

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



DE LA NEGOCIACION COLECTIVA*

Dr. Mozart Víctor Russomano

I

NOCIONES PRELIMINARES

1. Origen histórico. No hay una línea uniforme en el desenvolvimiento histórico de las convenciones colectivas de trabajo.

Europa fue la cuna de esas convenciones y los motivos determinantes de ese hecho son evidentes, pues resultan de la industrialización de los países europeos occidentales, de la explotación técnica y de las campañas proletarias, propiciadas por las grandes concentraciones de trabajadores y por los lazos de confianza solidaria que entre ellos, rápidamente se establecieron.

Al principio —como casi siempre sucede, en el gran ajedrez de las cuestiones sociales— la posición del Estado fue de reserva y, hasta asimismo, de oposición a la posibilidad de empresarios y trabajadores, directamente o por intermedio de las entidades sindicales, celebrarán "convenios normativos", o sea, actos jurídicos que tenían carácter contractual, pero que, en lugar de crear, como todos los contratos conocidos en la época, obligaciones recíprocas para las partes contratantes, formulaban "reglas de conducta" que debían ser respetadas en la práctica de otros actos jurídicos; los contratos individuales de trabajo.

Se dijo, cierta vez, que, políticamente, era comprensible que el Estado viese con reservas e inclusive no admitiese la elaboración de ese "Derecho no estatal", paralelo y complementario a las normas dictadas por el Poder Legislativo.

Pero, aquí, nuevamente, los hechos fueron más fuertes que los prejuicios. No obstante si negase la legitimidad y, por tanto, la eficacia jurídica de tales convenios, nadie podía contestar que los mismos tenían ventajas prácticas ostensibles. Era un nuevo instrumento de conciliación entre las partes, útil a la paz social. En las horas agudas de crisis o conflicto, el convenio directo entre los litigantes funcionaba como paliativo y, a veces, como factor decisivo de solución del conflicto.

El empleador, por su parte, prefería negociar con sus trabajadores a sufrir los efectos rudos de las huelgas y de las amplias campañas sindicales junto al gobierno, a las Cámaras Legislativas y a la comunidad. Muchas veces, tales campañas fueron sustentadas por los políticos y por los administradores, inclusive, por motivos puramente partidarios o electorales, resultando por eso en ventajas concedidas sin que los empresarios tuvie-

* Traducido del portugués al español por la licenciada Marcelina Zeledón Castillo.

sen la oportunidad de ser oídos con la necesaria atención.

Pero, sobre todo, los trabajadores fueron los grandes triunfadores, en el uso de las convenciones colectivas. Ellos hablaban a través de sus sindicatos y los empleadores, cuando negociaban, en pie de igualdad, las cláusulas de un convenio anterior, estaban, en realidad, "admitiendo la legitimidad del sindicato y de la representación sindical".

En síntesis, pues, por lo menos, triples fueron, desde su inicio, las ventajas ofrecidas por las convenciones colectivas: a) Para el Estado, instrumento de paz social; b) Para el empleador, medio de negociación pacífica, sin campañas políticas y sin riesgo del brote de huelgas; c) Para el trabajador, la conquista de derechos sin los sufrimientos inherentes a las luchas de clases, con el reconocimiento, por el empleador, de la legitimidad de la actuación del sindicato y de su representación.

Queremos creer sean esos, entre otros, los factores principales que llevarán a la consagración "consuetudinaria" de las convenciones colectivas, a la sombra o al lado de la indiferencia y, asimismo, de las prohibiciones del Estado.¹

Cuando se analiza, a pinceladas largas, el cuadro de esa realidad, no es difícil observar que para traspasar la barrera de la oposición oficial, en materia de convenciones colectivas, era indispensable que existiese una infraestructura sindical operando suficientemente fuerte, para actuar junto a los operarios, a fin de que estos aceptasen la negociación y, a través de ella, las cláusulas convencionales.

Fue exactamente por eso que las convenciones colectivas nacieron y alcanzaron el apogeo en las naciones industrializadas, o sea, en la Europa Occidental y en los Estados Unidos de América del Norte.

Al contrario, en la América Latina, en Asia y en África —continentes, históricamente, de economía agraria y subdesarrollada— el sistema de negociación colectiva no tuvo importancia, a no ser a partir del momento en que comenzó su industrialización.

El primer punto que subrayamos, por tanto, es "la estrecha vinculación existente entre el desenvolvimiento económico nacional y el sistema de convenciones colectivas" y, aquí, toma la expresión "desenvolvimiento económico nacional" en

sentido estricto, que tiene como presupuesto imperativo la "industrialización" del país. Sin que ocurra ese fenómeno, no existirá en ninguna nación, multitud trabajadora sindicalmente organizada y resistente, capaz de participar, con éxito, de la negociación directa con los empresarios.

El desenvolvimiento económico en sentido globalista tiene punto alto en el desenvolvimiento industrial de los Estados. Ese desenvolvimiento industrial favorece el desenvolvimiento del sindicalismo. El sindicalismo auténtico, fuerte, activo, consciente de su vigor y de sus posibilidades, y la piedra angular de la negociación colectiva. La consecuencia directa e inevitable, cuando se instala en cualquier nación un sindicalismo con tales características, es el progresivo abandono de las reivindicaciones junto al Estado y la formación de un amplio sistema de convenciones colectivas, adoptadas por las propias partes interesadas.

La segunda consecuencia, derivada de la primera, es que la negociación colectiva, además de ser característica de las sociedades industrializadas, constituyó, también, "trazo marcador en la economía de las naciones democráticas".

La explicación de esa afirmación no nos parece difícil.

No existe vinculación obvia, es cierto, entre el régimen político y el sistema de negociación colectiva de trabajo. Pero, bajo las grandes líneas del proceso político nacional, aquella vinculación existe y perdura siempre, pues apenas a través del sindicalismo libre se puede admitir el éxito del régimen de convenciones.

En las naciones totalitarias, en que el sindicato es absorbido por el Estado o queda bajo control del partido dominante, se transforma, necesariamente, en instrumento de los designios gubernamentales. No conviene por eso, en ese sistema político, que el sindicato actúe con libertad, inclusive en lo que dice respecto a la negociación colectiva. Las normas laborales en vigor son, en esos casos, acentuadamente estatales. El gobierno no tiene el menor interés en estimular la contratación colectiva, porque eso da autonomía al sindicato y el sindicato libre es un órgano incómodo a todas las dictaduras.

El sindicato oprimido, controlado, dirigido o modelado según las programaciones, los deseos y

(1) Paul Bureau, escribiendo al comienzo del siglo, vio en las convenciones colectivas la solución recomendable para que se enfrentase a la desorganización interna de las empresas y a la miseria de los trabajadores. ("El Contrato Colectivo de Trabajo", págs. 239 y sigs., trad. española, s. 904, Madrid).

las ambiciones del gobierno o del partido no tiene la posibilidad de desarrollar programas eficientes de negociación colectiva. Le falta el alma, que nace del derecho de reivindicación y del poder de cambiar, sin los cuales la negociación colectiva es infructuosa.

