

La norma más favorable: su determinación

Mario Pasco Cosmópolis*

Introducción

La regla de la norma más favorable establece, según enseña con su característica claridad Américo Pla Rodríguez,¹ que «[...] cuando existen varias normas aplicables a una situación jurídica [...] no se aplicará la norma que corresponda conforme a un orden jerárquico predeterminado, sino que, en cada caso, se aplicará la norma más favorable al trabajador». Tras su engañosa sencillez, la regla encubre un complejo entramado de principios, conceptos, condicionamientos y requisitos, entre otros, dentro de los cuales —y no de los más sencillos— está el de su determinación.

¿Cómo escoger, en efecto, la más favorable de entre dos normas? ¿Cuáles son los criterios? ¿Cuál debe ser —en palabras de Camps Ruiz—² «el módulo de comparación que debe utilizarse en la confrontación de normas laborales»? ¿Qué es lo que, más allá aún, se entiende por norma más favorable? A escudriñar en este tema estará dedicada la parte medular del presente trabajo, pero ello sería insuficiente y hasta incomprensible si no se examinaran, en forma previa, los otros conceptos involucrados, aquellos que dan sustancia y contenido, y fijan los alcances de la regla y de su aplicación.

* Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 100. Es innecesario precisar, por obvio, que la «regla de la norma más favorable» forma parte del «principio protector», al igual que las reglas «indubio pro operario» y «de la condición más beneficiosa» con las que se complementa (y con las que, según algunos autores, llega a confundirse).

² CAMPS RUIZ, Luis Miguel y otros. *El estatuto de los trabajadores. Comentarios a la ley 8/1980, del 10 de marzo*. Madrid: Edersa, 1981, p. 47.

Nociones previas

Someramente enunciadas, contornan la regla de la norma más favorable las materias siguientes, que serán luego objeto de examen más específico:

1. La pluralidad de fuentes y la jerarquía normativa, es decir, los niveles en que se dan los distintos tipos de normas laborales, así como, fundamentalmente, la interrelación entre estos, dadas las peculiaridades que ello presenta en el derecho laboral y en las cuáles habrá de apoyarse la regla operativa.
2. El grado de imperatividad de las normas, es decir, su valor intrínseco, que puede determinar situaciones de no aplicación de la regla.
3. Los supuestos de concurrencia de norma laborales, vale decir, los diversos casos en que una situación jurídica puede quedar sometida al imperio de más de una norma, prerequisite obvio para la viabilidad de la regla.
4. El principio de «norma mínima» que, complementando la jerarquización, la revierte al convertir a la norma superior en el punto de partida de las normas subalternas.
5. Finalmente, la forma en que todos estos datos aislados se entrecruzan y se concatenan para dar el marco operativo de la regla de la mayor favorabilidad.

Es este, en efecto, el entorno conceptual en el que actúa la regla de la norma más favorable, ya que no basta asumir que lo más beneficioso para el trabajador prevalece siempre sobre cualquier precepto de inferior contenido, sino que, para que aquello sea posible, es necesario que se respete la base estructural del sistema normativo laboral, construida en función de los conceptos antes esbozados.

La jerarquía normativa

Una de las características más enriquecedoras del derecho laboral es que, dentro de la profusión de sus fuentes, dos adquieren singular relieve: la norma internacional, en particular la proveniente de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la convención o convenio colectivo de trabajo, «fuente autónoma» de derecho objetivo, extraetática, típicamente laboral.³

Todas las fuentes, cualquiera sea su origen, se organizan jerárquicamente; el orden o prelación que de allí resulta determina una superioridad abstracta,

³ ERMIDA URIARTE, Óscar. «Formas de acción gremial en la empresa». Ponencia del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, 1983, p. 585.

de mayor a menor, en la así llamada «pirámide normativa», por lo general igual en todos los países. Tomaremos a título de ejemplo la gradación de las fuentes en el Perú, que presenta algunos puntos de interés.

En la cúspide normativa se ubica obviamente la Constitución Política. La del Perú, además de consolidar su propia preeminencia, destaca los tratados internacionales sobre derechos humanos, a los que da también rango supremo.⁴ Los convenios internacionales sobre derechos laborales fundamentales —como el 87 sobre libertad sindical, por ejemplo— entrarían dentro de esta categoría, según opina Alfredo Villavicencio⁵ y, por ende, tendrían rango de norma constitucional.

La ley ocupa el escalón inmediato y, con ella, las normas que constitucionalmente se le asimilan:⁶ leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados,⁷ reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. El segundo escalón es ocupado por los reglamentos, las normas administrativas, las resoluciones y los decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. El nivel siguiente es ocupado por el convenio colectivo, el reglamento interno de trabajo y la costumbre. Al convenio colectivo, la Constitución peruana le atribuye «fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado». Por su parte, el reglamento interno de trabajo en el Perú, aunque se otorga a los trabajadores el derecho de observarlo, resulta siendo de factura estrictamente patronal.

De acuerdo a ello, el orden jerárquico de las normas en el Perú resulta ser como sigue: la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos; las normas con rango de ley; los reglamentos, decretos

⁴ La base normativa de esta afirmación se encuentra en la interpretación sistemática de los artículos 3 y 57 con la cuarta disposición final y transitoria del texto constitucional.

Artículo 3: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Artículo 57: «[...]cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución [...]».

Cuarta disposición final y transitoria: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

⁵ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La libertad sindical en el Perú: alcances y limitaciones». Tesis de bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica, 1988.

⁶ Tal como lo establece el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución.

⁷ De conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Constitución, se considera que los tratados que poseen rango legal son los tratados cuya aprobación se encuentra reservada al Congreso de la República. Los tratados cuyas materias no estén reservadas a la aprobación del Congreso, es decir, sean aprobados por el Presidente de la República, tendrán rango de decreto supremo.

supremos y otras normas administrativas; y la convención colectiva,⁸ el reglamento interno de trabajo y la costumbre. Como consecuencia directa de esta jerarquización, se entiende que la norma superior prevalece sobre la subalterna cuando haya entre ellas insalvable implicancia, principio que la Constitución peruana recoge dos veces, una directa y otra oblicua.⁹

Este principio de derecho común es de alguna manera subvertido por el derecho laboral: la jerarquía normativa se troca puesto que «es el contenido de la norma el que decide según su mayor o menor favorabilidad para los trabajadores, la disposición aplicable; posición jerárquica de la norma (jerarquía estática) y prioridad de aplicación (jerárquica dinámica), no son, pues, cuestiones equivalentes. Es más: lo normal es precisamente que la disposición de rango inferior (v.g.: convenio colectivo) se aplique prioritariamente sobre normas legales y reglamentarias».¹⁰

Si así no fuera, el principio de norma más favorable no tendría cabida, ya que habría que aplicar los criterios comunes de dirimencia: (a) la norma de rango superior prevalece siempre sobre la inferior; (b) la norma más reciente, sobre la más antigua; y (c) la norma especial, sobre la general. Pero «en el Derecho positivo contemporáneo las diferentes fuentes, más bien que constituir una jerarquía *stricto sensu*, se complementan y se ajustan a fin de mejorar al asalariado».¹¹

⁸ Javier Neves Mujica señala que «[...] la Constitución vigente no atribuye un nivel al convenio colectivo [...] los convenios colectivos en cuestión de jerarquía han quedado flotando en el sistema de fuentes de derecho [...]. No nos parece que el descenso del convenio colectivo en la jerarquía tenga efectos sobre la posibilidad de intervención del Estado en la autonomía colectiva [...] no creemos que con la rebaja de nivel operada en el ordenamiento actual, se permita tal afectación. En nuestro concepto, no se trata de una cuestión de rango de las normas en juego, sino de respeto del derecho de negociación colectiva [...]» (NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 71-72).

⁹ Artículo 51: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior categoría, y así sucesivamente [...]».

Artículo 138: «[...] de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

¹⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 226. Adrián O. Goldin desarrolla la misma idea en los términos siguientes: «La ley y el convenio colectivo se vinculan en relación comparativa en dos momentos que es posible distinguir con claridad: a) al tiempo de la creación del convenio colectivo, cotejo **genérico, estático** y en **abstracto** que se resuelve en la satisfacción del principio de norma mínima; b) al tiempo de aplicación del convenio o la ley al caso particular, cotejo **específico, dinámico, concreto y objetivo**, que se resuelve de conformidad con la regla de la norma más favorable, dinámica proyección de aquel, principio». GOLDIN, Adrián O. «Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos». Ponencia del X Congreso Nacional Argentino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y I Reunión del Cono Sur e Hispano-Argentina de Especialistas de Derecho del trabajo, Jujuy, 1988 (versión mecanografiada), p. 14.

¹¹ CAMERLYNCK, G.H. y G. LYON CAEN. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Aguilar (edición española), 1974, p. 54.

Por tanto, la prelación en el Derecho Laboral, salvo excepciones, hace prevalecer la norma más favorable al trabajador cualquiera sea su rango; y así, la ley general innova en la especial y la más antigua puede sobreponerse a la más nueva, si son más favorables, pero no a la inversa.

La fuerza imperativa

Con independencia de su posición jerárquica, las normas tienen distinta imperatividad; a este respecto, la doctrina, en especial la española y la rioplantense, distingue tres tipos de normas o grados de rigor normativo:

- (a) normas imperativas o categóricas o de imperatividad absoluta o de derecho necesario absoluto;
- (b) normas de imperatividad relativa o limitadamente categóricas o de derecho necesario relativo; y
- (c) normas dispositivas o discrecionales o supletorias.

