute la posibilidad de llenar las lagunas del régimen fijado por un estatuto profesional, con normas que figuran en otros regímenes o que tienen carácter general. El problema se presentó en el caso del personal amparado por un régimen jubilatorio, al cual se negó, en un primer tiempo, la aplicación de las normas de la ley 11.729, por entender que ese amparo provisional integraba de por sí un régimen completo¹⁵. Más recientemente el problema volvió a plantearse en el caso de los tamberos medieros, amparados por un estatuto especial, que reclamaban el sueldo anual complementario, fijado por el dect.

¹² SCBA, 15/3/1960, DT. 1960-301, con nota crítica.

¹³ La *acumulación* de los dos beneficios ha sido negada por la CNAT, en el plenario del 12/9/1958, DT. 1958-757. Véase en sentido contrario la nota de Benito Pérez, *La muerte del trabajador ante las leyes 9688 y 11.729*, DT. 1955-347.

¹⁴ Véase en sentido afirmativo, SCBA, 29/3/1955, con nota crítica de Nápoli, DT. 1956-23.

¹⁵ Véase el fallo de la CSJN, 15/10/1941, DT. 1942-215, con mi nota crítica.

ley 33.302/46¹⁶; y se presentó igualmente respecto de la posibilidad de aplicar la ley 11.729 a los empleados de bancos y de seguros, cuya relación de trabajo está regulada por un estatuto especial¹⁷.

El problema que estamos examinando es completamente distinto. No se trata, lo repetimos, de otorgar dos beneficios como consecuencia de un mismo hecho, ni de integrar un régimen con las normas de otro régimen, sino de dividir las normas que regulan una misma situación y que están insertadas en regímenes distintos, aplicando parte de una y parte de otra, a pesar del carácter unitario de cada norma o grupo de normas.

Los alcances del problema que estamos examinando resultan más claros en el caso que se ha presentado recientemente ante nuestros tribunales y que ha ocasionado nuevamente decisiones discordes.

Algunas convenciones colectivas han fijado, en cuanto al trabajo nocturno, una bonificación del 30 % sobre el salario diario, precisando que en la bonificación mencionada estaban incluidos "los recargos, bonificaciones, y demás remuneraciones establecidas por las leyes y decretos sobre trabajo nocturno". Algunas decisiones, en lugar de hacer la comparación entre la retribución que hubiere correspondido de acuerdo con las normas legales, y la prevista en el convenio colectivo, aplicando el régimen más favorable, que es el del convenio, han aplicado simultánea y conjuntamente la parte de éste que se refiere a la bonificación del 30 % y las normas legales en cuanto a la retribución debida por la octava hora del trabajo nocturno¹⁸.

Distinta fue la solución adoptada en un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por unanimidad de sus miembros, de acuerdo con el dictamen del procurador general del trabajo¹⁹.

Como lo señaláramos en las notas que acompañan los fallos indicados, entendemos que también en el caso aludido la comparación tenía que hacerse entre el conjunto de las normas que regulan el trabajo nocturno en la ley y en la convención, aplicando el régimen más favorable, no estando permitido aplicar parte de la primera y parte de la segunda.

Mientras en el primer ejemplo de la ley 9688 el tribunal que consideraba inadmisibles deducir de la indemnización por accidente, una cantidad superior a los medios salariales a los cuales únicamente se refería la ley, no podía modificar la situación anterior —esto es ordenar la devolución de la mayor suma abonada por la empresa en virtud de la convención colectiva—, en el segundo ejemplo el tribunal tenía la alternativa de admitir la validez o declarar la nulidad de la cláusula de la convención. Y en esta última hipótesis podía y debía calcular si las sumas abonadas eran superiores o inferiores a las debidas en virtud de la ley; pero nunca podía declarar la nulidad sólo de una parte de la cláusula en cuestión y, en consecuencia, ordenar el pago por el mismo título, de un nuevo recargo.

¹⁶ La *acumulación* fue negada por la CSJN, con el fallo del 23/9/1954, registrado en DT. 1954-25, con nota remisa.

¹⁷ Véase en sentido contrario, CNAT, 10/5/1960, DT. 1960-257, con nota crítica.

¹⁸ SCBA, 26/8/1958, en DT. 1958-674, con nota crítica. Cabe señalar que un criterio distinto fue adoptado por el mismo tribunal en el caso de un contrato individual que fijaba una retribución global, comprensiva también del trabajo extraordinario (fallo del 1/4/1950, DT. 1950-412).