Se puede admitir que, en regímenes dictatoriales capitalistas, el Estado tenga interés en estimular la contratación colectiva, usando, en esos casos, el sindicato como arma contra la estructura empresarial, para presionar esa estructura en provecho de sus proyectos administrativos o para tornarse simpático a las masas trabajadoras, canalizándolas por el cauce de su doctrina.

Pero, en los regímenes socialistas, la idea de negociación colectiva va a resumirse —por la supresión total o relativa de la industria privada— a los entendimientos entre el sindicato, en nombre de la clase trabajadora, y el Poder Público, como órgano supremo del control económico del país.

Será, siempre, difícil conciliarse la idea de Estado totalitario con el sindicalismo auténtico y libre. Sin sindicalismo libre y auténtico serán siempre fallas, inexpresivas o imposibles las tentativas de negociación sindical con los empleadores.

Atribuimos, por eso, gran importancia al "desenvolvimiento económico" y al "régimen político" de una nación, como factores de estímulo o retracción de las negociaciones colectivas de trabajo.

Explícase, así, a nuestro entender, combinando con estos dos factores, el motivo por el cual las convenciones colectivas de trabajo, durante muchos años, no tuvieron, en la América Latina, significado digno de notar.

Las naciones latinoamericanas (cuando Europa hacía la Revolución Industrial y los Estados Unidos se ajustaban en el gran movimiento de renovación de las técnicas de producción) permanecían reprimidas en su prolongado destino histórico de países esencialmente agrarios.

El problema de la negociación colectiva solamente comenzó a ganar dimensiones en el instante en que la América Latina arrancó en el sentido de la industrialización. Y ésa es nuestra época.

El subdesarrollo económico de la mayoría de los pueblos continentales es la explicación lógica y principal del motivo porque las convenciones

colectivas apenas en nuestros días adquirieran cierta relevancia. No es por mera coincidencia que el florecimiento de aquella institución jurídica se verificó, sobre todo, en México, Venezuela, Argentina y Perú, países en que la industrialización o el clima político local favoreciera su uso práctico.

En Brasil, por ejemplo, que es, hoy, una nación prácticamente industrializada, no obstante, el fenómeno no es el mismo: las convenciones colectivas, entre nosotros, no tienen mayor significado.

Eso puede parecer contestación a las observaciones anteriores, que vinculan al desenvolvimiento económico o uso fecundo de la convención colectiva.

Pero, aquí, interfieren "razones políticas", a las cuales hacemos referencia expresa.

El sindicalismo brasileiro estructuróse durante el "Estado Nuevo",² que fue tentativa frustrada de un Estado Nacional Corporativo. Aunque la legislación contemplase el instituto de la convención colectiva, e inclusive, disciplinase el asunto meticulosamente, el sistema político dominante no proporcionaba la libertad de actuación del sindicato.

Así, en la época, no existían condiciones económicas y políticas que estimulasen la negociación sindical.

Redemocratizado el país, muchos años después se entró en la fase de próspero desenvolvimiento, pero, en verdad, la estructura sindical no fue sensiblemente alterada. El desenvolvimiento económico aún no tuvo la resultante histórica (que ha de venir) del fortalecimiento sindical.

Súmase a eso la competencia normativa de la justicia del trabajo y, en el cuadro económico del país, el esfuerzo gubernamental en el sentido de mantener las reivindicaciones de los trabajadores en niveles de compatibilidad con la lucha antiinflacionaria. No será difícil percibir que, en Brasil, por sus condiciones peculiares, aún hoy, más importante que la convención colectiva, es la Ley del Estado, pues ésta, como norma de protección al trabajo, a un solo tiempo, suple la insuficiencia del sindicalismo brasileiro y mantiene las reivindicaciones laborales en el límite de las posibilidades nacionales.

(2) Régimen político que se extendió del 10 de noviembre de 1937 al 29 de octubre de 1945, usando, como rótulo, la expresión que sirvió de título a la famosa obra de Rathenau.

Todo lo expuesto nos permite volver a las palabras iniciales y, es bueno, que repitamos algo dicho y escrito en otra oportunidad.

Las naciones industrializadas (Europa Occidental y Estados Unidos), que vivieron, intensamente, las metamorfosis irreversibles de la industria manufacturera y de la tecnología, las convenciones colectivas de trabajo constituyeron una reivindicación laboral, la que, después de grandes vacilaciones, adhirieron los empresarios. Esa elaboración normativa por vía convencional sufrió el impacto de la oposición del Estado. Pero, a pesar de todo, sus notorias ventajas hicieron que, yendo allá de esa barrera oficial, las convenciones continuasen siendo celebradas. Se creó la costumbre. Y todo eso, sumado al creciente poderío sindical y a la presencia de los grupos de trabajadores en las decisiones políticas nacionales, compelieron al legislador a reconocer la legitimidad de la convención colectiva.

Las convenciones colectivas, en aquellos países, por tanto, fueron fruto de la práctica costumbrista y prueba de eso está en el régimen aún hoy vigente en Inglaterra, donde las convenciones tienen eficacia; no por fuerza de normas coercitivas que las reconozcan, ni por estar insertas en el sistema del "Common Law", pero, apenas, porque constituyen una especie de "gentlemen agreement". Y a pesar de no poseer fuerza obligatoria, tales convenciones son fielmente cumplidas en la práctica de la vida sindical.

En las naciones de América Latina, por ejemplo, el fenómeno fue a la inversa.

No fueron los grupos sindicales que presionaron, sucesivamente, empleadores y gobierno para aceptar la legitimidad de la negociación. Los legisladores, percibiendo la utilidad social y jurídica del nuevo instituto, a través, sobre todo, de la experiencia europea y norteamericana, trataron de adoptarlo, en sus leyes y en sus códigos, colocando, en esa forma, al alcance de los trabajadores, aquel poderoso instrumento de reivindicación.

Si en una gran mayoría los sindicatos latinoamericanos no usaron, durante mucho tiempo, ese instrumento, fue porque les faltaba fuerza para manejarlo, esto es, la fuerza que emana de un "back ground" sindical suficientemente fuerte

para sustentar los líderes que, de pie sobre el terreno desafían el poder patronal.

En las naciones industrializadas, en síntesis, las convenciones colectivas nacieron de la práctica popular y llegaron a la ley, a través de la costumbre. Vinieron de los hechos para los códigos. En otras palabras: "de abajo para arriba".

En las naciones subdesarrolladas, inversamente, las convenciones fueron consagradas por el legislador. Ofrecidas por la ley a los sindicatos. El instituto, así, vio dos códigos para los hechos. O sea "de arriba para abajo".