Las normas categóricas —de derecho necesario absoluto— son a tal punto imperativas que no admiten margen alguno para modificación en niveles inferiores, ni siquiera a favor del trabajador. «No pueden ser desconocidas ni modificadas por las partes de la relación individual de trabajo ni tampoco por las de la negociación colectiva». ¹² Son normas absolutas, que fijan no solo el piso sino, también, el techo en la materia por ellas regulada. Es claro que frente a normas de esta fuerza, la regla de la norma más favorable sencillamente no se aplica, no funciona.

Las normas de imperatividad relativa solo consagran un mínimo y toleran, por ello, avances a favor del trabajador a través de las normas descendentes o subalternas. «Establecen un principio o criterio que las partes han de acatar, pero del que podrán apartarse siempre y cuando con tal modificación o, mejor dicho, con tal variación se realice más plenamente el objetivo perseguido por la propia norma». ¹³ Son las normas de derecho necesario relativo las más frecuentes u ordinarias del derecho laboral, su típico «piso» normativo y, por tal razón, las que mejor permiten y hasta inducen a la aplicación de la regla de la favorabilidad.

Normas dispositivas o autorizantes o permisivas son aquellas que «ofrecen a la autonomía de las partes diversos regímenes jurídicos alternativos para regular una materia concreta, o las que expresamente autorizan a las

¹² BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho español del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1978, p. 450.

¹³ *Ibidem*, p. 451.

partes a configurar una relación contractual diferente». ¹⁴ Por ello, pueden ser sobrepasadas en cualquier dirección, tanto en sentido benéfico como perjudicial, hacia arriba o hacia abajo. Son normas más orientadoras que reguladoras, aunque, obviamente, tienen fuerza plena a falta de norma de cualquier nivel que las altere o modifique. Son también campo propicio para la invocación del principio de favorabilidad.

En resumen, la regla de la norma más favorable actúa frente a normas de imperatividad relativa y frente a normas dispositivas; pero cede (no se aplica) ante normas de tipo absoluto. ¿Cómo reconocer estos preceptos de derecho imperativo absoluto, es decir, «aquellas normas aplicables en todo caso, pues se promulgan extramuros de la inderogabilidad relativa»? «Tales normas absolutamente inderogables —señala Ojeda Aviles— ¹⁵ se encuentran desperdigadas por el ordenamiento laboral, callando sobre su naturaleza, por lo que en ocasiones se hace difícil aislarlas»; pero vendrían a ser —dice Alonso Olea— ¹⁶ «normas de derecho necesario configuradoras de las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo». Frente a ellas, repetimos, la regla en estudio no opera; frente a las otras, sí.

La concurrencia normativa: las posibilidades de conflicto

Javier Neves Mujica, ¹⁷ a partir de los trabajos del doctrinario español Antonio Martín Valverde, precisa que una situación cualquiera puede encontrarse, en relación con la normatividad, en una y en solo una de las situaciones siguientes:

- (a) ninguna norma aplicable;
- (b) una única norma aplicable;
- (c) una norma aplicable relacionada con otra(s) en forma de supletoriedad, subsidiariedad, conflicto o sucesión; ¹⁸ y

¹⁴ CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*. Colección tesis doctorales. Madrid: ET, 1976, p.119.

¹⁵ OJEDA AVILES, Antonio. *Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 593.

¹⁶ Manuel Alonso Olea, cit. por OJEDA AVILES, *op. cit.*, p. 593.

¹⁷ NEVES MUJICA, *op. cit.*, p. 115.

¹⁸ «En la relación de **supletoriedad** tenemos la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho pero no lo hace (laguna), denominada suplida, y la norma dos, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria. Comúnmente, ambas normas se conectan a través de una remisión» (NEVES MUJICA, *op. cit.*, p. 124).

«La **subsidiariedad** es una relación que supone la existencia de una primera norma, a la que llamamos subsidiaria, que regula provisionalmente un hecho, hasta que se dicte o entre en vigencia la segunda, que lo regulará definitivamente. Esta situación es propia

(d) varias normas simultáneamente aplicables en forma complementaria o suplementaria.¹⁹

El supuesto típico de vigencia de la regla más favorable es el del conflicto, en el que dos normas vigentes y mutuamente incompatibles resultan aplicables a una sola situación, y es necesario definir cuál de ellas la regirá: la regla actúa precisamente para dirimir en pro de la más beneficiosa al laborante, aunque Camps Ruiz la considera también aplicable al caso de la suplementariedad, entre una norma mínima y otra que la mejora.²⁰

Ahora bien, el conflicto puede darse entre normas de un mismo origen —nacional e internacional, estatal y extraestatal— o de distinto origen —nacional frente a internacional, por ejemplo—. Puede darse, asimismo, entre normas de igual o de distinto rango: ley y convenio colectivo, convenio y decreto gubernamental, etc. Este doble juego permite su interconexión, lo que genera un amplio número de variables o conmutaciones, de entre las cuales debemos rescatar solo las más relevantes para nuestro tema:

*Conflictos entre normas de igual rango.*²¹ Los casos típicos serían, de mayor a menor, los siguientes:

- (a) conflicto entre normas internacionales;
- (b) conflicto entre normas estatales; y
- (c) conflicto entre normas convencionales.

de las disposiciones transitorias que suelen establecerse en las sucesiones legislativas» (NEVES MUJICA, *op. cit.*, p. 126).

«La **sucesión** comprende dos figuras: la derogación y la modificación» (NEVES MUJICA, *op. cit.*, p. 136).

«El **conflicto** entendido en sentido amplio engloba [...] dos supuestos distintos: la contradicción y la divergencia. Podemos distinguirlos a partir de dos factores: el tipo de normas y los efectos de su concurrencia» (NEVES MUJICA, *op. cit.*, p. 126). El conflicto constituye el supuesto de aplicación de la regla bajo análisis, razón por la cual será desarrollado *in extenso*.

¹⁹ «En la relación de **complementariedad**, la norma uno tiene como característica dejar incompleta la regulación del hecho, razón por la cual la función que cumple la norma dos es la de completarla. Ambas se vinculan a través de una remisión» (NEVES MUJICA, *op. cit.*, pp. 141-142). Un caso frecuente de remisión es, por ejemplo, del proceso laboral a normas del proceso civil.

«Toda vez que una norma se configura como mínima y otra la mejora, tenemos entre ellas una relación de **suplementariedad**. Para desempeñar este papel, la primera requiere poseer un rango mayor que la segunda» (NEVES MUJICA, *op. cit.*, p. 143).

²⁰ CAMPS RUIZ y otros, *op. cit.*, p. 45.

²¹ La igualdad de rango debiera provenir de tener un mismo origen, pero esa regla tiene excepciones, v. g.: dos normas internacionales de distinta fuente; o la ley y el decreto legislativo, que tienen diverso origen funcional —el Congreso y el Poder Ejecutivo, respectivamente— pero idéntica naturaleza, ya que ambas son estatales.

Conflictos entre normas de diferente jerarquía. Fruto, por lo general, de su diverso origen. En esta rúbrica podemos distinguir los casos más saltantes o interesantes de conflicto:

- (a) conflicto entre norma internacional y norma estatal o convencional; y
- (b) conflicto entre norma estatal y norma convencional.

Esta somera clasificación produce, por combinación, cinco situaciones típicas de conflicto:

- (a) conflicto entre dos normas internacionales;
- (b) conflicto entre una norma internacional y una norma estatal o convencional;²²
- (c) conflicto entre dos normas estatales, del mismo o diferente rango;²³
- (d) conflicto entre una norma estatal y una convencional;²⁴ y
- (e) conflicto entre dos normas convencionales.

Es importante destacar que no todas las legislaciones admiten como posibles estos conflictos, o los resuelven por vías distintas a la regla en análisis, o, lo que es más complicado aún, adoptan para resolverlos métodos distintos según el tipo de conflicto de que se trate.²⁵

²² Para el eventual conflicto entre un Convenio de la OIT y una norma de derecho interno, la Constitución de la OIT remite precisamente a la regla de la mayor favorabilidad, en los siguientes términos: «En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por un Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que la que figuren en el convenio o en la recomendación». En similar sentido, el artículo 5.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 32 de la Carta Social Europea.

²³ La doctrina española, a partir de la normativa más reciente, no admite la hipótesis de concurrencia entre dos normas estatales; de existir conflicto, este no será dirimido en función de la favorabilidad sino del principio de legalidad. Véase, al respecto, DE LA VILLA GIL, L. E., G. GARCÍA BECEDAS e I. GARCÍA PERROTE. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: CEURA, 1983, p. 22; MONTOYA MELGAR, *op. cit.*, p. 217; y CAMPS RUIZ y otros, *op. cit.*, p. 44. Para la doctrina argentina, como para la italiana y la francesa, en cambio, el conflicto entre normas de origen estatal es fuente constante de invocación del principio en estudio. Véase VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 4548.

²⁴ El conflicto entre el convenio colectivo y la ley parece ser el origen más frecuente de invocación de la regla, el «supuesto típico» según la doctrina española, que a partir de ello diverge en cuanto a las formas de solución. Por un lado, hay quienes, como Ojeda Aviles, sostienen la «impermeabilidad del convenio», doctrina conocida como del equilibrio interno del convenio; por el otro, algunos como Pérez Pérez (cit. por CAMPS RUIZ, Luis Miguel, Tomás SALA FRANCO y otros. *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987) y el propio Camps Ruiz en el mismo libro. Vázquez Vialard (*op. cit.*, p. 458), con referencia a la legislación argentina concreta, considera que el «problema (de la norma más favorable) no puede plantearse entre convenios colectivos».

