

La disponibilidad colectiva como instrumento para la adaptación de la norma laboral en clave de flexibilidad

*Juan Pablo Mugnolo**

Resumen

El texto plantea cómo la flexibilidad laboral es un tema central del sistema de fuentes de derecho del trabajo. Se analizan las causas que convocan a las políticas jurídicas flexibilizadoras desde dos ángulos: la reducción de la intensidad regulatoria de la norma estatal y la apelación de la disponibilidad colectiva, entendiendo que esta última configura una propuesta flexible aunque atenuada.

Palabras clave: flexibilidad, fuentes, disponibilidad colectiva, trabajo.

Collective Availability as an Instrument for the Adaptation of Labor Standards from the Flexibility Perspective

Abstract

The text analyses how labor flexibility is a core theme in the labor law sources system. In this paper, the relaxation of legal policies is approached from two angles: reduction of the state's regulatory intensity and collective availability as a flexible, although attenuated, proposal to resolve labor market demands.

Keywords: Flexibility, Sources, Collective Availability, Labor.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España; Profesor Adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesor de Cátedra Universidad de San Andrés; juanmugnolo@derecho.uba.ar.

I. Flexibilidad laboral: tensiones de cambio en el sistema de fuentes

El sistema de fuentes constituye el centro donde se concreta la técnica más generalizada de las que se sirve el ordenamiento jurídico para la protección de los trabajadores; ella es la limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Será la configuración de un sistema de fuentes la que, tras la constatación de su intensidad de la tutela, explicará en mayor o menor medida el modo de ser de un cierto ordenamiento laboral.

Tras la búsqueda de un cierto equilibrio, el sistema de fuentes se ha visto influenciado por fuerzas ideológicas (preeminencia del pensamiento neoclásico) y también técnicas y operativas, las que dieron como resultado una alteración sustancial en su clásica configuración.¹ En dicho contexto, la retirada de la normativa estatal, más o menos discreta, fenómeno característico de la totalidad de los sistemas desarrollados de relaciones laborales, tiene como consecuencia más inmediata la apertura de nuevos o mayores espacios a las reglas provenientes de la autonomía privada, particularmente de la negociación colectiva,² pero también en menor medida, de la autonomía de la voluntad expresada en el pacto individual.³

Deteniéndome en esta oportunidad en la resignificación contextual de la negociación colectiva –vinculada con diversas causas tras la obtención a su vez de muy variados objetivos–, cabe destacar dos líneas analíticas o explicativas de dicho fenómeno.

1. Cfr. Goldín, Adrián, en Prólogo a *Convenios Colectivos de Trabajo. Concurrencia, articulación y sucesión*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

2. Vid. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, p. 28.

3. Según Goldín, “las demandas de flexibilidad [...] son reconducibles en sus variantes más intensas a restar contenidos de la ley y los convenios colectivos para abrir espacios mayores para el ejercicio de la autonomía individual”. Goldín, Adrián, “El futuro del Derecho del Trabajo (un nuevo desafío para el Derecho y la equidad)”, en AAVV, *Ensayos sobre el futuro del derecho del trabajo*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 67.

De un lado, una línea específicamente económica⁴ que discurre tras la búsqueda de mayores dosis de flexibilidad en la normativa laboral bajo el sobreentendido de que la regulación autónoma es más ágil y más propicia para eventuales cambios y adaptaciones tecnológico-productivas, persiguiendo la aproximación de las reglas a las características y los problemas específicos de cada ámbito, especialmente a los de cada empresa.⁵ Desde dicha óptica, la negociación colectiva resulta funcional a las necesidades cambiantes del mercado, o mejor dicho, del sistema productivo en una economía de mercado. De este modo ha ido abandonando su rol meramente reivindicativo de mayores beneficios para sus destinatarios, lo que suponía la consecución de intereses contrapuestos entre las partes, para ir asumiendo un mayor protagonismo lo que se ha dado en llamar “negociación colectiva de gestión”.⁶

De otro lado se destaca una línea que definiremos política –en sentido amplio– en la que la negociación colectiva aparece procurando trasladar a la vida económica los principios propios del pluralismo social⁷ y profundizando la democratización en las relaciones laborales,⁸ matizando la imposición unilateral que pueda provenir desde el Estado, en función a su capacidad de intervención normativa, o desde el empresariado como acción casi natural dada por su status de superioridad contractual.