Por eso, las convenciones colectivas (que en unas y otras tienen la misma naturaleza jurídica y, en principio, deberían de tener la misma eficacia) cuentan, en las naciones industrializadas, con la marca de la autenticidad histórica. En las naciones subdesarrolladas son, apenas, un esfuerzo legislativo más de protección al trabajo.³

Creemos, aún hoy, que esa diversidad de origen histórico es el motivo principal del no uso o del pequeño uso de las convenciones colectivas en las naciones subdesarrolladas. Apenas acentuamos, nuevamente, que, como la Historia no es hecha de acasos, no obstante tenía imprevistos, todo eso resulta de la diversificación del desenvolvimiento económico e, inclusive, político, de las naciones modernas.

La Historia, que es dinámica por naturaleza, aunque hable la voz del pasado, rige la realidad del presente o el amanecer del futuro.

2. Concepto. Son muy sensibles las diferencias existentes, en las variadas leyes, sobre la definición de las convenciones colectivas. Como veremos, inclusive, su propia "naturaleza jurídica" depende, en parte, del sistema de Derecho Positivo de cada país.

Abandonando las particularidades que puedan ser apuntadas, a la luz de la ley local, sobre esa extraña figura jurídica (aún hoy motivo de debates y perplejidades) nos parece razonable decir que "la convención colectiva de trabajo es el convenio entre el sindicato de los trabajadores y el sindicato patronal correspondiente o empresas individualmente consideradas, teniendo por objeto principal la estipulación de normas a ser respetadas a través

(3) En el libro editado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Uruguay en memoria de "Francisco de Ferrari", se encuentran varios ensayos que suministran informaciones sobre los sistemas de convenciones colectivas de diversos países modernos. (Estudios sobre la Negociación Colectiva, págs. 235 y sigs. Montevideo).

de los contratos individuales de trabajo y por objeto secundario la creación de derechos y obligaciones asumidos por los propios contratantes.⁴

Parte ese concepto del entendimiento de que la convención colectiva, como el nombre indica, tiene forma de contrato o convenio, como ajuste de dos o más voluntades, dirigidas a determinado objeto jurídico.

Mas, al mismo tiempo, evidencia cuáles son los participantes del convenio, denominados "contratantes".

Luego salta a la vista la regla general de que la convención colectiva es un "acuerdo inter-sindical", o sea, resulta de la negociación establecida entre dos o más de dos sindicatos, representativos de trabajadores y empresarios.

Pero, a esa regla general se opone la excepción, que no llega a ser rara: Como el sindicalismo laboral es más intenso que el sindicalismo patronal, se torna común en la práctica, que la categoría económica no esté organizada en sindicato.

Cuando eso ocurre, la negociación y el convenio pueden ser establecidos entre el sindicato laboral (o, en su ausencia, la correspondiente entidad sindical de grado superior) y grupos de empleadores, o, hasta lo mismo, de un empleador aislado.

La figura de los contratantes, como se ve, es variable, todo dependiendo de la orientación adoptada por el legislador. En ese sentido, a título de ejemplo, recordamos que, en Brasil, la Constitución de 1937 definía como privilegio exclusivo de los sindicatos (de los trabajadores o patronales) la celebración de convenciones colectivas;⁵ en tanto que, hoy, al contrario, el convenio puede tener carácter inter-sindical o ser celebrado entre

el sindicato de los trabajadores o grupos de trabajadores y el empleador o grupos de empleadores.⁶

Lo mismo ocurre, de otro modo, cuando los "efectos" resultantes de la convención: las reglas de conducta formuladas por los contratantes pueden aplicarse, apenas, a los asociados del sindicato; pueden aplicarse a esos asociados, con la posibilidad de ser extendidas, por proceso especial, a la totalidad de los integrantes de la categoría; pueden, automáticamente, comprender toda la categoría.⁷

Para que la ejemplificación esclarezca, con nitidez, como oscila el Derecho a propósito de ese tema, podemos tomar las leyes italianas y brasileñas y colocarlas en confrontación, dentro de su desenvolvimiento histórico.

En la Italia fascista —como acentuó Aldo Aranguren, en las exposiciones hechas en el seminario de preparación de dirigentes sindicales y empresariales promovido por la Universidad de Florencia— los llamados "contratos colectivos corporativos" comprendían la totalidad de la categoría y, no, apenas, los asociados del sindicato contratante.

Mas, el efecto "erga omnes" de la convención colectiva fue delineado el ordenamiento jurídico italiano, por la legislación en vigor, que le atribuye efectos limitados a los integrantes del sindicato.

Esa alteración, por señal, hecha cuando estaban y continuaran en vigor los "contratos colectivos, corporativos crearon serios problemas de Derecho Intertemporal, que la doctrina italiana se encargó de resolver.⁸

En Brasil, al contrario, el sistema de la Constitución de 1937 —aunque se copia, aquí y ahí, el

(4) Según la recomendación aprobada en la 34a. Sesión de la Conferencia de la O.I.T. de 1951, convención colectiva es "todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo acordadas entre, de una parte, un empleador y un grupo de empleadores o una o muchas organizaciones representativas de trabajadores, o en la ausencia de tales organizaciones, los representantes de los trabajadores interesados, debidamente electos y encargados por estos últimos de conformidad con la ley nacional". Ese concepto es más explícito que el formulado en el texto, en el sentido de que abarca la posibilidad de negociación colectiva entre grupos de trabajadores que no están organizados en sindicatos. Véase, sobre el tema, el ensayo de Manuel Alonso Olea, *El Concepto de Convenio Colectivo, en Estudios sobre la Negociación Colectiva*", ya citado, págs. 3 y sigs.

(5) Art. 138.

(6) Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967; "Consolidación de las leyes del Trabajo", art. 611. La negociación directa de grupos de empleados está en el art. 617, también de la Consolidación, cuando el convenio abarca una parcela de la categoría y hubiere omisión sindical. No incluimos esa posibilidad en nuestra definición, aunque esté prevista en la Recomendación de la O.I.T., pues la consideramos, en términos de negociación colectiva, una situación teratológica.

(7) La extensión de una convención aplicable a los asociados del sindicato a la totalidad de la categoría fue expuesta en la Descripción general del 3er. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, realizado en Italia, de creación de Valente Simi ("*L'Efficacia Soggettiva del Contratto Collettivo*", págs. 41 y sigs., 1968, Milán).

(8) Aldo Aranguren, "*Problemi di Diritto del Lavoro*", pág. 77, s/data, Varese.

modelo fascista— establecía que las convenciones colectivas tendrían efecto, apenas, en relación a los asociados del sindicato. La extensión de esos efectos a la generalidad de los miembros de la categoría quedaba en dependencia de procedimiento especial. Bajo la protección de aquella norma constitucional; 1943, fue elaborada la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

Pero, el advenimiento del Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967, que derogó la Consolidación en materia colectiva, desvió la figura de la "extensión de las convenciones", haciendo que las cláusulas convenidas comprendieran las categorías representadas por los sindicatos contratantes.⁹

La definición articulada da, también, idea segura sobre el "contenido" de la convención colectiva, que constituirá párrafo especial de este estudio.