²⁵ En Italia, el conflicto entre la ley y la autonomía colectiva conduce a una solución

La norma como mínimo

A la norma laboral se le reconoce por lo general un contenido mínimo: constituye el nivel más bajo de derechos reconocidos al trabajador. De ese modo, sin menoscabo de la prelación jerárquica, con arreglo a la cual la norma mayor subordina a la de rango inferior y esta, a su vez, deriva su validez del respeto a lo que de imperativo tenga aquella, la norma más elevada opera, en su contenido, solo como un punto de partida para la construcción de las normas subalternas, destinadas a ampliar o mejorar la cobertura del trabajador.

Las normas de menor nivel jerárquico asumen un valor preferencial, se anteponen en su aplicación a las normas de mayor categoría, porque ese es precisamente el destino vocacional de unas y otras. El nivel superior es «piso» del que le sigue en rango y así de modo sucesivo, lo que invierte en su contenido y aplicación el escalonamiento jerárquico de la «pirámide» de Kelsen, según anota Amauri Mascaro Nascimento.²⁶

Este carácter mínimo de la norma es muy nítido en las normas de derecho necesario relativo; las de derecho necesario absoluto son mínimo pero a la vez máximo; las discrecionales o autoritativas carecen en cambio de tal carácter, pues pueden ser sobrepasadas en cualquier dirección.

El carácter mínimo de las normas laborales en sentido sincrónico constituye el presupuesto necesario para el juego del principio de norma más favorable, el cual no puede operar —y en ello ha insistido suficientemente la doctrina— desconociendo la jerarquía de las normas consagradas por nuestras leyes constitucionales. Todo el esquema está basado, así, en una premisa fundamental, a saber: que la norma que se pretenda aplicar como más favorable sea susceptible de ser aplicada: es decir —con otras palabras—, que no pueda ser tachada ni de inconstitucionalidad ni de ilegalidad, pues en tal caso sería nula. Ambas consecuencias derivarían de la circunstancia de que tal norma fuera contraria a la Constitución o, en general, a una norma de superior rango, pues las laborales no siguen en este punto de ningún modo reglas especiales distintas a las actuantes en el resto del ordenamiento jurídico. La clave que hace posible entonces el juego del principio de norma más favorable está en el hecho de que, por ser normas de contenido mínimo, la regulación más favorable para el trabajador no es contradictoria con ellas, sino (impulsa) su más cabal cumplimiento.²⁷

distinta que el conflicto entre el convenio colectivo y el contrato individual: el primero debe resolverse por vía acumulativa y el segundo, por vía del conglobamiento, sistema de solución que examinaremos más adelante. Véase CARINCI, F., R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI y T. TREU. *Diritto del lavoro*. Turín: UTET, 1983, p. 237.

²⁶ Cit. por PLA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 101.

²⁷ CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 75. El carácter mínimo de la norma puede actuar —al decir de Camps Ruiz— en sentido sincrónico y en sentido diacrónico. En sentido sincrónico,

Ahora bien, las normas laborales son en su inmensa mayoría, prácticamente todas, de necesidad relativa; las de tipo absoluto y las discrecionales son excepcionales, se dan solo esporádicamente, de donde afirmar que la norma laboral es «siempre» mínima, si no es axiomático, resulta casi universal.

Norma mínima y jerarquía normativa

¿En qué o cómo se vinculan el carácter mínimo de las normas y la regla más favorable? ¿Cómo engarzan los principios de jerarquía normativa con los de norma mínima e irrenunciabilidad? Su explicación contiene el principio de favor, materia de nuestro examen, pues, como razona con su brillo característico Manuel Alonso Olea:

[...] al constituir las condiciones de trabajo contenidas en cada norma un mínimo para las inferiores en rango según el orden jerárquico expuesto, es evidente que estas últimas han de contener necesariamente condiciones más favorables para el trabajador, pues si contienen condiciones inferiores no pueden ser aplicadas, y si contienen las mismas condiciones son inútiles. Con ello el panorama lógico y el normal es que a medida que las normas desciendan en rango, las condiciones que contienen ascienden en cuanto a la mejora que para el trabajador representan. Pero como para el trabajador son irrenunciables todas las normas y todas ellas son mínimas, el resultado final es que la norma sobre la que opera verdaderamente el principio de irrenunciabilidad y la representativa del mínimo efectiva e imperativamente exigible es aquella que contenga el máximo de los varios mínimos concurrentes; en una palabra, la norma reguladora de la relación es la que resulte más favorable para el trabajador, cualquiera que sea su rango, con lo que la ordenación jerárquica resulta

«[...] el contenido de cada norma laboral supone una plataforma inexcusable para las normas de rango inferior, las cuales pueden apartarse de aquel contenido en beneficio del trabajador; afirmación que no supone, sin embargo, alteración alguna del orden jerárquico de las normas laborales: las de inferior rango se subordinan a las de rango superior, pero como éstas son mínimas, su aplicación sólo tiene lugar en defecto de otras más favorables para el trabajador» (CAMP RUIZ, *op. cit.*, p. 58). En su sentido diacrónico, el «[...] carácter mínimo se proyectaría a través del tiempo, de modo que, una vez establecidas determinadas condiciones, éstas se convertirían en punto de partida insoslayable para todas las normas posteriores, con independencia de su rango. Desde esta perspectiva, el carácter mínimo de las normas laborales significaría que la sucesión normativa sólo podría producirse válidamente en sentido más favorable para el trabajador. Tampoco en este caso —importa destacarlo— habría alteración de la ordenación jerárquica: no se trataría de que las normas de rango inferior se impusieran a las de rango superior, sino, antes bien, que esta última en rigor, no existiría, pues al ser inconstitucional y/o ilegal, sería nula» (CAMP RUIZ, *op. cit.*, p. 58). La dimensión sincrónica nos introduce en el mundo de la irreversibilidad del derecho laboral (o de su intangibilidad, con arreglo al término que utiliza la Constitución Política del Ecuador), tema que escapa a nuestro propósito. Nos interesa más la dimensión diacrónica, por ser no solo la frecuente sino la existente en la generalidad de los países.

deshecha por el principio de norma más favorable, que erige a ésta, y no a la de mayor rango, en fuente principal.²⁸

La regla de la norma más favorable no afecta a la jerarquía de las normas sino a la prelación en su aplicación; conserva el orden riguroso en que las normas se colocan y que tiene, en su cúspide, a la Constitución; con respecto a esa jerarquía y sin alterarla, determina cuál, en caso de coexistencia o colisión de normas, debe aplicarse al caso concreto, y esta es la más provechosa al trabajador.²⁹

Por otro lado, la determinación de que a una situación concreta debe aplicarse una norma con preferencia a otra, por ser aquella más ventajosa para el trabajador, no enerva la validez, ni afecta la vigencia de esta. En suma, no la deroga; tan solo señala que esta norma no se aplica a este caso concreto sino aquella, pero que conserva su vigencia y validez para cualesquiera otros casos en los que o no colisiona con otra norma o, en su aplicación específica, puede resultar, a su vez, más favorable.

La regla de la norma más favorable: su formulación y campo de aplicación

Conocida también como «del régimen más favorable» o de la «mayor favorabilidad», la regla de la norma más favorable es tan fácil de definir cuanto difícil de aplicar. Hemos recogido como glosa liminar la definición de Américo Pla Rodríguez por su claridad y concisión,³⁰ pero la regla puede tener otras varias formulaciones. Por ejemplo, «De entre dos o más normas laborales vigentes prevalece la que conceda más derechos a los trabajadores, en el ámbito de aplicación concurrido de que se trate».³¹

Una derivación de la regla, por vía inversa, la transforma en requisito para la validez de la norma, como hace notar agudamente Montoya Melgar: «El principio de norma más favorable significa que toda norma laboral, para prevalecer sobre otra de igual, inferior o incluso superior rango, ha de contener prescripciones más favorables que ellas».³² El ser más favorable le da a una norma legitimidad social, pero no necesariamente jurídica; para

²⁸ ALONSO OLEA, Manuel y María CASAS BAHAMONDE. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1987, p. 698.

²⁹ Alonso Olea y Casas Bahamonde, citando a Martín Valverde, lo explican así: «La norma a aplicar es la más favorable para el trabajador, con independencia de su rango, sin perjuicio de que la norma pretérida o postergada [...] [siga] formando parte del ordenamiento como un precepto válido» (ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE, *op. cit.*, p. 698).

³⁰ Véase la nota 1.

³¹ Luis Enrique de la Villa Gil en CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 8.

³² CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 276.

ser válida debe ser posible, es decir, no infringir una norma imperativa superior, sino, además, insertarse coherentemente en el ordenamiento, lo que nos lleva a examinar presupuestos y requisitos de aplicación de la regla.

Presupuestos

La primera cuestión que debe quedar clara es que la regla de mayor favor no es hermenéutica; no sirve para clarificar una norma dudosa, para esclarecer un contenido oscuro, sino para «seleccionar entre varias normas, cualquiera que sea su rango, [la] que contenga disposiciones más favorables para el trabajador». Y tiene como fundamento, entonces, no una norma ambigua sino «la existencia de dos o más normas en vigor, cuya aplicación [...] se discute».³³

El principio supone así, sintéticamente y por hipótesis, lo siguiente:

- (a) presencia de varias normas reguladoras, pues no cabe concurrencia si solo una disciplina la situación o relación jurídica;
- (b) inicial y posible aplicabilidad de todas las normas en concurso, es decir, la simultánea vigencia de todas ellas; y
- (c) contenidos normativos diversos en las distintas regulaciones, pues no cabe aplicación del más favorable si no difieren entre sí.³⁴

Aflora aquí, en la conceptualización de la regla, el íntimo ligamen entre la pluralidad de fuentes y los principios de norma mínima y de régimen más favorable.