4. En el sentido de la gráfica definición de “corazón de las relaciones industriales”, traída por Valdés Dal Re de Merli Brandini, Pietro, “Ruolo e prospettive della contrattazione confederale”, en *Prospettiva Sindicale*, 1980, N°1, p. 16.

5. Cfr. García Murcia, Joaquín, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998, pp. 25 y 26.

6. Vid Monereo Pérez, José Luis, *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 272; Vid. Rey Guanter, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, en *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 23.

7. En palabras de Valdés Dal Re, “permite a los trabajadores proteger sus intereses mediante medidas de autorregulación y representación”. Cfr. Valdés Dal Re, F., *Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 15.

8. En tanto y en cuanto habilita la posibilidad de intervenir en la adopción de las decisiones que fijan su condición social; Cfr. OIT, “La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado”, Ginebra, 1973, p. 14.

Tanto si se tratase de la prosecución de la ordenación o reglamentación del mercado de trabajo o bien de la regulación del poder negocial o contractual en clave plural, el sistema de negociación colectiva se reconoce como un aparato productor de normas o reglas para dicha ordenación que deberá necesariamente entablar relaciones recíprocas con la ley y con la autonomía individual en un necesario fluir continuo al ritmo del devenir de las relaciones de producción.

II. Flexibilización laboral atenuada: la técnica de la disponibilidad colectiva

Las necesidades sistémicas de flexibilidad repercuten en el sistema de fuentes ya sea cuando se justifiquen ante la necesidad de adaptar la regulación heterónoma a la velocidad de los cambios tecnológicos (adaptabilidad de la tutela laboral) o bien directamente cuando sean la resultante de las presiones del sector empresario en pos de la maximización de la productividad (reducción de la intensidad tutelar a fin de reducir los costos laborales). En definitiva, la flexibilidad constituye un tema de fuentes, de distribución del poder regulatorio laboral.

Ante las mentadas demandas de flexibilización de la norma estatal, la política jurídica vira y revisa la clásica relación entablada entre la heteronomía y la autonomía (individual y colectiva). Una de las consecuencias de dicha revisión ha sido la habilitación de “excepciones” al instrumento de la norma mínima imperativa instaurado desde la extendida técnica limitante de la autonomía contractual en las relaciones de trabajo. En sus expresiones más intensas, el cambio de relación en el sistema de fuentes implica la habilitación del legislador a la disponibilidad de la norma heterónoma mediante la autonomía individual (disponibilidad individual). En cambio, como una expresión alternativa de flexibilización menos intensa, la norma legal permite “excepciones” a la técnica de limitación de la autonomía de la voluntad (instrumento de la norma mínima heterónoma) si y solo si se lleva a cabo mediante negociación colectiva. Ello constituye el fenómeno de la disponibilidad colectiva.

La técnica de la disponibilidad colectiva implica el reconocimiento de una relación no tradicional entre la ley y el convenio colectivo signada por la autorización por parte de la propia ley a las partes colectivas para establecer mediante la negociación de convenios la regulación de determinadas

materias *en cualquier sentido* (mejorativo o, *y aquí la novedad*, “peyorativo”) respecto del establecido por la misma ley como norma mínima.⁹

La disponibilidad colectiva, denominación de creación doctrinaria,¹⁰ es recogida con esta terminología recién en la Ley de Pequeñas Empresas aunque la técnica en sí encuentra antecedentes en la secuencia legislativa argentina.¹¹ En la Ley de Contrato de Trabajo de 1974, en su por entonces artículo 115 (actual artículo 106), se establecía que los viáticos eran considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, *salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas* de trabajo. Posteriormente, la autodenominada Ley de Empleo N°24.013 apela a dicha técnica al posibilitar la modificación mediante negociación colectiva el régimen de jornada establecido en la Ley de Contratos de Trabajo (Art. 198, Jornada reducida).¹²

Estos últimos podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, de acuerdo con las características de la actividad.

9. Señala Rodríguez Mancini que “esto constituye un dispositivo totalmente contrario al que fue destacado como un rasgo fundamental del sistema de convenciones colectivas general, según el cual las modificaciones que pueden introducirse válidamente en las convenciones colectivas respecto de la ley, sólo pueden referirse al mejoramiento de las condiciones de trabajo a favor del trabajador”. Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge, “La negociación colectiva en la pequeña empresa”, en *Cuadernos de la Universidad Austral* N° 1 –separata–, Homenaje al Dr. Raymundo Fernández, 1995, p. 928.