No se llega, de momento, a la clasificación de las cláusulas que integran la convención y que tienen naturalezas distintas. Pero, queda acentuado, desde luego, que el "objeto principal" de la convención colectiva es la estipulación de "normas abstractas", verdaderas reglas de conducta, que deberán ser obedecidas, tanto en cuanto a las leyes, en el momento en que trabajadores y empresarios celebraren, a su vez, contratos individuales y los pusieren en ejecución.

Al lado de esas cláusulas creadoras de normas (por eso, llamadas "cláusulas normativas") aparecen, en las convenciones, otras cláusulas, que aseguran su eficacia o que crean derechos y obligaciones (recíprocos y directos) para las entidades sindicales que participan del convenio.

En el primer momento, acentúase el carácter normativo de las convenciones, en contraposición a su carácter meramente contractual, inherente en esas segundas cláusulas, llamadas, en razón de eso, "cláusulas contractuales u obligatorias".

Consideramos que las cláusulas contractuales constituyen el "objeto secundario", de la negociación, lo mismo que, eventualmente, adquirieron

notoria relevancia. Y, siendo así, ponemos todo el énfasis posible en el modo por el cual la convención colectiva se ofrece, conceptualmente, a la consideración del jurista: es un acto "sui generis", desconocido de la teoría clásica de los contratos.¹⁰

Los contratos crean derechos y obligaciones para los contratantes. Son derechos y obligaciones directos y concretos.

Queremos decir con eso que todos los contratos son actos jurídicos cuyas cláusulas inciden, directamente, sobre los actos de la realidad.

Las convenciones colectivas, en lo que poseen de normativo, "aunque sean actos jurídicos semejantes a los contratos", producen efectos diversos: sus cláusulas no inciden, directamente, sobre hechos concretos; inciden sí, sobre otros actos jurídicos (contratos individuales de trabajo), de tal modo que, en la realización de éstos, empleados y empleadores les deben obediencia estricta, bajo pena de nulidad y otras sanciones. Y eso significa decir que la convención colectiva presupone una relación jurídica preexistente o que vendría a existir, que es la relación de empleo resultante del contrato individual.¹¹

Como ya tuvimos oportunidad de acentuar, hay, en la vida social, una superposición de planos jurídicos, que, generalmente, es ésta: ley, acto jurídico, hechos concretos. En relación a las convenciones colectivas, como instrumentos normativos, que están subordinados a las leyes, pero a la que se subordinan los contratos individuales, la superposición de los planos se torna más compleja: ley, "convención colectiva", acto jurídico, hechos concretos.

Insistimos en que en el papel normativo de la convención reside su principal característica. Eso la distingue de todos los otros institutos jurídicos hasta entonces conocidos por el Derecho Civil. Perturba, inclusive, la Teoría General del Derecho, creando perplejidades en cuanto a su naturaleza jurídica. Constituyendo, por todo eso, tema atrayente para el jurista, revela, también, la extraordinaria fuerza creadora y viva del sindicalismo,

(9) Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 611.

(10) La mayoría de los autores se interesan, principalmente, por la parte normativa de las convenciones colectivas. Véase no obstante, Giorgio Ghrezi, "La Responsabilità Contrattuale delle Associazioni Sindicali", págs. 6 y sigs., Milán.

(11) Giulano Mazzoni, "Teoría del Límite de la Aplicabilidad del Contrato Colectivo de Trabajo", págs. 39 y 40, 1939, Milán.

exigiendo, por eso, la atención el cuidado y el examen del sociólogo, del economista y del político.

3. Naturaleza jurídica. La originalidad de las convenciones colectivas, a la medida que se afirmaban a través de la práctica consuetudinaria, dejaba perplejos a los juristas del contractualismo, al tratar de explicar su naturaleza jurídica.

Era natural que se procurase encuadrar la nueva figura dentro de los principios de la teoría contractualista, imperante en todos los dominios del Derecho.

Mas, igualmente, era inevitable el reconocimiento de que, para la explicación de la naturaleza de las convenciones colectivas, las ideas del contractualismo jurídico parecían anacrónicas.

Presionados, intelectualmente, entre la conveniencia y la dificultad de clasificación de las convenciones colectivas como especie de los "contratos", los juristas se subdividieron, algunas veces de manera irreconciliable.

Podemos sistematizar esas opiniones en dos grupos principales: la "corriente contractualista" y la "corriente normativista".

Para los defensores de la primera posición, el sindicato, cuando celebra convenciones colectivas, se hace contrato que obliga, a través de sus cláusulas, a sus asociados.

Para los que forman la corriente normativa, la convención colectiva posee el carácter genérico de verdadera "ley profesional", creando normas generales y abstractas, que —según el sistema de Derecho Positivo local— pueden alcanzar, apenas, los asociados del sindicato o se pueden extender a la totalidad de la categoría profesional o económica.

Cada una de esas opiniones no explica, por sí sola, la naturaleza jurídica de la convención colectiva. De uno o de otro ángulo, las divergencias cuando el "fundamento" del punto de vista adoptado siempre fueron y continúan siendo bastante sensibles.

En Brasil, hace más de treinta años, Irineo Machado hizo interesante sistematización de las diversas teorías, —dentro de esos dos entendimientos opuestos— que procuran analizar la convención colectiva.¹²

En primer lugar, se sitúan (así mismo por su orden cronológico) las "teorías contractualistas", que constituyen una derivación evidente de los principios generales del Derecho Civil.¹³

a) Teoría del mandato. El sindicato, cuando celebra la convención, actúa en nombre de sus asociados, a través de una representación jurídica bien definida: ejerce, en otras palabras, el mandato que le fue otorgado por los asociados en el momento en que éstos, adhiriéndose al sindicato, implícitamente adoptaron sus estatutos (Bergeron).

Otros juristas —también jugando con el concepto de mandato— sustentan que el poder de representación sindical no resulta de la adhesión de los asociados a los estatutos, como acto de voluntad. Discurre, sí, de la norma legal imperativa que atribuye al sindicato aquel poder.

El sindicato queda armado de "mandato" legal, que le da el privilegio de representar a los asociados, no, apenas, para fines de defensa de sus intereses individuales, mas, también, ampliamente, para estipular convenciones colectivas de trabajo (Hubert-Valleroux).

Una teoría variante de la misma concepción y la de Lotmar, según la cual el sindicato procede, en la negociación colectiva, pura y simplemente, como órgano o instrumento a través del cual se manifiestan las voluntades individuales de la mayoría de sus asociados.