¹⁹ Plenario n° 86, del 13/7/1961, DT. 1961-468.

5. Las "instituciones del derecho del trabajo" mencionadas en la ley 14.250. - El criterio arriba indicado fue adoptado, en forma terminante, por la ley 14.250²⁰, cuyo art. 6º permite la derogación de las normas legales cuando "las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo resultaran más favorables a los trabajadores". El objeto de la comparación no lo constituye pues cada cláusula -y aun menos una parte de la misma- sino el conjunto de las cláusulas que se refieren a una misma institución, como por ejemplo, el régimen de enfermedad, de vacaciones, de despido, etc. Trátase del mismo criterio que defendimos, hace algunos años, en esta revista, al comentar un convenio colectivo que modificaba el régimen de enfermedad fijado por la ley 11.729, mejorándolo en algunos aspectos al mismo tiempo que reducía algunos de los beneficios previstos por él²¹.

Cada institución del derecho del trabajo tiene un régimen unitario. De ahí la imposibilidad de aplicarlo parcialmente.

Es cierto que la citada disposición de la ley 14.250 pone un límite al criterio adoptado, al disponer que éste es aplicable "siempre que (las cláusulas de la convención) no afectaren disposiciones dictadas en protección del interés general". Excepción que se refiere a las normas inderogables en forma absoluta, por estar dirigidas no al amparo de los trabajadores, en razón de su situación de inferioridad frente al empleador, sino a la defensa de un interés general, como lo serían, por ejemplo, las normas que prohíben determinadas clases de trabajo a las mujeres y los menores²². Pero, aun en este supuesto, no desaparece el carácter unitario de las cláusulas "relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo". Por consiguiente, en el supuesto de considerarse inaplicables -por ser violatorias de disposiciones dictadas en protección del interés general- algunas de tales cláusulas, no podrán aplicarse tampoco las otras que se refieren al mismo punto y corresponderá atenderse únicamente a las normas legales²³.

²⁰ Registrada en DT, 1953-633. En cuanto a los alcances del art. 6º de esta ley, véase mi *Derecho sindical y de la previsión social*, 3ª ed., p. 188 y 189.

²¹ *Regulación de la incapacidad por enfermedad o accidentes en las convenciones colectivas*, DT, 1948-315.

²² Esta distinción fue admitida por nosotros con anterioridad a la ley 14.250, en la nota *Acercas de la derogabilidad de las leyes laborales en los convenios colectivos*, aparecida en DT, 1947-449 (ver en esta obra, nº 306).

²³ La imposibilidad de declarar la nulidad sólo parcial de una cláusula, dando aplicación a otra parte íntimamente vinculada a aquélla, es admitida pacíficamente en el campo del derecho privado. Resulta, pues, inexplicable cómo este principio haya sido olvidado por la Corte de la Provincia de Buenos Aires que esta integrada por algunos prestigiosos civilistas.

Nos limitamos a recordar que Salvat, al comentar el art. 1176 del Cód. Civil, que se refiere a bienes vendidos por un "solo y mismo precio", precisa que "en este caso se trata de una operación única, que no sería posible separar y desdoblarse sin violar los motivos fundamentales sobre los cuales la prohibición reposa" (*Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. II, nº 125).

Lambias, al precisar la diferencia entre la materia testamentaria y la contractual, afirma que en el caso de los contratos "sus cláusulas constituyen un conjunto". Lo que se ha querido no es tal parte aislada y tal otra también aislada. Se ha querido el todo, tal como fue ajustado. Las cláusulas son los elementos, la condición del acto. (*Derecho civil. Parte general*, t. II, nº 1551).

Spota afirma, a su vez, que cuando las cláusulas sean "inseparables" -y el argumento rige, evidentemente, con mayor razón cuando se trata de partes de una misma cláusula- "la invalidez de una de ellas comprende a todo el negocio jurídico, en el sentido de que no habría advenido la declaración de voluntad

Hemos hablado hasta ahora del conflicto entre normas legales y cláusulas de una convención colectiva, pero la situación es substancialmente idéntica en el caso de conflicto entre las cláusulas convencionales y las de un contrato individual, puesto que en nuestro ordenamiento las cláusulas convencionales son inderogables a la par de las normas legales. Entendemos pues que también en este último supuesto, en lugar de rechazar íntegramente el contrato individual, corresponde adoptar el criterio del art. 6º de la ley 14.250, es decir, comparar el régimen de cada institución, en su conjunto, aplicando el más favorable; pero nunca aplicar parte de uno y parte del otro²⁴.