La operatividad del principio precisa, en consecuencia, que el ordenamiento tolere no sólo situaciones de multirregulación sino, adicional y fundamentalmente, la posibilidad de que entre todas las normas concurrentes puedan producirse divergencias de contenido [...] porque sólo en la medida en que cada norma laboral suponga un mínimo a mejorar en futuras regulaciones, cabrá que éstas contengan, conforme se producen, prevenciones más favorables a las preceptuadas inicialmente; y, correlativamente, porque sólo en la medida en que esa mejora no suponga quebranto de la legalidad normativa —no se olvide que las normas en concurso han de estar vigentes—, podrá hablarse de concurrencia y no de colisión entre normas. La concurrencia demanda, por causa del carácter tuitivo del derecho del trabajo, el principio de aplicación de la norma más favorable para el trabajador de entre todas las normas en conflicto, y se reconduce, por tanto, a un problema de aplicación preferencial; la colisión, por el contrario, pone en marcha el principio de

³³ MONTROYA MELGAR, *op. cit.*, p. 216.

³⁴ DE LA VILLA GIL y otros, *op. cit.*, p. 21.

jerarquía y, con él, reconduce a la anulación de las normas ilegales, obligando a jueces y tribunales, al propio tiempo, a aplicar aquella que ostenta el mayor rango formal.³⁵

Condiciones para la aplicación de la regla

Paul Durand —y, a partir de él, la mayoría de doctrinarios— precisó las pautas que condicionan la aplicación de la regla, y que Pla Rodríguez³⁶ resume así:

(a) La comparación debe efectuarse teniendo en cuenta el tenor de las dos normas. No puede, en cambio, comprender las consecuencias económicas lejanas que la regla puede engendrar.

(b) La comparación de las dos normas debe tomar en consideración la situación de la colectividad obrera interesada y no la de un obrero tomado aisladamente.

(c) La cuestión de saber si una norma es o no favorable a los trabajadores no depende de la apreciación subjetiva de los interesados. Ella debe ser resuelta objetivamente, en función de los motivos que han inspirado las normas.

(d) La confrontación de dos normas debe hacerse de una manera concreta, buscando si la regla inferior es, en el caso, más o menos favorable a los trabajadores.

(e) Como la posibilidad de mejorar la condición de los trabajadores constituye una excepción al principio de intangibilidad de la regla imperativa, jerárquicamente superior, no puede admitirse la eficacia de una disposición inferior mientras que pueda dudarse de que sea efectivamente más favorable a los trabajadores.

Parece que hay una fuerte tendencia en la doctrina a aceptar estos postulados en bloque, pero desintegrados uno a uno. Prácticamente, todos ellos han sido objeto ora de un planteo adverso o distinto, ora de una modificación por razones del cambio sociojurídico. En este sentido, se ha observado respecto de ellos diversas posiciones:

- En relación con la primera regla —la prescindencia del efecto económico remoto—, hoy en día la situación parecería haberse revertido. En la

³⁵ *Ibidem*, pp. 21-22.

³⁶ PLA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 103-104. Véase también VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, p. 201, y de PINHO PEDREIRA, Luiz. «Os Principios jurídicos específicos do Direito do Trabalho». *Tendencia do Direito do Trabalho*, 1980. p. 356.

actualidad se considera tan importante o más ese eventual efecto pernicioso de largo alcance que la ventaja transitoria o fugaz del trabajador aislado. Tal se desprende del comentario que Rodiere³⁷ hace del tema y que va en línea con los desarrollos en torno a la flexibilización del derecho laboral, tan en boga hace pocos años.

En ese mismo orden de ideas debe entenderse la tesis de Gino Giugni de que, «ante la crisis y la emergencia continua», la flexibilización de la disciplina del trabajo subordinado consiste «no en la reducción del contenido de las garantías individuales (salvo la eliminación de garantismos inútiles) sino en el cambio de las garantías, trasladando el reconocimiento y la tutela desde el plano rígido de la ley al plano móvil de una contratación colectiva dinámica, liberada de vínculos de inderogabilidad del acuerdo colectivo, tesis compartida por muchos otros expertos en Italia».³⁸

- La eventual contraposición entre el interés actual del individuo y el del colectivo de trabajadores debiera definirse, en criterio de Hueck y Nipperdey,³⁹ «según el bienestar del trabajador de que se trate en el momento que se juzga. No importa el interés del personal o de la totalidad de los trabajadores». Según se aprecia, el criterio de los maestros alemanes —que no compartimos— difiere en un ciento por ciento del defendido por el maestro francés Durand.
- La decisión sobre la base de criterios necesariamente objetivos no parece la solución final para Vázquez Vialard «cuando el titular del derecho tenga opción a elegir», pues, en tal caso, «el juez no puede hacer lugar a algo distinto a lo peticionado».⁴⁰ Esta cuestión se relaciona de alguna manera con el método de determinación del régimen más favorable, según veremos.
- Solo es indiscutible el criterio de que, en caso exista duda, de ser un cambio favorable al trabajador, la norma invocada resulta inaplicable per se.

³⁷ «El espíritu del momento conducirá a la jurisprudencia, sin que el criterio haya cambiado, a proceder a la comparación en función de finalidad más amplias o extendidas: no comparar ya las ventajas en materia de vacaciones, enfermedad, extinción del contrato de trabajo, sino mirar más lejos, quizás llegar a comparar conjuntos de disposiciones teniendo por finalidad general el mantenimiento del empleo, la salvaguarda de la empresa» (RODIERE, Pierre. «Observations sur le maintien des avantages acquis face a la modification des regles regissant le contrat de travail». *Droit Social*, n.º 12, París, diciembre de 1986, p. 880).

³⁸ Cit. por OJEDA AVILES, Antonio. «La doctrina del equilibrio interno del convenio». *REDT*, n.º 31, 1987, p. 348.

³⁹ HUECK, A. y H. C. NIPPERDEY. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963. p. 361.

⁴⁰ VAZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, p. 203.

Observamos, pues, gran diversidad de enfoques, de criterios y de soluciones, punto este que contribuye a la dificultad del estudio del tema, que se presenta a veces como un problema sin solución.

Límites para su aplicación

Camps Ruiz⁴¹ precisa que la regla de mayor favor se somete a tres tipos de límites: instrumentales (entre qué normas actúa), materiales (respecto de qué contenidos) y aplicativos (cuál es el método de comparación que debe utilizarse, o sea, cómo se determina la norma más favorable, que es la materia central del presente estudio). Respecto de los límites instrumentales (entre qué normas actúa la regla), no solo hay diversidad de posiciones doctrinales, sino que los cambios en la legislación modifican constantemente las reglas de juego a este respecto. Así:

- Existe consenso en que la regla se aplica al conflicto entre normas internacionales y nacionales, principio que la Constitución de la OIT plasma con nitidez en su artículo 19, párrafo 8.⁴²
- Parece haber tendencia a considerar que la regla es inválida respecto de ciertas fuentes, como la costumbre y los principios generales del derecho concretamente.⁴³ Sin embargo, Héctor Hugo Barbagelata y Óscar Ermida opinan de diverso modo. Dice el primero: «Su ubicación jerárquica debe establecerse teniendo bien presentes las reglas de la conservación y del sobrepujamiento, de forma que pueden ser en principio válidas, costumbres que imponen un régimen diferente al legal, con tal que sean más favorables para el trabajador».⁴⁴ Por su parte, el segundo afirma: «La costumbre será siempre aplicable en cuanto provea una solución más favorable al trabajador, pero no procederá su aplicación cuando resulte menos favorable que cualquiera otra de las fuentes»⁴⁵ (aunque anotando después que, en rigor, la costumbre prevalecería solo en sede de mantenimiento de la condición más beneficiosa o de derecho adquirido).
- Entre dos normas estatales, los españoles consideran que no cabe hoy en día conflicto y, por ende, tampoco la aplicación de la regla, todo ello de

⁴¹ CAMPS RUIZ, SALA FRANCO y otros, *op. cit.*, p. 218 y ss.

⁴² Transcrito en la nota 22.

⁴³ Véase CAMPS RUIZ, SALA FRANCO y otros, *op. cit.*, p. 218; ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE, *op. cit.*, p. 700.

⁴⁴ BARBAGELATA, Héctor Hugo. *Derecho del Trabajo*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1978, p. 99.

⁴⁵ ERMIDA, Óscar. «El derecho al descanso en los feriados pagos». *Revista de Derecho*, t. 75, n.º 1-12, Montevideo, 1975-1979, p. 189.

acuerdo con la perceptividad específica que dimana del Estatuto de los Trabajadores.⁴⁶ En la Argentina, por el contrario, Vazquez Vialard⁴⁷ señala: «Cuando el conflicto es entre una ley general y el régimen regulado por un estatuto especial, la aplicación de la primera solo es posible [...] en la medida que no contradiga: a) la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trata; y b) el específico régimen jurídico a que se halla sujeta la actividad».