El sindicato, ahora, es visto como intermediario. Quien, en la realidad, adopta o rechaza las cláusulas de la convención no es el sindicato, como persona jurídica, pero sus asociados, en la medida en que constituyen la mayoría de la asamblea general, mientras los asociados minoritarios se subordinan, voluntariamente, a la resolución de la mayoría deliberante.

Otras ideas análogas podrían ser expuestas. Mas, el apogeo de la "teoría del mandato" fue momento efímero, coincidiendo con la época en que los jueces, especialmente los tribunales franceses, aceptaron, como novedad jurídica, la convención colectiva de trabajo.

Era preciso, en esa oportunidad, explicar la naturaleza del instituto y nada más fácil, dentro de la concepción dominante en el Derecho Civil, que

(12) En "Revista del Trabajo", 1942, octubre, págs. 541 y sigs., Rio de Janeiro. Sobre ésas y otras teorías, consultar, también A.B. Cotrim Neto, "De los Contratos Colectivos de Trabajo", págs. 85 y sigs., 1940, Rio de Janeiro. A propósito del tema, Héctor Hugo Barbagelata, "Régimen de los Convenios Colectivos", págs. 31 y sigs., 1955, Montevideo.

(13) Ver "El Empleado y el Empleador en el Derecho Brasileiro", 1er. vol., págs. 199 y sigs., 1954, Rio de Janeiro.

recurrirse a la idea —aún hoy válida, bajo ciertos aspectos— de que el sindicato actúa como mandatario en los trámites de la negociación colectiva.

Nada más plausible, por cierto, que considerar esa representación como discurriente de un mandato concedido por los asociados al sindicato, pues lejos se estaba de la posibilidad de admitir que la categoría o grupo profesional posee realidad sociológica y que, en el orden natural de las cosas, el sindicato es el único órgano que puede extraer sus anhelos y ejercer su representación.

Es preciso, entonces, ponderar para la circunstancia de que el fundamento del mandato es la voluntad del otorgante de atribuir al otorgado poderes predefinidos, a fin de que éste actúe en nombre de aquél.

Se dice que el sindicato actúa como mandatario, en la negociación colectiva, armado de poderes concedidos por sus asociados y no quiere divisar los hechos, tal como se presentan.

El poder de representación sindical, aparentemente explicable como otorgada de la mayoría de los asociados, es incomprensible en fase de la posición adoptada por la minoría vencida. La explicación de Lotmar, según la cual esa minoría se obligó, "individualmente", por el simple hecho de inscribirse en el sindicato, a someterse a la deliberación de la mayoría, no sólo constituye artificio que dificulta con la noción clásica del mandato, como, también, encuentra óbice invencible en los sistemas (como el de Brasil) en que la convención colectiva obliga, genéricamente, a todos los trabajadores y empresarios, sean, o no, sindicalizados. ¿Cómo aceptarse que las cláusulas y los términos del convenio celebrado por el mandatario obliguen a personas que no participaron, ni podrían participar, directamente, de las asambleas y de las resoluciones del sindicato?

b) Teoría de la gestión del negocio. La teoría del mandato, que, "prima facie", tan sencillamente parecía resolver el lapso en que se debatían los juristas de la época, fue poco tiempo después enfrentada por una nueva concepción.

Esa segunda teoría creó una abstracción hasta cierto punto sorprendente: el sindicato, en la negociación colectiva, dijeron sus defensores, "es gestor de los negocios de terceros", o sea, de los trabaja-

dores y empresarios, individualmente considerados (Galizia).

Pero, los requisitos de la gestión de negocios son éstos: a) el gestor actúa en nombre de otro, "sin autorización del mismo"; b) los actos practicados por el gestor deben estar de acuerdo con la voluntad "presumible" del titular del derecho; c) el gestor no tiene interés "directo" en el negocio; d) por los actos que practica, el gestor es responsable ante aquél en nombre de quien actúa, también como ante las personas con quien contrata; e) en la gestión de negocios, el gestor realiza los actos y el titular del negocio queda ajeno a la intervención del gestor.¹⁴

¿Ocurre algo de eso en la convención colectiva?

El sindicato inicia la negociación "autorizado" por la asamblea general de los asociados, que vuelve a reunirse para "ratificar" la convención.

Así, desde el inicio hasta el final de la elaboración del convenio, el sindicato actúa con pleno conocimiento de sus asociados, por ellos autorizado y en la dependencia de la concordancia de la asamblea general.

La voluntad manifestada en esas asambleas —a través de la mayoría de los sindicalizados— no es presumida. Al contrario, debe ser expresa.

La participación de los trabajadores o empresarios, en los trámites "internos" en la negociación colectiva, es manifiesta, permanente e indispensable, de modo que quedaren desfiguradas las características esenciales de la gestión de negocios en las convenciones colectivas de trabajo.

c) Teoría de la estipulación en favor de terceros. La teoría de Barthélemy-Reynaud dice que el sindicato de los trabajadores queda, como "estipulante", juntamente con el sindicato de empleadores o con las empresas, determinadas "condiciones", consubstanciadas en las cláusulas de la convención.

Las cláusulas son establecidas "en favor de terceros", o sea, de los asociados del sindicato o, cuando fuere el caso, de la totalidad del grupo profesional.

La crítica simplista opuesta a tal opinión es ésta: En las convenciones colectivas, no todo lo que el sindicato "estipula" es, necesariamente, "en favor" de su asociado. Puede ser cláusula que,

(14) Código Civil, art. 1331.

al contrario, funcione como freno o limitación a los derechos de los trabajadores o de los empresarios.

Otros aspectos de la estimulación en favor de terceros muestran incompatibilidad entre ese contrato y la convención colectiva. El estipulante, por ejemplo, puede reservarse el derecho de sustituir al tercero designado en el contrato, independientemente de su anuencia e, inclusive, de la concordancia del otro contratante.¹⁵ ¿Cómo admitir que lo mismo ocurra en la negociación sindical?

d) Teoría del contrato innominado. En esa rúbrica se engloban dos corrientes diferenciadas. La primera "teoría de la personalidad moral ficticia" considera el sindicato en sí, identificado con la persona de sus asociados, de modo que éstos, los asociados, son los verdaderos contratantes (Nast.).

En cuanto a aquellos que vengan a asociarse al sindicato, considérase que, por la simple solicitud de inscripción manifiestan aquiescencia a los términos de convención colectiva adoptada anteriormente.

La segunda corriente, sustentando que la convención colectiva es contrato "sui generis", hace la síntesis o combinación entre la teoría del mandato y la teoría de la estipulación en favor de terceros.

La originalidad de los convenios colectivos del trabajo residiría en el acto de que son ellos una "forma contractual compleja" (Deslandres).

El sindicato, en síntesis, actuaría como mandatario, pero, simultáneamente, en la negociación colectiva, estipularía en favor de terceros (asociados).

