

Causales autónomas de afectación a la vigencia de los Convenios Colectivos de Trabajo

Por Martín O. Rimoldi

I. Introducción [arriba]

Los Convenios Colectivos de Trabajo y la Negociación Colectiva representan un ámbito de notable protagonismo en el Derecho del Trabajo por cuanto configuran el canal autónomo por el cual los intereses de los trabajadores y de los empresarios pueden cristalizar y, en consecuencia, regular la propia dinámica de las relaciones laborales.

Se trata de un mecanismo de autorregulación de intereses grupales que, luego de una lenta y accidentada evolución comenzada a mediados del siglo XVIII, ha obtenido reconocimiento estatal como fuente creadora de derecho.

La permanente dinámica de la empresa moderna exige del ordenamiento jurídico instrumentos idóneos para contener el fenómeno de la Negociación Colectiva y los Convenios que surgen de la misma. Estos Convenios Colectivos se celebran en el entendimiento de que configurarán una fuente normativa que regulará los aspectos laborales de un sector de la sociedad por un determinado período de tiempo hasta su extinción, prórroga por algún mecanismo legal o voluntad de las partes.

Si bien en un contexto político y económicamente estable, la duración de los Convenios Colectivos de Trabajo no presenta mayores inconvenientes, en situaciones de crisis generales o sectoriales, el mantenimiento del contenido de los mismos puede conllevar a un agravamiento de la situación y/o impedir una oportuna recomposición del sector afectado.

Frente a esta situación, el Derecho ha previsto diversos mecanismos por los cuales es posible modificar, reemplazar o afectar los Convenios Colectivos que regulan el aspecto laboral de los sectores involucrados. Empero, debemos señalar que no todas las causales de afectación legalmente previstas requieren necesariamente una situación previa de crisis económica.

Estas causales de afectación a la vigencia de los Convenios Colectivos de Trabajo pueden agruparse según su origen en autónomas o heterónomas, según su duración en permanentes o transitorias, según su fundamento en causales de crisis o normales y según su ámbito personal en generales o para empresas determinadas. El objeto de estudio de este trabajo consistirá en el análisis de las causales de afectación a la vigencia de los Convenios Colectivos de Trabajo y, en especial, las de naturaleza autónoma.

En primer lugar, efectuaremos una breve reseña sobre la importancia de los Convenios Colectivos de Trabajo en la dinámica de las empresas, analizando su naturaleza jurídica y las principales características de esta institución, diferenciando los distintos tipos de instrumentos colectivos previstos y sus efectos. Luego presentaremos la clasificación general de las causales de afectación de los Convenios Colectivos, individualizando los supuestos legales que encuadran dentro de cada categoría, los procedimientos en virtud de los cuales operan las causales y los instrumentos jurídicos que habilitan la implementación de la afectación.

En segundo lugar, nos adentraremos en el tratamiento concreto y específico de cada uno de los supuestos legales de afectación autónoma, analizando los requisitos de configuración, sujetos involucrados, materias contempladas, efectos jurídicos frente a terceros y frente a las partes, participación estatal, procedimientos y duración, tipo de convenio resultante y efectos. Estudiaremos la naturaleza jurídica de los distintos instrumentos que habilitan la afectación y la relación de sus contenidos con el contrato individual de trabajo.

II. Los Convenios Colectivos en la vida de la empresa [arriba]

1.- Origen de los Convenios Colectivos.

La revolución industrial se presenta en algunos países europeos a partir del siglo XVIII, destacándose Inglaterra como líder en el nuevo proceso que generaría sustanciales cambios económicos y sociales. Este proceso histórico (años 1780/90 en adelante) se caracterizó por la instauración del trabajo en las fábricas, el uso de sistemas mecánicos movidos por agentes no animales, la migración masiva desde el campo a las ciudades, la aplicación de los adelantos técnicos provenientes de la *ilustración* al campo de la producción y la elaboración en serie de productos, entre otros.

A raíz de estos cambios, los centros urbanos vieron nacer numerosos centros industriales en los cuales se empleaba gran cantidad de trabajadores (hombres, mujeres y niños), la mayoría proveniente del campo en búsqueda de una mejor fortuna. Consecuencia inmediata de la concentración no planificada en las ciudades, fue el hacinamiento y precarización de las condiciones de vida del sector integrado por los trabajadores.

La precarización en las condiciones de vida se reflejó automáticamente en las condiciones laborales existentes en los rudimentarios establecimientos industriales. Allí, la prestación del trabajo se sometía a jornadas extensas, pagos mínimos, trabajos insalubres, falta de descansos suficientes, trabajo de niños y mujeres y una gran variedad de abusos. La diferencia de poder entre los sujetos vinculados por el hecho del trabajo, por un lado el trabajador y por el otro el propietario de la fábrica, era esencialmente disímil y ello evitaba, en la mayoría de los casos, una razonable y equilibrada regulación de las condiciones de trabajo.

Es en este contexto donde se puede ubicar, con cierta nitidez, el origen de los Convenios Colectivos de Trabajo como resultado de las primeras protestas grupales de trabajadores. La despersonalización producida por el fenómeno del *hombre masa*, donde el trabajador rural emigrante perdía prácticamente su entidad e ingresaba en un sistema unificador, genera los cimientos para la aparición de los entes colectivos gregarios de intereses de los trabajadores.[1]

Si bien algunos autores han ubicado históricamente la aparición de los Convenios Colectivos de Trabajo en la Edad Media[2], señalamos que en esa época aún no se presentaba el necesario espíritu profesional, no había asociación de trabajadores dependientes y por ende no había sustancia para la génesis de un auténtico Convenio Colectivo. Los habitantes se encontraban divididos por artes y oficios, religiosos o mutuales, no profesionales en el sentido moderno del término. Podemos afirmar que el verdadero fenómeno social de los Convenios Colectivos se origina en el período industrial y como respuesta a su crecimiento vertiginoso[3], relacionándose íntimamente con el fenómeno de grupo, como comunidad de intereses, de raíz económica - social[4].

Estos Convenios Colectivos originalmente se limitaron a la regulación y cuantía de los salarios, denominados *convenios de tarifa*[5], para luego extenderse y comenzar a regular otros aspectos de las relaciones laborales a medida que los grupos interlocutores se consolidaban internamente y en consecuencia poseían mayor poder para negociar. Estos Convenios nacidos como verdaderos contratos, en virtud de un lento proceso fueron extendiendo sus efectos en su aplicación territorial y personal[6].

Este enfoque histórico del origen de los Convenios Colectivos de Trabajo, resulta a nuestro criterio esencial a fin de percibir claramente que cuando hablamos de Convenios Colectivos necesariamente hablamos de oposición o fricción de intereses grupales o sectoriales[7], ajenos a los intereses generales de la sociedad, a los intereses de los trabajadores individualmente considerados y ajenos también a los intereses del Estado. De esta manera los Convenios Colectivos de Trabajo se presentan como el resultado de un proceso de negociación, no siempre pacífico, en el cual los distintos grupos intentan imponer sus pretensiones de índole colectiva.

2.- Concepto. Naturaleza Jurídica. Autonomía Colectiva.

El Convenio Colectivo de Trabajo ha sido conceptualizado por la doctrina como el instrumento intermedio entre la liberalidad total (*contrato*) y el intervencionismo estatal autoritario (*ley*)[8]; el acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, entre los representantes de ambos grupos sociales[9]; el instituto que funde en un todo unitario la norma y el contrato[10]; la manifestación más importante del acceso de la autonomía de la voluntad de los grupos sociales al poder normativo y, por tanto, a la categoría de fuente del Derecho[11]; el acto normativo autoritario de autonomía privada colectiva[12]; entre otros.

Si bien no puede prescindirse en la materia de la clásica afirmación de Carnelutti[13], por nuestra parte adherimos al concepto ofrecido por Efrén Borrajo Dacruz[14], al decir: *“El convenio colectivo de trabajo es la manifestación más significativa del pluralismo jurídico, por virtud del cual el Estado acepta a su lado, para la creación del Derecho, a los grupos sociales interesados en la salvaguardia y representación del interés colectivo propio de cada grupo.”*

A partir de su aparición como instrumento idóneo para regular aspectos del ámbito laboral, los estudiosos del derecho intentaron determinar cuál era la naturaleza jurídica del Convenio Colectivo de Trabajo, ya que éste se presentaba con características especiales que desbordaban el clásico esquema contractual de las regulaciones legales del siglo XVIII. Como muestra del amplio panorama de debate jurídico motivado por las novedosas características de esta nueva institución, se esgrimieron distintas teorías sobre su naturaleza: a) civilistas, b) eclécticas o de transición, c) jurídicas - sociales y d) renovadoras[15].

El Convenio Colectivo de Trabajo no siempre tuvo el reconocimiento general que actualmente el ordenamiento le confiere. En un primer momento su validez se sustentaba sólo en el compromiso de las partes - *gentlemen's agreement* -, luego en la normativa del contrato civil y por último en el reconocimiento de la autonomía colectiva como fuente objetiva de derecho[16]. Debemos señalar que en el derecho anglosajón, aún hoy, los Convenios Colectivos encuentran su legitimidad y sustento en la confianza o compromiso de las partes.

Consideramos que el Convenio Colectivo de Trabajo responde a un reparto autónomo (por contraposición al reparto autoritario o impuesto) de naturaleza contractual. La voluntad del Estado no incide en el contenido del Convenio Colectivo sino eventualmente en la extensión de sus efectos, circunstancia que no afecta la eminente presencia de contenido contractual en la institución bajo estudio. En este sentido, el

Convenio Colectivo tiene una naturaleza jurídica esencialmente contractual y configura una fuente extraestatal creadora de derecho de reparto autónomo[17].

La autonomía colectiva, canalizada como fuente extraestatal de derecho, es de naturaleza *privada* por cuanto el interés en juego no se identifica con el interés del Estado, sino con intereses sectoriales o grupales[18]. Los Convenios Colectivos configuran la forma prevaleciente de regulación en el derecho del trabajo, son la manifestación característica de la contemporánea tendencia del grupo económico a darse su propia regulación sin la injerencia de la voluntad del Estado[19].

Este interés colectivo, como ya señalamos, se encuentra por debajo del interés general de la sociedad y cuando se entra en el análisis de esta temática es necesario tener presente que “...*por deseable que sea desde el punto de vista social, una protección lo más intensa posible del trabajador y una mejora lo más amplia posible de su situación, todo ello tiene como límite la capacidad de resistencia de la economía -léase interés general-...*”[20].

3.- Distintos Tipos de Instrumentos Colectivos.

Existen diversos tipos de instrumentos en los cuales se canalizan los intereses colectivos. Dentro del concepto genérico de Convenio Colectivo tenemos dos tipos de instrumentos que han sido tradicionalmente clasificados por la doctrina. Por un lado los convenios colectivos regulares y los convenios colectivos irregulares.

Los convenios colectivos regulares serían aquellos, no importa el ámbito o nivel de negociación involucrado, que resultan celebrados entre un empleador, un grupo de empleadores o una asociación de empleadores y una asociación sindical con personería gremial y que ha obtenido la homologación por parte de la Autoridad de Aplicación[21]. El contenido de estos convenios regulares, de naturaleza colectiva, es aplicado luego de la homologación a todas las empresas y trabajadores comprendidos por la representación de las partes signatarias. Obtiene un efecto *erga omnes*, se aplica a todas las empresas representadas y a todos los trabajadores comprendidos, se encuentren o no afiliados a las partes signatarias.

El acto homologatorio es un acto formal del Estado en ejercicio del doble control de legalidad y de oportunidad o conveniencia[22]. El control de legalidad tiene como función evitar que el contenido del convenio colectivo afecte la normativa vigente y el control de oportunidad tiende a evitar la afectación del interés general (conf. art. 4 Ley N° 14.250 to 2004)[23]. El efecto propio del acto homologatorio es la aplicación generalizada de las disposiciones del convenio colectivo regular a todos los sujetos comprendidos en el ámbito personal definido en el mismo, hayan o no participado en la negociación[24].

Antes de la reforma introducida por la Ley N° 25.250 y en virtud de lo dispuesto por el Decreto N° 470/93, no se exigía a los convenios colectivos de empresa la necesidad de la homologación para obtener eficacia general. Si bien durante la vigencia de la Ley N° 25.250 la homologación fue exigida también para los convenios colectivos de nivel empresarial, con la sanción de la Ley N° 25.877 y consecuente derogación de la Ley N° 25.250, se vuelve al esquema anterior estableciendo la homologación voluntaria de los convenios de nivel empresarial.[25]

Al lado de los convenios colectivos regulares, tenemos a los convenios colectivos irregulares que serían aquellos que han sido negociados y celebrados al margen de la ley de convenciones colectivas de trabajo. Ya sea por que no se han cumplido los requisitos formales (p.ej.: homologación) o porque no han participado en la negociación los sujetos colectivos que la ley contempla para que queden reguladas por

la ley especial en la materia. Estos convenios colectivos irregulares, carecen de efecto general y resultan aplicables solamente a las partes signatarias. Los efectos de estos convenios irregulares se extienden a los trabajadores que se encuentran afiliados a la asociación sindical firmante y a los empleadores participantes o que se encontraren representados en virtud también de una afiliación a una Cámara Empresaria.

Dentro de los convenios colectivos irregulares, encontramos los llamados *acuerdos de empresa*. Sobre éstos instrumentos y su naturaleza jurídica ha corrido mucha tinta y existen dos posiciones claramente diferenciadas[26]. Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia[27], considera que los convenios no comprendidos explícitamente en la Ley N° 14.250, como serían los *acuerdos de empresa*, no resultarían convenios de naturaleza colectiva sino contratos de derecho común y las normas contenidas en los mismos sólo tendrían eficacia en virtud de la incorporación a los contratos individuales de trabajo. No habría posibilidad para que existan convenios colectivos al margen de la Ley N° 14.250.

Otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia[28], consideran que estos convenios irregulares mantienen su naturaleza colectiva a pesar de no estar regulados por la Ley N° 14.250 mientras no contengan cláusulas en las cuales se otorguen beneficios a los trabajadores en forma específica o *intuitu personae*. Ello sin perjuicio de que tengan una eficacia limitada a las partes signatarias del mismo[29].

Las diferencias entre un convenio colectivo y uno de derecho común son esenciales. Si se considera un convenio como colectivo, aunque irregular, tiene las siguientes notas diferenciales[30]: 1) crea un derecho objetivo; 2) rige el principio de publicidad; 3) rige el principio de automaticidad, sin necesidad de incorporación expresa en los contratos individuales; 4) rige el principio de imperatividad, no pudiéndose negociar in pejus de lo pactado colectivamente; 5) rige el principio de modernidad en la sucesión normativa[31]; y 6) rige el principio de jerarquía normativa. Considerando el convenio irregular como un convenio de derecho común, las características señaladas se desvanecen rigiéndose plenamente por la normativa contractual y las materias acordadas adquieren eficacia en virtud de la incorporación a los contratos individuales de trabajo.

Por nuestra parte consideramos que, estando o no comprendido en las disposiciones específicas de la ley especial 14.250 (to 2004), todo acuerdo en el cual participe la parte patronal y un grupo de trabajadores en procura de mejoras para el grupo (no simples acuerdos individuales o plurindividuales) reviste la categoría de acuerdo o convenio *colectivo*. La naturaleza colectiva, a nuestro criterio, es inherente a la propia naturaleza del convenio como fruto de una interacción grupal del sector obrero y acorde a los orígenes de la institución ya analizados al comienzo de este trabajo. Estos acuerdos serán regulares en caso de resultar reglados por la Ley N° 14.250 o irregulares si no son celebrados en sus términos, pero ambos de naturaleza colectiva.

En este sentido consideramos también que, habiendo sido promulgada la Ley N° 14.250 en el año 1953 y con anterioridad a la reforma constitucional del año 1957, en la cual se reestableciera el texto de la Constitución de 1853/1860 y se introdujera el art. 14 bis, no puede pretenderse que aquella agote la fórmula constitucional que garantiza a los gremios el derecho a concertar convenios colectivos de trabajo. Un simple cotejo temporal indica que la Ley N° 14.250 no resulta una reglamentación de la norma constitucional, la cual por otra parte no distingue entre diversos tipos de convenios[32]. Por tal razón, limitar la facultad de celebrar convenios colectivos de trabajo sujetándola a las disposiciones de la Ley N° 14.250, se presenta con ciertos atisbos de lesividad constitucional.

Asimismo, la Ley N° 14.250 (to 2004) al delimitar los convenios que quedan comprendidos por su regulación dice: “Art.1: *Las convenciones colectivas de trabajo*

que se celebren entre ... se rigen por las disposiciones de la presente ley...[33]. La norma no excluye la posibilidad de otras convenciones colectivas de trabajo al margen de su normativa. Resulta claro que la Ley N° 14.250 regula una clase de convenios colectivos que por cumplir los requisitos que ella prevé adquieren efectos erga omnes, éstos son los regulares. Pero esto no implica que no puedan existir otros convenios también de naturaleza colectiva, pero al margen de dicha normativa especial como son los convenios irregulares.

Junto a los dos tipos de convenios colectivos mencionados, regulares e irregulares, aparece en forma contemporánea una tercer clase de instrumento que llamaremos "*acuerdo colectivo de empresa*"[34]. Este instrumento presenta características especiales que lo diferencian claramente de las otras dos figuras analizadas. Estos acuerdos, de naturaleza colectiva, se caracterizan por ser informales y poseer efectos generales de aplicación. Por informalidad entendemos que no requieren cumplir las exigencias previstas en la Ley N° 14.250 para obtener la eficacia general. Se acercan a los convenios irregulares por su informalidad y a los regulares por su eficacia general.

Si bien se ha sostenido que la eficacia general de estos acuerdos estaría dada por la obligatoriedad de participación de los delegados o la comisión interna, en cuyo caso estarían representados la totalidad de los trabajadores de la empresa[35], consideramos que tal eficacia general se desprende de la propia naturaleza colectiva del acuerdo y su inmediata relación o vinculación con el convenio colectivo de ámbito superior regular.

En nuestro derecho, la experiencia con los acuerdos colectivos de empresa es reciente. Si bien más adelante será analizado en extenso, señalamos que la primer aparición de estos acuerdos se da en el procedimiento preventivo de crisis, aunque la ley se ocupa de tipificar a estos acuerdos como convenios regulares sometiéndolos a los requisitos formales de éstos; una segunda aparición se presenta con los acuerdos celebrados en los términos de la Ley N° 24.467 (arts.94 y 97), que luego son tipificados como convenios regulares por medio del decreto reglamentario (conf.dec.146/1999). La tercer aparición se produce con la sanción de la Ley N° 25.250 y la introducción del mecanismo de "*descuelgue*". En virtud de este mecanismo y de ser aplicado en forma subsidiaria, surgía el *acuerdo colectivo de empresa* como una nueva realidad en el derecho colectivo. Con la sanción de la Ley N° 25.877 y la nueva reglamentación del "*descuelgue*", se ha dado un paso atrás al privar al instituto en estudio de ciertas características esenciales y se lo ha encauzado junto al primer supuesto mencionado y regulado en el procedimiento preventivo de crisis.

En definitiva, los acuerdos colectivos de empresa, presentan las características antes señaladas propias de los convenios regulares pero no requieren el cumplimiento de las formalidades previstas para éstos. Sus efectos tienen alcance general en el ámbito de la empresa y no se incorporan en manera alguna a los contratos individuales de trabajo.

4.- Negociación colectiva.

La Negociación Colectiva se integra por una secuencia de actividades de comunicación, presión y persuasión desarrolladas por sujetos representantes de trabajadores y empresarios, con el propósito de regular ciertas relaciones sociales. Si bien el concepto de Negociación Colectiva se relaciona en forma próxima con el concepto de Convenio Colectivo, ambos mantienen identidad propia y reflejan aspectos diferenciados del fenómeno colectivo.[36]

Es un proceso dinámico que involucra a las partes negociadoras, a través de sus representantes, en un juego permanente de intereses en conflicto. Para que exista una

negociación colectiva fructífera es necesario que se presente un contexto caracterizado por organizaciones sindicales amplias, estructura económica uniforme y espíritu de negociación entre las partes que predomine sobre el afán de prestigio e ideológico.[37]

Se pueden distinguir dos métodos principales de negociación, el dinámico o institucional y el estático o contractual. En el primero, la negociación se mantiene abierta en forma permanente adaptándose las condiciones laborales a las necesidades de los interlocutores comprendidos en el ámbito personal. En el segundo, la negociación se presenta en forma más espaciada y a intervalos periódicos, agotándose con la firma del convenio colectivo.[38]

El deber de buena fe se presenta con especial importancia en el vínculo que se genera entre las partes a raíz de la Negociación Colectiva y en el cumplimiento del eventual convenio colectivo de trabajo. Resulta imposible obtener un resultado satisfactorio para las partes en una negociación si una de ellas no respeta un *standard* de buena fe negociada en el transcurso de la misma. La actitud de las partes no puede limitarse a la mera concurrencia al ámbito negociador, deben colaborar activamente en la negociación agotando las fórmulas eficaces en la búsqueda del acuerdo e intercambiando toda la información necesaria a tal fin.[39]

La violación de las partes a este deber de negociar de buena fe, puede originar la aplicación de sanciones por prácticas desleales. Estas se configuran cuando las partes asumen comportamientos que lesionan o restringen las garantías sindicales reconocidas por el ordenamiento.[40]

5.- Clasificación de las causales de afectación.

Existe una gran variedad de ámbitos de negociación y, en consecuencia, diversos tipos de convenios colectivos de trabajo[41]. Estos convenios son acordados por las partes e integran el orden público laboral por cuanto el contenido de los mismos resulta, normalmente, indisponible en perjuicio del trabajador (art. 12 LCT y 8 Ley N° 14.250 to 2004). De esta manera, el convenio colectivo de trabajo se constituye en un verdadero ámbito de protección para los trabajadores.

Una vez acordado, firmado, homologado, registrado y publicado, el convenio colectivo rige durante todo el plazo pactado en el mismo. Opera sobre el contrato individual de trabajo desde afuera, como una ley, la parte normativa del convenio colectivo no deviene contenido de las relaciones de trabajo[42]. En otras palabras, el contenido del convenio colectivo, regular o irregular, no se incorpora al contrato individual del trabajador.[43]

Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 25.250, al vencimiento del plazo del convenio colectivo de trabajo, las condiciones de trabajo, las normas sobre contribuciones y las obligaciones de los empleadores, se mantenían en vigencia *sine die* hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio (principio de la ultractividad, art. 6 de la 14.250). Durante el breve lapso de vigencia de la Ley N° 25.250 se intentó reglamentar una salida de la ultractividad que en la realidad no dio resultados. Con la sanción de la Ley N° 25.877, que derogó la Ley N° 25.250 *in totum*, se ha vuelto a un esquema de ultractividad en el cual mantienen su vigencia *todas* las cláusulas de la convención colectiva hasta que las partes negocien nuevamente, salvo que se hubiere acordado lo contrario (conf.art. 6 Ley N° 14250 to 2004). Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de las ventajas y desventajas de la ultractividad. Consideramos que la negociación de sujetos colectivos tiene como finalidad primordial equiparar la fuerza negociadora de las partes y nivelar la natural desigualdad que existe entre el empresario y el trabajador considerado individualmente. De esta manera el mecanismo de la ultractividad se presenta como un elemento distorsionador de la autonomía de las partes y como un obstáculo de la

dinámica colectiva. Creemos que de no existir este mecanismo, la negociación se estimularía espontáneamente y las partes asumirían los roles necesarios para una negociación fructífera[44].