- Finalmente, el conflicto entre norma estatal y norma paccionada es el «supuesto típico» para la aplicación de la regla, en opinión de De la Villa y de Camps Ruiz,⁴⁸ pero de imposible realidad en la Argentina, conforme a lo que leccionan Vázquez Vialard y Altamira Cigena.⁴⁹

En conclusión, no hay un criterio absoluto respecto de los límites instrumentales de la regla; la realidad de cada país los relativiza, más que la teoría, con el incontrastable peso de la legislación positiva concreta.

En cuanto a los límites materiales de aplicación de la regla, la cuestión se presenta más unánime:

- La regla no puede actuar cuando una norma superior es de derecho necesario absoluto, esto es, imperativa, de orden público; tampoco, frente a normas de contenido prohibitivo, infrecuentes pero no imposibles en el orden laboral.
- «La norma más favorable al trabajador tiene un límite —agregan Alonso Olea y Casas Bahamonde—⁵⁰ cuando entra en juego el principio general de irrenunciabilidad por el interés u orden público, al que por supuesto se halla sujeta; se repite de nuevo que aunque hipotéticamente o *prima facie* fueran más favorables para el trabajador, no son admisibles pactos o normas contra las de derecho necesario configuradoras de la «estructuras institucionales» del Derecho del Trabajo y de las generales del ordenamiento jurídico».⁵¹

⁴⁶ Véase CAMPS RUIZ y otros, *op. cit.*, p. 44. Dice De la Villa y otros (*op. cit.*, p. 22): «El principio [...] únicamente podrá actuar ahora en supuestos de concurrencia entre normas estatales y pactadas»; y Montoya Melgar (*op. cit.*, p. 217): «Hablar de colisión de normas laborales estatales entre sí tiene poco sentido dado el principio de jerarquía que preside la producción de fuentes estatales».

⁴⁷ VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, p. 464. Véase, también, ALTAMIRA GIGENA, R. E. *Ley de Contrato de Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1981, p. 119.

⁴⁸ DE LA VILLA y otros, *op. cit.*, p. 22; CAMPS RUIZ y otros, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁹ VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, p.455; ALTAMIRA GIGENA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁰ ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE, *op. cit.*, p. 700.

⁵¹ Montoya Melgar (*op. cit.*, p. 218) dice al respecto: «Naturalmente, los mínimos de derecho necesario» no pueden ser menoscabados, por muy beneficiosa que sea en otros aspectos la norma que ignore alguno de ellos».

- «El perjuicio a terceros es cláusula también limitativa» rematan los maestros españoles.⁵²

Finalmente, en cuanto a los límites aplicativos —vale decir, propiamente la determinación de la norma más favorable—, ello será visto más extensamente en el siguiente acápite, pues es la materia medular del presente estudio.

Determinación de la norma más favorable

Definidos los presupuestos del principio de favorabilidad, delimitados sus alcances, precisados con mayor o menor amplitud los casos a los que se aplica, resta el cómo determinar la norma más favorable. ¿Cuál es el «módulo de comparación que debe utilizarse en la confrontación de normas laborales»? ¿Cuáles los criterios para escoger, de entre dos normas posibles y aplicables, la más favorable al trabajador? Cuestiones que configuran lo que Camps Ruiz denomina su límite aplicativo.

Se abre aquí el capítulo más interesante, a la par que más arduo, del problema.

En puridad, se trata de encontrar no solo cuál es la norma mejor sino de definir qué es lo mejor, qué es lo más favorable, incluso qué se entiende por favorable. Y ello porque la realidad no presenta las cosas en términos de dramático contraste: no ofrece a la comparación lo notoriamente mejor frente a lo evidentemente inferior, sino que lo hace en forma matizada, difusa.

¿Deben compararse las normas en su conjunto? ¿Confrontación total, integral, global? ¿Deben compararse regímenes en vez de normas? ¿Institutos? ¿Preceptos? ¿Cláusulas? ¿Deben compararse por fracciones? ¿Aplicarlas solo *in totum*? ¿Acumulativamente?

Todas estas interrogantes, aparentemente caóticas, encierran parte de verdad, son parte de la respuesta o, acaso, la respuesta misma para algunos autores o desde ciertas perspectivas.

Como señalan de modo uniforme los autores,⁵³ dos son los grandes sistemas generales de solución y han sido denominados —con expresiones tomadas del italiano— «conglobamento» y «cúmulo».⁵⁴

El sistema de conglobamento implica optar exclusivamente por una norma o por otra en su totalidad, integralmente, como un conjunto, *in*

⁵² ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE, *op. cit.*, p. 700.

⁵³ Véase, por todos, PLA RODRÍGUEZ, *op. cit.* p. 104-108.

⁵⁴ El método del conglobamento ha sido denominado, también, «conglobamiento», «conglobación», «comparación global», «inescindibilidad absoluta», «valoración global»; y el del cúmulo, «acumulación», «comparación analítica», «escindibilidad», «atomización».

totum. Por el conglobamento —dice Mario Ghidini—⁵⁵ «se deben confrontar los dos tratamientos normativos en conjunto (no las cláusulas singulares, contrapuestas entre sí, ni menos los institutos singulares, contrapuestos entre sí), y [...] se debe dar la preferencia a aquella fuente, a aquel tratamiento, que valorado comprensivamente, con juicio conjuntivo, aparece como más favorable al trabajador; de modo de que se aplica la disciplina de una fuente en bloque, global, homogénea, excluyendo completamente la disciplina de la otra fuente considerada, todo sumado, como menos favorable».

Gonzalo Dieguez, por su parte, señala que «la norma más favorable refiere siempre a un conjunto normativo (convenio colectivo, por ejemplo) que se compara con otro y no a las individuales y homólogas disposiciones de «ambos»; la norma a aplicar no será, entonces, la más favorable respecto a cada concepto singular, sino la que así resulte de una apreciación conjunta de los conceptos comparables entre sí».⁵⁶ Pone Dieguez el acento en un aspecto que se revelará crucial, según veremos: los conceptos comparables entre sí. Habremos de volver sobre el tema.

Por el criterio del cúmulo, opuesto al primero:

[...] se comparan las cláusulas singulares de cada uno de los reglamentos [fuentes], y se extraen de cada reglamento las cláusulas más favorables al trabajador, adicionándolas entre sí; de ese modo resulta una disciplina compuesta ecléctica [sic] formada, por así decir, por la *fior fiore*⁵⁷ de las [singulares] disposiciones o cláusulas (según algunos, incluso, de las partes de cláusulas, es decir, de las varias proposiciones de que se compone la cláusula) más favorables al trabajador, escogidas de una y otra fuente.⁵⁸

La opción entre ambos sistemas, evidentemente incompatibles entre sí, obliga a examinar lo que cada uno de ellos significa, aplicado en sus términos absolutos, sea «detrayendo —como dice Perez Botija—,⁵⁹ preceptos de

⁵⁵ GHIDINI, Mario. *Diritto del lavoro. Corso di lezioni universitaria*. 5.ª ed. Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1973, p. 23.

⁵⁶ DIEGUEZ, Gonzalo. *Lecciones de derecho del trabajo*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, 1988, p. 158.

⁵⁷ Lo mejor de lo mejor, la *crème de la crème*.

⁵⁸ GHIDINI, *op. cit.*, p. 23. Con gran riqueza figurativa Antonio Vazquez Vialard (*op. cit.*, p. 204) define así al cúmulo: «A los fines de la aplicación de la normas «más conveniente», se toman las «partes» de cada una de las que están en juego que lo sean. Si se dan dos o más comprendidas dentro de diversos sistemas (ordenamientos legales), se «despedaza», «atomiza», el conjunto para construir una nueva con los «ingredientes» de ambas que tienen esa característica».

⁵⁹ Cit. por ALONSO GARCIA, Manuel. *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*. Barcelona: BOSH, 1958, p. 309.

unas y otras normas para entresacar de todas ellas las que se estimen más beneficiosas» (como la abeja escoge entre las flores, al decir de Barassi) «o si, por el contrario [...] considerando aplicable sólo y en su totalidad la norma más favorable al trabajador». Tan pronto se examinan estos dos sistemas en su real aplicación práctica, brotan severos reparos acerca de su viabilidad.

El conglobamento supone una comparación integral, lo que a su vez exige una total compatibilidad y homogeneidad entre las materias objeto del cotejo. Ello puede darse, por cierto, en algunos casos aislados, cuando, por ejemplo, las dos normas versan sobre una específica y concreta materia en particular: vacaciones, jornada de trabajo o algo parecido. Pero la adopción de este método como exclusivo supone su aplicación a todos los casos, no solo a aquellos que por excepción lo permiten. El método, para ser total, tendrá que ser universalmente válido y, con ello, excluyente de toda alternativa.

La técnica del conglobamento indiscriminado —apunta con precisión Ojeda Aviles—⁶⁰ ofrece dificultades importantes para llevarla a cabo, a pesar de la economía de normas que procura, pues, para defenderla en la práctica sería necesario hallar un sentido compacto de las normas que no existe habitualmente; antes bien, ostentan una heterogeneidad que repugna a la comparación de instituciones de diversa naturaleza: las técnicas consuntivas participan en Derecho de los mismos límites que en toda la ciencia, y si no podemos sumar o restar en sí mismos cigarrillos con bombillas, sino su equivalente monetario cuando procede, tampoco podemos simplificar el problema comparando veinte días de vacaciones con un transporte gratuito. Es cierto que la mayoría de condiciones de trabajo son reducibles en su totalidad o en determinados aspectos a una expresión numérica, pero aun así permanecen heterogéneas en el grado suficiente para impedir una subsunción adecuada propia de la concurrencia de normas.⁶¹

Camps Ruiz resalta, a su vez,

[...] la dificultad puramente mecánica que la utilización de la técnica del conglobamento supone. La comparación de normas, considerada globalmente en su conjunto, implica un juicio de valor sobre materias no homogéneas al exigir adoptar una decisión que encierra una opción entre condiciones laborales muy dispares. La contradicción de ello significa es insuperable en la medida en que no cabe comparar lo que no es comparable; el resultado será, en cualquier caso, arbitrario.⁶²

⁶⁰ OJEDA AVILES, *Derecho Sindical...*, p. 594.