6. La doctrina y jurisprudencia extranjeras. - La solución indicada en el texto y normada por la citada disposición de la ley 14.250 -que no ha sido siempre tenida en cuenta por nuestros tribunales- coincide con la aceptada por la más prestigiosa doctrina extranjera.

Así Barassi, después de afirmar que el convenio colectivo puede modificar en algún punto no esencial, el texto de la ley, en sentido menos favorable para los trabajadores, expresa que "la regulación convencional constituye un todo inescindible, que no puede tomarse parcialmente como hace la abeja eligiendo una flor entre las flores"²⁵. Igualmente terminante es Greco, que califica la solución criticada como "un criterio de sabor eminentemente demagógico que especialmente en el caso de la convención colectiva rompe la unidad de la disciplina sindical de la relación de trabajo y viola la armonía, el equilibrio y la vinculación orgánica entre las distintas condiciones establecidas en la convención"²⁶.

Según Kaskel y Dersch la comparación debe tener carácter global, comparando "en conjunto únicamente las diversas partes de las condiciones de trabajo que están relacionadas entre sí íntimamente, aun cuando se hallen separadas exteriormente (comparación global por grupos de condiciones)". Citan la opinión coincidente de Hueck-Nipperdey y señalan que pueden existir casos dudosos. Para solucionarlos aconsejan que se confronten "los grupos de condiciones homogéneas de ambos contratos (el individual y el colectivo), por ejemplo únicamente las condiciones relativas a la remuneración, las vacaciones, etcétera"²⁷.

Durand después de pronunciarse, en principio, en favor de la acumula-

si todo el acto no fuera válido". Este autor recuerda que también en el derecho alemán "la nulidad parcial envuelve la de todo el negocio, salvo que se acredite que, aun sin esta parte, el acto jurídico hubiera advenido" (*Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3, nº 1960).

Véase en sentido idéntico, Casación de Italia (Secciones Unidas), 23/4/1959, DT, 1960-328.

²⁴ En este supuesto, Krotoschin (*Tratado práctico de derecho del trabajo*, p. 763), parece optar por la comparación de todo el contrato individual y de todo el convenio, afirmando que "es probable que las condiciones más favorables estipuladas en el contrato individual estén íntimamente relacionadas con otras menos favorables. Si en tal caso se quisiera mantener sólo las cláusulas más favorables y sustituir las menos favorables por las normas de la convención colectiva, podría resultar una situación de desequilibrio ajena a la voluntad de las partes del contrato individual. Debe admitirse, por tanto, la comparación del conjunto de las condiciones... En caso de duda, deberían descartarse las normas discrepantes en su totalidad y hacerse gobernar el contrato individual sólo por las normas de la convención".

²⁵ Ludovico Barassi, *Il diritto del lavoro*, Milán, 1935, p. 92.

²⁶ Paolo Greco, *Il contratto di lavoro*, Turín, 1939, p. 84.

²⁷ Kaskel-Dersch, *Derecho del trabajo*, tr. por Krotoschin, Bs. As., 1961, p. 133 y 134.

ción, afirma que "cuando el acto de voluntad constituye un todo que no puede disociarse, cuando sus distintas disposiciones se equilibran y se justifican las unas por las otras, la imposibilidad de conservar el acto sólo parcialmente, trae como consecuencia la desaparición integral de la reglamentación"²⁸.

Pérez Botija y Bayón Chacón informan, a su vez, que en España se acepta la "teoría italiana del *conglobamento* a la que, tanto por la exégesis jurisprudencial como por la doctrina científica, se conoce como principio de *norma más beneficiosa en su conjunto*"²⁹.

7. Conflictos entre leyes extranjeras, leyes provinciales y doctrinas jurisprudenciales locales. - La solución arriba expuesta rige también en el campo del *derecho internacional*, en el supuesto de adoptarse el principio de la norma más favorable para dirimir el conflicto entre la ley nacional, la *lex contractus*, la *lex executionis*, y la *lex destinatae solutionis*³⁰. Conflicto que puede presentarse en nuestro país también respecto de las *leyes provinciales* o de la interpretación atribuida a las leyes nacionales por los tribunales locales, a cuya doctrina nuestra Corte Suprema atribuye, en cuanto a los efectos liberatorios del pago, el mismo alcance de una ley³¹.