10. Goldín utiliza dicha denominación en un trabajo publicado en 1988 y es a él a quien se le adjudica dicha conceptualización a la cual apela el legislador años después, en 1995, y la doctrina laboral recibe pacíficamente; Cfr. Goldín, Adrián, “La autonomía colectiva y la ley”, DT 1988-B, 1069.

11. Como mero dato histórico ilustrativo, encontramos que la ley 11.338 (sancionada en septiembre de 1926) prohibía el trabajo nocturno desde las 21 hs. hasta las 5 hs. en los establecimientos de panificación, pastelería y similares, y la misma norma habilitaba a que en determinados establecimientos de panificación mecánica se podría autorizar el trabajo nocturno estableciendo como condición que sea acordado entre las respectivas organizaciones patronales y obreras; Vid. Panettieri, José, *Las primeras leyes obreras*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984, p. 84.

12. Cfr. Mugnolo, Juan Pablo, “Flexibilización y tiempo de trabajo en la Argentina”, en *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos*, AAVV, Coordinadores: Perán Quesada y Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, pp. 157-159.

La ley 24.467 (Ley Pyme), sancionada en 1995, consagró algunas normas aplicables a las empresas pequeñas tributando también a la técnica de la disponibilidad colectiva. Así pues, en su artículo 83 establece la posibilidad de que mediante negociación colectiva supraempresarial se pueda ampliar el número de 40 trabajadores para cada una de las ramas o sectores de actividad que deberán tenerse en cuenta para que una unidad productiva sea considerada pequeña empresa.¹³ La misma ley autoriza la “modificación de determinadas regulaciones [...] estatutarias aplicables” (art. 97) habilitando a la convención colectiva a dejar sin efecto la norma contenida en un estatuto profesional por lo general establecida como una ley especial. En el mismo sentido habilita al convenio colectivo de ámbito pequeña empresa a establecer disposiciones respecto a “las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad de goce de licencia ordinaria (art. 90) pero con el límite establecido en el art. 154 de la Ley de Contrato de Trabajo y también, con limitaciones, autoriza mediante negociación colectiva a fraccionar los períodos de pago del sueldo anual complementario, con el límite de que no exceda a tres períodos en el año (art. 91).¹⁴

La misma Ley Pyme habilitaba modificar sin límite “el régimen de extinción del contrato de trabajo” autorizando la creación de “cuentas de

13. Siempre que no supere el tope de 80 trabajadores, según lo dispuso posteriormente el decreto reglamentario 146/99. Si bien el tema no es considerado al tratarse de la disponibilidad colectiva —lo que llama la atención en una norma actualmente vigente—, vale destacar que si bien en este caso la norma aparece a simple vista como autorizando al convenio a suplementar la disposición del art. 83 en cuanto a la nota cuantitativa que delimita la caracterización de pequeña empresa, al mismo tiempo mediante dicha modificación las partes colectivas posibilitarían el tratamiento de determinados institutos por debajo de lo establecido en la ley general, con lo que la disponibilidad colectiva aparecería en este caso habilitando modificaciones en “ambos sentidos”. De este modo, la ley *otorga* a las partes colectivas la posibilidad de ampliar el campo de aplicación de la misma en cualquier sentido, lo que nos ubica ante una nueva manifestación de la técnica denominada *disponibilidad colectiva (de la norma legal)*.

14. En nuestro país cierta posición doctrinaria entendió ver en dicha técnica una puesta en peligro preocupante del orden público laboral (*Vid. Sappia, Jorge y otros, Empleo y flexibilidad laboral*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 128 y ss.). En sentido contrario, otro sector doctrinario entendió que tal derivación a la convención colectiva de algunos aspectos de las relaciones laborales “...no puede ser calificada como una verdadera y eficiente flexibilidad laboral”. Cfr. Etala, Juan José, “Efectos prácticos de la nueva regulación laboral para las pequeñas empresas”, en *Derecho del Trabajo*, 1995, A, p. 604).

capitalización individual” (art. 92). Este último artículo fue derogado por la reforma operada mediante la ley 25.877 del año 2004, derogación que intuyo fue producto de la conflictiva relación entre dicho mandato legal y la protección contra el despido arbitrario garantizado constitucionalmente.

El hecho constatado de que el legislador del año 2004, tras encarar una modificación de la Ley Pyme –en clave de derogación de la disponibilidad colectiva– haya optado por tan solo derogar el mentado artículo 92, dejando vigente la disponibilidad para otros casos,¹⁵ no hace más que confirmar la consolidación de una técnica relativamente sofisticada de flexibilización atenuada que indudablemente hace ya tiempo forma parte del arsenal tuitivo de las principales acciones de política jurídica laboral en la experiencia argentina.