⁶¹ Montoya Melgar (*op. cit.*, p. 217) dice que, «bajo la aparente sencillez y claridad del sistema legal de comparación global se planteaban difíciles cuestiones; mientras que las normas de contenido homogéneo admiten una fácil comparación de conjunto, las normas heterogéneas o disímiles no la permiten, haciendo más aconsejable una comparación por partes o grupos de materias, comparación que pese a su razonabilidad, chocaban con la letra y el espíritu de la ley».

⁶² CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 147.

Y De la Villa sistematiza las objeciones:

a) Las dificultades aplicativas, dada la posible heterogeneidad de contenido de las distintas normas para trabajadores concretos; b) la necesidad de confrontar no dos fuentes en bloque, ni sus cláusulas particulares, reguladoras de los mismos aspectos o puntos, sino los institutos fundamentales de los que se compone la disciplina de una y otra fuente; c) la posibilidad de que los contratantes hayan configurado un nexo estructural inescindible entre las proposiciones que concurren a la formación de una cláusula o viceversa deba ser tenida en cuenta y prevalecer [...].⁶³

Las dificultades de esta comparación —había ya señalado Alonso Olea—⁶⁴ pueden ser grandes, por la subjetividad de todo juicio en materia tan compleja y heterogénea como lo es el conjunto de condiciones que presiden la prestación del trabajo por cuenta ajena. Son éstas dificultades las que pueden llevar a decir que, por ejemplo, las condiciones de trabajo son «incomparables a excepción de las compensaciones salariales», precisamente porque los salarios son de comparación relativamente sencilla.

En efecto, la comparación «en bloque» de dos normas no puede hacerse colocándolas, como paquetes, en sendos platillos de una balanza imaginaria, pues eso no pasa de una figura retórica, totalmente inaplicable en la práctica. Las legislaciones no son cosas que se pueden medir, contar, pesar; son conjuntos inmensurables de disposiciones abstractas que solo pueden ser apreciados por vía subjetiva. No son, siquiera, inmutables ni en su contenido ni en sus efectos: además de variar intrínsecamente, sus consecuencias pueden modificarse, sin que la norma cambie, por el impacto de la cambiante realidad. Un beneficio acumulativo en el tiempo, por ejemplo, puede ser espléndido en épocas de estabilidad monetaria y quedar reducido a polvo en épocas de acelerada inflación.

La comparación «global», en países con código, estatuto o ley general, ¿sobre la base de qué tendría que hacerse?, ¿de todo el código, estatuto, etc?, ¿frente a qué norma?, ¿qué otra norma imaginable podría intentar asumir una tan vasta «globalidad»?⁶⁵

⁶³ *Ibidem*, p. 11. Véase, también, Cessari, cit. por CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁴ ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE, *op. cit.*, p. 699.

⁶⁵ Muy próxima al conglobamento, al punto de requerir una sutil diferenciación, es la doctrina del «equilibrio interno del convenio», que Ojeda Aviles desarrolla y sintetiza así: «[...] una original —en principio— reflexión sobre el carácter del convenio como un todo orgánico y equilibrado que no admite incrustaciones extrañas so pena de romper el delicado *quid pro quo* alcanzado y deseado en él por las partes firmantes. Constituyen las condiciones pactadas “un todo orgánico e indivisible”, dicen las sentencias; los convenios colectivos «integran un todo orgánico y habrán de ser interpretados en su conjunto, sin que proceda estimar aisladamente algún precepto de la legislación general que pudiera ser más beneficioso [...]. Debido a su carácter unitario —agrega el

Por su parte, el sistema atomístico o acumulativo presenta complejidades semejantes o mayores. Es cuestionable *prima facie* porque convierte al intérprete en legislador. La norma que aplica —que crea, en realidad— no existe en sí misma, no rige en parte alguna; es una entelequia que surge por accesión y que incorpora selectivamente las ventajas de una norma y otra, con meticulosa exclusión de sus desventajas. El equilibrio interno de cada norma se quiebra; la norma que surge *ex novo* constituye un auténtico privilegio.

La legislación tiene usualmente, en efecto, coherencia interna, una estructura, un juego de balances y contrapesos. Rara vez o nunca es una suma de positivos, sino que suele compensar provechos y requisitos, beneficios y deberes o condiciones. «La valoración de una cláusula singular, para decidir si es o no más favorable al trabajador, de acuerdo con la lógica jurídica, debe ser efectuada con criterios sistemáticos, esto es, no aislándola del conjunto del contrato, sino considerándola en el contexto de ese contrato del que forma parte y respecto del cual no goza de autonomía».⁶⁶

No se puede, por ello, desmembrar una parte sin desequilibrar el todo. Apreciamos entonces dos grandes objeciones: la proveniente de la destrucción de la armonía interna de las normas comparadas y la relativa al privilegio resultante de la norma construida con los «retazos» de las otras. Respecto de lo primero y con referencia concreta a los convenios colectivos, Ojeda Aviles, con apoyo en Aubert, señala variadas objeciones: «inseguridad jurídica, desequilibrio del sinalagma contractual, destrucción de la fiduciariedad entre las partes».⁶⁷

Respecto de lo segundo, el maestro español señala cómo algunos consideran «el criterio del cúmulo como un criterio de sabor demagógico, viéndolo en el conglobamento una salvaguarda de «la armonía, el equilibrio, y el

maestro sevillano— el convenio se considera como un cuerpo compacto u opaco que no deja filtrar la normativa externa, convertida en elemento residual para cuando no exista regulación pactada. Todavía se hace expresa reserva de que el convenio ha de ser más favorable en su conjunto para sustituir de tal modo a lo legalmente establecido; nos hallamos ante un cierre condicionado del campo, un bloqueo del ámbito siempre que el convenio contenga ventajas suficientes para compensar el carácter exclusivo» (OJEDA AVILES, *Derecho Sindical...*, pp. 334-335). Y para diferenciar los dos métodos o doctrinas; «el conglobamento es sólo un criterio de selección de lo más favorable en la comparación de normas y no pretende dejar a salvo ninguna cláusula ilícita al abrigo de la generalidad del convenio». En tanto que la doctrina del equilibrio interno «[...] va más allá, pues afirma que todas las cláusulas están interconectadas y forman parte de una transacción global, por lo que todas y cada una son necesarias si no quiere romperse el exquisito ajuste que les dio sentido; por ello, que cuando una de ellas resultara contra *legem* por establecer niveles inferiores a los legales o sencillamente menos favorables a los comparados, su íntima trabazón con el resto válido del convenio le prestará también validez» (OJEDA AVILES, *Derecho Sindical...*, p. 338).

⁶⁶ Ghidini, cit. por CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 151.

⁶⁷ OJEDA AVILES, *Derecho Sindical...*, p. 594.

coligamente orgánico entre las varias condiciones establecidas».⁶⁸ No puede negarse, en tal orden de ideas, que la persona que resulta regida por esta norma ad hoc y sui generis tiene una posición superior en todo a cualquier otro trabajador, regido ora por una norma ora por otra.

Problema adicional del cúmulo es que la norma más favorable no habrá de aplicarse a la totalidad de trabajadores sino solo a una parte o grupo de ellos. De allí resulta que si, por ejemplo, lo que se compulsa es si debe aplicarse a ese grupo la norma A o la norma B, el cúmulo aplicaría lo mejor de A más lo mejor de B; pero habrá otros trabajadores, u otro grupo, a los que se aplicará, única y exclusivamente, la norma A, y un tercer grupo al que se le aplicará solo la norma B. No hay razón lógica, ni menos base de equidad, para que al primero de los grupos nombrados se le estructure una norma ad hoc, pletórica de ventajas, que no serán extendidas en su globalidad a los otros dos grupos.⁶⁹

Es más, resulta difícil imaginar una situación que conduzca a este resultado, porque los trabajadores regidos por la norma A, como los regidos por la norma B, se darán maña para lograr su identificación con el grupo favorecido, de donde resultaría que las normas A y B, inicialmente claras en su ámbito personal de vigencia, caerían en abandono, suplantadas por una norma inexistente, fabricada *ex-profeso*, como un mosaico, con los fragmentos ventajosos de las otras dos, que sí tienen existencia real.

Conforme se profundiza en el análisis, ante técnicas o métodos tan nítidamente contradictorios, excluyentes entre sí, se comprueba que las que son virtudes del conglobamento son vicios para el cúmulo, y viceversa, sin que ninguno asuma una posición claramente hegemónica. A lo dicho debe agregarse la cuestión de quién y cuándo decide la aplicabilidad de la norma más favorable, lo que parecería recaer necesariamente en el juez.

Empero, si de aplicar la técnica de conglobamento se tratara, pudiera bastar, al parecer, la sola voluntad del trabajador: su discernimiento, su valoración y aun los efectos de la elección tendrían que ser el criterio único y certero para definir, en función de su inabdicable interés, cuál es la norma que realmente le favorece, aplicada en su conjunto. La labor del juez se reduciría solo a controlar la legalidad, esto es, a verificar si la norma, como tal, le es, en efecto, aplicable, coexista o no con otras que ya no sería necesario examinar o comparar.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ También el conglobamento puede conducir a situaciones semejantes cuando, por ejemplo, el interés individual de un trabajador resulte afectado por una solución que favorece al conjunto y a él le perjudica (v. g.: en la aplicación de un aumento porcentual, sea sobre el salario individual, sea sobre el promedio general).