Entendemos pues que no está permitido exigir el pago de la indemnización por antigüedad de acuerdo con la doctrina de una provincia, y reclamar el pago de la indemnización por falta de preaviso según la doctrina jurisprudencial de otra provincia.

El fuero optativo contemplado por nuestras leyes, se propone únicamente facilitar la defensa de la parte actora, que generalmente es la obrera, y si bien importa como consecuencia la facultad para ella de invocar la doctrina jurisprudencial que más la favorece, no autoriza a aplicar parcialmente dos doctrinas distintas que se refieren a la interpretación del mismo texto legal³².

8. Aplicabilidad de varias convenciones colectivas. - La remisión al régimen más favorable puede presentarse, si bien excepcionalmente, también en el caso de la coexistencia de más convenciones colectivas igualmente aplicables a determinadas situaciones.

No es ésta la oportunidad para estudiar a fondo el problema que se refiere a la prevalencia de una convención respecto de otra que regula la misma materia, situación que se presenta: a) en el caso de existir un convenio colectivo de industria y otro de oficio; b) en el caso de existir un convenio colectivo de alcance nacional y otro u otros de carácter regional, provincial, local o nacional. En el primer supuesto se trata de convenios heterogéneos ya que uno se refiere a la actividad de la empresa y el otro al oficio o tareas realiza-

²⁸ Durand et Jaussaud, *Traité de droit du travail*, t. 1, p. 181.

²⁹ Pérez Botija y Bayón Chacón, *Manual de derecho del trabajo*, 3ª ed., Madrid, 1962, p. 249, nota 7.

³⁰ Véase, sobre este punto, José Martins Catharino, *El Segundo Congreso Internacional de derecho del trabajo*, DT, 1957-758 y 759 y la nota 8.

³¹ Véase, últimamente, nuestra nota, *Traslado del establecimiento y jurisprudencia local*, DT, 1960-418 (ver en esta obra, nº 243).

³² En sentido coincidente con el texto, CNAT, Sala V, 18/4/1961, DT, 1961-351, con nota remissiva.

das por un sector de trabajadores de aquella. En el segundo supuesto los convenios son homogéneos, pero de distinto alcance territorial³³.

Nos limitamos a señalar que en los supuestos aludidos no corresponde aplicar el principio del régimen más favorable. La solución debe encontrarse más bien en la confrontación de la representación de que están investidas las partes que celebraron los distintos convenios y teniendo en cuenta que ningún convenio puede aplicarse en sectores de empresas y/o trabajadores que no hayan sido representados legalmente en su celebración. Las cláusulas del convenio pueden limitar el ámbito profesional o territorial en el cual coincide la representatividad de las partes contratantes, pero nunca exceder dicho ámbito.

El problema aludido se presentará sólo en el supuesto de que un convenio haga remisión expresa a las cláusulas de otro convenio³⁴. En este supuesto entendemos que corresponde aplicar el mismo criterio fijado por el art. 6º de la ley 14.250, es decir, tener en cuenta el conjunto de las cláusulas que se refieren a cada institución del derecho del trabajo. Así, por ejemplo, si un convenio de alcance general fija una retribución mensual mínima, y otro convenio de alcance más restringido, fija un determinado porcentaje de comisión, no podrá exigirse al mismo tiempo el pago de la retribución mensual y de la comisión; sino que en el supuesto de existir en uno o ambos convenios la remisión al régimen más favorable fijado en el otro, deberá abonarse el sueldo o la comisión, según que uno u otro sistema resulte más favorable.

Se llega así a una conciliación de los dos regímenes, reconociéndose al trabajador el derecho a la comisión, a condición a que su importe mensual,

³³ Nuestro ordenamiento legal no ofrece ningún elemento para solucionar el primer problema, ya que admite la posibilidad de que consigan la personería gremial, sea las asociaciones que agrupan "trabajadores del mismo oficio" como las "constituidas por trabajadores que se desempeñan en una misma actividad" (ley 14.455, art. 3º, incs. a y b).