En principio, durante la vigencia del convenio colectivo las partes y los sujetos comprendidos en su ámbito personal de aplicación, deben observar las previsiones del mismo atento resultar una norma de carácter imperativo e integrante del orden público laboral. Decimos en principio, dado que nuestro sistema legal prevé distintos supuestos en los cuales el convenio colectivo pierde total o parcialmente su validez o eficacia por distintas causales.

A fin de analizar en los capítulos siguientes cada uno de los supuestos de afectación previstos legalmente, presentaremos aquí un intento de clasificación general de los mismos. El objeto de estudio de este trabajo se focaliza en las causales autónomas de afectación, razón por la cual las causales heterónomas serán sólo tratadas en forma sintética.

El supuesto previsto en los arts. 95 a 97 de la Ley N° 24.013, llamado de reestructuración productiva, no configura un caso de afectación convencional típico de nivel empresarial ya que el presupuesto del mismo es una reducción significativa del empleo en un ámbito superior al empresarial y su gestión se produce con una intensa participación de la Autoridad de Aplicación. Es un procedimiento excepcional de emergencia sectorial de distinta naturaleza que las afectaciones que serán analizadas en el presente trabajo.

Podemos señalar también como antecedentes legales vinculados a esta temática, que los supuestos de regulación específica previstos en el Decreto N° 470/93 (art. 3 Decreto N° 199/88)[45] y en el art. 10 de la Ley N° 25.250[46], ambos derogados, no configuraron supuestos de afectación o descuelgue por cuanto la regulación específica se encontraba contemplada en el mismo convenio colectivo y en consecuencia no operaba como una causal que modificara el contenido del convenio sino, por el contrario, el régimen especial para empresas determinadas se encontraba previsto y predeterminado en el convenio colectivo de ámbito superior. La aplicación del régimen especial en estos casos configuraba el cabal cumplimiento del convenio colectivo general y no su afectación.

a) Causales heterónomas y autónomas.

Las causales heterónomas son aquellas que operan automáticamente por imperio de la ley y que suspenden o derogan las previsiones convencionales sin que las partes tengan injerencia alguna en su aplicación. En nuestro derecho podemos señalar como causales heterónomas, por un lado las que surgen de leyes o decretos de emergencia (por ejemplo la Ley N° 21.476 y Decreto N° 817/92)[47], y por otro lado la afectación prevista en la ley de Concursos y Quiebras (Ley N° 24.522).

Las causales autónomas son aquellas que, si bien pueden estar o no previstas en una ley o convenio de ámbito superior, suspenden o restringen la aplicación de un convenio colectivo y resultan operativas solamente mediante acuerdo de las partes. Es decir, a diferencia de las heterónomas, estas causales no operan ipso facto y requieren el previo acuerdo de las partes para su aplicación.

En nuestro derecho podemos señalar como causales autónomas las siguientes: 1) El *descuelgue* convencional previsto en el art. 18 de la Ley N° 25.877 y nuevo art. 20 de la Ley N° 14.250 to 2004[48]; 2) El convenio que resulte de un procedimiento preventivo de crisis previsto en los arts.98 a 103 de la Ley N° 24.013; 3) El convenio de redefinición de los puestos y categorías laborales previsto en el art. 94 de la Ley N°

24.467; y 4) El convenio sobre mantenimiento y regulación de empleo previsto en el art. 97 de la Ley N° 24.467.

En los cuatros supuestos de causales autónomas señalados, las partes pueden acordar y efectivizar, cumpliendo los requisitos legales que para cada caso se exigen, una limitación en los efectos del convenio colectivo de trabajo aplicable.

o) Causales permanentes y transitorias.

Las causales de afectación permanentes, son aquellas que afectan la validez total o parcial de un convenio colectivo en forma definitiva. Es decir, que la afectación resulta operativa hasta tanto el convenio colectivo mantenga su vigencia original. Una vez que el convenio colectivo pierde su total vigencia por vencimiento del plazo, la afectación deja de existir por ser una situación accesoria a la propia existencia de aquél.

Por el contrario, las causales de afectación transitorias, son aquellas que afectan la validez de un convenio colectivo por un plazo determinado a cuyo vencimiento el convenio recobra su total eficacia.

Siguiendo esta clasificación podemos señalar con relación a cada supuesto: 1) Afectación por leyes de emergencia: Puede ser permanente o transitoria según el alcance que la norma contenga; 2) Afectación en la ley de Concursos y Quiebras: Es normalmente transitoria; 3) Afectación por descuelgue convencional: Es normalmente transitorio; 4) Afectación por convenio arribado en el marco de un procedimiento preventivo de crisis: Es normalmente transitorio y mientras dure la situación de crisis o reorganización; 5) Los supuestos de afectación de la Ley N° 24.467 (arts.94 y 97): Pueden ser permanentes o transitorias según lo pacten las partes.

:) Causales de crisis y normales.

Las causales de afectación de crisis son aquellas que resultan operativas sólo cuando existe una situación de emergencia o dificultad económica grave en la empresa. Esta emergencia puede presentarse a escala nacional, sectorial o empresarial. El fundamento de la causal de afectación reside en que el estricto cumplimiento de las previsiones de un convenio colectivo puede generar en algunos casos el agravamiento de la situación de emergencia y en otros dificultar o demorar el restablecimiento de las condiciones normales.

Dentro de las causales que exigen un presupuesto de crisis para su aplicación, podemos señalar los supuestos contemplados en: 1) Leyes de emergencia; 2) Ley de concursos y quiebras (24.522); 3) Descuelgue convencional (art. 20 Ley N° 14.250 to 2004); 4) Procedimiento preventivo de crisis (Ley N° 24.013)[49].

Las causales de afectación normales, son aquellas que no exigen para su aplicación una necesaria situación de crisis o emergencia. Puede ser que su instrumentación se origine en una real situación de crisis que haga reflexionar a las partes y decidan, en consecuencia, arribar a un acuerdo a fin de flexibilizar ciertos aspectos previstos en el convenio colectivo de nivel superior para superar la crisis. Pero lo cierto es que no es una exigencia legal la situación de crisis para afectar la eficacia del convenio colectivo. Como ejemplo de estas causales, podemos señalar las previstas en la Ley N° 24.467 en los arts. 94 (*convenios para la redefinición de puestos y categorías laborales*) y 97 (*convenios para el mantenimiento y regulación de empleo*) y el procedimiento preventivo de crisis cuando se origina en causales tecnológicas u organizativas[50].

l) Causales generales y para empresas determinadas.

Las causales de afectación generales son aquellas que resultan operativas para todo tipo de empresas, cualquiera sea su magnitud, facturación y cantidad de personal empleado. Entre ellas podemos señalar las causales originadas en leyes de emergencia, en la ley de concursos y quiebras (24.522) y el descuelgue convencional[51] (art. 18 Ley N° 25.877 - art. 20 Ley N° 14.250 to 2004).

Por el contrario, las causales de afectación para empresas determinadas son aquellas que tienen como requisito de operatividad cierta característica diferencial de la empresa en cuestión. Por un lado podemos señalar a las causales de afectación previstas en los arts. 94 y 97 de la Ley N° 24.467, que sólo resultan operativas en empresas que puedan ser calificadas como pequeñas empresas en los términos del art. 83 de la misma ley[52].

Por otro lado, se presenta la causal de afectación originada en un convenio arribado en un procedimiento preventivo de crisis, el cual resulta de tramitación obligatoria cuando se superen ciertos parámetros personales de afectación[53]. Es decir que, si la medida no justifica la implementación del procedimiento especial, no podrán obtenerse convenios que afecten la validez del convenio colectivo de trabajo vigente salvo que el empleador decida someterse al procedimiento preventivo de crisis en forma voluntaria.

e) Causales, procedimientos e instrumentos.

Antes de comenzar con el estudio particularizado de las causales de afectación precedentemente clasificadas, debemos señalar que cada causal opera por un procedimiento especial y a través de un instrumento jurídico determinado. Los procedimientos son variados como así también los instrumentos jurídicos resultantes (p.ej.: convenio colectivo regular, convenio colectivo irregular o acuerdo colectivo de empresa).

Los tres aspectos -causa, procedimiento e instrumento- configuran una unidad en virtud de la cual se consigue el efecto de la afectación de un convenio colectivo; por ello cada elemento puede ser estudiado en forma autónoma o ser el comienzo para un estudio integral de la institución. En este trabajo, como ya se ha señalado, el enfoque del objeto bajo estudio se realiza a través de las causales que habilitan la afectación y a través de ellas, se analiza el procedimiento aplicable y el instrumento jurídico correspondiente en forma integral.

De esta manera, además del análisis de la causal que habilita la afectación, estudiaremos el procedimiento (sujetos legitimados, plazos, participación de la autoridad de contralor y formalidades) y el instrumento colectivo que materializa la misma (naturaleza, efectos, extensión, homologación, registración y publicidad).

III. Causales heterónomas de afectación [arriba]

Aquí presentaremos las causales heterónomas de afectación, aquellas que operan ipso facto, sin intervención de un acto negocial privado de las partes y en virtud de un acto normativo general del Estado. Dado que el objeto de este trabajo es el análisis de las causales autónomas, nos limitaremos a mencionar los supuestos legales de afectación heterónoma y desarrollar brevemente ciertas características generales de cada supuesto.

1.- Afectación legal de emergencia.

Existe una afectación heterónoma legal de emergencia cuando en virtud de una ley o un decreto se dispone la afectación, total o parcial, de un convenio colectivo de

trabajo invocando una situación de crisis o emergencia económica. Ejemplos de este tipo de afectación han sido la ley de emergencia 21.476 y el Decreto N° 817/92. Aquí las partes privadas, afectadas en forma indirecta por estar comprendidas en el convenio colectivo cuyos efectos son limitados, no participan en manera alguna en el proceso de afectación, el cual opera en forma automática o *ipso facto*.

Este supuesto de afectación ha motivado una firme y continua posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, evidenciada en los pronunciamientos Romano[54], Nordensthol[55], Soengas[56] y Cocchia[57]. Los tres primeros precedentes muestran un claro debate sobre la posibilidad o no de reglamentar legalmente una afectación convencional y la oportunidad en que la misma puede ser dispuesta.

En el fallo “Cocchia”, al debate sobre la procedencia o no de medidas de emergencia, se suma la discusión sobre la naturaleza o jerarquía de la norma que podría causar la afectación. A nuestro criterio y siguiendo autorizada doctrina que ha efectuado el análisis de este fallo[58], consideramos que la posición de la Corte Suprema en el caso “Cocchia” al aceptar con criterio amplio (incluso por vía de decreto) la posibilidad legal de limitar cláusulas convencionales resulta claramente contraria a la Constitución Nacional. Citando a Bidart Campos “...*respetuosamente, decimos que hay demasiada literatura exorbitante en la decisión mayoritaria y que, pese a los argumentos discursivos, tenemos la convicción de que ha sido profunda y totalmente equivocada...*”[59].

Tradicionalmente la CSJN, en cuanto a la procedencia o no de medidas de emergencia, ha exigido que se presenten diversos caracteres, a saber: el empleo de un medio o mecanismo razonable (conf.art. 28 CN), existencia de una situación de emergencia o crisis, una duración determinada de la afectación y que la finalidad de la medida sea el interés general[60]. La procedencia de este tipo de medidas en situaciones de emergencia no es una novedad legal en la jurisprudencia de la CSJN, ya que se han admitido con anterioridad y en otros ámbitos del derecho medidas de éste tipo[61].

La doctrina en su mayoría, cuando se cumplen los requisitos de procedencia señalados, admite normalmente la afectación legal de convenios colectivos en situaciones de emergencia y por un período determinado y transitorio[62]. Hay también una minoría que rechaza tal posibilidad, sosteniendo la inalterabilidad de los convenios colectivos una vez homologados[63].

Por nuestra parte y dejando a salvo los cuestionamientos sobre la naturaleza de la norma que puede disponer la afectación -aspecto discutido en el fallo “Cocchia”-, consideramos que las medidas de afectación legal resultan procedentes siempre y cuando el mecanismo utilizado resulte razonable, exista una situación de emergencia con relación al interés general y sea de carácter transitorio. El interés general cumple un rol esencial en la valoración de la procedencia de la afectación, operando como límite del interés sectorial presente en el ámbito laboral[64].

2.- Afectación en la ley de concursos y quiebras (Ley N° 24.522).

La ley de Concursos y Quiebras (LCQ)[65] configura una causal heterónoma por cuanto dispone la afectación total de los convenios colectivos de trabajo vigentes en la empresa concursada por el plazo máximo de tres años. Esta afectación opera *ipso facto*, sin intervención de las partes involucradas (empresa y sindicatos legitimados) y es de carácter temporario. Asimismo se presenta como una causal de crisis y de aplicación en todas las empresas concursadas sin distinción alguna.

Conforme dispone el art. 20 LCQ, a partir de la apertura del concurso preventivo se dejan sin efecto los convenios colectivos vigentes en la empresa concursada. Se ha

dicho que la suspensión opera como una causal de extinción temporaria de los convenios colectivos ajena al sistema de la Ley N° 14.250[66].

La afectación automática[67] de los convenios colectivos vigentes, comprende a todos aquellos que pudieran estar aplicándose en la empresa; la LCQ no hace distinción alguna en cuanto a los convenios colectivos afectados. Podrían coexistir en la empresa un convenio colectivo de actividad, uno de empresa, convenios concertados en el ámbito de las pequeñas empresas y convenios fruto de un procedimiento preventivo de crisis. Todos estos convenios colectivos perderían su eficacia temporalmente, configurando esta solución una salida poco feliz del legislador por cuanto privaría de efectos a ciertos convenios cuya finalidad justamente es sortear la crisis (p.ej.: convenio del procedimiento preventivo)[68]. En definitiva, la salida concursal puede generar un agravamiento de la situación al suspender la eficacia de todos los convenios colectivos, aún de aquellos que configuran claros mecanismos para superar la crisis.

Aquí también se suma la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza de los convenios irregulares de empresa o acuerdos de empresa, ya que de considerarlos convenios colectivos[69] se verían afectados por la suspensión prevista en el art. 20 LCQ y en caso de considerarlos convenios de derecho común[70] se mantendrían vigentes. La suspensión tiene efectos sólo con relación a convenios colectivos y no a estatutos o leyes especiales, los cuales mantienen su plena vigencia[71].

Producida la suspensión, las relaciones laborales no se regulan únicamente por los contratos individuales y la ley de contrato de trabajo (como dispone el art. 20 LCQ) sino también por otras fuentes no precisadas por la norma analizada pero plenamente aplicables. De esta manera, se mantienen vigentes la LCT, las normas supra legales, los estatutos profesionales, leyes de carácter laboral (Leyes N° 24.013, 24.467, 11.544, 22.250, 22.248, etc.) y el contrato individual de trabajo[72].

El fundamento legal de esta causal de afectación se encuentra íntimamente ligada con la analizada con referencia a las leyes o decretos de emergencia por cuanto ambas regulan situaciones de crisis en las cuales los derechos se relativizan en mayor medida y permiten una reglamentación más estricta. Esta mayor reglamentación o limitación en tiempos de normalidad sería altamente cuestionable (conf. doctrina art. 28 CN).

En la quiebra (art. 198 y 199), la adquisición de la empresa fallida no trasmite al adquirente ninguna de las obligaciones laborales nacidas hasta ese momento. Dispone el art. 198 que los convenios colectivos de trabajo relativos al personal que se desempeñe en el establecimiento o empresa del fallido, se extinguen de pleno derecho respecto del adquirente, quedando las partes habilitadas a renegociarlos.

Esta disposición ha sido criticada duramente por la doctrina[73] por cuanto al extinguirse los contratos de trabajo (conf.art. 197) no existiría personal al cual aplicar un eventual convenio colectivo. Consideramos que frente a un eventual adquirente, en la empresa deberán aplicarse los convenios colectivos generales vigentes y que comprendan a la empresa en su ámbito de aplicación. Sostener lo contrario, es decir que los convenios colectivos superiores al nivel de empresa quedarían también extinguidos, tornaría en inconstitucional lo dispuesto por el párrafo 3 del art. 198 LCQ (conf. art. 14 bis, 28 y 75 CN)[74]. En consecuencia sólo quedarían extinguidos, los convenios colectivos de empresa celebrados con anterioridad a la adquisición y no los supraempresariales.

IV. Causales Autónomas de afectación [arriba]

A) Afectación en el procedimiento preventivo de crisis.

1. Caracterización del supuesto de afectación.

El procedimiento preventivo de crisis se encuentra regulado en los arts.98 a 105 de la Ley Nacional de Empleo (LNE)[75]. Este procedimiento especial resulta obligatorio en forma previa a que la empresa aplique medidas de suspensión o despidos por causas de fuerza mayor, económicas o tecnológicas[76] y cuando se superen ciertos parámetros de afectación personal[77]. Cuando se trata de pequeñas empresas (definidas por el art. 83 de la Ley N° 24.467), a nuestro criterio, el procedimiento también resulta obligatorio cuando se resuelven suspensiones o despidos por las causales de tipo organizativas[78].

El procedimiento que comentamos resulta operativo cuando se presentan ciertas condiciones especiales. Cuando consideramos las causales de fuerza mayor y económicas, indudablemente debe presentarse una situación de crisis previa y de incidencia en la empresa que afecte su normal desenvolvimiento. Esta situación de crisis económica se caracteriza, para justificar suspensiones o despidos colectivos, por su perdurabilidad, seriedad y objetividad con relación al empresario[79], es decir, que la misma resulte no imputable al titular de la empresa.

Cuando consideramos las causales tecnológicas u organizativas[80], no es necesario un escenario de crisis en la empresa. Por el contrario, la apertura del procedimiento preventivo de crisis por causales tecnológicas u organizativas, en este último supuesto sólo para las pequeñas empresas, puede presentarse como consecuencia del normal desenvolvimiento de la empresa y ajustada a una política de inversión razonable[81]. En definitiva, una situación de crisis no es condición *sine qua non* para la tramitación de un procedimiento preventivo cuando se invocan causales tecnológicas u organizativas.

Como resultado de la tramitación de un procedimiento preventivo de crisis, las partes intervinientes pueden arribar a un acuerdo cuyo contenido contenga ciertas modificaciones al convenio colectivo general aplicable a la empresa o establecimiento, generándose un supuesto de afectación o “descuelgue”. Podemos afirmar que en este supuesto, y como analizaremos seguidamente, se presenta una causal autónoma de afectación convencional.

Esta causal de afectación resulta autónoma por cuanto proviene en forma exclusiva de la voluntad de las partes negociadoras; es una causal de crisis en los supuestos de causa económicas o fuerza mayor y una causal normal en los supuestos de reorganización o causas tecnológicas; es esencialmente temporaria y prevista para empresas determinadas (aquellas que superen el mínimo de afectación personal).

2. Sujetos habilitados a negociar.

Del juego de los arts. 99 y 100 de la LNE, surge claramente que el procedimiento preventivo de crisis se tramita entre el empleador y la asociación sindical de los trabajadores. En cuanto al empleador la norma no presenta dudas y es clara, ya que identifica claramente al sujeto del lado patronal, sin importar que el mismo integre un grupo económico superior o sea parte en contratos asociativos. La norma podría haber previsto, y sería conveniente, cierta participación conjunta en caso de que el empleador integrara un conjunto o grupo económico[82].

La claridad señalada no es tal cuando la norma define quien debe intervenir por parte de los trabajadores. El art. 99 LNE menciona la asociación sindical de los trabajadores, sin identificar claramente a qué tipo de asociación sindical se refiere. Por ello, analizaremos las posibilidades que se presentan en cuanto a la entidad llamada a negociar en el procedimiento preventivo de crisis.

La asociación sindical simplemente inscrita, podrá participar en la negociación de un convenio colectivo en el marco del procedimiento preventivo de crisis cuando no hubiere en la misma actividad o categoría una asociación sindical con personería gremial (conf.art. 23 inc. b Ley N° 23.551[83]). Es decir que, si en el ámbito geográfico y personal existe una asociación sindical con personería gremial, a ésta le corresponde en forma exclusiva la negociación y defensa de los intereses colectivos del grupo afectado (conf.art. 31 inc. c Ley N° 23.551[84]). Ahora bien, el interrogante se presenta si aún existiendo asociación sindical con personería gremial, la asociación simplemente inscrita puede participar como parte en el procedimiento preventivo de crisis.

Antes de intentar una respuesta, debemos señalar que en la negociación llevada adelante en el procedimiento preventivo, confluyen distintos tipos de intereses, unos individuales y otros colectivos. Los primeros con relación a los sujetos que serán afectados por las medidas dispuestas y los segundos con relación al resto de los trabajadores, los que ingresarán en el futuro y el marco social general de la empresa.

Los intereses colectivos quedan protegidos, como ya dijimos, por la asociación sindical con personería gremial (art. 31 LAS) o, en su defecto, por la asociación sindical simplemente inscrita (art. 23 LAS). Por otra parte, consideramos, que los intereses individuales de los trabajadores afectados pueden ser representados en todo momento, además de las asociaciones con personería gremial, por las asociaciones sindicales simplemente inscritas (art. 23 inc. a LAS), previo cumplimiento de lo previsto en el art. 22 del Decreto N° 467/88[85] y a petición de aquellos[86].

La eventual participación de la asociación simplemente inscrita en la celebración del acuerdo con jerarquía de convenio colectivo fruto del procedimiento, se limita únicamente a los aspectos vinculados a los intereses individuales de los trabajadores que hubieran solicitado tal representación. Esta asociación no se encuentra legitimada para participar en la negociación de intereses colectivos, legitimación que detenta en forma exclusiva la asociación con personería gremial concedida[87].

Se ha sostenido que al convenio colectivo del procedimiento preventivo de crisis lo podría celebrar hasta el cuerpo de delegados de la empresa[88]. Por nuestra parte, consideramos que la legitimación de múltiple representación que la Ley N° 23.551 les confiere a los delegados en el art. 40, no alcanza para celebrar este tipo de acuerdos, siendo necesaria la participación de los funcionarios de la asociación sindical, sea simplemente inscrita o dotada de personería gremial según los casos (conf. art. 23 y art. 31 Ley N° 23551).