Camps Ruiz llega a afirmar que «cualquier sistema de aplicación de la teoría que no deje en manos del trabajador, individualmente considerado, la determinación de la norma más favorable (pues él es el único que está en condiciones de valorar con alguna exactitud cuál sea ésta) deviene insatisfactorio».⁷⁰ No obstante, puede darse contraste entre el interés individual y el colectivo: librar el escogimiento al trabajador «supone abdicar de una de las virtudes fundamentales que creen reconocerse en la tesis del conglobamento, a saber, la mejor defensa de la seguridad jurídica y el tratamiento homogéneo para todos los trabajadores».⁷¹ El juez siempre podrá, entonces, considerar que la norma alegada por el trabajador, aun cuando fuera la más favorable a este, no lo es para el grupo o categoría y, consecuentemente, desaplicarla.

Como corrección a las «perversiones individualistas» y para evitar «la utilización insolidaria de la comparación de normas», Ojeda Aviles hace suya la tesis de Aliprantis, que es la de la legislación portuguesa: «Atribuir al sindicato más representativo del sector la selección de lo más favorable».⁷²

Si se tratara del cúmulo, evidentemente la voluntad del trabajador no puede contar, porque si contara, se haría del trabajador un legislador en provecho propio. El trabajador resultaría facultado para armar su propio y particular modelo normativo, igual que elige los pronósticos de la lotería deportiva o del «toto-calcio», solo que con el premio mayor de antemano asegurado. La técnica acumulativa exigiría, pues, un depurado criterio analítico de parte del juez, una gran capacidad de síntesis y, sobre todo, una dosis exagerada de equidad para no incurrir en excesos.

El cúmulo —aun en su definición gramatical— es un exceso interpretativo, la fuente de un privilegio que no solo nunca estuvo, sino que va más allá de la mente del legislador; porque, si este hubiera querido acumular ventajas en favor del trabajador, podría y debería haberlo hecho a través de una legislación coherente, integral, directa y clara, que así las consagrara.

Conglobamento y cúmulo se revelan, entonces, de muy difícil aplicación, porque conducen a consecuencias extremadas. El primero obliga a optar fatalmente entre una norma u otra, sin permitir ninguna mezcla, lo que puede servir bien en algunos casos, ser injusto en otros y de dificultosa apreciación en la mayoría, por la diversidad y heterogeneidad de las materias en cotejo. El segundo conduce, exactamente, a lo opuesto, lo que igualmente puede ser viable en unos casos, inaplicable en otros e injusto en la mayoría, si nos atenemos, además, al hecho incontrastable de que la relación laboral es bilateral y onerosa. Hasta este momento, en efecto, no hemos

⁷⁰ CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 52. Véase VAZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, p. 202.

⁷¹ CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 152.

⁷² OJEDA AVILES, *Derecho Sindical...*, p. 355.

parado mientes en examinar lo más favorable al trabajador, pero ello no puede llevar a posiciones tan exageradas que resulten inequitativas y gravosas en exceso para el empleador, ajeno a todo este proceso de selección normativa.⁷³ Una sola cosa es innegable respecto del cúmulo: la norma resultante —o sea, la aplicable a la larga— no existe de antemano; surge a raíz del proceso selectivo que deviene así en nomogenético.

Ante esta situación, la doctrina ha imaginado un método menos absoluto: la comparación parcial o por fracciones, conocida como de inescindibilidad de institutos o conglobamento orgánico,⁷⁴ «criterio intermedio [que] postula la confrontación, no ya entre las dos fuentes en bloque, ni tampoco entre las cláusulas singulares que inciden sobre los mismos puntos de una y otra fuente, sino entre los institutos fundamentales con lo cuales se integra la disciplina de una y otra fuente».⁷⁵ Se trata de una modalidad del conglobamento —dice Vazquez Vialard—,⁷⁶ «pero teniendo en cuenta, no la globalidad del régimen, sino la de cada institución. Por lo tanto, el «despedazamiento» no se produce como en el sistema de la acumulación, sino que el nuevo régimen se constituye por acumulación de institutos (no de disposiciones sueltas).

No se trata, entonces, ni de una comparación totalizadora ni de una atomización, sino de una comparación por institutos o por regímenes. No de aplicación «en bloque» sino «por bloques»; no despedazada sino por pedazos. Los autores advierten, en efecto, que las normas contienen conjuntos inescindibles de preceptos, sectores normativos balanceados, contrapesados, que regulan de modo integral una determinada institución, aquellos «conceptos

⁷³ Ojeda Aviles, con apoyo en Aliprantis, alerta contra el «uso individualista del principio de favorabilidad»; «la impertinente actitud de quienes reclaman pretensiones acogándose a otra forma precedente o concurrente más favorable, olvidándose egoístamente del delicado equilibrio de los convenios, porque se trata de la conocida actitud de espigar entre dos normas simultáneamente vigentes para tomar de cada una de ellas lo más favorable»; el «abuso de derecho», en suma, «que acompaña como riesgo al principio de favorabilidad desde su mismo nacimiento» (OJEDA AVILES, *Derecho Sindical...*, pp. 345, 350 y 355).

⁷⁴ Este método ha sido llamado, también, conglobación limitada, conexión interna, confrontación por institutos o insitucional, conglobamento homogéneo de institutos o bloques afines. Camps Ruiz hace un sutil distinguo entre el sistema descrito y el de comparación analítica que él propugna, y que define así: «No se sigue, en realidad, la aplicación fraccionada de los aspectos más favorables de cada una de ellas; por el contrario, se aplica exclusivamente una sola norma, la de inferior rango, pero naturalmente con las correcciones derivadas de la necesidad de su adecuación, por la jerarquía normativa y el principio de legalidad, a las normas de superior rango. No se trata, pues, de tomar lo bueno de cada norma y rechazar lo malo o menos favorable; de lo que se trata, simplemente, es de aplicar los preceptos legales y no aplicar, como es lógico, los preceptos ilegales» (CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 166).

⁷⁵ GHIDINI, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁶ VÁZQUEZ VIALARD, *op. cit.*, p. 206.

comparables» de que habla Dieguez.⁷⁷ Desmembrarlos para construir con sus despojos sería romper su armonía interna; unirlos con otros conjuntos para establecer un conjunto superior inescindible resultaría también excesivo. Ni la fisión, entonces, ni la fusión, si cualquiera de ellas forzara el contenido de manera exagerada, sea en pro o sea en contra del trabajador.

Este método de confrontación analítica o por institutos se asemeja más o, mejor dicho, deriva más directamente del conglobamiento que del cúmulo. La norma a aplicar lo será en su integridad, como un todo inescindible, pero solo respecto de un instituto o de cada instituto; no resultará compuesta de fragmentos favorables de una y otra norma, sino un conjunto orgánico o una serie de conjuntos orgánicos. No será, por tanto, fruto de una comparación *in totum* sino especializada, por instituto o entidad inseparable, de donde pueden, sí, resultar aplicables varias normas —no varias partes de varias normas—, según regulen de modo más ventajoso, en cada caso, los respectivos institutos.

«El conglobamiento orgánico o por instituciones —explica Adrián Goldin—⁷⁸ nace como una de las respuestas morigeradoras de las vertientes extremas concebidas para definir la unidad de comparación: la teoría del conjunto o «conglobamiento» a secas; la teoría de la acumulación o «atomista»». En aquellas respuestas se reconocen preocupaciones comunes: apartarse de la unidad de comparación excesivamente amplia, pero cuidarse al propio tiempo de escindir lo inescindible; evitar la disociación de «las diversas partes de las condiciones de trabajo que están relacionadas íntimamente, aún cuando se hallen separadas exteriormente»; no separar las diversas «disposiciones [que] se equilibran y se justifican las unas por las otras»; no desintegrar el conjunto compuesto «por las normas referidas al mismo tema que no pueden disociarse sin mengua de su armonía interior».

El propio Goldin, al remontarse al origen de este método, dice que «se conforma como producto o vector de la tensión armónica entre fuerzas —valores o disvalores— dirigidas hacia y desde las tesis extremas, incorporando lo valioso que tiene cada una de ellas sólo en la medida que le permite simultáneamente desprenderse de sus efectos negativos».⁷⁹ A pesar de sus ventajas, sin embargo, la comparación «por institutos» no deja de presentar dificultades, la primera de las cuales es precisar qué comprende o qué se entiende por un instituto, «la unidad mínima inescindible de confrontación»,⁸⁰ materia cuya amplitud mayor o menor resulta determinante para la comparación.

⁷⁷ DIEGUEZ, *op. cit.*, p. 158.

⁷⁸ GOLDIN, *op. cit.* pp. 8-9.

⁷⁹ GOLDIN, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p.166.