En verdad, no obstante, es difícil admitirse la identificación de la persona jurídica (sindicato) con la persona natural (asociados), como propone Nast; de la misma manera que la concepción de Deslandres llama, en sí, al mismo tiempo, las críticas opuestas contra las teorías del mandato y de la estipulación en favor de terceros, acrecentadas por la circunstancia de que hay nítida incompatibilidad entre la figura del "tercero", en favor de quien se estipula algo sin su participación, y la del "mandatario", que otorga a alguien poderes para actuar en su nombre (Irineu Machado).

e) Teoría de la solidaridad necesaria. Esa teoría representa, según la opinión de algunos juristas, un momento decisivo en la historia del pensamiento jurídico, o sea, el instante en que la doctrina empezó a abandonar la idea de que era indispensable indicar la naturaleza jurídica de la convención colectiva de trabajo a través de las ideas tradicionalmente asentadas por el Derecho de las Obligaciones.

El primer paso en ese sentido habría sido dado cuando se trató de liberar el estudio de la naturaleza de la convención colectiva de las ideas de "voluntad individual" y del interés particular.

Existiendo, por motivos profesionales o económicos, el "interés común o colectivo" que lleva a la constitución de grupos e, inclusive, determina la formación del sindicato, créase a través de aquel interés, una "solidaridad necesaria" entre trabajadores o empresarios.

La razón de ser la convención colectiva no residiría, así, en pacto contractual previo, celebrado por los asociados del sindicato, en nombre de sus intereses particulares. Por encima de los intereses individuales, estaría el interés colectivo, aquellos sometidos a éste, el nombre de la solidaridad necesaria, donde residiría el fundamento de la convención colectiva (Rouast).

Esa teoría, repetimos, fue la primera tentativa de vislumbre de la realidad jurídica de las convenciones colectivas, cuya comprensión, como veremos, parte de ideas contractualistas tradicionales, pero depende, también, de que estemos dispuestos a ultrapasarlas.

Las "teorías contractualistas", de un modo general, tuvieron la gran ventaja histórica de permitir, a través del artificialismo de su formulación, que los juristas y jueces de la época les dieron a las convenciones colectivas fundamento jurídico y, por eso, las aceptasen.

En cierto modo, aún hoy, no se puede dejar de recurrir a la idea de que la convención colectiva tiene momentos en que se ofrece al examen del jurista, "contrato". Y eso fue lo que sedujo a los contractualistas a hacerlos clasificarla dentro de los moldes preestablecidos del Derecho de las Obligaciones.

Pero, esas mismas teorías, aisladamente consideradas, esto es, cada cual intentando tener una

(15) Código Civil, art. 1100.

"explicación pura y verdadera" de la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas, nada imprime de relevante en la faz del Derecho del Trabajo.

Para los "juslaboralistas", son doctrinas inmemorias.¹⁶

En oposición a los contractualistas se sitúan los defensores de las "teorías normativistas", según las cuales la convención colectiva —si la síntesis fuere permitida— no es contrato, pero, sí, fuente creadora de normas jurídicas.

Colocando la convención colectiva de trabajo fuera del gran esquema del contractualismo, ese entendimiento la sitúa en posición original y posterior en la Historia del Derecho.

La primera tesis es que el sindicato tiene carácter institucional, ocupando posición propia y ejerciendo atribuciones "sui generis" en el contexto del Estado.

De marcada tendencia corporativista, esa doctrina sustenta que a través de la convención, el sindicato dicta verdaderas "leyes profesionales", pues ese poder legislante es perfectamente natural en el Estado fascista.

Esa teoría —denominada "teoría de la institución corporativa"— explicaría (si se admitiese el acierto de su punto de partida) la razón por qué las convenciones colectivas, editando leyes profesionales, en lo que poseen de normativo, son obligatorias, indistintamente, para las mayorías y minorías, para los asociados y los no asociados del sindicato.

La justificativa propuesta, evidentemente, apenas sería admisible en los Estados corporativos. Así, la noción de "convención-Ley profesional", elaborada por el "sindicato-institución", no explica, "jurídicamente", la naturaleza de las convenciones y de los acuerdos, justificando, apenas, "políticamente", la extensión de sus efectos normativos.

A esa concepción —largamente expuesta y esclarecida por los doctrinistas italianos de la época del fascismo— se opone idea diferente, entonces correlativa, expuesta por los defensores de la "teoría del pacto social" (De Vischer).

El raciocinio, ahora, parte del hecho de que los trabajadores, en la vida sindical, nunca celebran

contrato de sociedad o de agrupación. Revelan, apenas, en el ejercicio del derecho de asociación, la identidad de sus intereses.

Por otro lado, las partes (sindicatos y empresas) que celebran convenciones o acuerdos colectivos, igualmente, "nada contratan". Apenas, en conjunto, establecen normas para que atiendan fines que son comunes a sus intereses: prevenir futuros conflictos existentes, equilibrar aspiraciones, obtener mayores ventajas y así en adelante.

Por la justa posición de esos intereses recíprocos, la convención es fuente creadora de "ley profesional", obligatoria para las categorías alcanzadas por el convenio y justificada por la profunda conveniencia social que une aquellos intereses en el momento en que es celebrada la convención colectiva.

La crítica ha considerado la teoría del pacto social excesivamente imprecisa, vaga y fluida.

Ya actúe con una verificación correcta, cual sea la de que el sindicato existe en función del interés común de sus asociados y que, en representación de ese interés común, son formuladas las convenciones colectivas; entonces asegure, con cierta procedencia, que el carácter normativo de la convención hace pensar en una "ley profesional", la teoría no llega a explicar cómo se puede concebir que tenga naturaleza "legislativa" la creación de normas a través del convenio sindical, ni cómo se pueda considerar condición "sine qua non" de esa elaboración legislativa la "bilateralidad" de su aceptación.

En esa larga serie de indecisiones doctrinarias, a través de la cual ha vacilado el pensamiento jurídico, era inevitable que surgiesen las "teorías mixtas o intermedias", bastante numerosas, pero de las cuales las dos nos parecen interesantes.

La "Teoría de la costumbre industrial" usa la óptica de la Historia. Recuerda que, al principio, los empresarios y, después, los legisladores se rehusaron a aceptar la convención colectiva y a admitir su legitimidad.

Al margen de esa oposición —como tuvimos ocasión de recordar, anteriormente— nació, entonces, la costumbre, pues las convenciones (por

(16) Michel Despax, en "*Convenciones Colectivas*", acentúa que las convenciones tienen carácter contractual y normativo, pero da primacía a su naturaleza contractual (en G.H. Camerlynck, "*Tratado de Derecho del Trabajo*", 7 vol., págs. 62 y 63, 1966, París).

su utilidad práctica) continuaron celebrándose, lo mismo en el aspecto del obstinado silencio de los textos.