Por último debemos señalar que en el ámbito de la negociación de un procedimiento preventivo de crisis con relación a una pequeña empresa, puede presentarse la posibilidad de la participación del Fondo Nacional de Empleo (FNE). El art. 98 de la Ley N° 24.467 prevé que el citado Fondo podrá asumir total o parcialmente las indemnizaciones o financiar acciones de capacitación y reconversión para los trabajadores despedidos a raíz del procedimiento. Es indudable que la participación es facultativa y, normalmente, deberá ser requerida por las partes intervinientes en la negociación[89].

Cuando el FNE da respuesta favorable a la petición de las partes negociadoras, evidentemente debe participar del acuerdo final estipulando las condiciones y alcances de la prestación a su cargo. Estos acuerdos pueden ser calificados como *tripartitos*, ya que interviene el sector empresarial, el sindical y el Fondo Nacional de Empleo[90].

3. Materias susceptibles de negociación.

En el procedimiento preventivo de crisis, confluyen intereses individuales e intereses colectivos. Los primeros corresponden a los trabajadores que resultan afectados por las medidas previstas y aplicadas por la empresa (suspensiones o despidos). Los segundos se integran por las consecuencias con relación a los trabajadores que permanecen en el establecimiento, los que serán empleados con posterioridad y el contexto social general que afecta la empresa en su normal desenvolvimiento.

Medidas de índole colectiva implican necesariamente la afectación de intereses colectivos. Por ello, el contenido del acuerdo que se arribe luego de la tramitación de un procedimiento preventivo de crisis puede verse integrado tanto por intereses plurindividuales, colectivos o de ambos.

Con relación a los intereses plurindividuales, las partes pueden negociar ampliamente distintos aspectos vinculados a las medidas dispuestas por la empresa. Así se puede acordar sobre períodos de suspensión, plazos continuados o intermitentes de labor, prestaciones a cargo del empleador[91], montos indemnizatorios en casos de despido, forma de pago, preferencia en una nueva contratación y otras posibilidades, siempre considerando a trabajadores determinados y afectados por las medidas.

En cuanto a los intereses colectivos involucrados, el convenio puede contemplar diversas materias como ser aspectos relativos a la introducción de tecnología, cambios organizacionales, modificación de condiciones de trabajo, métodos alternativos de resolución de conflictos, compromisos de capacitación, compromisos de no efectuar despidos, recategorización convencional, descuelgue o modificación de beneficios previstos en el convenio colectivo de nivel superior, aportes convenidos al S.I.J. y P. (Ley N° 24.241), plazos de suspensión del personal cercano a jubilarse (conf. Decreto N° 402/99), entre otros. El objeto del convenio colectivo arribado en un procedimiento preventivo de crisis no se limita a supuestos de afectación del convenio supraempresarial, sino que puede regular otros y variados aspectos de índole colectiva.

Es indudable que en virtud de los contenidos que eventualmente contemple el convenio colectivo del procedimiento preventivo, es muy probable que se produzca una afectación del convenio colectivo aplicable en el establecimiento en cuestión. Esta afectación *autónoma* resultará del consenso de las partes, quienes resultan los sujetos más idóneos para pulsar y apreciar la real situación de la empresa frente a la crisis o a situaciones que exigen una reorganización impostergable.

El conocimiento de la real situación de la empresa y una debida capacitación de las partes que concurren a la negociación, son necesarias para arribar a un convenio satisfactorio que configure un instrumento hábil para superar las causas que motivaron el procedimiento[92]. Para la comprensión y valoración de la situación de la empresa, y a falta de iniciativa particular, la ley consagra ciertas obligaciones de información a cargo de las partes, consecuencia directa de la buena fe que debe imperar en todo el proceso, a fin de optimizar el resultado de este mecanismo legal[93].

4. Naturaleza del convenio arribado en el procedimiento.

Si bien el art. 103 LNE califica al acuerdo arribado en el procedimiento de crisis como un “*convenio colectivo de trabajo*”, la naturaleza del mismo indudablemente depende de su contenido. Si en el acuerdo se han negociado y pactado condiciones de naturaleza individual o plurindividual y estrictamente aplicables a los sujetos afectados por la medida (por ejemplo: pago fraccionado de indemnizaciones para los cesantes), el convenio no será de naturaleza colectiva aunque la ley así lo califique. En este caso será un acuerdo plurindividual ya que los únicos intereses en juego serán de los trabajadores afectados individualmente por las medidas de saneamiento. Por el contrario, si en el acuerdo arribado se han contemplado intereses colectivos y se han tomado medidas de índole también colectiva, el acuerdo será entonces de naturaleza

colectiva como es reconocido por el art. 103 LNE[94]. La naturaleza colectiva se mantiene si en el acuerdo arribado confluyen intereses mixtos, es decir individuales y colectivos.

La Ley N° 24.013 (art. 103)[95], eleva al acuerdo arribado en el marco del procedimiento preventivo de crisis al rango de convenio colectivo en virtud de la homologación. Es decir, califica como convenio colectivo regular un típico acuerdo colectivo de empresa exigiéndole el cumplimiento de los requisitos formales. Esta distinción, entre convenio colectivo regular y acuerdo colectivo de empresa, tiene importantes efectos en cuanto a su extensión y eficacia en caso de rechazarse la homologación como veremos en el punto siguiente.

Una vez homologado el acuerdo tendrá efectos generales y se aplicará a todos los empleados del establecimiento -en cuanto a los contenidos de naturaleza colectiva-, afiliados o no afiliados, presentes y futuros. La regularidad del acuerdo se configura cuando es celebrado de conformidad a la normativa vigente y obtiene la homologación. Con la sanción de la Ley N° 25.877, el requisito de la homologación en este tipo de acuerdos se consagra nuevamente como una excepción al régimen general que no requiere necesariamente la homologación en los convenios colectivos a nivel empresarial.

5. Autoridad de aplicación. Homologación. Registración.

El procedimiento preventivo de crisis debe tramitarse ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (conf. art. 99 LNE). Es posible que, mediante acuerdos operativos[96], la Autoridad Nacional delegue en las Autoridades Provinciales facultades suficientes para la tramitación de estos procedimientos en las agencias locales.[97]

Durante el procedimiento y previo al momento de someter a la homologación el acuerdo arribado, la Autoridad de Contralor tiene amplias facultades para recabar informes, datos y dictámenes a fin de evaluar el contenido del convenio y de su adecuación a la normativa vigente y a la realidad de la empresa (conf. art. 102 LNE). Presentado el convenio para la homologación, la Autoridad de Aplicación tiene un plazo de diez (10) días para dictar tal acto o, en caso de silencio, el convenio quedará homologado por imperio de la ley. Aquí se reduce el plazo máximo de treinta (30) días previsto en el art. 6 de la Ley N° 23.546 (to. 2004) para el régimen general, atento la celeridad que debe imperar en la resolución de este tipo de procedimientos.

Puede ocurrir que la homologación sea rechazada mediante resolución fundada del Ministerio (art. 103 inc. b). En este supuesto y sin que pueda afectarse el orden público laboral, los efectos del acuerdo celebrado en el procedimiento preventivo de crisis dependerán de la naturaleza jurídica que se le confiera al instrumento colectivo acordado. Si se lo considera un *acuerdo colectivo de empresa*, los efectos serán generales aún sin la correspondiente homologación. Si se lo considera un *convenio colectivo irregular*, los efectos serían aplicables a las partes firmantes del mismo y a los trabajadores afiliados a la asociación sindical negociadora, a menos que se hubiera condicionado el cumplimiento y efectividad del mismo al acto homologatorio.

Cuando se sanciona la Ley N° 24.013, que implementa el procedimiento preventivo de crisis, el ordenamiento vigente no exigía la homologación para los convenios colectivos en el ámbito de la empresa (conf. art. 3 bis Decreto N° 199/88, modificado por Decreto N° 470/93). Salvo el período de vigencia de la Ley N° 25.250 durante el cual fue obligatoria la homologación incluso para los convenios colectivos de empresa, con la sanción de la Ley N° 25.877 se vuelve al esquema anterior. El fundamento de la excepción con relación a los convenios colectivos de empresa o grupo de empresas radica en que, por una parte, el control de legalidad opera en forma automática ya

que el ordenamiento laboral es de orden público y funciona el mecanismo de sustitución de normas (art. 13 LCT). Por otra parte, el contenido de un convenio de nivel empresarial no podría afectar sensiblemente, atento su dimensión, al interés general de la comunidad ni la economía general -salvo en el caso de empresas monopólicas en donde surgiría la necesidad de un mayor control por parte de la Autoridad de Aplicación-. De esta manera, los convenios colectivos de empresa sólo deben ser registrados por la Autoridad de Contralor. Es decir, legalmente se confiere a los convenios colectivos de nivel empresarial el efecto *erga omnes* sin necesidad de que la Autoridad de Contralor emita el acto homologatorio. No obstante, si las partes lo solicitan también se procederá a la homologación aún cuando no es obligatorio tal proceder para éstas.

Volviendo al procedimiento específico, tenemos que la Ley N° 24.013 dispone que el acuerdo que surja del procedimiento preventivo de crisis, de indudable ámbito empresarial, requerirá la homologación de la Autoridad de Aplicación. Entonces, tenemos que un convenio colectivo de empresa negociado en un momento de normalidad no necesita homologación y el acuerdo colectivo negociado en un procedimiento preventivo requiere la homologación. Tal vez la diferenciación radique en el contexto en que son negociados ambos convenios y la amplitud del objeto que puede integrar un convenio celebrado en el procedimiento preventivo de crisis. La situación de la empresa que motiva la tramitación de un procedimiento preventivo de crisis normalmente responde a un estado de emergencia o grave situación económica (paso previo a la implementación de suspensiones y/o despidos colectivos). En este contexto la capacidad negociadora de las partes podría verse afectada por las presiones existentes con relación al incierto futuro de la fuente de trabajo. De esta manera, el legislador pudo haber considerado conveniente que la Autoridad de Aplicación efectúe un mayor control de legalidad y oportunidad con relación al convenio colectivo producto del procedimiento, máxime cuando éste puede contener también previsiones de carácter plurindividual.

Por nuestra parte consideramos que la exigencia legal de la homologación resulta sobreabundante e innecesaria en este supuesto de afectación. El control de legalidad funciona en forma automática por imperio legal (mecanismo de sustitución de normas y orden público laboral) y el de oportunidad se suplanta por el reducido ámbito del acuerdo (empresa) y la actuación de los representantes sindicales. No habría necesidad de imponer la homologación en este nivel de negociación.

Ahora bien, analizando los efectos concretos de la falta de homologación del convenio colectivo arribado en este procedimiento por resolución fundada del MTEySS, es necesario distinguir la eficacia según sea la naturaleza que se atribuya al instrumento colectivo. Si se lo considerara *acuerdo colectivo de empresa*, no obstante la calificación legal que lo subsume como regular, el acuerdo tendría efectos generales o *erga omnes* en el seno de la empresa aún sin obtener la homologación. Si se lo considerara *convenio colectivo irregular* (por carecer de la homologación), los efectos dependerán si los trabajadores se encuentran o no afiliados en su totalidad a la asociación sindical firmante del acuerdo y si han participado en la negociación y concertación los delegados.

En esta última hipótesis, si una parte del personal de la empresa se encuentra afiliado a la asociación sindical interviniente en la negociación, la falta de homologación del acuerdo traerá la consecuencia de que éste será sólo aplicable, en la medida que no violente el orden público laboral, a los afiliados al sindicato firmante en virtud de la eminente naturaleza contractual del convenio. Mantendría sin embargo su naturaleza colectiva pero su alcance sería restringido o limitado a los afiliados del sindicato firmante[98], salvo que los firmantes hayan condicionado la vigencia a la homologación. En el caso de que todo el personal se encuentre afiliado a la asociación sindical firmante del convenio, la falta de homologación del mismo, a nuestro criterio,

no tendría mayores efectos salvo en aquellos tópicos que se violentara el orden público laboral en donde operaría el mecanismo de sustitución de normas. El convenio resultaría aplicable a los sujetos afiliados al sindicato, lo cual implicaría en el presente caso, que se aplicaría a todo el personal sindicado de la empresa en cuestión. Obviamente, en caso de ingresar nuevos trabajadores el convenio irregular no resultaría aplicable a menos que se afiliaran al sindicato en cuestión. Otra posibilidad sería, aunque la ley no lo prevé, que en la negociación del acuerdo participen además de los funcionarios de la asociación sindical correspondiente, los delegados de personal o comisión interna. En este caso y frente a la falta de homologación, el convenio tendría efectos sobre todo el personal en virtud de la amplia representación que ostentan los delegados (conf.art. 40 Ley N° 23.551).

Por nuestra parte y no obstante la calificación legal prevista en el art. 103 LNE, consideramos que la naturaleza jurídica de lo pactado por las partes es la correspondiente a un *acuerdo colectivo de empresa* con sus típicas notas de informalidad y eficacia general. La terminología utilizada por el legislador en el art. 103 LNE es importante. El instrumento colectivo acordado por las partes es denominado inicialmente “acuerdo” y luego al regular sus efectos se dice que se lo homologará “...con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo...”. Es claro que el legislador contempló dos instrumentos distintos y sólo unificó los efectos de ellos a partir de la homologación. Sin perjuicio de ello y no obstante nuestra opinión, prima en este supuesto la calificación legal de convenio regular.

Cuando la Autoridad de Aplicación homologa el convenio, la Ley N° 24.013 nada dispone con relación a la registración o publicación del convenio celebrado. Se ha sostenido que la LNE, en el aspecto mencionado, implicaría una derogación del régimen de la Ley N° 14.250 por su especialidad[99]. Por nuestra parte consideramos que las disposiciones de la Ley N° 24.013, en tanto no se opongan específicamente, no derogan sino que se complementan con las previstas en el régimen general de las Leyes N° 14.250 to. 2004 y 23.546 to. 2004. Cuando estamos frente a acuerdos colectivos que pueden regular distintos aspectos que afectan al conjunto de los trabajadores, presentes y futuros, y hasta modificar el convenio vigente en el establecimiento, resulta imprescindible la registración y publicación de tales convenios en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 4 y 5 de la Ley N° 14.250 (to. 2004). Estas exigencias administrativas garantizan la protección de los intereses de los trabajadores, de los firmantes del mismo y de los terceros.

6. Efectos de la causal con relación al convenio colectivo vigente. Duración.

En la empresa que participa en un procedimiento preventivo de crisis, normalmente se encuentra en vigencia uno o varios convenios colectivos de actividad o de empresa. Estos convenios colectivos prevén las categorías laborales, los salarios básicos, las remuneraciones variables, los descansos, los premios, regímenes de vacaciones y licencias, entre otros. Estos aspectos son los que podrían incidir negativamente en una situación de crisis o emergencia impidiendo una rápida recomposición de las finanzas por los mayores costos que generan a la empresa.

En un acuerdo celebrado en el procedimiento preventivo de crisis pueden acordarse ciertas modificaciones o flexibilizaciones de las normas del convenio colectivo vigente. Esta afectación producirá que la nueva regulación acordada sea la que se comenzará a aplicar en la empresa sujeta al procedimiento. Es por ello que el supuesto bajo análisis configura una causal de afectación autónoma de los convenios colectivos.

La sucesión o relación entre ambos convenios (el afectado y el que contiene la nueva regulación) se presenta en un plano superior al contrato individual de trabajo y entre instrumentos de una misma naturaleza colectiva. Rige plenamente el principio de modernidad en la sucesión normativa, en virtud del cual los instrumentos colectivos se

articulan y suceden, parcial o totalmente, pudiéndose disponer en cualquier sentido los contenidos de los mismos[100]. Esta dinámica fortalece la negociación y la autonomía colectiva de las partes.[101]

En cuanto a la afectación señalada, es necesario aclarar qué sucede con los aspectos, que regulados por la norma de naturaleza colectiva, representan elementos esenciales del contrato individual de los trabajadores afectados (p.ej: remuneración, categoría laboral y jornada).

Normalmente en un convenio celebrado en el procedimiento especial, se afectarán aspectos esenciales como medidas para evitar suspensiones o despidos colectivos. De esta manera pueden modificarse premios, beneficios salariales y hasta producirse una rebaja salarial. También se puede modificar la jornada, introduciendo períodos alternativos de trabajo, lo que cual incide naturalmente en el nivel salarial.

Estas modificaciones, se introducen en un plano colectivo y en donde la regulación opera desde afuera con relación a las disposiciones previstas en el contrato individual de trabajo. Con relación a la remuneración y la jornada, aspectos esenciales de la vinculación, consideramos conveniente aclarar que cuando un trabajador ingresa a trabajar pueden ocurrir dos cosas:

1) Acuerda en forma expresa o tácita una remuneración superior a la prevista en el convenio colectivo aplicable, en cuyo caso claramente el origen de estos rubros será el contrato individual y no podrán ser modificados por un acuerdo de naturaleza colectiva -ello sin perjuicio de la negociación en el ámbito individual -. Sólo se verán afectados por el acuerdo colectivo del procedimiento de crisis los rubros que encuentren como fuente al convenio afectado[102]. Lo mismo puede decirse de la jornada.

2) Se sujeta o adhiere a las previsiones contenidas en la convención colectiva aplicable a la empresa sin obtener mejora alguna en cuanto a la remuneración, jornada u otros beneficios por su trato individual. En este caso, resultan susceptibles de afectación los distintos aspectos del contrato individual que encuentran su fuente en el convenio colectivo afectado.

En consecuencia, cuando en el acuerdo celebrado en el procedimiento preventivo de crisis se adopten modificaciones del convenio colectivo vigente con anterioridad y que repercutan en los contratos individuales en sus elementos esenciales, tales modificaciones tendrán efecto mientras no existan mejores beneficios que correspondan al contrato individual, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento de los trabajadores afectados[103].

Resta, por último, analizar la duración del convenio especial fruto de un procedimiento preventivo de crisis. Como surge de su propia naturaleza, el convenio se presenta en una situación de crisis (causas económicas) o reorganización (causas empresariales), ambas ajenas a un ámbito de normalidad o habitualidad. Ello nos indica que la situación tiene características de transitoriedad y en consecuencia el convenio también las tendrá.

Entre los requisitos formales que debe contemplar para su celebración el convenio colectivo especial del procedimiento preventivo, consideramos se encuentra el período de vigencia. Es decir, que son las partes en forma autónoma quienes disponen sobre la duración temporal del convenio celebrado. Este plazo, en caso de presentarse como extenso o insuficiente, se verá ajustado por la propia interacción de los sujetos participantes quienes realizarán las gestiones correspondientes para adaptar el plazo a la realidad o situación de la empresa. En este escenario es factible pensar, en la celebración de convenios especiales consecutivos mientras dure la situación

extraordinaria. El límite a la negociación lo fijan las propias partes, rigiendo aquí la más plena autonomía colectiva.

Más allá de lo que acuerden las partes en el convenio especial, cuando éste tiene como objeto exclusivamente afectar ciertos contenidos del convenio colectivo supraempresarial vigente y aplicable a la empresa, produciéndose una suerte de “descuelgue” de la norma superior, consideramos que el plazo de vigencia del convenio especial encuentra como límite, además de la voluntad de las partes, la vigencia del convenio afectado[104]. La finalización de este último arrastrará indefectiblemente el convenio especial en lo que ha sido materia de descuelgue; esto por una simple relación de principal y accesorio, rigiendo a partir de allí la normativa legal general aplicable.

7. Valoración del supuesto de afectación.

La causal de afectación analizada se presenta como una de las consecuencias posibles de la tramitación y resultado del procedimiento preventivo de crisis. En este caso, a diferencia de las demás causales, la tramitación resulta de carácter obligatorio para la empresa cuando se superan ciertos parámetros de afectación personal. No obstante ello, cualquier empleador que no quedara comprendido por dichos parámetros, podría recurrir al procedimiento en forma voluntaria.

El presupuesto de hecho que habilita el procedimiento preventivo es normalmente una situación de crisis (causas económicas). También configura un canal de acceso al procedimiento preventivo un proceso de reorganización (causas empresariales) sin necesidad de que exista una crisis económica. En ambos casos, si bien el presupuesto puede diferir, se configura como paso previo a la instrumentación de suspensiones o despidos colectivos y con la finalidad de encontrar en el seno de la negociación colectiva soluciones alternativas.

El objeto o materia susceptible de negociación en un procedimiento preventivo se presenta en forma amplia y prácticamente sin limitación alguna más allá de la propia capacidad negociadora de las partes. Pueden negociarse aspectos que comprendan intereses individuales o colectivos, relacionados o no con el convenio colectivo supraempresarial. Dentro de las posibilidades o soluciones alternativas para evitar las suspensiones o despidos colectivos, encontramos al “descuelgue” o afectación del convenio colectivo aplicable en la empresa. De esta manera, el procedimiento preventivo de crisis puede llegar a contener un descuelgue convencional. Por ello hemos analizado este supuesto, ya que puede arrojar como resultado la limitación parcial o total de ciertos contenidos colectivos previstos en el convenio colectivo aplicable en la empresa que solicita la tramitación del procedimiento.

Pensamos que la naturaleza jurídica del instrumento colectivo celebrado por las partes es la de un acuerdo colectivo de empresa. Por ello, las formalidades dispuestas por la ley se presentarían como innecesarias (p.ej.: homologación) y la aplicación general sería inherente a la naturaleza del acuerdo. No obstante ello, la norma especial eleva a los acuerdos celebrados en este ámbito a la jerarquía de convenios regulares en cuanto a sus efectos y así deberá ser cumplido por las partes.

Consideramos que el procedimiento preventivo de crisis resulta ser un instrumento idóneo para superar ciertas crisis o situaciones límites, donde se pueden concertar y aplicar soluciones alternativas en beneficio de los trabajadores involucrados y de la empresa. Muchas veces estas medidas o soluciones serían inviables en forma unilateral, pero en el ámbito de la negociación colectiva y frente a situaciones extraordinarias, los intereses sectoriales se flexibilizan y permiten concertar en forma más razonable. Aquí radica la riqueza y utilidad del mecanismo que ha dado buenas y numerosas experiencias desde su consagración legal.

B) Afectación en la ley de PyMes.

1. Caracterización del supuesto de afectación.

La ley de PyMES[105], en su título III incorpora una regulación laboral específica para las pequeñas empresas (P.E.) integrada por once secciones. Allí se regulan diversos aspectos de las relaciones laborales como ser el Registro Unico de Personal, las derogadas modalidades de contratación promovidas, materias susceptibles de ser reguladas por la disponibilidad colectiva, acuerdos sobre movilidad interna, acuerdos sobre mantenimiento y regulación de empleo, entre otros.