En cuanto al segundo problema, se repite la situación aludida, ya que la ley 14.455 admite la posibilidad de que consigan la personería gremial las asociaciones de distintos grados. La ley 14.250 ha visto el problema, pero no lo ha solucionado, cuando dispone en el art. 11 que "las convenciones colectivas celebradas con alcance nacional... deberán incluir normas que determinen la situación de vigencia de las cláusulas de las convenciones locales preexistentes". Véase sobre el punto, nuestra nota, *Derogación de convenios nacionales por convenios locales*, DT, 1959-210.

Señalamos de paso que el citado art. 11 se refiere también a "las resoluciones del Ministerio de Trabajo y Previsión por las que se extienden convenciones a otras zonas", disposición que mal se concilia con lo dispuesto en el art. 9º, inc. a, del decreto reglamentario, según el cual dicha extensión no procede cuando existe una asociación profesional en la zona a la cual se pretende extender la convención. En efecto, parece obvio que si no existe asociación profesional de trabajadores, tampoco podrá existir una convención colectiva; salvo el caso, verdaderamente excepcional, de haberse revocado la personería gremial a la asociación de trabajadores que celebró la convención que continúa en vigencia. *AYL*

³⁴ Consideramos una verdadera anomalía la disposición del art. 3º de la ley 14.576 (DT, 1952-862) según la cual las convenciones colectivas referentes a los viajeros de comercio deberán celebrarse por los sindicatos "que fueren representativos exclusivamente de la actividad de viajante... sin perjuicio de los mejores derechos que les otorguen otras convenciones", disposición que nos parece admisible sólo en el supuesto de atribuírsele carácter transitorio, debido a que nuestro ordenamiento sindical no permite que un mismo sector de trabajadores sea representado simultáneamente por una organización de carácter vertical y otra de carácter horizontal. Y si no existe representación legal no puede existir convenio colectivo regulado por la ley 14.250.

Distinta es la situación planteada en el texto, de un convenio que se remite a otro, puesto que en esta hipótesis el segundo convenio rige únicamente en virtud de la voluntad de las partes que celebraron válidamente el primer convenio.

durante el año, no resulte inferior a la cantidad que le correspondería de aplicarse el convenio que fija el sueldo mensual; abonándose en caso contrario la diferencia.

Nos hemos referido al período de un año teniendo en cuenta las variaciones que pueden sufrir durante este período —especialmente en las actividades de temporada— las cantidades sobre las cuales se abonan las comisiones; pero el período podrá fijarse en medida más amplia o reducida, según las características de cada actividad.

9. Conclusiones. — Más que las consecuencias prácticas que ocasiona la solución que hemos criticado y el injustificado olvido de la disposición terminante de la ley 14.250, lo que nos interesa es defender la evolución del derecho del trabajo, que, como lo señaláramos en reiteradas oportunidades, sólo puede conseguirse con suficiente rapidez y elasticidad mediante las convenciones colectivas³⁵, a condición que se les reconozca la posibilidad de modificar algunas normas legales evidentemente anticuadas o que por su carácter general no se ajustan a situaciones especiales que el legislador no pudo tener en cuenta y a menudo tampoco prever.

Hemos defendido en el caso de dudas interpretativas el principio del *favor operarii*³⁶ y entendemos que, por idénticas razones, en el caso de concurso de normas, debe regir el principio del *régimen más favorable* para el trabajador. Pero en la aplicación de este principio corresponde tener en cuenta el carácter unitario de cada regulación.

Pensamos que en el momento actual no resulta aceptable en nuestro país, la tesis de Barassi, según la cual "el convenio colectivo, en el caso de abarcar la regulación global de la relación de trabajo de una categoría profesional, reviste un carácter compromisorio que puede justificar muy bien el justo equilibrio entre una cláusula más favorable y otra menos favorable de la ley"³⁷. Pero entendemos que corresponde, cuanto menos, aplicar rigidamente el criterio del art. 6º de la ley 14.250, que respeta la vinculación que normalmente existe entre las cláusulas y las normas que regulan, en cada texto, una determinada *institución de derecho del trabajo*.

Puede ser que en algunos casos la doctrina que Greco califica de *demagógica* favorezca algún grupo de obreros; pero esto no parece motivo suficiente para justificar su adopción, especialmente si se tienen en cuenta las exigencias de la buena fe³⁸. En efecto resulta inmorale que se pretenda eludir a *posteriori*

³⁵ Véase, especialmente, la nota *Los convenios colectivos y la evolución del derecho del trabajo*, DT, 1946-375.