La generalización de esa costumbre, en la fase de la economía industrial, forzó a los jueces a plegarse ante la realidad en vista de la necesidad de decidir demandas resultantes de tales convenios.

A partir de ese momento, no quedó otra salida a los legisladores que no sea disciplinar, en los códigos y leyes, el instituto que nacía, espontáneamente, de la práctica consuetudinaria.

Y como tales convenios, de carácter contractual, siempre tuvieron, por vía costumbrista, efectos generales y abstractos, el legislador así los aceptó.

La teoría explica el motivo por el cual las convenciones colectivas, después de rechazadas, fueran admitidas por el juez y por la ley. Afirma, también, su "especificación", y su carácter normativo.

Pero, era cuando quiere agotar el estudio de la naturaleza jurídica de la convención limitándose a considerarla una "costumbre industrial".

Fueron las costumbres industriales, sí, que permitieron el desenvolvimiento y el apogeo de la negociación colectiva. Mas, las convenciones de las resultantes no tienen carácter consuetudinario. Están reconocidas por la ley moderna y, a través de sus cláusulas, no es raro destronen obsoletas costumbres industriales y usos arraigados en viejas prácticas.

En sentido opuesto, la doctrina italiana, teniendo a la vista, especialmente, la Ley del 3 de abril de 1926, sustentó que el sindicato, en la convención colectiva, "es representante legal" de sus asociados (Barassi).

Se vuelve, en gran parte, a la idea de mandato legal, sustentado por ciertas corrientes afiliadas a la teoría del mandato. La diferencia está en que el "mandato" tiene sentido más estricto que la "representación". Admite esa teoría que el sindicato tenga poderes para representar a sus asociados y la categoría en general, no en virtud de mandato, pero, sí, de norma legal que lo autoriza a actuar como su representante.

Esa "teoría de representación legal" fue criticada en la propia Italia. No hay, en el ejercicio del derecho de suscribir convenciones colectivas, representación de trabajadores y, sí, de la categoría económica o profesional, como un todo orgánico (Guidi). La representación de grupos formados "ad hoc" sería el ejercicio "parcial" del derecho de representación de la categoría.

Afirmóse, igualmente, que sólo se podría admitir la existencia de representación legal, en el ejercicio, por el sindicato, del poder de representación de los asociados y de la categoría, si el sindicato ejerciese derechos de naturaleza pública, similares a los derechos ejercidos por el Poder Legislativo en la representación democrática del pueblo (Gallart Folch).

Restaría, además de todo, siempre, una pregunta: asimismo admitiendo que esa representación autorizada por ley sea el justo título que permite al sindicato celebrar la convención colectiva, ¿cuál sería la "naturaleza del acto jurídico" que, en el ejercicio de aquella representación, el sindicato practicó, al elaborar el convenio?

Las teorías mixtas no son del todo satisfactorias. Mas, parece ser preciso que nos coloquemos en posición intermedia, para hallar la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas.

Es bien verdad que esa naturaleza depende, en gran parte, del sistema legal vigente en cada país.

Diríase, desde luego, y con razones, que el problema es "doctrinario" y, no, puramente "legal". Pero, ocurre que ahora sean las normas de derecho positivo proyecciones de principios doctrinarios —éstos funcionando como arquetipos, aquéllas como sombras de la alegoría platónica— en la práctica, los preceptos impuestos por el legislador, como reflejan conceptos teóricos por él expuestos fortalecen la definición del instituto jurídico.

Además de eso, lo mismo cuando la posición del legislador no es doctrinariamente correcta, el modo por el cual fueron disciplinados cierto comportamiento y determinadas figuras del Derecho de la naturaleza jurídica considerada válida en la elaboración de la ley.

Si eso ocurre en todas las ramas de Derecho, también ocurre en el Derecho del Trabajo, especialmente en cuanto a institutos —como la convención colectiva— sobre el cual tantas y tan opuestas concepciones han sido articuladas.

A nuestro modo de ver, la convención colectiva es instituto "sui generis" y el error fundamental de los viejos teóricos del Derecho del Trabajo consistió en querer encuadrarla en las formas prefabricadas del Derecho Civil.

Originándose de realidades inéditas, la convención colectiva, en sí misma, es figura nueva, en el sentido de que se distingue, no apenas por su forma externa, como también por su contenido y sus efectos de todos los otros institutos.

En primer lugar, enfrentase al problema de saber en nombre de qué razón doctrinaria el sindicato actúa, convencionando con otros sindicatos o con empresas la adopción de las cláusulas de la convención colectiva.

Ese poder de representación, como señalamos en la primera parte de este ensayo, radica en una realidad sociológica: la categoría profesional o económica, de la cual el sindicato es órgano único y portavoz exclusivo.

De esa vinculación entre la realidad social y el órgano que, de hecho o de Derecho, la extrae, nace la posibilidad jurídica de estipulación de cláusulas contractuales (lo que es natural) y, también, de cláusulas normativas, de eficacia general y abstracta.

La legitimidad de esa representación (sin que se precise hablar de mandato o lo mismo de representación legal) es "sociológica y natural", recogida por el Derecho positivo y por el rubricado en virtud de la necesidad que tiene el Estado de disciplinar el comportamiento jurídico.

Admitida la naturalidad de la representación sindical y partiendo del ejercicio normal de ese poder representativo, se la puede ver, en "acto" de la convención, la "forma" de un "contrato", como lo conoce el Derecho Civil.

Esa apariencia tiene importancia. En primer lugar porque la convención colectiva tiene el efecto de un arreglo bilateral de voluntades convergentes en el sentido de determinado objeto jurídico.

Así, en cuanto a las llamadas cláusulas contractuales, que obligan a las partes convenientes a través de compromisos directos, concretos y personales, la única originalidad de la negociación colectiva está en la representación sindical.

Mas, al lado de aquel objeto, que es secundario, la convención colectiva tiene por finalidad principal la formulación de normas de conductas (cláusulas normativas), que —como vimos—, serán respetadas en la práctica de los contratos individuales de trabajo.

¿Podrá un contrato tener por objeto la "actividad normativa", esto es, la elaboración de normas generales, abstractas e impersonales?

Hans Kelsen dice que sí: "la oposición entre la

creación de normas por ley y la creación de normas mediante convención no es absoluta, mas relativa, tanto en lo que dice respecto al carácter de heteronomía, como en lo que se refiere al carácter, de autonomía de la creación de las normas. La categoría de la convención no es incompatible con la creación de normas generales ni con la creación de normas heterónomas.¹⁷

La verdad, por eso, es que esa creación normativa, por vía convencional, atribuye a ese instituto —que aún se insiste en considerar esencialmente contractual— efectos totalmente diversos de aquellos producidos por los demás contratos.