En nuestro país, las PyMES integran un gran porcentaje del segmento empresario contribuyendo aproximadamente al 40% del PBI y ocupando más del 60% de la mano de obra. Ello demuestra que la intención del legislador fue brindar a este sector empresario herramientas de financiación para promover y facilitar el desarrollo y progreso económico. Además de las herramientas de financiación (facilidades impositivas, sociedad de garantía recíproca, etc.), la Ley N° 24.467 incorpora un capítulo específico destinado a regular aspectos laborales, tanto de naturaleza individual como colectivos.

Si bien la ley tiene como objeto a las PyMES, el título III de regulación laboral, se encuentra destinado sólo a las *pequeñas empresas* (P.E.). Estas últimas han sido definidas por el art. 83 y por las normas reglamentarias. Dos aspectos son tomados en cuenta para delimitar el ámbito empresarial comprendido:

a) Cuantitativo: Serán consideradas pequeñas empresas aquellas que su plantel no supere los cuarenta trabajadores (art. 83). Si bien esta norma prevé que el número pueda ser aumentado por el convenio colectivo de ámbito superior, el Decreto N° 146/99[106] limitó tal potestad fijando un máximo de ochenta trabajadores[107]. Es decir que, una pequeña empresa podrá tener un plantel máximo de hasta ochenta trabajadores. Para el cálculo del plantel de personal deben computarse todas las personas vinculadas con un contrato de trabajo, salvo los pasantes (conf. art. 1 dec. 146/99). Asimismo, la negociación colectiva podrá disponer, cuando medien circunstancias especiales, excluir del cómputo a los trabajadores de temporada (conf.art. 1 dec.146/99).

b) Facturación: Para que una empresa sea considerada Pequeña Empresa, debe tener una facturación anual inferior a \$2,5M el sector rural, \$5M el sector industrial, \$3M el sector comercio y \$4M el sector servicios (conf. Resolución CESRLPE[108] n° 1/95 BO 30/5/1995). Estos montos sólo pueden ser modificados por la Comisión Especial de Seguimiento (creada en la sección XI del Título III de la Ley N° 24.467). Si bien este aspecto también estuvo al comienzo abierto a la modificación por disponibilidad colectiva (conf. art. 2 Res. 1/95 citada), tal posibilidad fue correctamente suprimida por el Decreto N° 146/99 (art. 1).

Estas dos condiciones deben operar conjuntamente y la única excepción prevista es la permanencia de la empresa dentro del régimen especial previsto por el plazo de tres años cuando se supere alguna o ambas de las condiciones, mientras ellas no sean duplicadas (conf. art. 83 in fine).

Definido el ámbito empresarial comprendido en el título III, analizaremos a continuación los dos supuestos de afectación autónoma de los convenios colectivos de ámbito superior, aplicables únicamente a las pequeñas empresas. De allí que en la clasificación general de causales, las incluimos en el tipo de causales para empresas determinadas.

a) Convenio de redefinición de los puestos y categorías laborales.

El art. 94 de la Ley N° 24.467 establece que el empleador podrá acordar con la asociación sindical signataria del convenio colectivo la redefinición de los puestos de trabajo correspondientes a las categorías determinadas en los convenios colectivos de trabajo.

Se trata de un supuesto de *descuelgue parcial* a través de una negociación al nivel de la empresa por la cual se modifican contenidos de la convención colectiva de actividad o supraempresarial[109]. Decimos que se trata de una causal autónoma de afectación, por cuanto las partes se encuentran habilitadas para negociar y modificar aspectos de la convención colectiva de nivel superior. En este caso, la afectación se encuentra limitada a la movilidad interna o polivalencia funcional y responde a la gran versatilidad de las actividades productivas actuales que traen aparejado un abandono del taylorismo y su reemplazo por métodos de trabajo que exigen fluida rotación de la mano de obra[110].

b) Convenio de mantenimiento y regulación del empleo.

El art. 97 de la Ley N° 24.467, establece que las pequeñas empresas podrán, cuando decidan reestructurar sus plantas de personal por razones tecnológicas, organizativas o de mercado, proponer a la asociación sindical signataria del convenio colectivo de nivel superior la modificación de determinadas regulaciones colectivas o estatutarias aplicables[111]. En caso de arribarse a un acuerdo, la empresa no podrá efectuar despidos por dichas causas durante el plazo de eficacia de aquél.

Este supuesto configura otra causal autónoma de afectación del convenio colectivo supraempresarial aplicable, distinta de la anterior tanto en el presupuesto que la habilita como así también en la materia susceptible de negociación. Como más adelante analizaremos, esta norma resulta, a nuestro criterio y en cuanto a la amplitud del objeto negocial, contraria a los principios de jerarquía normativa consagrados en nuestra Carta Magna. Esta causal de afectación encuentra su motivación en una reestructuración por razones tecnológicas, organizativas o de mercado[112].

Los dos supuestos legales mencionados, arts.94 y 97, no contemplan una redacción precisa con relación a cuáles serían los convenios colectivos susceptibles de modificación; en ambos casos se menciona que podrán ser modificados los convenios colectivos. Consideramos que el hecho de que la ley contemple a estos casos como supuestos especiales, nos brinda la pauta interpretativa de que los convenios colectivos que resulten afectados serán necesariamente de nivel superior al de empresa. Caso contrario, tales previsiones no serían necesarias por la inmediatez que tendría la regulación convencional con la realidad de la empresa y la permanente posibilidad de los sujetos colectivos de ir adaptando las regulaciones colectivas a las nuevas situaciones.

Es necesario efectuar una aclaración y distinción dentro de las posibles regulaciones aplicables en una pequeña empresa. El art. 99 de la Ley N° 24.467[113], prevé un supuesto de regulación especial que se integra por un cuerpo normativo convencional completo aplicable a todas las pequeñas empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio superior. Estas regulaciones especiales pueden configurarse como convenios colectivos específicos o bien como capítulos especiales dentro de convenios colectivos superiores.

Consideramos que estas regulaciones especiales no se presentan como supuestos de afectación o descuelgue de convenios superiores, sino como una normativa específica aplicable y concordante con el convenio colectivo superior; no existe afectación sino

estricto cumplimiento. Por su parte, los supuestos de afectación o descuelgue (arts.94 y 97) sí producen el efecto típico de las causales en estudio, por cuanto limitan o restringen la aplicación de normas convencionales superiores ya sea por plazo determinado o indeterminado y con relación a una pequeña empresa determinada.

La aplicación de estas causales no implica que la empresa se encuentre en una situación de crisis o emergencia económica. Pueden presentarse claramente en una empresa saludable y que recurre a estos mecanismos para flexibilizar las normas de los convenios colectivos superiores y así optimizar sus recursos humanos. La situación de crisis no configura el presupuesto de hecho que habilita la afectación, aunque puede existir y ser su real motivación.

2. Sujetos habilitados a negociar.

A diferencia de lo que ocurre con las normas que regulan el procedimiento preventivo de crisis, los arts. 94 y 97 de la Ley N° 24.467 estipulan claramente quienes son los sujetos habilitados para acordar los “descuelgues” convencionales en el ámbito de la pequeña empresa.

Por parte de los trabajadores, ambas normas determinan que resulta competente para negociar y acordar la asociación sindical signataria del convenio colectivo. Si bien en el art.94 se menciona “la representación sindical signataria”, esta expresión denota la necesaria presencia de una asociación sindical con personería gremial. Es decir que la negociación y representación de los trabajadores corresponde a una asociación de nivel superior al de la empresa, no existiendo una delegación directa de la ley hacia el sindicato de base para que pueda negociar las modificaciones.

En cuanto a la asociación sindical simplemente inscripta, no se configura supuesto alguno en el cual podría intervenir. Si lo que se pretende afectar es el convenio colectivo de nivel superior, la negociación del descuelgue se realizará con la asociación sindical signataria. De esta manera, la asociación simplemente inscripta no encuentra resquicio alguno de legitimación negociadora en este ámbito con relación a los eventuales descuelgues. Solo sería posible su participación en el remoto supuesto de haber negociado y suscripto un convenio colectivo en virtud de la inexistencia de una asociación con personería gremial.

Por el lado empresarial, resulta claro que participan los representantes de la empresa. Si bien el art. 5 del Decreto N° 146/99, reglamentario del art.94, establece que se podrá acordar sin recurrir a la intervención de las organizaciones representativas de los empleadores, consideramos que ello no es óbice para que participen si el empleador recurre a ellos y tal intervención es consentida por la asociación sindical.

En este proceso de afectación, la asociación sindical tiene derecho a recibir la información que justifique las medidas que pretende implementar la empresa (conf. art.97). Esta información, fruto del deber de buena fe que debe imperar en toda negociación, debe ser mantenida en secreto bajo apercibimiento de responder por los daños que produzca su difusión (conf. art. 4 Ley N° 23.546 to 2004). Esta protección es conveniente, por cuanto en estos procesos de afectación la información que se transmite tendrá necesaria vinculación con los procesos de inversión, implementación de tecnología y esquemas organizacionales, aspectos que integran la política interna y de gestión de la empresa.

3. Materias susceptibles de negociación

La materia susceptible de negociación difiere según los distintos casos previstos en los arts.94 y 97. En la causal prevista con la finalidad de ajustar la movilidad interna (art.94), la materia negocial se limita al análisis y modificación de las categorías

laborales previstas en el convenio de nivel superior. Incluso, pueden crearse nuevas categorías que surjan de fusionar otras existentes en el convenio superior[114].

En el supuesto de afectación previsto en el art.97, la materia sujeta a negociación no encuentra límite alguno. La norma en cuestión establece que se podrá proponer “...la modificación de determinadas regulaciones colectivas o estatutarias aplicables...”. Es decir que, la amplitud y diversidad de temas a tratar encuentra como límite la fuerza negociadora de los sujetos intervinientes. En cuanto a las regulaciones colectivas, estas pueden recaer sobre aspectos salariales, premios a la productividad, diversos adicionales, categorías, jornadas, entre otros. La ley, en este caso, no establece límite alguno.

Ahora bien, el art.97 también prevé que las partes puedan llegar a disponer incluso sobre las regulaciones estatutarias aplicables. Los estatutos son leyes especiales que regulan las relaciones jurídicas que se generan en ciertos ámbitos del mundo laboral (p.ej.: viajantes de comercio Ley N° 14.546, obreros de la construcción Ley N° 22.250, ejecutantes musicales Ley N° 12.867, encargados de casas de rentas Ley N° 12.981, periodistas profesionales Ley N° 12.908, trabajadores de servicio doméstico decreto Ley N° 326/56, trabajo a domicilio Ley N° 12.713, entre otros).

Estas leyes especiales o estatutos, son fuente típica del derecho laboral (art.1 LCT)[115] e integran indudablemente el orden público laboral. El art.12 LCT claramente dispone la inderogabilidad de los derechos emergentes de los estatutos profesionales. Por otra parte, los principios consagrados en la Constitución Nacional establecen un orden jerárquico donde la ley se ubica por sobre las convenciones de partes, aún cuando éstas sean de naturaleza colectiva.

La única posibilidad de afectación legal efectuada por un convenio colectivo, son los supuestos de disponibilidad colectiva. En estos casos, el legislador confiere a los sujetos representantes de intereses colectivos la posibilidad de regular dentro de ciertos márgenes la amplitud o extensión de ciertas instituciones; pero siempre dentro de parámetros máximos y mínimos. Ejemplos de disponibilidad colectiva los encontramos, entre otros, en la Ley N° 24.467 (arts.90 y 91)[116] y en la Ley de Contrato de Trabajo[117]. En estos casos, la facultad de disposición es conferida para casos especiales y con ciertos límites dentro de los cuales las partes puede ejercer la regulación autónoma.

Frente a esta normativa y las características que presenta el canal de disponibilidad colectiva, resulta muy cuestionable la posibilidad que presenta el art.97 de la Ley N° 24.467 al habilitar a los sujetos negociadores a disponer sobre aspectos normados en una ley especial sin limitación alguna. Podría, en consecuencia, eliminarse la indemnización especial por clientela prevista en el estatuto de los viajantes o suprimirse la indemnización especial prevista en el estatuto de los periodistas, muestra clara del avasallamiento que se produciría en la materia.

Por nuestra parte consideramos que tal estipulación legal carece de validez y legitimidad por atentar claramente contra el orden público laboral y alterar los principios de jerarquía normativa, orden de prelación e irrenunciabilidad. Por ello, si las partes dispusieran sobre una norma estatutaria en desmedro de los derechos de los trabajadores, éstos claramente podrán invocar el art.12 LCT para acceder a los beneficios consagrados en el estatuto en cuestión.

4. Naturaleza del convenio. Efectos. Duración.

En la negociación de los acuerdos que resulten de la implementación de la afectación por las causales previstas en los art.94 y 97, participa una asociación sindical con personería gremial y se dispone sobre aspectos colectivos. De esta manera, en dichos

acuerdos no se establecen beneficios o disposiciones a favor de trabajadores determinados (que involucran intereses individuales), sino que se afectan previsiones normativas contempladas en el convenio colectivo de nivel superior.

Estos acuerdos tienen una naturaleza claramente colectiva[118], actuando en un plano superior que los contratos individuales de trabajo. En estos acuerdos se presentan las características esenciales de los instrumentos colectivos a saber: se crea un derecho objetivo, rige el principio de publicidad, el principio de automaticidad, el principio de imperatividad, el principio de modernidad en la sucesión normativa y el de jerarquía normativa[119].

Las partes pueden negociar todos los aspectos contemplados en el convenio colectivo superior, salvo el supuesto del art.94 limitado a las categorías. Las nuevas estipulaciones colectivas, resultan plenamente aplicables a los trabajadores presentes y a los que ingresen en el futuro, sin que la validez de tales normas dependa de “incorporación” alguna al contrato individual de trabajo.

Los aspectos que no resultan modificables, además de las normas que integran el orden público laboral, son aquellos que encuentran como fuente al contrato individual de trabajo (conf.art.8 Ley N° 14.250 to 2004). Estos aspectos serán claramente los que, acordados en forma expresa o tácita, superen los beneficios establecidos en las convenciones colectivas superiores. De esta manera, se fortalece por un lado la negociación colectiva y por el otro la función de las convenciones colectivas como fuentes objetivas y normativas. Si existiera algún tipo de incorporación de los contenidos colectivos en el contrato individual, se trabaría y debilitaría la esencia misma de la interacción de los sujetos colectivos.

Estos supuestos de afectación autónoma, instrumentados por verdaderos convenios colectivos, indudablemente tienen un plazo de vigencia. Para analizar la duración de estos convenios es necesario diferenciar ambos casos. El acuerdo celebrado en el marco de lo dispuesto por el art.97, a nuestro criterio, debe tener vigencia por un lapso necesariamente breve, durante el cual la empresa no puede efectuar despidos por las causas que motivaron el descuelgue o afectación. Recordemos que estos acuerdos se motivan en procesos de reestructuración, los cuales no son eternos sino que se implementan y ejecutan en períodos determinados. Estos acuerdos se integran por modificaciones puntuales que configuran una afectación al convenio superior y no son convenios colectivos especiales (como los previstos en el art.99). Por ello consideramos que la afectación debe mantenerse por el plazo durante el cual se implemente la reestructuración, retomando vigencia el convenio colectivo superior una vez sucedido esto.

En cuanto al convenio de redefinición de categorías (art.94), no tiene porqué tener un plazo breve como el anterior, ya que la afectación se encuentra limitada por la materia y el resultado se ajusta a la realidad de la empresa sin provocar pérdida de beneficios a los trabajadores. La redefinición de las categorías configura una adecuación de la previsión general contemplada en el convenio superior a la realidad de la empresa y a los mecanismos productivos que ésta implementa.

Ahora bien, ambos convenios se encuentran ligados al convenio superior. Cuando el convenio superior pierda su validez, estos convenios resultarán abstractos por cuanto la afectación quedará sin sustento. El vacío legal puede ser suplido perfectamente por la ley de contrato de trabajo o por convenios especiales celebrados en los términos del art.99 de la Ley N° 24.467. Actualmente coexistiría a la par del régimen general pautado por las Leyes N° 14.250 y 23.546, ambas modificadas por la Ley N° 25.877, un régimen con notas especiales, e importantes, correspondiente a las pequeñas empresas (arts.99 a 103 Ley N° 24.467). Dado que la Ley N° 25.877, salvo con relación al art.92, no derogó ninguna de las normas de la Ley N° 24.467 (arts.99/103) y por una cuestión

de especialidad, podemos afirmar que el régimen especial para pequeñas empresas sigue plenamente vigente[120]. Mientras que el convenio especial del art.99 regula las relaciones laborales en todas las pequeñas empresas comprendidas en el ámbito personal del convenio superior, las causales de afectación resultan operativas en una pequeña empresa determinada. Por ello, éstas últimas son de plena operatividad aún cuando exista un convenio especial o un capítulo especial dentro de un convenio general que comprenda a las pequeñas empresas.

5. Homologación. Registración. Autoridad de aplicación.

Los acuerdos celebrados como consecuencia de una causal autónoma de afectación prevista en los arts.94 y 97 ley PyMES, deben ser homologados o registrados ante la Autoridad de Aplicación. La autoridad de contralor en este ámbito es el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

En ambos supuestos de afectación, la ley como el decreto reglamentario se refieren a los *acuerdos* y no a convenios colectivos. Ello denota nuevamente la presencia en nuestro ordenamiento de una tercer categoría de instrumentos colectivos mencionada al comienzo de este trabajo, los *acuerdos colectivos de empresa*. Sin embargo, como sucede con la regulación del procedimiento preventivo de crisis, la norma luego tipifica a éstos acuerdos como convenios colectivos regulares exigiendo el cumplimiento de los requisitos formales.

El Decreto N° 146/99, en sus arts. 5 y 6, dispone que el acuerdo será homologado o registrado según corresponda y que tendrá los efectos de un convenio colectivo para las partes. Durante la vigencia de la Ley N° 25.250 la disyuntiva no tenía mayor sentido por cuanto todos los convenios colectivos requerían homologación, incluso los de empresa. Con la derogación de la Ley N° 25.250 y la vuelta al esquema anterior, la Autoridad de Aplicación podrá simplemente registrar u homologar el acuerdo si así lo solicitan las partes. La Autoridad de Contralor al momento de homologar los acuerdos de afectación debe efectuar un análisis, tanto de legalidad como de oportunidad. Si la homologación es concedida, en forma expresa o tácita[121], el acuerdo debería ser publicado y registrado. En virtud de la homologación, el acuerdo tipificado como convenio colectivo tendrá efectos generales para todos los trabajadores de la empresa, estén o no afiliados a la correspondiente asociación sindical.

Podría sostenerse que cuando el acuerdo no sea homologado y no habiendo participado en su negociación los delegados de personal o comisión interna, sería de aplicación exclusiva a los trabajadores que se encuentren afiliados a la asociación sindical signataria, salvo que las partes hayan incluido una cláusula resolutoria para el caso que la homologación no fuera concedida. Considerando la naturaleza de este tipo de acuerdos, que tipificamos como *acuerdos colectivos de empresa*, y dadas las especiales características de éstos, consideramos que mantendrían el efecto general aún cuando no obtengan la homologación y siempre dejando a salvo los contenidos amparados por el orden público laboral.

Teniendo en cuenta el rechazo a la posibilidad de afectar a los estatutos profesionales por vía del mecanismo previsto en el art.97, consideramos además que la homologación de estos acuerdos de descuelgue en el ámbito de las pequeñas empresas resulta innecesaria. Ello por cuanto el control de legalidad y oportunidad que representa la homologación, carece de sentido y practicidad en estos acuerdos de descuelgue. El control de legalidad se suple normalmente con los mecanismos que prevé el orden público laboral para su inviolabilidad (p.ej.: arts.12 y 13 LCT). El control de oportunidad ya ha sido efectuado por la Autoridad de Aplicación con relación al convenio de nivel superior que resulta afectado en el ámbito de la pequeña empresa al momento de su homologación; de allí que se presente como un doble control innecesario.

Además, la exigencia de la homologación o registración es prevista en un decreto reglamentario (dec.146/99) cuando la ley material de fondo no prevé nada al respecto. Podría pensarse en un exceso reglamentario que llegaría a desvirtuar la voluntad del legislador y por dicha razón contraria a la Constitución Nacional. Si reconocemos autonomía conceptual a los *acuerdos colectivos de empresa*, con sus efectos típicos de informalidad y efectos generales en el ámbito de la empresa sin necesidad de homologación alguna, la reglamentación legal se presenta como limitativa e incongruente con la ley de fondo. Situación distinta, aunque criticable, se presenta en el procedimiento preventivo de crisis en donde, si bien la ley también se refiere a *acuerdos*, es la propia norma sustantiva la que califica y encuadra a éstos como convenios colectivos (exige expresamente la homologación). Aquí esto no sucede.

6. Valoración del supuesto de afectación.

Al considerar los dos supuestos de afectación o descuelgue previstos en la Ley N° 24.467 (arts.94 y 97), nos encontramos frente a un mecanismo susceptible de utilización sólo por las pequeñas empresas. Es decir, no todas las empresas podrán recurrir a este mecanismo sino sólo ciertas empresas determinadas. Este supuesto de afectación fue el primer caso de descuelgue específico introducido en nuestro sistema de derecho colectivo. Luego le siguió el supuesto de descuelgue general previsto inicialmente en la Ley N° 25.250 y actualmente regulado por el art.20 de la Ley N° 14.250 to 2004 (conf.Ley N° 25.877).

La finalidad clara de este instituto fue lograr una adaptación de las regulaciones colectivas generales previstas para el sector comprendido en el ámbito de aplicación del convenio supraempresarial, a la realidad de la pequeña empresa y de sus sistemas productivos.

Frente a esta necesidad de adecuar las normas superiores a la realidad de la empresa, dos son las posibilidades en el ámbito de las pequeñas empresas. Un acuerdo de descuelgue parcial y centrado en la redefinición de las categorías laborales (art.94) y un acuerdo de descuelgue amplio y abarcativo de todos los aspectos contemplados en el convenio superior (art.97). Si bien este segundo tipo de acuerdo tiene un objeto de descuelgue amplio, resulta más reducido que el objeto del acuerdo arribado en un procedimiento preventivo de crisis; éste último no se limita a supuestos de descuelgue sino que puede comprender también otros aspectos.

Consideramos que este supuesto autónomo de afectación o descuelgue específico, configura una herramienta idónea para que la pequeña empresa pueda adaptar las regulaciones colectivas generales. De esta manera el descuelgue se presenta como un mecanismo para flexibilizar y adecuar las normas generales a la realidad de la pequeña empresa. Creemos que la intención del legislador fue consagrar estos acuerdos como verdaderos *acuerdos colectivos de empresa*, pero luego y en virtud de la reglamentación fueron tipificados o asimilados a los convenios colectivos regulares exigiéndose la homologación o registración.