Una de las vertientes más complejas de aplicación del criterio [...] de norma más favorable [...] es la que se refiere a la determinación y deslinde de la unidad concreta de comparación para definir el texto normativo más favorable [...]. En efecto, ¿qué es una institución?, ¿cuáles son [...] cada una de las instituciones del derecho del trabajo? Estas interrogantes demandan una respuesta y ella no reside en encomendar al intérprete la tarea vana e infructuosa de dibujar un rígido molde conceptual para la idea de institución del Derecho del Trabajo. Molde que por haber sido artificialmente diseñado llevará a que cada vez que se reconozca o deniegue a cierto instituto, o conjunto normativo, o cláusula, o conjunto de ellas, la condición de institución del Derecho del Trabajo, se esté incurriendo inevitablemente en correlativas peticiones de principio, una veces más afortunadas, otras menos.⁸¹

Nadie duda, por ejemplo, que el salario es uno de los institutos fundamentales del derecho laboral, acaso el más claro e importante, pero ¿qué se entiende por salario? A efectos de comparación, ¿debemos adoptar la definición más estricta y limitada (el salario como contraprestación del trabajo efectivo) o la más amplia y comprensiva (salario como todo aquello a que tiene derecho el trabajador como consecuencia, no del trabajo, sino de la relación de trabajo)?⁸²

Las dificultades de este método fueron no solo advertidas sino, en cierto modo, agudizadas por la doctrina, que se abocó a dilucidar si la inescindibilidad debía apreciarse en el ámbito de los institutos o de los preceptos o de las cláusulas, dificultad acentuada por problemas semánticos: el contenido exacto del vocablo «cláusula» y su mayor o menor amplitud, por ejemplo. De allí que se hable de «inescindibilidad de institutos» y «de cláusulas».⁸³

Ghidini propone que «debe entenderse como “instituto” el conjunto de disposiciones y cláusulas unificadas *ratione materiae*, esto es concerniente a atribuciones patrimoniales de la misma naturaleza o, mejor aún, correspondientes a la misma función».⁸⁴ Goldin postula una fórmula algo más sofisticada:

⁸¹ GOLDIN, *op. cit.*, p. 8.

⁸² Camps Ruiz y otros (*op. cit.*, p. 48) hacen una larga enumeración de los «preceptos imperativos» contenidos en el Título I del Estatuto de los Trabajadores español, cada uno de los cuales, al parecer, obligaría a una confrontación analítica. La diversidad y amplitud de los temas enumerados da idea, por sí sola, de la complejidad de la cuestión.

⁸³ Camps Ruiz y otros (*op. cit.*, p. 155) define cláusula como «precepto negocial inescindible». Para algunos autores, la inescindibilidad de los institutos y la de las cláusulas constituyen dos métodos diferente. Véanse PLA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 59; y CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 12. Para otros, se trata de dos modalidades de un solo método. Para Cessari (cit. por CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p.158), las dos son especies del género «cúmulo». Camps Ruiz (*op. cit.*, p. 159) considera la «confrontación analítica» como un método distinto de los anteriores.

⁸⁴ GHIDINI, *op. cit.*, p. 24.

La búsqueda del conjunto conceptual menor, pues sólo de ese modo se realiza la idea de la protección máxima posible (tensión hacia la teoría de la acumulación), cuidando sin embargo que ese conjunto tenga la amplitud necesaria que evite escindir lo inescindible, que no lesione su economía interior, que no separe lo que no debe separarse pues constituye lo uno justificación y equilibrio de lo otro (tensión hacia el conglobamiento). O, dicho en otras palabras, la búsqueda del conjunto no tan amplio que haga suya la rigidez del conglobamiento total, no tan reducido que incorpore la negativa condición atomista de la tesis de la acumulación.⁸⁵

Búsqueda, en suma, del «conjunto conceptual u orgánico mínimo inescindible» en función de las siguientes variables: «a) determinación en la ley de un conjunto normativo conceptual u orgánico; b) que sin sacrificar ese carácter tenga tan estrecha dimensión como fuere posible; y c) que esa dimensión permita de todos modos rescatar en plenitud su armonía interior».⁸⁶

La aplicación concreta: diversidad de soluciones

Al margen de la opción teórica por un método u otro, los problemas subsisten cuando los trasladamos del terreno de las ideas al terreno de lo concreto, al reaparecer las soluciones múltiples. Así, por ejemplo, para la confrontación entre la norma estatal y la norma convencional, encontramos distintos géneros de respuesta.

Para parte de la doctrina,⁸⁷ «en el caso del convenio colectivo que va más allá de la complementación o franca suplementación del ordenamiento legal, las alteraciones que introduzca serán válidas si la resultante es, en cotejo efectuado respecto de cada institución, más favorable, aun cuando algún aspecto de ese nuevo “producto institucional” sea dentro una percepción aislada menos beneficioso», doctrina denominada del equilibrio interno del convenio.

Goldin diferencia el conglobamiento por instituciones según se trate de contrato colectivo frente a ley o de dos leyes entre sí. En este segundo caso,

[...] la comparación entre institutos regulados en dos leyes entraña una opción en la cual dentro del marco de la institución considerada, se preserva la «pureza» de cada texto; se aplica el uno o el otro, sin admitir la intromisión de normas, preceptos o condiciones del restante. En cambio, el convenio colectivo actúa respecto de la ley de otro modo y por lo tanto el cotejo muestra términos también distintos; la

⁸⁵ GOLDIN, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 10. «El integrado por las normas referentes al mismo tema, que no puede disociarse sin mengua de su armonía interior», aunque sin «llevarse la preocupación por la armonía más allá de ese ámbito», dice PLA RODRÍGUEZ, *op. cit.* p. 60.

⁸⁷ OJEDA AVILES, *Derecho Sindical...*

comparación se verifica entre el texto legal en su concepción original y la regulación concebida para el mismo instituto por el convenio colectivo, que bien puede reconocer como estructura o base normativa la del propio texto legal de referencia, modalizado con alteraciones de diverso significado y entidad. En otras palabras, parte del nuevo instituto puede estar en la propia ley respecto de la cual se le compara.⁸⁸

La solución italiana es otra: «Entre la ley y el contrato colectivo [...] la confrontación opera con referencia a las cláusulas singulares y según la técnica de la nulidad y la sustitución automática. El juez declara nula la cláusula colectiva deforme *in peius* respecto a la previsión legal y la considera sustituida de pleno derecho por esta última».⁸⁹ (Este sistema equivale al del cúmulo y no al conglobamento institucional, según hace notar Justo López.)⁹⁰

En síntesis, tres soluciones asaz dispares para un solo caso: virtual conglobamento, la primera; confrontación analítica, la segunda; y, acumulación, la última. Estamos nuevamente en el principio.

A modo de conclusión

A esta altura del estudio, algo queda de manifiesto: no pareciera haber un método perfecto, un modo único de determinar la norma más favorable con validez y aplicación universales. Una segunda constatación es que los autores oscilan, en la teoría y aun en la exégesis legal, acerca de cuál sistema corresponde aplicar a casos concretos. La regla, además, resulta directamente influida y condicionada por el derecho positivo, acaso más que otras instituciones del derecho laboral, según aquél consagre o no la existencia de normas de derecho necesario, el carácter mínimo, la inderogabilidad, la indisponibilidad de los derechos, etcétera, o si regule o no, de modo directo, la regla y su aplicación.

¿A qué conclusión llegar, entonces? Las conclusiones parecieran ser, precisamente, las que nos planteamos en todo dubitativo líneas arriba:

⁸⁸ GOLDIN, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁹ Carinci y otros hacen notar, sin embargo, que «según una doctrina minoritaria la valoración institucional que la autonomía sindical debería comportar la estructural derogabilidad (incluso *in peius*) por parte del contrato colectivo de la disciplina legal en materia de trabajo, al menos de aquélla no dirigida a la salvaguarda de las exigencias primordiales de dignidad, libertad y seguridad de la persona humana» (CARINCI y otros, *op. cit.*, p. 241).

⁹⁰ LOPEZ, Justo, Norberto CENTENO y J. C. FERNÁNDEZ MADRID. *Ley de contrato comentada*. 2.^a ed. Buenos Aires: Contabilidad Monderna, 1987, tomo I, p. 103.

Primera. No parece haber un sistema universalmente válido para resolver el problema de la determinación de la norma más favorable. Todos los sistemas estudiados —conglobamento, cúmulo, conglobamento orgánico, etcétera— pueden tener validez en ciertos casos y perderla en otros.

Segunda. No existe, tampoco, uniformidad en el tratamiento legislativo. Las legislaciones difieren, tanto en la forma de determinar la norma más favorable cuanto, inclusive, en la admisión de hipótesis de conflicto a las que la regla deba aplicarse. Así, por ejemplo, las legislaciones argentina y española parecieran ser nítidamente opuestas en lo que se refiere a la posibilidad de conflicto entre dos leyes, por una lado, y de una ley y un convenio colectivo, por otro.

La legislación de cada país resulta, así, determinante, tanto para admitir como para desechar situaciones de conflicto, e igualmente para señalar el método de solución aplicable a estas. He allí, justamente, la explicación y el origen de la diversidad de casos y soluciones.

Tercera. Para la determinación de la norma más favorable, los métodos extremos —conglobamento y cúmulo— parecerían aportar más inconvenientes que ventajas, por lo que ninguno parece admisible como «sistema único». El método ecléctico atempera los excesos de los otros métodos, pero no es, tampoco, infalible ni universal, sobre todo por la dificultad de precisar su campo de aplicación, vale decir, deslindar los «institutos» a comparar.

Cuarta. La determinación de la norma más favorable debe hacerse casuísticamente y estar basada en la flexibilidad y en la equidad: flexibilidad para poder adoptar, en cada caso, el método más adecuado, lo que implica la posibilidad de que existan y coexistan varios; y equidad, para que la solución a la que se llegue por vía de su aplicación no resulte reñida con los derechos inalienables de los trabajadores, ni agravie los igualmente legítimos intereses de los empleadores.