III. A modo de conclusión: ¿norma estatal o negociación colectiva?

El debate sobre la flexibilización laboral implica una rediscusión del sistema de fuentes que obliga a definir cómo se limitará la autonomía de la voluntad. Esa acción limitante suele entenderse de manera errónea como exclusiva potestad estatal, lo cual debe relativizarse siendo que ha quedado demostrado que el legislador, desarmando la clásica configuración del sistema de fuentes, no propone exclusivamente la retirada de la norma heterónoma sino que recurre a la negociación colectiva como un nuevo instrumento de gestión flexible.

La opción por la disponibilidad colectiva implica una indispensable y necesaria participación del sindicato cuando la autonomía negocial se direcciona hacia la reducción o empeoramiento de las condiciones de trabajo preexistentes. Dicha necesaria e indispensable presencia sindical habilita a matizar la intensidad de la flexibilización resultante pues debería suponerse que, en tanto sujeto con mayor poder negocial que el trabajador individual, la organización gremial ostenta una más amplia capacidad de resistencia a la intención flexibilizadora manifestada por el empresario.

15. En la Ley Pyme, el fraccionamiento del Sueldo Anual Complementario (art. 90), como también los requisitos, aviso y oportunidad de goce de licencia ordinaria (art. 91), y la “modificación de determinadas regulaciones [...] estatutarias aplicables” (art. 97). Por su parte, el artículo 106 de la LCT como ejemplo paradigmático.

Sin embargo, el recurso a la disponibilidad colectiva también podría responder a la imposibilidad política de un gobierno, en un momento dado, de imponer reducciones a los estándares laborales existentes, ya sea por no contar con mayorías parlamentarias necesarias para ello o bien porque aun contando con las mayorías necesarias no podría resistir el embate reactivo del sindicalismo. Ante dicho contexto es razonable que la propuesta de flexibilización gubernamental tan solo llegue hasta el límite de habilitar la posibilidad de que sean los sindicatos y empresarios los que modifiquen la intensidad tutelar legal cuando lo entiendan conveniente, en cuyo caso, el gobierno evita de paso pagar un costo político que de este modo lo traslada a los sujetos negociadores. El proyecto de reforma laboral elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional y enviado recientemente al Parlamento confirmaría dicha hipótesis.

Restará pues identificar la magnitud de la apelación a la técnica de la disponibilidad colectiva por parte del legislador reformista como también el grado de sofisticación de su efectiva incorporación en la norma reformada. De ello dependerá que la acción de adaptación de la norma estatal sea lo más equilibrada posible respondiendo a esa doble exigencia de racionalización jurídica a la cual obedece el derecho del trabajo: facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores.¹⁶

Bibliografía

- Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid.
- Etala, Juan José, “Efectos prácticos de la nueva regulación laboral para las pequeñas empresas”, *Derecho del Trabajo*, 1995 - A.
- García Murcia, Joaquín, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998.
- Goldín, Adrián, “El futuro del Derecho del Trabajo (un nuevo desafío para el Derecho y la equidad)”, en AA.VV., *Ensayos sobre el futuro del derecho del trabajo*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- “La autonomía colectiva y la ley”, *DT* 1988-B, 1069.

16. Cfr. Monereo Pérez, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 15-16.

- “Prólogo”, en *Convenios Colectivos de Trabajo. Concurrencia, articulación y sucesión*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- Merli Brandini, Pietro, “Ruolo e prospettive della contrattazione confederale”, en *Prospettiva Sindicale*, 1980, N°1.
- Monereo Pérez, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo*. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- Mugnolo, Juan Pablo, “Flexibilización y tiempo de trabajo en la Argentina”, en *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos*, AA.VV, Perán Quesada y Morenero Pérez (coords.), Editorial Comares, Granada.
- OIT, “La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado”, Ginebra, 1973.
- Panettieri, José, *Las primeras leyes obreras*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984.
- Rey Guanter, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, en *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Rodríguez Mancini, Jorge, “La negociación colectiva en la pequeña empresa”, en *Cuadernos de la Universidad Austral N°1* –separata–, Homenaje al Dr. Raymundo Fernández, 1995.
- Sappia, Jorge y otros, *Empleo y flexibilidad laboral*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Valdes Dal Re, F., *Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.