Como ya dijéramos, consideramos realmente innecesaria la homologación con relación a éste tipo de acuerdos de descuelgue, máxime cuando en la actualidad la Ley N° 14.250 (to 2004) no exige la homologación para los acuerdos de empresa. Podría sostenerse la utilidad de la homologación si se admitiera que por vía del acuerdo previsto en el art.97 se pudieran afectar contenidos de los estatutos profesionales, posibilidad que por nuestra parte rechazamos.

Este descuelgue específico para las pequeñas empresas mantiene su plena vigencia a la par del descuelgue general ahora previsto en el art.20 de la 14.250 to 2004, con requisitos y procedimientos propios que lo diferencian del mecanismo general. Por ello

una pequeña empresa podrá utilizar ambos mecanismos según lo requiera la dinámica del giro comercial y ritmo productivo cumpliendo a tal fin los requisitos que para cada supuesto se prevén legalmente.

C) Afectación convencional o Descuelgue.

1. Caracterización del supuesto de afectación. Antecedentes.

Este supuesto de afectación convencional autónomo fue introducido en nuestro derecho inicialmente por la Ley N° 25.250 (BO 2/6/2000) y actualmente se encuentra normado por la Ley N° 25.877 (BO 19/3/2004), que derogara la anterior regulación. El texto legal ordenado de esta causal se encuentra en el art.20 de la Ley N° 14.250 (to 2004).

Las reformas laborales introducidas en Argentina han seguido en los últimos años al ordenamiento español como modelo (p.ej.: Leyes N° 24.013, 25.013 y 25.250). En cuanto concierne a esta institución de afectación, se ha tomado como fuente el Estatuto de los Trabajadores de España (ET) en donde se encuentra regulado en el art.82.3 ET. Si bien durante la vigencia de la Ley N° 25.250 la proximidad entre las regulaciones era más clara, no hay dudas que el derecho español ha sido la fuente de este instituto[122].

Dispone el actual art.20 de la Ley N° 14.250 to 2004 que las empresas que se encuentren en crisis podrán ser excluidas de los convenios colectivos de trabajo que les fueran aplicables por un tiempo determinado canalizando la afectación convencional por la negociación de las partes en el marco del procedimiento preventivo de crisis reglado en la Ley N° 24.013 (arts.98 y siguientes). Si bien este instrumento configura una solución más benévola que los procesos en los cuales se deciden despidos individuales o colectivos, la afectación implica un gran esfuerzo y sacrificio por parte de los trabajadores, quienes ven reducidos normalmente sus ingresos y necesariamente las cotizaciones a los organismos de la seguridad social por un plazo determinado[123].

Si bien es cierto que en la norma española (art.82.3 ET) el descuelgue se limita al aspecto salarial[124], también existen mecanismos en el ET que habilitan la afectación sustancial del convenio en otros aspectos o materias. Así podemos señalar como distintos supuestos de afectación previstos en el ET los siguientes: a) Afectación autorizada por pacto contenido en acuerdo marco (art.84); b) Afectación descentralizadora de la estructura de la negociación colectiva (art.84 párrafos 2 y 3); c) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art.41); d) Descuelgue salarial (art.82.3); e) Afectación como consecuencia de una mediación o laudo arbitral[125]. Por ello, si bien el mecanismo de descuelgue propiamente dicho (art.82.3 ET) pareciera más restringido que la versión argentina, en el ordenamiento español existen varias posibilidades para instrumentar una afectación al régimen general convencional de nivel superior al de empresa.

La finalidad del instituto de descuelgue se relaciona evidentemente con una situación de crisis de la empresa[126]. Se busca fomentar la supervivencia y la competitividad de las empresas ponderando a tal fin las peculiaridades económicas específicas de éstas. Los convenios colectivos supraempresariales consagran normalmente contenidos de índole general y normativos, que a veces no se condicen con la realidad específica de las empresas que quedan comprendidas en su ámbito de aplicación. Esta situación es lógica y razonable, por cuanto en un convenio supraempresarial no pueden regularse aspectos de empresas determinadas, para ello existe el nivel de negociación empresarial.

En caso de no arribarse a una solución consensuada en el marco de la negociación colectiva, la empresa se verá imposibilitada de aplicar el descuelgue y deberá recurrir a otros mecanismos o herramientas para superar la crisis cumpliendo con las regulaciones específicas (p.ej.: procedimiento preventivo de crisis, lock out defensivo, despidos, suspensiones, concursamiento[127], etc.).

Entre la regulación dispuesta originalmente por la Ley N° 25.250 (art.27 Ley N° 14.250) y la actual redacción (art.20 Ley N° 14.250 to 2004) existen importantes diferencias. A saber: a) la Ley N° 25.250 preveía dos canales de afectación mientras que la Ley N° 25.877 prevé un solo supuesto basado en la negociación colectiva; b) en la Ley N° 25.250 el descuelgue, por el canal subsidiario, era negociado entre la empresa y la asociación sindical correspondiente mientras que en la Ley N° 25.877 se dispone que la negociación sea llevada adelante entre la empresa y las partes que suscribieron el convenio colectivo que se pretende afectar; c) mientras que la Ley N° 25.250 no preveía un procedimiento específico de negociación, la Ley N° 25.877 canaliza el descuelgue por el procedimiento preventivo de crisis previsto en la Ley N° 24.013; d) la Ley N° 25.250 expresamente disponía que la afectación correspondía a los convenios colectivos de nivel superior a la empresa, pero la Ley N° 25.877 suprime la referencia a convenios supraempresariales; y e) la causal que habilita el descuelgue es conducida al concepto de crisis abandonando los conceptos de afectación de la estabilidad económica de la empresa.

La anterior regulación dispuesta por la Ley N° 25.250 disponía expresamente que la afectación convencional resultaba operativa sólo con relación a convenios de nivel supraempresarial. En la actual redacción se ha suprimido la referencia al tipo de convenio colectivo pasible de ser afectado. En rigor y ciñéndonos al texto legal, toda clase de convenio colectivo de trabajo aplicable en la empresa podría ser afectado, incluso los de nivel empresarial. Considerando que normalmente las materias sustanciales (categorías, salarios, beneficios, etc.) se encuentran reguladas en los convenios de nivel superior al de empresa y teniendo en cuenta el esquema diseñado por la Ley N° 25.877, en donde tiene claramente primacía el convenio colectivo de nivel superior[128], la aplicación de este mecanismo con relación a un convenio colectivo de empresa se presenta como remoto.

Además, no hay que perder de vista que el convenio colectivo de empresa normalmente ha sido negociado teniendo en cuenta las especiales características de ésta y ha sido consensuado en un ámbito de mayor inmediatez y realidad que un convenio general. En un convenio colectivo de empresa o grupo de empresas, al participar en la negociación del mismo los sujetos que en forma inmediata serán los destinatarios de la normativa colectiva podemos hablar de un “*zapato hecho a medida*”[129]. Teniendo en cuenta los dos factores indicados, inmediatez y objeto reducido, normalmente el descuelgue o afectación será operativo con relación a convenios colectivos supraempresariales.

Si bien el art.20 de Ley N° 14.250 (to 2004) no establece como en la anterior regulación que los convenios supraempresariales deban contemplar una regulación para posibilitar el descuelgue, nada obsta que ello pueda ser incluido en los convenios aludidos en virtud de la negociación de las partes. Si bien se mantendría el procedimiento a través del reglado en la Ley N° 24.013, las partes podrían preveer condicionamientos especiales o requisitos adicionales a cumplir en forma previa a la afectación convencional.

Si se incluyera una cláusula de descuelgue en un convenio supraempresarial esta tendría naturaleza normativa[130]. Si bien hay autores que sostienen la naturaleza obligacional de la cláusula de descuelgue[131], consideramos que la citada cláusula integraría el aspecto normativo y general del convenio. El descuelgue podría ser utilizado, no sólo por las partes que han suscrito el convenio, sino también por aquéllas

que se ven comprendidas en el convenio como consecuencia del efecto *erga omnes* alcanzado por éste. Además, el descuelgue integraría el contenido del convenio superior como una herramienta o instrumento superador de crisis pudiendo permanecer como previsión convencional sin aplicación en ningún momento. De allí que presente las características de una cláusula normativa y se aleje de las obligacionales.

Otra cuestión para analizar es si en el convenio colectivo supraempresarial se puede establecer la inaplicabilidad del descuelgue o, como lo denomina la doctrina española, el *descuelgue negativo*.

Se ha sostenido que las partes pueden ejercer la libertad reguladora de la cláusula de descuelgue, tanto en sentido positivo como negativo. Quiere ello decir, que los firmantes pueden indicar los supuestos en los que no tendría cabida el descuelgue para determinados casos especiales. No se acepta una negación genérica del instituto sino sólo para supuestos especiales tasados convencionalmente y la finalidad sería preservar la aplicación del instituto para los supuestos que resulte conveniente e impedir su utilización en forma indiscriminada[132].

Otra posición doctrinal[133], a la cual adherimos, sostiene que no sería lícito pactar en el convenio supraempresarial la prohibición del descuelgue, aún para casos especiales. El fundamento radica en la naturaleza imperativa del instituto que no puede ser prohibida por las partes. El mecanismo podrá ser utilizado por cualquier empresa, esté o no regulado en el convenio colectivo superior, en la medida que cumpla el procedimiento previsto y las partes así lo acuerden. En última instancia, la instrumentación del descuelgue depende directamente del resultado de la negociación colectiva.

La posición que acepta la prohibición del descuelgue para casos especiales podría llevar a que la empresa, privada de la utilización del mecanismo de afectación por vía del descuelgue, se encuentre sin salida y comience a tomar decisiones más drásticas (despidos o suspensiones). Este resultado colisiona con la evidente naturaleza saneadora de los instrumentos que el legislador otorga a las empresas para revertir una situación de crisis, entre los cuales se ubica el aquí analizado.

Resta por analizar en este punto, el presupuesto de hecho que habilita a las empresas para recurrir al descuelgue. El art.27 de la Ley N° 14.250 antes de la modificación dispuesta por la Ley N° 25.877, al referirse a la situación previa al descuelgue, en primer lugar mencionaba a las “...empresas cuya estabilidad económica pudiera verse afectada si se aplicare ese régimen”... y en segundo lugar mencionaba “...la situación económica de la empresa frente a situaciones de crisis y por un período determinado...”. Ambas expresiones se diferenciaban del antecedente español[134]. Luego de la reforma introducida por la Ley N° 25.877, el presupuesto de hecho ha sido unificado en el amplio concepto de empresa en crisis[135]. Sin perjuicio de las diferencias con el texto legal que sirviera al legislador de fuente, es evidente que el presupuesto de hecho que justifica el descuelgue es una situación de crisis[136]. De allí que en la clasificación general ubicáramos a este supuesto dentro de las causales de afectación autónoma de crisis. Sólo puede ser utilizado el mecanismo cuando exista una situación de crisis real en la empresa y no para hacer una suerte de dumping social y distorsionar la oferta[137].

La crisis económica que intenta combatir el descuelgue, comprometiendo los esfuerzos del empresario y de los trabajadores, debe ser una crisis actual y de cierta magnitud. Algunos autores también exigen la acreditación de la objetividad de la crisis, es decir que el empresario debe acreditar que ha procedido como un buen hombre de negocios y la crisis resultó inevitable[138]. Por nuestra parte consideramos que, si bien no podría acogerse al descuelgue un empleador desaprensivo y totalmente negligente en el manejo de la empresa, no necesariamente la situación de crisis debe

ser *inculpable* para el empleador. La norma no remite en forma alguna a los conceptos previstos en el art.247 LCT, y por ello la procedencia del descuelgue debe ser admitido con mayor amplitud. En definitiva, serán las partes negociadoras las que juzguen si la situación de la empresa justifica o no el descuelgue, y si el empresario ha sido o no diligente y previsor.

Siguiendo la clasificación general de causales que antes efectuáramos, podemos encuadrar al descuelgue como una causal autónoma de afectación. La causal resulta operativa por voluntad de las partes y en virtud del fruto de la negociación colectiva. Es una causal de afectación aplicable en todas las empresas sin limitación alguna. Asimismo y como ya señalamos, es una causal de crisis y transitoria.

2. Canales de descuelgue. Procedimiento.

Antes de comenzar con el análisis de las posibilidades que la ley prevé para instrumentar el descuelgue, señalamos que el descuelgue será siempre aplicable a una empresa y no a sectores o establecimientos internos de una empresa[139]. La ley ha circunscripto el ámbito de aplicación a la empresa, concepto que resulta definido en la Ley de Contrato de Trabajo[140].

Puede presentarse el caso en donde un sujeto de derecho resulte titular de una o varias empresas, fenómeno habitual en el mercado global actual. En este caso, consideramos que la afectación o descuelgue será aplicable en su conjunto a las distintas empresas de titularidad de un único sujeto de derecho (persona ideal o física) por cuanto el concepto de empresa que ofrece la L.C.T. refiere a una dirección central de los recursos. Por ello, en definitiva, en este caso habría distintos fondos de comercio de titularidad de un único sujeto y así el descuelgue deberá aplicarse en todos ellos ya que la crisis afecta al titular de los distintos emprendimientos y no a éstos últimos carentes de personalidad jurídica.

El derogado art.27 de la Ley N° 14.250 establecía dos canales o vías para la instrumentación del descuelgue convencional. La doctrina los había clasificado como canales unilateral y bilateral, o régimen reglamentado y subsidiario[141]. El canal unilateral o reglamentado, era aquel supuesto en el cual el descuelgue se encontraba previsto en el convenio colectivo de trabajo de nivel superior a la empresa o supraempresarial. Los autores denominaron a esta primera vía o canal de aplicación del descuelgue *unilateral*, por cuanto encontrándose plenamente reglado en el convenio colectivo supraempresarial, la empresa sólo debía acreditar la configuración de la situación que habilita el descuelgue y cumplir los requisitos convencionales para que éste fuera operativo. La implementación del descuelgue unilateral o reglado, en principio no necesitaba conformidad de la asociación sindical. Ello sin perjuicio de las acciones que los trabajadores o el sindicato estimaran corresponder en defensa de sus intereses.

Por otra parte, el art.27 en su segundo párrafo establecía el canal bilateral o régimen supletorio. Esta posibilidad resultaba operativa cuando el convenio colectivo supraempresarial no regulaba en forma expresa el descuelgue. En este supuesto subsidiario, el empleador no podía aplicar el descuelgue en forma unilateral[142], sino que debía recurrir a la negociación con la correspondiente asociación sindical. Una variante de este canal basado en la negociación es el que subsiste con la actual redacción.

La Ley N° 25.877 modificó el aspecto procedimental de la institución disponiéndose que el descuelgue será operativo mediante negociación de la empresa y las partes signatarias del convenio colectivo que se pretende afectar en el marco del procedimiento preventivo de crisis reglado en la Ley N° 24.013 (arts.98 y siguientes). Hasta la sanción de la Ley N° 25.877, el descuelgue carecía de un procedimiento

determinado legalmente y este aspecto quedaba librado a la negociación colectiva. La finalidad de esta canalización ha sido dotar al instituto de un procedimiento conocido por los actores sociales y que durante los últimos años ha dado buenos resultados[143].

Consideramos que ha sido una modificación positiva el hecho de encauzar el descuelgue en un procedimiento claramente reglado y conocido por los agentes sociales. Ello para dar una base procedimental a donde recurrir en caso de no haber pactado nada las partes o para usar como referencia si las partes decidieran incluir en los convenios supraempresariales capítulos especiales sobre el descuelgue. Consideramos que el procedimiento especial aplicable será el de la Ley N° 24.013, siendo aplicable en subsidio y para cubrir lagunas legales lo dispuesto en la ley general de negociación colectiva 23.546 to 2004[144].

Si bien el art.20 de la Ley N° 14.250 (to 2004) remite al procedimiento preventivo de crisis, estimamos que la remisión es sólo al efecto del procedimiento y no a los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 98 de Ley N° 24.013. En otros términos, la empresa que desee utilizar y negociar el descuelgue no deberá cumplimentar los requisitos de afectación específicos que se prevén para el procedimiento preventivo de crisis. Son supuestos claramente diferentes y sólo comparten en este punto el aspecto procedimental. En cuanto a la documentación que debe ser exhibida por las partes y la conducta que deben asumir, rige plenamente lo dispuesto en el art. 4 de la Ley N° 23.546 (to 2004).

La experiencia argentina en materia de *descuelgue* convencional comienza a vislumbrarse en la Ley N° 24.013 y continúa en las Leyes N° 24.467, 25.250 y 25.877. Dada la corta historia legal en esta materia, debemos recurrir a la experiencia española a fin de apreciar de qué modo los sujetos de naturaleza colectiva han autorregulado las condiciones y requisitos de aplicación del mecanismo, en caso de haberlo hecho, tanto en relación con la causa o presupuesto de hecho como al procedimiento. Si bien el actual art.20 de la Ley N° 14.250 (to 2004) establece un procedimiento, nada obsta a que las partes haciendo uso de la negociación propiamente colectiva dispongan o modifiquen ciertos aspectos que regulan el instituto[145].

Enunciaremos aquí distintas y habituales posibilidades que podrían regularse en un convenio colectivo supraempresarial en materia de descuelgue[146]:

1) Causa o presupuesto de hecho: La solicitud del descuelgue puede estar fundada en diversos motivos: situaciones de déficit o pérdidas en ejercicios anteriores, estabilidad económica que pudiera verse dañada, daños irreparables en la economía de la empresa, razones económico - financieras, circunstancias que pongan en peligro el mantenimiento del empleo, peligro en la viabilidad de la empresa, sociedades incluidas en causas de disolución legal, factores extraordinarios que afecten el mercado de la empresa, entre otros.

2) Procedimiento: Pueden regularse distintos aspectos vinculados con el procedimiento, sus plazos y requisitos que deben cumplir las empresas para acceder al descuelgue. Así, a título ejemplificativo tenemos:

- La solicitud de descuelgue debe efectuarse por la empresa en un plazo determinado, ya sea desde la publicación del convenio o dentro de los primeros meses de su vigencia.

- Reglamentación del proceso de descuelgue, con determinación de los plazos y duración del mismo[147].

- Documentación que la empresa debe aportar para acreditar la causa del descuelgue: Contabilidad, balances y cuentas de resultados, carteras de clientes, documentación presentada por la empresa en distintos organismos oficiales (Registro de Comercio, Ministerio de Trabajo, etc.), auditorías, evolución de ventas, entre otros.

- Documentación que la empresa debe aportar al momento de solicitar el descuelgue: Memoria justificativa de la solicitud, documentación que acredite la causa alegada y el plan de viabilidad.

- Determinación de los aspectos que serán objeto del descuelgue.

- Junto a la memoria de la solicitud y la documentación que acredita la causa del descuelgue, el empresario debería presentar un plan de recuperación o de viabilidad[148]. Este plan de recuperación debe contribuir a justificar que el descuelgue apunta razonablemente a superar la crisis de empresa derivada de una situación económicamente negativa.

Como vemos, las amplias facultades que tienen las partes para regular el mecanismo de descuelgue encuentra su límite real en la creatividad de los sujetos negociadores para encontrar y reglar mecanismos o instrumentos idóneos para la superación y recuperación de la empresa sumergida en crisis. En caso de preverse ciertas condiciones en el convenio supraempresarial, éstas estarán sujetas al control de la Autoridad de Aplicación a través del acto homologatorio. En todo caso, el descuelgue resultará en definitiva de la negociación de las partes en el ámbito del procedimiento preventivo de crisis.

3. Sujetos habilitados a negociar.

La Ley Nº 25.877 ha modificado este aspecto de la causal de afectación. En la anterior regulación, los sujetos habilitados a negociar eran los representantes de la empresa que pretendía la afectación y la asociación sindical correspondiente. A su vez se preveía en cierto grado la participación de los delegados internos y una eventual participación de la comisión paritaria.

Había un aspecto muy cuestionable en la anterior regulación en donde según el art.17 de la Ley Nº 14.250 (conf. Ley Nº 25.250) y el art.11 del decreto reglamentario 199/88, las resoluciones que no fueran tomadas por unanimidad en la comisión paritaria, podían ser apeladas dentro de los cinco días para resolución del Director Nacional de Relaciones del Trabajo del MTEyFRH. Como bien fuera señalado[149], en esta hipótesis se sacaba al descuelgue de su ámbito natural que debía ser exclusivamente la negociación de dimensión colectiva. Se producía una suerte de intervencionismo ajeno a los sujetos colectivos por cuanto la cuestión era resuelta, frente a la interposición de un recurso de apelación, por un tercero ajeno a la relación y que, además, es funcionario de la Autoridad de Aplicación. Por nuestra parte, consideramos que la mencionada previsión legal resultaba inconstitucional por imponer, en el supuesto analizado, una suerte de arbitraje obligatorio a las partes en franca violación a la libertad sindical y la autonomía colectiva (conf.art.14 bis y art.75 inc.22 C.N., Convenios OIT 87, 98 y 154).

Este esquema ha sido modificado y ahora se dispone que los sujetos habilitados para negociar el *descuelgue* sean la empresa que pretende la afectación y las partes signatarias de la convención colectiva que se pretende afectar. Aquí se diferencia de la anterior regulación y también de la regulación correspondiente al procedimiento preventivo de crisis, en donde la negociación sólo se entabla entre la empresa y la asociación sindical.

Dos aspectos merecen ser destacados. Por un lado es positivo que en la negociación del descuelgue se involucre a las partes signatarias del convenio colectivo que se pretende afectar. Con esto se consigue dar un mayor marco negocial y el respaldo, por la parte empresarial, de la cámara respectiva. En muchos casos, y más tratándose de empresas medianas o pequeñas, la empresa a veces no tiene poder negocial suficiente frente a la asociación sindical. Con el apoyo del sujeto colectivo empresarial, se nivela la negociación y puede dar mayor resultado[150]. Pero, señalamos que esta mayor amplitud del sujeto negociador puede acarrear una paralización del instituto por las demoras que se pueden producir al momento de la constitución de la comisión negociadora y su posterior funcionamiento. La agilidad del procedimiento dependerá de la dinámica que los partes impriman a la negociación.

Por otro lado, y como aspecto negativo, se ha suprimido la participación que la anterior regulación confería a los delegados de personal en la negociación del descuelgue. Si bien es cierto que nada obsta a que por vía de la negociación se los incluya en el procedimiento, lo cierto es que el texto legal no prevé la participación directa de los mismos. La participación de los delegados en la negociación de un descuelgue es razonable y posibilita un elevado grado de inmediatez y realismo en la negociación. Los delegados de personal, dado que prestan su labor en la empresa que intenta negociar el descuelgue, poseen un preciso conocimiento de la situación de la empresa y de los esfuerzos que se han realizado para superar la crisis que la afecta. Por ello su participación puede dotar a la negociación de un mayor grado de realismo e inmediatez.