³⁶ *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3ª ed., p. 167.

³⁷ Véase Barassi, L., *Il diritto di lavoro*, p. 27.

³⁸ Como lo señaláramos al comentar uno de los primeros convenios colectivos que se propusieron mejorar en su conjunto el régimen de enfermedad previsto en la ley 11.729, si bien modificando *in peius* algunas de sus disposiciones (DT, 1948-315), las asociaciones obreras que han celebrado dichos convenios se han abstenido, por lo general, de impugnar la validez de las cláusulas que resultan menos favorables que la ley.

Los numerosísimos juicios que se han promovido recientemente ante nuestros tribunales no responden, según parece, a la iniciativa de las asociaciones profesionales, sino a estudios jurídicos especializados en la materia.

Lo que resulta más grave, bajo el aspecto ético, es que tales juicios se han promovido cuatro o cinco

ri, especialmente después de muchos años de su vigencia, la aplicación de cláusulas que fueron libremente pactadas y que resultan en su conjunto más favorables que las normas legales, eligiendo —como dice Barassi— *fior da fiore*.

El progreso del derecho del trabajo y de sus instituciones de amparo, se opone a toda estratificación sea legislativa como convencional o jurisprudencial. Problemas que en un momento determinado presentaban trascendencia especial, la pierden frente a nuevos problemas sobrevenidos. Soluciones que parecieron óptimas en un momento, dejan de ser tales en otros momentos. Resulta conveniente, a menudo, eliminar un beneficio para sustituirlo por otro más eficaz si bien de naturaleza distinta.

Nos parece pues miope la posición de quienes pretenden quedar firmes en la defensa de normas de carácter secundario por considerarlas "conquistas" irrenunciables, perdiendo así la oportunidad de resolver problemas de mayor alcance. Al escalar una montaña corresponde a menudo renunciar a los clavos fijados anteriormente y optar por una nueva senda que facilite el ascenso. Si todo esto es cierto desde el punto de vista de una acertada política social, lo es más aun cuando se trata de las medidas tuitivas que se refieren a un mismo aspecto o momento de las relaciones laborales.

17) Acerca de la retroactividad de las leyes interpretativas*

Este fallo¹ es notable, no solamente porque hace un examen completo de la vieja cuestión acerca de la naturaleza interpretativa o modificatoria de la disposición de la ley 12.631, que extiende el amparo de la ley 9688 a los accidentes en agricultura, sino porque encara abiertamente el problema general de la retroactividad de las leyes interpretativas, sobre el cual circulan ideas no siempre claras.

La primera fuente para averiguar la naturaleza interpretativa de una ley, la constituyen las expresiones de la misma. Si el legislador ha declarado considerar la nueva ley como interpretativa de una anterior, esto equivale a la declaración expresa de su eficacia retroactiva. En este caso, por lo tanto, no

años después de haberse aplicado pacíficamente el convenio. En virtud de la retroactividad de las reclamaciones, su acogida ha producido un impacto a veces gravísimo en la economía de las empresas que habían vendido sus productos y reñudado sus balances anuales, cumpliendo con las obligaciones fijadas por un convenio colectivo, que por haber sido homologado por el Ministerio de Trabajo —a cuyo cargo está fiscalizar la observancia de las leyes obreras— tenían el derecho de pensar que se ajustaba a las prescripciones legales.

Evidentemente la opinión del Ministerio de Trabajo no es vinculativa para los tribunales del trabajo. Pero la decisión de estos últimos, dictada después de un largo período de pacífica aplicación del convenio, debería producir efectos análogos al cambio de una doctrina jurisprudencial, es decir, no afectar las situaciones concluidas con anterioridad.

Este aspecto del problema ha sido contemplado con todo acierto por la Corte Suprema de la Nación que ha reconocido efectos liberatorios a los pagos efectuados —y recibidos sin reservas— de acuerdo con las disposiciones del convenio en cuestión (fallo del 30/6/1961, DT, 1961-343, con nota de adhesión).

* Publicado en DT, 1943-121, reproducción autorizada por La Ley S.A.E.I.

¹ CCivI*Cap. 9/10/1942, DT, 1943-121.