Durante un proceso de descuelgue, la empresa normalmente pondrá a disposición de la representación sindical documentación de naturaleza comercial e información valiosa y confidencial. Esta documentación, que tiene como finalidad acreditar de cierto modo la crisis que afecta la empresa, debe sin embargo permanecer en confidencialidad entre las partes, ya que la difusión de la misma podría generar a la empresa mayores daños que los que padece[151]. La obligación de mantener en secreto la documentación exhibida surge claramente de la buena fe que las partes deben observar en todo momento. En caso contrario y dándose a conocimiento de terceros parte o toda la documentación en cuestión, se generará para el incumplidor la obligación de reparar el daño producido.

4. Materias susceptibles de afectación o descuelgue.

A diferencia del mecanismo de descuelgue español, en el cual se limita la afectación al régimen salarial previsto en el convenio colectivo supraempresarial, el descuelgue argentino no se limita al aspecto salarial sino que se refiere al convenio colectivo aplicable en su conjunto.

De esta manera resultan susceptibles de afectación, no sólo el régimen salarial previsto en el convenio superior, sino todos los aspectos regulados en aquél. Pueden afectarse las categorías, los básicos de convenio, los premios, las licencias especiales, la jornada, los plazos de vacaciones en exceso de los previstos en la LCT, feriados especiales, beneficios sociales, entre otros.

La posibilidad de afectación es amplia y nuevamente señalamos que el límite se encuentra dado por la negociación directa de las partes. La autonomía colectiva se presenta como el auténtico límite al descuelgue. Ello es acertado por cuanto sería imprudente que el legislador determine las medidas concretas de recuperación para la empresa. Estos mecanismos deben ajustarse a cada caso concreto y teniendo en cuenta la especial situación económica de la empresa en crisis.

Es posible que el convenio supraempresarial previera el descuelgue de determinadas materias, con relación a las cuales se establecieran las condiciones y requisitos de

aplicación. Esta previsión no es óbice para que la empresa solicite y negocie el descuelgue con relación a otras materias no previstas en la cláusula convencional.

5. Naturaleza del acuerdo de descuelgue.

La naturaleza jurídica de los acuerdos de descuelgue celebrados entre la empresa y las partes signatarias del convenio afectado presenta cierta importancia en cuanto a los efectos que corresponda otorgarles. En España, existe un esclarecedor debate académico sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos de descuelgue[152]. Un sector de la doctrina sostiene que los acuerdos de descuelgue configuran auténticos convenios colectivos de trabajo debiendo cumplir las partes con todos los requisitos previstos por el ordenamiento para su celebración, homologación y registración. Por haber cumplido las exigencias legales, éstos acuerdos tendrían efecto *erga omnes*, es decir, resultarían aplicables en forma extensiva a todos los trabajadores de la empresa, presentes y futuros, afiliados o no a la asociación sindical firmante.

Otro sector, sostiene que el acuerdo de descuelgue no es susceptible de ser enmarcado en el concepto clásico de convenio colectivo regular, pero que resulta poseedor de los mismos efectos que aquél, al menos en lo que se refiere a su eficacia personal general ya que los requisitos de legitimación exigida a las partes son coincidentes. Estos acuerdos serían una calificación autónoma que reúne la informalidad de los convenios irregulares y la eficacia general de los convenios regulares.

Una tercera posición, ecléctica, admite que los acuerdos pueden tener uno u otro carácter (de convenio colectivo regular o acuerdo colectivo especial), dependiendo del cumplimiento o no de las formalidades que contiene el ordenamiento legal para la celebración de los regulares.

Por nuestra parte, consideramos que estamos en presencia de un acuerdo de eminente naturaleza colectiva aunque poseedor de características especiales que lo diferencian del clásico convenio colectivo regular. Los sujetos que participan son de naturaleza colectiva, las materias que se negocian son de naturaleza colectiva y no individuales, los intereses en juego son de índole colectivos y se desarrolla en un marco de ejercicio pleno de la autonomía colectiva. Desde esta perspectiva, es indudable a nuestro criterio que el acuerdo de descuelgue reviste naturaleza colectiva con todas las implicancias que ello tiene (por ej.: carácter de fuente objetiva de la norma, automaticidad de la aplicación de las normas, sucesión moderna, imperatividad de lo acordado, publicidad de los términos del acuerdo y aplicación del principio de jerarquía de normas[153]).

El acuerdo de descuelgue integra la tercer categoría de instrumentos colectivos, que denomináramos en la parte general como *acuerdos colectivos de empresa*. Estos acuerdos configuran una nueva realidad y se colocan a la par de los convenios regulares e irregulares. Debemos señalar que con la anterior regulación dada por la Ley N° 25.250, la presencia de este nuevo tipo de instrumento colectivo era más clara en sus notas tipificantes (informalidad y efectos generales). Con la actual regulación de la Ley N° 25.877 (art.20 Ley N° 14.250 to 2004) y la canalización de la causal en el procedimiento preventivo de crisis esta claridad pierde potencia y ciertas características especiales pierden presencia[154].

Cuando resulta operativo un descuelgue, éste se aplicará en forma exclusiva sobre los aspectos de naturaleza colectiva consagrados en el convenio afectado y que sean objeto del descuelgue. Es decir, la sustitución es automática y rige la nueva regulación acordada, aún cuando la modificación sea en perjuicio del trabajador que, en casos de descuelgue, siempre lo será. Este criterio fortalece la naturaleza de fuente objetiva y extralegal del convenio colectivo y la aplicación automática de sus cláusulas[155].

Ahora bien, las condiciones laborales que encuentren como fuente el contrato individual, en forma expresa por haberse suscrito un contrato o tácita por surgir del reconocimiento del empleador durante el desarrollo de la relación laboral, no podrán ser afectadas por el descuelgue atento la distinta naturaleza de las condiciones o derechos en cuestión. Los derechos que reconocen como fuente al contrato individual de trabajo se encuentran protegidos en virtud de lo dispuesto por el art.8 de la 14.250 y art.12 LCT, no pudiendo ser afectados en modo alguno por la negociación colectiva.

Con relación al aspecto salarial, la remuneración se integra por distintos rubros que deben ser discriminados adecuadamente en los recibos de sueldo de conformidad a lo previsto en los arts.138 y siguientes de la LCT. En este recibo figurarán los rubros correspondientes a lo previsto en el convenio colectivo supraempresarial (p.ej.: básico, antigüedad, etc.) y, eventualmente, los rubros correspondientes a la negociación individual del trabajador (p.ej.: adicional empresa). Sobre los primeros rubros será plenamente efectiva la afectación salarial y no sobre los segundos en atención a la distinta naturaleza de ambos. Estos últimos deberán ser negociados y acordados con cada trabajador[156].

6. Homologación. Registración. Duración.

En el régimen anterior y en presencia del descuelgue instrumentado por el régimen supletorio, se celebraba un acuerdo de naturaleza colectiva cuyo ámbito de aplicación era la empresa. En ese marco se presentaba el interrogante, a raíz de la modificación introducida por la Ley N° 25.250 (art.7) en el art. 4 de la Ley N° 14.250, si era necesario homologar el acuerdo de descuelgue o no. Esta discusión ha quedado superada por el actual texto del art.20 de la Ley N° 14.250 (to 2004) que al remitir al procedimiento preventivo de crisis establecido en la Ley N° 24.013 exige la homologación del acuerdo o convenio de descuelgue.

Como hemos sostenido antes al analizar la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue, consideramos que este acuerdo tiene naturaleza colectiva y se presenta como una categoría diferente y autónoma de sus pares (convenios colectivos regulares e irregulares). No obstante que la ley dispone la homologación de estos instrumentos, teniendo en cuenta la naturaleza del instrumento colectivo, el ámbito en donde surge y los efectos que tendrá, consideramos que la homologación no resultaría necesaria para dotar al instrumento de sus efectos generales. Veamos.

El acto homologatorio por la Autoridad de Aplicación, implica un análisis legal, a fin de ejercer un control para que no se lesione el orden público laboral, y un análisis de mérito, para que la vigencia del convenio en cuestión no afecte el interés general (conf.art.4 Ley N° 14.250 to 2004). En el ámbito de la empresa, podemos afirmar que el efecto erga omnes de los acuerdos de descuelgue no depende del acto homologatorio sino de la propia naturaleza del acto jurídico en cuestión.

En cuanto al aspecto de control de legalidad y frente a la ausencia del acto homologatorio, el orden público laboral se integra por distintas normas que garantizan su automática aplicación en caso de violación por las partes (p.ej.: arts. 12 y 13 LCT).

En cuanto al control de mérito u oportunidad, consideramos que el mismo sería innecesario para los acuerdos de descuelgue. Si el acuerdo de descuelgue tiene como objeto flexibilizar y, normalmente, desmejorar en forma temporaria los contenidos del convenio supraempresarial es difícil pensar que esta modificación pueda afectar el interés general. Si no se exige la homologación para los convenios empresariales, menos aún debería exigirse para los acuerdos de descuelgue cuyas previsiones serán temporales y por lógica menos gravosas para el interés general que las previstas en un convenio colectivo de empresa[157].

No obstante lo dicho, la ley en este punto no deja margen de discrecionalidad y remite a un procedimiento que culmina con el acto homologatorio. El acuerdo, una vez celebrado, deberá ser registrado en los términos del art.5 de la 14.250 to 2004. Esta registración tiene la finalidad de que el acuerdo arribado adquiera carácter público y se encuentre a disposición de los trabajadores comprendidos o terceros por cualquier cuestión que pudiera ventilarse con posterioridad.

Resta por analizar la duración del descuelgue convencional. Como hemos visto, el descuelgue debe ser instrumentado por un tiempo determinado en virtud de una crisis que afecte a la empresa. Si bien la ley establece que el plazo debe ser determinado, no especifica los límites temporales que debe tener el mismo. Consideramos que en este sentido el legislador ha otorgado libertad a las partes para que en ejercicio de la autonomía colectiva, establezcan el plazo que razonablemente se adecue a la crisis que la empresa atraviesa.

Entonces, el plazo de duración del descuelgue en principio será el que las partes establezcan en el acuerdo de descuelgue o el que se encuentre predeterminado en la cláusula de descuelgue contenida en el convenio supraempresarial[158]. En cuanto a la duración del descuelgue, los autores han señalado distintas posibilidades. Se ha dicho que el descuelgue debe tener un plazo determinado encontrando como límite la finalización de la crisis o la finalización del convenio supraempresarial atento la vinculación existente entre ambas situaciones ya que serían instrumentos co-ligados[159]. También, además de estas posibilidades, se ha considerado que la duración del acuerdo se presume como máximo por un año que sería el plazo por el cual tendría vigencia la documentación societaria o contable que habría presentado la empresa para justificar la aplicación del descuelgue[160].

Consideramos que el plazo de afectación es un elemento esencial integrante del acuerdo de descuelgue. El límite temporal siempre estará relacionado con la superación de la situación de crisis de la empresa y lo que las partes negociadoras acuerden. Puede ser que una crisis de empresa permanezca durante un largo período de tiempo, en cuyo caso el descuelgue deberá ser gestionado y negociado en forma sucesiva acreditando la empresa cada vez que sea necesario la evolución positiva o negativa de la actividad comercial. Dado que normalmente integrará los requisitos de la instrumentación del descuelgue el plan de viabilidad o proyecto de recuperación de la empresa, será con estos instrumentos que se analizará la efectividad y/o alcance del descuelgue y los efectos del mismo en la empresa.

Ciertamente los trabajadores individualmente considerados, podrán cuestionar los descuelgues negociados en caso de que consideren que no se cumplen las exigencias legales o convencionales. En este caso, resulta de suma importancia la moderación con la que los jueces resuelvan los conflictos que surjan a raíz de la aplicación del descuelgue, para que éste no pierda su esencial finalidad de instrumento superador de crisis empresarias y conservación de fuentes de trabajo.

7. Empresas donde se aplican varios convenios.

En el complejo sistema de relaciones colectivas, podemos encontrar empresas en las cuales se aplican dos o más convenios colectivos. Esto se evidencia, por ejemplo, cuando se aplican convenios de actividad o verticales y convenios de franja u horizontales. Un caso aún más complejo es el de las empresas de servicios eventuales, actividad regida básicamente por el Decreto N° 342/92 (BO 28/2/1992), en las cuales a los trabajadores permanentes discontinuos se les aplica el convenio colectivo que comprende la actividad de la empresa usuaria (conf. art. 29 bis LCT). De allí que puedan resultar aplicables al personal dependiente discontinuo de la empresa de servicios eventuales un gran número de convenios colectivos como clientes usuarios posea en distintas actividades.

Esta situación puede generar incertidumbre al momento de la aplicación del descuelgue. Un primer aspecto que no presenta dudas, es que la crisis de la empresa es única y deberá acreditarse en forma documentada y fehaciente según la regulación lo disponga[161]. De esta manera la configuración del presupuesto de hecho, situación de crisis, es independiente de la cantidad de convenios supraempresariales en los cuales resulte comprendida la empresa.

Siguiendo las pautas dispuestas por el art. 20 de la Ley N° 14.250 (to 2004), las partes convocadas a la negociación del descuelgue serán la empresa y los representantes de las partes signatarias del o los convenios que se pretendan afectar. Esta situación puede generar, a falta de regulación expresa, una morosidad o imposibilidad de concertación que atente contra la propia naturaleza del instituto. A mayor cantidad de partes involucradas, siempre dentro del procedimiento específico (Ley N° 24.013), la negociación será más compleja y la posibilidad de consensuar un acuerdo de descuelgue efectiva será remota o prácticamente imposible.

Puede suceder que, siendo aplicables varios convenios colectivos supraempresariales, la empresa decida *descolgarse* con relación a uno o varios de ellos. En este caso, la negociación se llevará adelante con los representantes de las partes signatarias del convenio que se busca afectar, permaneciendo los restantes sin alteración alguna.

8. Valoración del supuesto de afectación.

La Ley N° 25.877 regula un mecanismo de descuelgue susceptible de utilización por todas las empresas que se encuentren afectadas por una situación de crisis en un marco de negociación colectiva. El objeto del descuelgue puede ser amplio ya que no existe limitación alguna a materias determinadas como en el previsto en el art. 94 de la Ley N° 24.467. Aquí se puede disponer libremente, mientras exista concertación entre las partes, sobre todos los aspectos previstos en el convenio colectivo aplicable en la empresa.

La ley ha reconocido, a través de la consagración del descuelgue genérico, a los acuerdos colectivos de empresa. Si bien durante la vigencia de la Ley N° 25.250 sus características eran más nítidas, sus rasgos esenciales se mantiene aún con la Ley N° 25.877. Estos se ubican junto a los tradicionales convenios regulares e irregulares, presentando características propias. En los acuerdos colectivos de empresa, siendo uno de ellos el que se configura con la regulación del descuelgue, consideramos que sería innecesario el cumplimiento de las formalidades de los convenios regulares (p.ej.: homologación) y, sin perjuicio de ello, tendrían eficacia general en el ámbito de la empresa.

Al regular esta institución el legislador ha logrado introducir los acuerdos colectivos como verdaderos instrumentos colectivos especiales. Como antes dijéramos, éstos ya se vislumbraban, aunque neutralizados por las normas reglamentarias, en normas predecesoras como la Ley N° 24.013 y 24.467. Allí se hablaba de acuerdos pero luego se los formalizaba como convenios regulares. Otro tanto ha pasado en la relación entre las regulaciones dispuestas por la derogada Ley N° 25.250 y la actual 25.877.

El mecanismo de descuelgue es a nuestro criterio un aporte interesante para el estudio del aspecto colectivo en el ámbito laboral y útil para las empresas a fin de sortear situaciones de crisis. El descuelgue permite a las partes adecuar las normativas generales a la realidad de la empresa y acordar las medidas extraordinarias que se aplicarán mientras dure la crisis. Existe en la negociación del acuerdo, en virtud de las partes legitimadas al efecto, un alto grado de inmediatez ausente normalmente en los convenios colectivos supraempresariales. El mecanismo de descuelgue resulta de gran utilidad y configura una herramienta que utilizada en forma responsable puede

colaborar para sortear crisis temporarias y conservar fuentes de trabajo. Situaciones extraordinarias exigen medidas extraordinarias y aquí se suministra a las partes una herramienta idónea a tal fin.

V. Conclusiones [arriba]

La afectación de las previsiones contenidas en los convenios colectivos de trabajo es un fenómeno moderno generado por la vinculación que existe entre el mundo económico y el ámbito laboral. La legislación debe adecuarse a la realidad y otorgar mecanismos a las empresas a fin de instrumentar medidas que permitan superar eventuales crisis económicas y así conservar fuentes de trabajo. Esta realidad se aleja del pasado en donde toda negociación colectiva derivaba normalmente en una conquista para los trabajadores.

En este escenario, la negociación colectiva y la concertación asumen un rol necesario para equilibrar los intereses de los distintos sectores involucrados en el mercado laboral. Este juego de intereses sectoriales, de naturaleza privada, queda comprendido en un interés superior, el de la sociedad, que a su vez configura en última instancia el límite de aquél.

Nuestro derecho prevé distintos mecanismos de afectación autónomos, que han sido estudiados a lo largo de este trabajo, en virtud de los cuales los sujetos colectivos que interactúan en la negociación pueden decidir la afectación parcial o total de los convenios colectivos y reemplazarlos por normas transitorias ajustadas a la realidad de la empresa que se encuentra en una situación crítica. No siempre una situación de crisis es necesaria para la habilitación de un supuesto de afectación, muestra de ello es la causal prevista en el art. 94 de la Ley N° 24.467 (redefinición de categorías en el ámbito de las pequeñas empresas). En última instancia, siempre se necesita el consenso y la franca negociación de las partes.

Estos mecanismos o canales de afectación se presentan como idóneos instrumentos superadores de crisis, algunos con mayor flexibilidad y amplitud en las materias susceptibles de negociación, que bien aplicados por las partes involucradas en la crisis, pueden coadyuvar a un resultado beneficioso. Si bien es cierto que normalmente los descuelgues o afectaciones implican un sacrificio para los trabajadores, quienes ven reducidos ciertos beneficios de naturaleza colectiva, también es cierto que mayor perjuicio sufrirán en caso de que la empresa tenga que cerrar sus puertas.

Los supuestos de afectación autónoma se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento a través de distintas leyes. Comenzamos en el año 1991 con la Ley N° 24.013 que estableció el procedimiento preventivo de crisis (arts.98 y siguientes). En el año 1995 se sumó la Ley N° 24.467 que introdujo dos supuestos de afectación para el ámbito específico de las pequeñas empresas (arts.94 y 97). Por último, la Ley N° 25.250 introdujo el llamado *descuelgue convencional*, actualmente regulado por la Ley N° 25.877.

En esta evolución normativa, cuyo modelo inspirador ha sido indudablemente el ordenamiento español, podemos apreciar como aparece lentamente una nueva figura colectiva, *los acuerdos colectivos de empresa*. Como ya estudiamos, esta figura se presenta a la par de los instrumentos ya conocidos en el ámbito colectivo como son los convenios regulares e irregulares. Esta nueva figura tiene características propias que la diferencian de las otras dos categorías, conjugando la informalidad propia de los convenios irregulares y la eficacia general en el ámbito de la empresa propia de los convenios regulares.

Los canales de afectación estudiados pueden ser utilizados por las empresas en forma conjunta o alternada, ya que cada uno posee efectos y requisitos distintos. De esta manera una pequeña empresa podrá negociar un convenio de redefinición de categorías y luego negociar ciertas modificaciones al convenio superior en el ámbito de un procedimiento preventivo de crisis. Asimismo, una empresa puede recurrir al acuerdo de exclusión y luego negociar nuevamente una afectación en un procedimiento de crisis en forma previa a instrumentar medidas de suspensiones o despidos colectivos.

Las combinaciones posibles son varias y todas ellas apuntan a lograr la recomposición de la empresa y su estabilidad económica, con la clara finalidad de coadyuvar a la superación de la crisis. Sin perjuicio de ello, siempre será necesaria la concertación y en este punto la dinámica colectiva asume un rol esencial.

Dentro de los supuestos de afectación analizados, el previsto en la Ley N° 24.013 se presenta como el de mayor amplitud con relación a las materias susceptibles de negociación. No sólo se puede acordar sobre intereses individuales y colectivos involucrados en la situación crítica de la empresa, sino que también se puede exceder el ámbito de un descuelgue negociando diversos aspectos. No estamos en presencia de un simple supuesto de descuelgue convencional, sino ante un procedimiento de objeto amplio en el cual se puede, dentro de la más variada gama de posibilidades, negociar un descuelgue.

Un aspecto que hemos analizado puntualmente al considerar cada supuesto, es la relación que se presenta entre los beneficios otorgados en virtud de un convenio colectivo y los beneficios obtenidos por el trabajador (en el ámbito de su contrato individual) al momento de producirse la afectación o descuelgue. Sin duda, los beneficios que el trabajador ha logrado por su propia negociación y que encuentran su fuente en el contrato individual, no podrán ser afectados por ninguna negociación colectiva en virtud de la distinta naturaleza que ostentan unos y otros. La única posibilidad para la reducción de estos beneficios será la negociación individual de los rubros no alcanzados por el principio de irrenunciabilidad (art. 12 LCT) y mientras no se lesione el consentimiento del trabajador.

Los beneficios que encuentran su fuente en la convención colectiva ejercen influencia sobre el contrato individual desde *afuera* sin que exista incorporación al contrato individual o adquisición en el patrimonio del trabajador, atento la especial naturaleza colectiva de estas previsiones. Esto sucede aún con las previsiones relacionadas con los elementos esenciales del contrato de trabajo. Cuando se negocia y se arriba a un convenio o acuerdo, las previsiones colectivas que se ven afectadas repercuten necesariamente en los contratos individuales de trabajo. Las modificaciones concertadas por las partes con relación a beneficios de naturaleza colectiva, se aplicarán en forma inmediata y se harán efectivas sobre todos los trabajadores comprendidos por el alcance del convenio o acuerdo. Esta afectación alcanza a los trabajadores presentes y futuros. Pensar que la negociación en pejus sólo resultaría aplicable a los trabajadores que ingresaren a la empresa con posterioridad a la modificación, atenta contra la propia autonomía colectiva de las partes y, en definitiva, contra la propia esencia de los convenios y acuerdos colectivos.

El efecto de automaticidad y sucesión normativa de los instrumentos colectivos es una característica esencial que en caso de no respetarse neutralizaría todos los efectos buscados por el legislador al consagrar distintos canales de afectación aplicables a través de la autonomía colectiva de las partes negociadoras.

Consideramos que los mecanismos estudiados resultan de suma utilidad para la empresa a fin de encontrar en el ámbito de la negociación colectiva soluciones alternativas para evitar un agravamiento de la crisis y conservar las fuentes de trabajo

o para moderar las eventuales consecuencias de la implementación de procesos de reestructuración organizativa o tecnológica. No obstante ello, somos concientes de las dificultades legales y fácticas que existen para la instrumentación de estos mecanismos, pudiendo en muchos casos quedar solo como una inutilizada herramienta legal. En definitiva todos los supuestos analizados requieren la voluntad negociadora de las partes. Sin negociación no hay posibilidad alguna de concertación y afectación convencional.

Es responsabilidad de las partes recurrir a estos mecanismos en forma razonable y cuando se encuentren debidamente justificados los requisitos legales, procediendo en todo momento con la debida buena fe comercial que impone a éstas el deber de agotar las fórmulas en búsqueda del acuerdo. Esta es la dirección que nos parece conveniente y demuestra un fortalecimiento de la autonomía colectiva y de la libertad sindical.

[1] Cfr. Fernandez Pastorino A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Buenos Aires, 1985. Editorial Universidad, página 105 y siguientes.

[2] Cfr. Despontín Luis A., "Principios jurídicos y bases para una legislación sobre contratos colectivos de condiciones de trabajo", DT Tomo 11, 1957, página 514. Este autor señala que si bien el origen de la institución obedece esencialmente al desarrollo del industrialismo, pueden observarse sus raíces en los remotos "collegia" romanos fundados por Numa y en las corporaciones de los oficios del medioevo.

[3] Cfr. Fernandez Pastorino A., *Convenciones Colectivas de Trabajo*, Buenos Aires, 1962, Editorial Abeledo-Perrot, página 15 y siguientes; Simon Julio Cesar, "Negociación Colectiva", en *Derecho Colectivo de Trabajo*, Buenos Aires, 1998, Editorial La Ley, página 414 y siguientes; Borrajo Dacruz Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, décima edición, Editorial Tecnos, Madrid 1999, páginas 54/113; Montoya Melgar Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1984, página 51/68.

[4] Cfr. Bayón Chacon G. y Perez Botija E., *Manual de Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid 1964, Tomo II, página 676. Señalan los autores que el fenómeno del grupo es inherente a la sociedad, unas relaciones políticas (Estado), otras naturales (familia), otras religiosas (Iglesia), otras profesionales (gremios, colegios y sindicatos).

[5] Denominación acuñada por Deveali Mario L., *Lineamientos del Derecho del Trabajo*, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1953, página 457.

[6] Idem páginas 461/472. También mismo autor en *Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*, 2ª edición, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires 1954, página 194.

[7] Salvo cuando la negociación se da entre un grupo de trabajadores y un empleador individual para ser aplicada en un establecimiento determinado (hoy, convenio colectivo de empresa), en cuyo caso los intereses del empleador no representan un sector en particular.

[8] Cfr. Despontín Luis A., "Principios jurídicos y bases para una legislación sobre contratos colectivos de condiciones de trabajo", DT Tomo 11, 1957, pag. 514.

[9] Cfr. Krotoschin Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires 1981, página 120.

[10] Cfr. Alonso Olea Manuel, *Derecho del Trabajo*, 8ª edición, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 1983, página 485.

[11] Cfr. Montoya Melgar Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1984, página 158.

[12] Cfr. Lopez Justo, "Aspectos del Convenio Colectivo", LT Tomo XXIII, página 577 y sgtes. También en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Tomo I, página 14, Editorial Contabilidad Moderna, Buenos Aires 1977.

[13] El convenio colectivo tiene *corpo de contrato y alma de ley*.

[14] En *Introducción al Derecho del Trabajo*, 10ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1999, página 294.

[15] Para una lectura profunda con relación a la naturaleza jurídica puede recurrirse a Fernandez Pastorino A., *Derecho Colectivo de Trabajo*, Editorial Universidad, Buenos Aires 1985, páginas 116 y siguientes; mismo autor en *Convenciones Colectivas de Trabajo*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires 1962, páginas 15 y siguientes; Deveali Mario Luis, *Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*, 2ª edición, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires 1954, página 194 y siguientes; Ruprecht Alfredo, *Derecho Colectivo de Trabajo*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid 1977, páginas 66/108; Montoya Melgar Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1984, páginas 158 y siguientes.

[16] Cfr. Montoya Megar Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1984, páginas 163/164.

[17] Cfr. Bidart Campos Germán, "El convenio colectivo en la teoría de las fuentes del derecho", en De La Cueva, De Ferrari y otros, *Derecho Colectivo Laboral*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1973, página 67 y siguientes. La noción de fuente extraestatal de los convenios colectivos de trabajo fue receptada en el fallo

de la CSJN “Nordensthol Gustavo c/Subterráneos de Buenos Aires”, a través del voto de los magistrados Fayt y Belluscio (TySS 1990, página 1101).

[18] Cfr. Gino Giugni, *Derecho Sindical*, Publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid 1983, Traducido por José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa, página 138 y siguientes.

[19] Cfr. Riva Sanseverino Luisa, *Diritto del Lavoro*, 10ª edición, Padova 1967, página 21.

[20] Cfr. Rodríguez Mancini Jorge, *La negociación colectiva*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1990, página 3 y siguientes.

[21] Salvo para los convenios de nivel empresarial en donde a partir de la sanción de la ley 25.877 (art.4 ley 14.250 to 2004) la homologación es optativa a diferencia del régimen anterior dispuesto por la ley 25.250.

[22] Cfr. Simon Julio Cesar, “Negociación Colectiva”, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1998, páginas 460 y siguientes.

[23] El control de legalidad está sujeto en última instancia al poder judicial y el control de mérito o conveniencia sólo queda sujeto a control judicial en caso de graves arbitrariedades de la administración. En la normalidad de los casos, el control de mérito es una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo y que reviste la calidad de acto no justiciable.

[24] Un interesante concepto sobre la homologación, es el presentado por Justo Lopez, quien sostuvo que la homologación implica la imposición de un reconocimiento estatal individualizado y no el genérico previsto en los arts.1197, 3606 y concordantes del Código Civil. “Aspectos del Convenio Colectivo”, LT Tomo XXIII, página 577 y siguientes.

[25] La liberación del acto homologatorio para los convenios de empresa había sido cuestionada por A.Vázquez Vialard para los casos de empresas monopólicas. Consideraba este autor que si sería necesario un control por parte del Estado en estos supuestos ya que el contenido del convenio podría llegar a afectar el interés general a raíz de la extensa aplicación que ostentan estos convenios aun siendo al nivel de empresa. Asimilaba la situación de un convenio de actividad a los convenios celebrados en empresas monopólicas. “Homologación de los convenios colectivos”, LL, 18 de agosto de 1989. En sentido similar opinaba Julio Cesar Simon, al sostener aconsejable la subsistencia de la homologación para casos de monopolios, “Negociación Colectiva”, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1998, página 462.

[26] Con relación al debate doctrinal sobre el tema puede leerse: Tomas Sala Franco, Director, *Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1989, página 212 y siguientes; Lopez Guillermo A.F., “Pasado, presente y futuro del derecho colectivo del trabajo”, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1998, páginas 4/7; Borrajo Dacruz Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Décima Edición, Madrid, 1999, página 334; Guisado Héctor César, “Convenios colectivos de derecho común”, LT Tomo XXXVI, página 791 y siguientes; Lopez Justo, “Aspectos del Convenio Colectivo”, LT Tomo XXIII, página 577 y siguientes; Krotoschin Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Editorial Depalma, 4ª Edición, Buenos Aires, 1981, página 131; Fernandez Madrid Juan Carlos, *Práctica Laboral Empresaria*, Ediciones Contabilidad Moderna SAIC, Buenos Aires 1981, Tomo I, página 53 y siguientes; entre otros.

[27] Evidenciada en el plenario dictado en el ámbito de la Capital Federal en autos “Borghello c/Standard Electric Argentina SA” (CNAT, en pleno, 15/7/1971), DT 1971-510.

[28] Muestra de ello es el criterio de la SCBA en “Rebuñal Franciso y otros c/Standard Electric Argentina SA”, 28/12/1967, DT 1698-131.

[29] En este sentido hay que tener presente que cuando se celebra un acuerdo de empresa entre los delegados y el empleador, éste tiene efecto limitado a las partes firmantes del mismo. Atento que los delegados representan a todos los trabajadores, estén o no afiliados (cfr.art.40 ley 23.551), el efecto podría confundirse con el efecto general de los convenios regulares cuando en rigor tal extensión la obtiene por los sujetos que participan en el mismo y no por cumplir los requisitos de regularidad previstos en la ley 14.250.

[30] Seguimos aquí a Tomas Sala Franco, Director, *Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1989, página 212 y siguientes.

[31] En virtud de cual los instrumentos colectivos pueden sucederse en forma automática y en un plano colectivo, sin incidencia de intereses individuales. Puede negociarse aún in pejus reemplazándose en su totalidad el anterior convenio según lo acordado por las partes.

[32] Similar argumento sostiene Monsalvo Manuel R., “Los convenios irregulares en la estructura de la negociación colectiva”, DT 1985-B, 1783.

[33] La ley 25.877, art.8, modifico el art.1 de la ley 14.250 en el sentido señalado. A su vez mantiene básicamente el mismo texto de la anterior redacción dada por la ley 25250.

[34] BORRAJO DACRUZ EFRÉN, *Introducción...*, página 331 y siguientes. Allí dice que luego de la modificación introducida por la ley española 11/1994 resulta más aconsejable hablar de convenios regulares, irregulares y acuerdos colectivos de empresa. Esta última como una nueva categoría que agrupa distintos instrumentos colectivos de nivel de empresa que tiene eficacia general. Sala Franco y Montesinos, *Derecho Sindical*, página 373, describen los distintos supuestos de acuerdos colectivos de empresa que existen en el Estatuto de los Trabajadores de España, señalando también el efecto general de estos acuerdos sin la necesidad de cumplir los recaudos previstos para los convenios regulares.

[35] Cfr. Ojeda Aviles, *Compendio de Derecho Sindical*, pag.376.

[36] Cfr. Simon Julio Cesar, “Negociación Colectiva”, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1998, páginas 421/423. El autor comparte la diferenciación de ambos conceptos y define la negociación colectiva como un sistema autoregulatorio imperfecto de las condiciones de desempeño de los mismos operadores que lo elaboran, que en algunos casos sufre la limitación proveniente de regulaciones emitidas por un ente de capacidad institucional superior (el Estado).

[37] Cfr. Borrajo Dacruz Efrén, obra citada, página 300.

[38] Para un análisis completo ver en Kahn-Freund Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª edición, publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Traducción de Jesús Galiana Moreno, 1987, página 117 y

siguientes. Como ejemplos de los distintos sistemas tenemos en el dinámico al modelo británico y en los estáticos los países de Europa continental y Argentina.

[39] Cfr. Simon Julio Cesar, "La buena fe y la negociación colectiva", DT 1999-A, 1981. Este criterio se plasmó en el expediente "Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina - SMATA c/Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina s/Práctica desleal", CNAT, Sala X, 11/11/1997.

[40] En Estado Unidos mediante la Wagner Act de 1935 se consideró desleal la negativa de la parte *empresaria* a negociar configurándose una práctica desleal unilateral; este esquema fue recogido por nuestra ley 23.551. Luego por la Taft-Hartley Act de 1947 se modificó la anterior, estableciendo las prácticas desleales bilaterales, es decir, susceptibles de aplicación tanto a los representantes de la empresa como a los de los trabajadores. Este esquema de bilateralidad fue recogido en un primer momento por nuestra ley 25.013 art.16 y mantenido en las reformas posteriores dispuestas por las leyes 25.250 (art.14) y 25.877 (art.20).

[41] Ver panorama general presentado por Rodríguez Mancini Jorge en "Revista de las posibilidades de la negociación colectiva en el derecho argentino actual", DT 1998-A, 439. También en López Guillermo A.F., "Pasado, presente y futuro del derecho colectivo del trabajo", en *Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Bs.As., 1998, página 23/26.

[42] Cfr. Alonso Olea Manuel, op.cit., página 517. Con cita de Hueck y Nipperdey.

[43] Esta afirmación encuentra un amplio campo de debate y diferencias doctrinales y jurisprudenciales como fuera señalado en el punto 3 tratado anteriormente. Así puede verse en los fallos: CNAT, en pleno, 15/7/1971, "Borghello c/Standard Electric Argentina SA", DT 1971-510; CNAT, Sala II, "Rebuñal Francisco y otros c/Standard Electric Argentina SA", 28/2/1967, DT, 1967, 271; SCBA, "Rebuñal Francisco y otros c/Standard Electric Argentina SA", 28/12/1967, DT 1968-131; "Carmassi c/Compagnie de Saint Gobain", Corte de Casación de Italia, 8/5/1968. DT 1969, 198.

[44] Muchos argumentan que la caducidad de las cláusulas convencionales traerían una desprotección automática de los trabajadores. Pensamos que si bien es cierto que potencialmente existe ese riesgo, los trabajadores se encuentran amparados y protegidos por las respectivas asociaciones sindicales que tienen a su alcance medidas idóneas para proteger sus intereses (p.ej.: huelgas, medidas de fuerza, etc). Si bien la salidad de la ultractividad puede generar un período de incertidumbre y conflictos, una vez superado el mismo las fuerzas negociadoras se nivelarán y el potencial ejercicio de medidas de fuerza por ambas partes será el marco para desarrollar una negociación razonable y moderna en materia colectiva.

[45] Mediante esta norma se incorporó la posibilidad de negociar un módulo general, integrado por las condiciones generales de trabajo y los salarios pactados convencionalmente, y un módulo particular, integrado por condiciones de trabajo y un salario variable que se establecería por encima del módulo general. Estos salarios variables eran susceptibles de ser instaurados por única vez, de ser modificados y hasta suprimidos, todo ello por acuerdo de partes.

[46] El art.10 de la 25.250 incorporó a la 14.250 el artículo 21, que en su parte pertinente dice: "...Dentro de su capacidad representativa las partes pueden concertar convenios exclusivamente destinados a regular las condiciones de trabajo y empleo en las pequeñas empresas, para cualquiera de los ámbitos funcionales y territoriales contemplados en el presente artículo."

[47] Este supuesto de afectación ha generado una firme doctrina en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Precedentes: Romano, Nordensthol, Soengas y Cocchia.

[48] Instituto introducido inicialmente por art.10 ley 25250.

[49] Consideramos que se configura una causal de crisis cuando el procedimiento preventivo se origina solo en las causales de fuerza mayor y/o económicas.

[50] Organizativas sólo cuando estamos en presencia de una pequeña empresa (art.83 ley 24.467).

[51] Si bien el descuelgue remite, como veremos, al procedimiento preventivo de crisis, consideramos que el mismo se puede aplicar a todas las empresas que lo quieran canalizar de este modo sin necesidad de observar los requisitos previstos en el art.98 LNE.

[52] La pequeña empresa es definida por el art.83 de la ley 24.467 y normas reglamentarias. En detalle, este punto será analizado más adelante.

[53] Cfr. la ley 24.013, en su art.98, donde se reglamenta el parámetro personal del procedimiento.

[54] CSJN, 31/7/1979, "Romano Adolfo y otros c/Usina Popular y Municipal de Tandil SEM", DT 1980, página 7. En este caso los actores reclamaban la bonificación por jubilación prevista en art.9 del CCT 36/75, que se encontraba derogada por art.2 inc. "a" de ley 21476. La CSJN declaró la constitucionalidad del art.2 inc. "a" de la 21476, por cuanto la regulación estaba destinada a combatir una situación de emergencia y configuraba un medio razonable. Se sostuvo que los derechos acordados por los convenios colectivos de trabajo no eran absolutos y podían ser afectados por leyes de emergencia. El inc. "a" de la ley 21476 disponía la derogación de los mayores beneficios que otorgaran normas legales, reglamentarias, estatutarias y/o convencionales por sobre el régimen de la ley de contrato de trabajo.

[55] CSJN, 2/4/1985, "Nordensthol Gustavo J. c/Subterráneos de Buenos Aires", TySS 1990-1098, ED 113-301 y DT 1985-B, 951. La CSNJ revoca el fallo de la Sala III CNAT y declara la inconstitucionalidad del art.2 inc. "a" ley 21.476. Aquí la CSJN cambia el criterio sentado en el precedente "Romano", sosteniéndose que el mecanismo legal debe ser razonable y tener como finalidad el bien social, exigencias que no respetaba la norma cuestionada. En el voto de la minoría, Belluscio y Fayt, se esgrime el reconocimiento al Convenio Colectivo de Trabajo como fuente de derecho de origen extraestatal pero incorporada al régimen normativo laboral luego de la homologación.

[56] CSJN, 7/8/1990, "Soengas Héctor R. Y otros c/Ferrocarriles Argentinos", TySS 1990, 1081. Reclamaban los actores una diferencia salarial prevista en el convenio colectivo de trabajo y plantean la inconstitucionalidad del art.2 inc. "d" de la 21476 que derogara tal beneficio. El inc. "d" de la 21476 disponía la derogación de las normas legales, estatutarias, reglamentarias o convencionales que se refieran al régimen de remuneraciones cuando éstas fueran fijadas en función de coeficientes, porcentajes e índices.

La Sala VIII de la CNAT acogió el reclamo y condenó a la empresa demandada a pagar las diferencias considerando inconstitucional el art.2 inc. "d" adhiriendo a la doctrina del fallo Nordensthol. La CSJN revoca el fallo y declara constitucional el art.2 inc. "d" por los siguientes argumentos: No resulta aplicable la doctrina del caso Nordensthol por tratarse de dos supuestos distintos; no hay derechos absolutos, pudiéndose limitar los mismos en forma razonable (cfr.art.28 CN); existe una situación de emergencia que justifica la afectación convencional; no se suspenden derechos sino que se reglamentan; existe un fin razonable en la ley de emergencia; se valora la importancia del interés general que podría verse afectado en caso de declararse la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

[57] CSJN, 2/12/1993. "Cocchia Jorge D. c/Estado Nacional y otro", TySS 1994-41. Por decreto 817/92 del PEN se deroga el CCT 44/89 del personal portuario y la ley 21429. Además de la derogación del CCT 44/89, se dispone que el nuevo CCT que se negocie no podrá otorgar mayores beneficios que los previstos en la LCT. En primera y segunda instancia (Sala VI CNAT), se acogió el amparo del sindicato firmante del CCT 44/89 y se declaró la inconstitucionalidad del decreto 817/92 con fundamento en los arts.14 bis, 28 y 31 CN. La mayoría de la CSJN, revoca los fallos de instancias inferiores y arriba a las siguientes conclusiones: 1) Describió la situación como de emergencia; 2) Describió el marco legal general de leyes de emergencia 23696, 23697, 23928 y dec.2184/91; 3) Sostuvo que el decreto no era de necesidad y urgencia, sino un decreto o reglamento de ejecución sustancial -supuesto de delegación impropia, la única prohibida sería la delegación directa -; 4) Sostuvo que las normas del Decreto 817/92 resultaban razonables y adecuadas a la situación de crisis; 5) Únicamente la previsión de negociar el nuevo CCT dentro de los límites de la LCT es declarada inconstitucional por irrazonable y contraria al 14 bis; 6) Es sostenida la afectación legal del CCT 44/89. La minoría (Fayt, Petracchi y Belluscio) sostuvo: 1) El Decreto 817/92 excede las facultades del PEN y lesiona la división de poderes del Estado; 2) Se niega la procedencia, en nuestro derecho, de los reglamentos de ejecución sustancial o delegación imperfecta, circunstancia que produciría la ruptura del marco constitucional de equilibrio entre los distintos poderes; 3) Confirma la sentencia de la Sala VI (arts.14 bis. 28 y 31 CN) declarando la inconstitucionalidad del decreto en cuestión.

[58] Vazquez Vialard Antonio, "El fallo Cocchia: Un caso de delegación imperfecta de facultades legislativas en el orden laboral al poder ejecutivo?", TySS 1994 página 30; Bidart Campos German J., "El convenio colectivo de trabajo y su derogación por el Poder Ejecutivo en virtud de delegación legislativa", TySS 1994, página 26; Rodríguez Mancini Jorge, "Las instituciones del derecho colectivo del trabajo y la constitución nacional", en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial La Ley, 1998, página 63.

[59] Bidart Campos German J., *idib*.

[60] Cfr. Carcavallo Hugo R., "Derogación por ley de las normas de los convenios colectivos", TySS 1995-278.

[61] Cfr. Alvarez Magliano María Cristina, "De Nordensthol a Soengas: La jurisprudencia de la Corte Suprema frente a la situación de emergencia", DT 1991-A, 400. Aquí la autora efectúa una revisión histórica de la posición de la CSJN frente a distintas situaciones de emergencia, por ejemplo con relación a la moneda, locaciones, desalojos y haberes jubilatorios.

[62] Cfr. Martínez Vivot Julio J., "Cláusulas normativas de una convención colectiva de trabajo modificadas por ley o por convenio posterior en detrimento de beneficios allí establecidos", DT 1985-B, 951; Simon Julio Cesar, *Modelo Estatal y Negociación Colectiva*, Editorial La Ley SA, Buenos Aires, 1994, página 35 y siguientes; Carcavallo Hugo R., "Derogación por la ley de normas de los convenios colectivos", TySS 1990-1078; Rodríguez Mancini Jorge, "Orden público y convenciones colectivas de trabajo", DT 1973-5;

[63] Cfr. Bidart Campos German, Nota al fallo Nordensthol, ED 113-300; Dres. Belluscio y Fayt, voto en minoría en el fallo Nordensthol (TySS 1990-1098, ED 113-301 y DT 1985-B, 951).

[64] Rodríguez Mancini Jorge, *La negociación colectiva*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pag.3 y siguientes, distingue claramente los intereses en juego y como el interés sectorial debe ajustarse al interés general de la comunidad.

[65] B.O. 9/8/1995, DT 1995-B, 1424.

[66] Cfr. Carcavallo Hugo R., "Algunos aspectos laborales en la nueva ley de concursos y quiebras 24522", LL 15/11/1995.

[67] Los efectos de la suspensión operan en forma automática desde la apertura del concurso. Conforme resolución en autos "ATC SA s/concurso preventivo", CNCom, Sala B, TySS 1997-41.

[68] En el mismo sentido Games, Gerez y Esparza, *Aspectos laborales en la nueva Ley de Concursos y Quiebras (24522)*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996, página 152. También Morelli Mariano G., "Los contratos de trabajo en el concurso preventivo", DT 1999-B, 2234.

[69] Cfr. SCBA, DT 1968-131. "Rebuñal Francisco y otros c/Standard Electric Argentina SA", 28/12/1967.

[70] Cfr. CNAT, en pleno, 15/7/1971, "Borghello c/Standard Electric Argentina SA", DT 1971-510.

[71] Cfr. Games, Gerez y Esparza, obra citada, página 153; Adroque Javier, "La suspensión y la extinción de los convenios colectivos en la ley 24522", DT 1999-A, 474. En disidencia: Martorell Ernesto Eduardo, *Concurso y Quiebra de la empresa. Ley 24522. Problemática Laboral*, 1ª edición, Editorial Ad-Hoc SRL, Buenos Aires, 1996, pag.134, quien sostiene que también se verían afectados los estatutos (p.ej. viajantes).

[72] Cfr. Morelli Mariano G., artículo citado.

[73] Cfr. Games, Gerez y Esparza, obra citada, página 194; Negre de Alonso Liliana T., "Situación del dependiente frente a la quiebra", TySS 1999-1230; Adroque Javier, artículo citado.

[74] Cfr. Adroque Javier, artículo citado.

[75] Ley 24.013, BO del 17/12/1991, publicada en DT 1991-B, 2333.

[76] Un análisis profundo del alcance de las causales que justifican la apertura y desarrollo de un procedimiento preventivo de crisis, puede leerse en Confalonieri Juan Angel (h), *Despido por causas económicas o empresariales*, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, páginas 97 y siguientes.

[77] El parámetro personal se encuentra delimitado por el art.98 ley 24013. Resulta obligatorio el procedimiento preventivo de crisis cuando la medida afecte a más del 15% del personal en empresas de menos de 400 trabajadores, 10% en empresas entre 400 y 1.000 trabajadores y 5% en empresas de más de

1.000 trabajadores. A fin de computar la afectación, en principio, deben computarse los trabajadores de la empresa (art.5 LCT) considerada en su conjunto y no por establecimientos aislados.

[78] Así lo señala también Confalonieri Juan Angel (h), obra citada pag.108, dado que en caso contrario se presentaría una situación incongruente con la regulación general del procedimiento. Se exigiría la tramitación del procedimiento a la pequeña empresas cuando resuelvan medidas por causas económicas y tecnológicas y no por organizativas. Esta situación no resiste el menor análisis y, coincidiendo con el autor, debe tramitar el procedimiento en los tres supuestos de causales.

[79] Para leer abundantes citas jurisprudenciales, ver Justo Lopez, Norberto O.Centeno y J.C.Fernandez Madrid, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, 1ª edición, Editorial Contabilidad Moderna, Tomo II, páginas 1269 y siguientes.

[80] Coincidimos con Confalonieri Juan Angel cuando sostiene que la causal de *mercado* (prevista en el art.97 ley 24467) no tiene autonomía conceptual propia y se refunde en el concepto de causales empresariales. Obra citada página 106.

[81] La causal tecnológica debe ser valorada conjuntamente con el principio sentado en el art.23 de la ley 24.013: “*La incorporación de tecnología constituye una condición para el crecimiento de la economía nacional. Es un derecho y una obligación del empresario que la ley reconoce, garantiza y estimula, y en la medida que afecta las condiciones de trabajo y empleo debe ser evaluada desde el punto de vista técnico, económico y social*”. Sobre la importancia de este concepto y su incidencia axiológica en la LNE, leer Rodríguez Mancini Jorge, “Despidos Colectivos: Libertad de empresa y acción administrativa en Argentina”, Revista La Ley 1993-B, 1056.

[82] Sería conveniente porque podría analizarse en la negociación la aplicación de medidas que resultaran aplicables a todo el grupo y así planificarse medidas más generales e idóneas para sortear la crisis. Si bien la ley no lo prevé expresamente, nada impide que las partes se presenten espontáneamente ante la Autoridad Nacional de Contralor (MTEySS) y gestionen un procedimiento más amplio y con mayor participación (la del grupo empresario).

[83] Art.23 ley 23.551: “La asociación a partir de su inscripción, adquirirá personería jurídica y tendrá los siguientes derechos: ... b) Representar los intereses colectivos, cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial...”.

[84] Art.31 ley 23.551: “Son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial: ...c) Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social...”.

[85] Art.22: “*Para representar los intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela*”. Si bien aquí se reglamenta el art.31 de la LAS y frente a la falta de reglamentación del art.23 LAS, puede en virtud de la analogía aplicarse el mismo requisito para el caso de las asociaciones simplemente inscriptas, máxime cuando el art.23 LAS exige la “petición de parte” a fin de resultar operativa la facultad de peticionar y representar los intereses individuales. El consentimiento por escrito que exige el art.22 del decreto reglamentario, no es otra cosa que la “petición de parte” contemplada en el art.23 inc. a LAS.

[86] En igual sentido Confalonieri Juan Angel (h), “Representación sindical y negociación colectiva dentro del procedimiento preventivo de crisis”, DT 1998-B, 1994.

[87] Este juego de representación ha sido clasificado por Confalonieri Juan Angel (h) como de *representación única*, cuando participa solamente la asociación con personería gremial, y de *doble representación* cuando participa una asociación sindical simplemente inscripta y una asociación sindical con personería gremial. Ver en *Despido por causas...* Página 134 y en “Representación sindical y ...”.

[88] Altamira Gigena Raúl E., “El rol del convenio colectivo de trabajo durante la crisis de la empresa”, TySS 1996, página 854.

[89] En el ordenamiento español a diferencia del nuestro, el Fondo de Garantía Salarial (organismo similar al F.N.E.) asume el pago del 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del despido colectivo (mecanismo similar al procedimiento de crisis) en empresas de menos de 25 trabajadores. Así lo dispone el art.33 del Estatuto de los Trabajadores. La asunción del pago no es facultad del organismo, sino que configura una obligación.

[90] Cfr. Confalonieri Juan Angel (h), *Despido por causas...*, pág.133.

[91] En este punto, la ley 24.700 (BO 14/10/1996) introdujo en la ley de contrato de trabajo el artículo 223 bis que contempla la posibilidad de acordar una prestación no remunerativa a cargo del empleador que suspende a los trabajadores en casos de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputables. Esta prestación no cotiza al sistema de la seguridad social, con excepción de las cotizaciones previstas en la ley 23.660 (subsistema de obras sociales) y 23.661 (Sistema Nacional de Salud).

[92] Cfr. Altamira Gigena Raúl E., obra citada, señala que la normativa laboral debe ajustarse a la realidad en situaciones de crisis y que las partes deben estar debidamente capacitadas para que surjan soluciones útiles de la negociación.

[93] Para empresas de más de 50 empleados el decreto 2072/94 (BO 29/11/1994 - DT 1994-B, 2353) prevé una amplia gama de aspectos que deben ser informados por el empleador. A partir de la sanción de la ley 25.250 (BO 2/6/2000), artículo 14, se incorporó en el art.4 de la ley 23546, una serie de aspectos que deben ser informados por el empleador que inste el procedimiento. Esta obligación abarca a todas las empresas y no sólo a aquellas que superen la cantidad de 50 trabajadores. La ley 25877 (BO 19/3/04), si bien derogó *in totum* la ley 25250, en este punto mantuvo una redacción idéntica plasmada en el actual art.4 inc.c de la ley 23546 to 2004.

[94] En igual sentido Confalonieri Juan Angel (h), *Despidos por causas...*, página 134.

[95] Art.103 ley 24.013: “Si las partes, dentro de los plazos previstos en este Capítulo, arribaren a un acuerdo, lo elevarán al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien dentro del plazo de diez días podrá: a) Homologar el acuerdo con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo Vencido el plazo sin pronunciamiento administrativo, el acuerdo se tendrá por homologado.”

[96] Muestra de ello, a modo de ejemplo, es el Protocolo Adicional sobre intervención en el procedimiento preventivo de crisis de empresa, celebrado entre el Ministerio de Trabajo de la Nación y la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires - XII Asamblea Federal de Administraciones Provinciales del Trabajo, Jujuy 13 y 14 de Agosto del año 1992.

[97] Martínez Darío L. Hermida "Procedimiento de crisis", DT 1996-A, 230, opina que el procedimiento debe tramitarse ante la Autoridad Nacional y no es delegable a las provincias la facultad conferida por el art.99 LNE.

[98] Siguiendo a Alonso Olea, éste diferencia una legitimación directa (la cual abarca a los afiliados a los distintos sujetos) y una legitimación ampliada (se extiende a los no afiliados por imperio de la ley). Así tendríamos que el convenio no homologado se aplicaría a los sujetos comprendidos en la legitimación directa y el homologado también a los comprendidos en la legitimación ampliada. *Derecho del Trabajo*, Octava Edición Revisada, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 1983, página 491.

[99] Cfr. Altamira Gigena Raúl, "El rol del convenio colectivo de trabajo durante la crisis de la empresa", TySS 1996-854.

[100] Existen ciertos límites previstos con relación a la articulación y sucesión de convenios, como los previstos en el art.103 de la ley 24.467 y arts.18 y 19 de la ley 14.250 to 2004.

[101] Fernández Madrid Juan Carlos, "Marco legal y convencional del contrato individual de trabajo: sus efectos", *Errepar, Doctrina Laboral Errepar*, n° 169, T. XIII, página 693, sostiene que el convenio colectivo sucede a otro convenio colectivo aun cuando éste fuere más beneficioso pero las cláusulas en perjuicio se aplican a los trabajadores que ingresan después de celebrado el convenio, no resultando operativas con relación a los trabajadores que se encuentran trabajando. Por nuestra parte no compartimos el criterio del autor citado, por cuanto se limita y restringe la esencia de la dinámica de la negociación colectiva.

[102] Señalamos aquí que en cuanto a la remuneración se refiere, la LCT dispone que deben especificarse los distintos rubros que integran la remuneración del trabajador (cfr.art.103 y siguientes). De esta manera pueden identificarse los rubros de origen colectivo y los rubros de origen individual.

[103] En virtud de la participación de la autoridad de aplicación, tal consentimiento tendría los efectos previstos en el art.15 de la ley de contrato de trabajo.

[104] A partir de la derogación de la ley 25.250 y la vuelta a la ultratractividad de los convenios colectivos en los términos de la ley 25877 -que modificara en este aspecto la 14250-, resulta improbable que esta situación pueda configurarse.

[105] Ley 24.467 de Pequeñas y Medianas Empresas, BO 28/3/1995, DT 1995-A, 545.

[106] BO 25/2/1999.

[107] Para los convenios colectivos que hubieran fijado con anterioridad a la publicación del decreto 146/99 un máximo superior a los ochenta trabajadores (por ejemplo: el Convenio celebrado entre la Federación de Obreros Pasteleros, Confiteros, Heladeros, Pizzeros y Alfajoreros y la Asociación de Propietarios de Pizzerías, Casas de empanadas y actividades afines establecida un máximo de 90 trabajadores), deben ajustarse a lo dispuesto por el decreto y reducir el máximo en cuestión.

[108] Comisión Especial de Seguimiento, creada por el art.105 de la ley 24467. En mismo sentido, Resolución General DGI 4083/95 art.1.

[109] Cfr. Rodríguez Mancini Jorge, "Revista de las posibilidades de la negociación colectiva en el derecho argentino actual", DT 1998-A, 439.

[110] Cfr. Zamorano Eduardo, "La negociación colectiva a nivel de empresa en la ley 24467", DT 1997-A, 10.

[111] En sentido crítico a esta norma, Martínez Vivot Julio opina que no existe una real participación de los trabajadores de la pequeña empresa y sostiene que resulta irreal la posibilidad de delegación teniendo en cuenta el rígido y centralista sistema sindical; "La negociación colectiva en las Pymes", TySS 1996-413.

[112] Una lectura sobre la noción de estas causales pueden hacerse en Confalonieri Juan Angel (h), *Despido por causas económicas o empresariales*, Editorial Astrea, 1997, pág.98 y siguientes.

[113] Art.99: "La entidad sindical signataria del convenio colectivo y la representación de la pequeña empresa podrán acordar convenios colectivos de trabajo para el ámbito de estas últimas....".

[114] Cfr. Zamorano Eduardo, "La negociación".

[115] Cfr. Lopez, Centeno y Fernández Madrid, *Ley de contrato de trabajo comentada*, Tomo I, Editorial Contabilidad Moderna, 2ª edición, 1987, páginas 1 y siguientes.

[116] Allí se establece parámetros con relación a las vacaciones (art.90) y fraccionamiento del SAC (art.91). El art. 92 referido a regímenes de extinción del contrato de trabajo fue derogado por el art.41 de la ley 25.877.

[117] Ejemplos son: el art.106 con relación a los viáticos y art.198 sobre jornada reducida.

[118] Cfr. Zamorano Eduardo, "La negociación colectiva a nivel de empresa en la ley 24467", DT 1997-A, 10;

Rodríguez Mancini Jorge, "Revista de las posibilidades de la negociación colectiva en el derecho argentino actual", DT 1998-A, 439; Alejandro Sergio Joaquín, "Negociación colectiva en la pequeña empresa", DT 1999-B, 2037; Etala Juan José (h), "Efectos prácticos de la nueva regulación laboral para las pequeñas empresas", DT 1995-A, 600.

[119] Características apuntadas por Tomas Sala Franco, Director, *Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pag.212 y siguientes.

[120] En igual sentido Rodríguez Mancini Jorge, "Observaciones sobre la ley 258772, en Juan José Etala (h), *Reforma Laboral Ley 25877*, Suplemento Especial La Ley, Marzo 2004, pps.43.

[121] Será tácita cuando haya transcurrido el plazo de 30 días que tiene la autoridad de aplicación para homologar o rechazar la homologación (art.6 ley 23546 to 2004). La reglamentación no establece un plazo especial como en el procedimiento preventivo de crisis, razón por la cual se aplica el plazo general. A nuestro criterio, sería conveniente que el plazo aplicable fuera, apelando a la analogía y finalidad que tienen los acuerdos en cuestión, el de 10 días previsto en el procedimiento preventivo de crisis.

[122] Cfr. Rubio Valentín, "Convenios de Empresas en Crisis", en *Reforma Laboral Ley 25877*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, página 174.

- [123] Así lo señala García Carmen Agut, *La cláusula de descuelgue salarial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, página 230. Esta es probablemente la obra más extensa y profunda escrita en esta materia.
- [124] Así lo señalan Rodríguez Mancini Jorge y Confalonieri Juan Angel (h.), *Reformas Laborales*, Editorial Astrea, 1ª edición, Buenos Aires 2000, página 206 y siguientes; y Rubio Valentín, *Reforma Laboral - Ley 25.250*, Editorial Rubinzal - Culzoni, 1ª edición, Buenos Aires 2000, página 183 y siguientes.
- [125] Así han sido clasificados los supuestos de afectación presentes en el ordenamiento español por Lopez Anioarte María del Carmen, *La concurrencia de convenios colectivos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 68 y siguientes. García Murcia Joaquín, *Los acuerdos de empresa*, Editorial Consejo Económico y Social, 1ª edición, Madrid 1998, pág.72 y Sala Franco Tomas y Montesinos Ignacio Albiol, *Derecho Sindical*, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pag.343, se expiden por considerar a las previsiones de los arts.41 y 82.3 del ET como supuestos de descuelgue. En contra Iglesias Cabero Manuel, *Negociación colectiva*, Editorial Colex, Madrid 1997, pag.269, quien considera que el art.41 del ET no configura un supuesto de descuelgue.
- [126] Sala Franco y Montesinos, obra citada, página 343.
- [127] Según el art.20 LCQ, la apertura del concurso preventivo suspende los efectos de los convenios colectivos aplicables en la empresa concursada.
- [128] Cfr. Rodríguez Mancini Jorge, “Observaciones sobre la ley 25877”, en Etala Juan José (h.), *Reforma Laboral Ley 25877*, Suplemento Especial La Ley, Marzo 2004, pág.44; y Ragusa Azucena Beatriz, “Articulación y concurrencia de normas convencionales en la ley 25877. Criterios de preferencia”, DT 2004-B, 1183.
- [129] Expresión utilizada por García Murcia Joaquín, obra citada, página 31. Esta expresión resulta gráfica y demuestra como en un convenio de nivel empresarial, son contempladas las realidades concretas y específicas de la o las empresas que participan en la negociación.
- [130] Para un análisis completo sobre la naturaleza de las cláusulas convencionales remitimos a Ruprecht Alfredo, *Derecho Colectivo de Trabajo*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1977, páginas 31 y siguientes. También en Rodríguez Mancini Jorge, Varela Florencio y De Virgilis Miguel A., “Cláusulas normativas y obligacionales de las convenciones colectivas de trabajo”, DT 1984-B, 875.
- [131] Cfr. Ojeda Avilés Antonio, *Compendio de Derecho Sindical*, Ed. Tecnos, Madrid 1998, página 301.
- [132] Posición sustentada por Valentín Rubio al analizar la ley 25.250, obra citada, página 186. Allí sigue el autor a Morales Ortega Jose, *La administración del convenio colectivo*, Civitas, Madrid, 1998.
- [133] Cfr. Rodríguez Mancini Jorge y Confalonieri Juan Angel (h.), obra citada, página 210, con relación a la anterior regulación pero aplicable por analogía a la ley 25877; Iglesias Cabero Manuel, obra citada, página 273.
- [134] El Estatuto de los Trabajadores se refiere a “...empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación...(art.82.3 2º párrafo)” y también, en el mecanismo supletorio, “...cuando así lo requiera la situación económica de la empresa...(art.82.3 3er párrafo)”.
- [135] El concepto de crisis es más genérico que los conceptos utilizados en la anterior reglamentación y será en consecuencia responsabilidad de los sujetos involucrados, de la Autoridad de Aplicación y en última instancia de la justicia laboral, determinar una razonable casuística al respecto.
- [136] Cfr. García Carmen Agut, obra citada, página 91.
- [137] Cfr. Sala Franco Tomás (Director), *Guía Práctica...*, pág. 106.
- [138] Cfr. Rodríguez Mancini Jorge y Confalonieri Juan Angel (h.), obra citada, página 214.
- [139] Cfr. García Carmen Agut, *La cláusula...*, página 151.
- [140] Art.5 ley 20.744 to: “...se entiende como empresa la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos...”.
- [141] Cfr. Rodríguez Mancini Jorge y Confalonieri Juan Angel (h.), obra citada, página 218; Ojeda Avilés Antonio, *Compendio...*, página 364/372; García Murcia Joaquín, *Los acuerdos...*, página 259/270; Sala Franco Tomas (Dir.), *Guía práctica...*, página 106.
- [142] Cfr. Rubio Valentín, obra citada, página 190.
- [143] Cfr. Tomada Carlos A., “Motivaciones de la Ley de Ordenamiento Laboral”, en *Reforma Laboral Ley 25877*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, pag.26. En igual sentido y en misma obra conjunta, Rial Noemi, “La estructura de la negociación colectiva en la ley 25877”, pág.146 y Rubio Valentín, “Convenios de Empresas en Crisis”, pág.175.
- [144] Rubio Valentín, obra citada, pág.175/178, se ha planteado dudas con relación al procedimiento aplicable, principalmente por la complejidad negocial que encontraría mejor regulación en el procedimiento de la ley 23.546 to 2004. Consideramos que la remisión lega es clara y no cabría posibilidad para apartarse en lo específicamente regulado.
- [145] Obviamente las modificaciones que se introduzcan por la negociación colectiva supraempresarial deberán superar el examen de legalidad en oportunidad de la homologación administrativa y no violentar el orden público laboral.
- [146] Seguiremos aquí la recopilación efectuada por García Carmen Agut, *La cláusula...*, página 96 y siguientes. También Rodríguez Mancini Jorge y Confalonieri Juan Angel (h.), obra citada página 219; Rubio Valentín, obra citada pág.184.
- [147] En nuestro caso, podría complementarse el procedimiento legal reglado en la ley 24.013 con disposiciones o requisitos especiales para la operatividad del descuelgue.
- [148] Cfr. García Carmen Agut, obra citada, página 233 y siguientes.
- [149] Cfr. Rodríguez Mancini Jorge y Confalonieri Juan Angel (h.), *Reformas...*, página 222/223.
- [150] Rodríguez Mancini Jorge, *ob.citada*, página 48, ha señalado que es mejor que participen de la negociación las partes signatarias. Por su parte Rubio Valentín, obra citada, pág. 175/78, señala que la participación de más sujetos producirá una natural morosidad en el procedimiento.
- [151] Este riesgo es señalado por Ojeda Avilés Antonio, obra citada, página 364/372.
- [152] Expuesto en forma muy completa por García Carmen Agut, *La cláusula...*, página 81 y siguientes, a quien seguimos en este desarrollo.

[153] Ver en extenso en *Derecho del Trabajo*, Director Tomas Sala Franco, 4ª.Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1989, página 212 y siguientes.

[154] Nos referimos puntualmente al cambio de denominación del convenio -antes llamado acuerdo- y a la obligación de tramitar un proceso que culmina con la homologación -no exigida anteriormente-. Se han establecido formalidades para un supuesto de afectación que no necesitaría el refuerzo legal para su existencia autónoma y que posee naturalmente efectos de aplicación general.

[155] En contra podemos señalar la teoría de la incorporación, en virtud de la cual las provisiones contenidas en un convenio colectivo sólo cobran eficacia a partir de su incorporación en el contrato individual de trabajo. Esta teoría limita el proceso dinámico de la negociación colectiva y constituye un obstáculo en la evolución del derecho colectivo.

[156] En estos casos es necesario tener presente que el art. 12 LCT no contempla en su redacción a los derechos que surgen del plano individual y en consecuencia éstos resultan disponibles por las partes ya que su negociación no violenta en principio el orden público laboral, salvo que se demuestre que la voluntad del trabajador se encontró viciada. En cuanto a la demostración de tal circunstancia la casuística jurisprudencial es amplia y el juego de distintas presunciones debe evaluarse en cada caso concreto. Frente a los riesgos de eventuales reclamos en el caso de acordar con el trabajador la disminución de las condiciones que surgen del contrato individual, resulta razonable y aconsejable celebrar el acto ante la Autoridad de Aplicación en los términos del art. 15 de la LCT. Desde la sanción de la ley 25345 (BO 17/11/2000), el acuerdo arribado entre empleador y trabajador en los términos del art. 15 LCT tendrá efectos de cosa juzgada solamente entre las partes siendo inoponible a los organismos de contralor (p.ej.: AFIP).

[157] Decimos por lógica menos gravosa por cuanto la posibilidad de afectar el interés general juega inversamente proporcional a los avances que puedan obtener los trabajadores. Cuanto mayores son los beneficios para un grupo determinado de trabajadores más posibilidades de afectar el interés general existe por el juego permanente de diversos intereses sectoriales en la sociedad. Por el contrario, cuando los beneficios disminuyen, supuesto del descuelgue, las posibilidades de afectar el interés general son menores.

[158] Esta última posibilidad en el supuesto, no prohibido por la ley, de que en el convenio supraempresarial se estipulen condiciones para la operatividad del descuelgue.

[159] Cfr. García Murcia Joaquín, *Los acuerdos...*, página 270.

[160] Cfr. Ojeda Avilés Antonio, *Compendio de ...*, página 370.

[161] Si bien en el caso de empresas de servicios eventuales los trabajadores permanentes discontinuos se desempeñan en empresas usuarias, la eventual crisis que deberá acreditarse es la de la propia empresa eventual y no la de la empresa usuaria.