La evidente heteronomía de esa creación normativa, con todo, la distingue de la elaboración de la ley o del reglamento. Estas son eminentemente unilaterales, como datos del Estado. La convención colectiva es bilateral por naturaleza.

El dilema que perdura, por eso, es éste, como fue dicho en la doctrina italiana: o el "esquema lógico" de los contratos se amplía, al punto de admitir en su seno el "contrato-normativo"; o el "esquema lógico" de los actos legislativos se abre de modo a recibir la elaboración bilateral de normas jurídicas, sin intervención del Estado.¹⁸

La alternativa se resuelve —a nuestro entender— por la "prevalencia" (apenas prevalencia) de la primera alternativa. Es más fácil, como decía Kelsen, que admitamos la contratación con fines normativos, que el Estado (fuera de la concepción corporativa) acepte la adopción de "leyes profesionales" extrañas al contexto del Derecho Positivo que él mismo elabora.

Siendo una figura especial, podemos colocar la convención colectiva, horizontalmente, "al lado" de los contratos clásicos, porque formalmente se asemejan. Pero, si quisiéramos una disposición vertical de planos, la convención colectiva quedará "entre" los contratos (a los cuales se aproxima por la apariencia externa) y las leyes materiales (a las cuales se asemeja por sus efectos normativos).

Con palabras tal vez nuevas, se repite, aquí, una vieja idea. La idea de que la convención, en lo que posee de normativo y porque lo posee, "contrato-ley" (Duguit), "convenio-ley" (Cabanelas), "contrato-normativo" (Balella).

(17) "La Convención Colectiva en el Derecho Social", en "Revista del Trabajo", 1944, octubre, pág. 506, Rio de Janeiro.

(18) Giuliano Mazzoni, op. cit., págs. 36 y 37.

No se le aplican, no como exclamó De la Cueva, los principios y normas que rigen los contratos,¹⁹ razón por la cual nuestra afirmación no nos capitula dentro de la "teoría del contrato innominado".

El contrato apenas en cuanto se asemeja a los otros contratos, porque en la convención se cristalizan voluntades convergentes, que inciden sobre determinado objeto jurídico; sobre todo, cuando a las cláusulas meramente contractuales que acostumbra existir en las convenciones colectivas.

Pero, es "algo diverso", por sus efectos normativos, algo tan diferente que, sea llamado como fuere, no se identifica con los contratos, ni con las leyes materiales.

Es apenas lo que es: una forma —típica de las sociedades industrializadas— de elaboración normativa (sin carácter estatal), que funciona como factor de equilibrio de las relaciones de trabajo e, inclusive, complementa el sistema de las leyes materiales que las disciplinan.²⁰

La convención posee naturaleza intersindical, o sea, nace de la negociación realizada entre el sindicato de los trabajadores y el correspondiente sindicato de empleadores.

El acuerdo colectivo, al contrario, es aquel que se ultima entre el sindicato de los trabajadores y determinada empresa o grupos de empresas.

Es preciso tener presente, entonces, las circunstancias de que la distinción es hecha, apenas, en cuanto a la identidad de los convenientes y, en consecuencia, en cuanto al número de trabajadores protegidos por las cláusulas convencionadas. Esos trabajadores son aquéllos que estén representados en el acto del convenio: la categoría o los asociados (conforme al sistema de la ley local), en las convenciones colectivas; los empleados de la empresa o grupo de empresas convenientes, en los simples acuerdos.

En lo que concierne, entonces, a sus efectos, a la naturaleza jurídica, a sus fundamentos sociales y económicos, no existe distinción entre las convenciones y los acuerdos colectivos.

No atribuimos, por eso mismo, relevancia a esa clasificación, que apenas tiene utilidad cuando indica cómo puede establecerse, en la práctica, la negociación colectiva fuera de los límites estrictos de la vida intersindical.

Pero, dentro de esa distinción entre convenciones y acuerdos, que nacen de la posibilidad de la "negociación colectiva extrasindical", es preciso recordar que, en ciertos casos, se tiene igualmente admitido el "acuerdo directo" entre trabajadores y empresarios.

En el Derecho Brasileiro, cuando los trabajadores de determinada empresa o de grupo de empresas pretendieren entablar negociación colectiva, notificarán, por escrito, a su sindicato, para que éste, en el plazo legal de ocho días, asuma la dirección del entendimiento, debiendo el empleador tomar idéntica providencia. La omisión del sindicato obliga a los interesados a igual iniciativa junto a las entidades de grado superior (federación o confederación), de modo a agotar las posibilidades de la intervención sindical.

Si persiste la omisión del órgano de negociación, ésta pasará a ser hecha, directamente, hasta el final, por los interesados.²¹

Trátase, ciertamente, de medida extrema, que tiene en mira impedir que la inercia, el desinterés o la omisión propiciada de los dirigentes sindicales dejen al desamparo de la negociación determinados grupos de trabajadores.

La excepcionalidad de esa norma legal es evidente y debe ser puesta en relevo, por la circunstancia de que, a través de ella, se va bastante lejos, en el terreno de la negociación colectiva extrasindical.

Mucho más suave —porque no es directa— nos parece la negociación "aziendale" del Derecho italiano. Es, también, una forma de contratación colectiva extrasindical, entre trabajadores y determinada empresa. Mas, el entendimiento se establece a través de un órgano de representación aunque no tenga naturaleza sindical: la "comisión interna o consejo de empresa".²²

(19) *"Derecho Mexicano del Trabajo"* 2do. vol., pág. 336, México, 1949.

(20) Confrontar nuestros *"Comentarios a la Consolidación de las Leyes de Trabajo"*, 3er. vol., págs. 932 y sigs., 1973, Rio de Janeiro.

(21) *"Consolidación de las Leyes del Trabajo"*, art. 617, párrafo 1.

(22) Umberto Romagnoli, *"El Contrato Colectivo de Empresa"*, págs. 13 y sigs., 1963, Milán.

Refuézase, pues, la observación que hicimos de que, algunas veces, en la práctica, los consejos de empresa y otros órganos internos de naturaleza similar invaden el área de actuación sindical y, si el legislador no toma medidas cautelosas, podrá concurrir para el debilitamiento del sindicalismo local.

En un nuevo sentido, diverso del adoptado por la ley brasileira, cuando tratamos de la negociación colectiva extrasindical, encontramos mejores motivos para justificar la distinción —según la terminología que acostumbramos emplear— entre convenciones colectivas (resultantes de negociación sindical) y acuerdos colectivos (resultantes de la negociación extrasindical) celebrados directamente o a través de los órganos internos de la empresa moderna.

b) La segunda clasificación, en cierto modo, se vincula a la anterior. Pero, ahora, no consideramos la naturaleza de las personas o entidades que intervienen en la negociación y, sí, el "ámbito profesional o económico de aplicación del convenio".

Las "convenciones por profesión, por empresa y por industria" forman grados distintos.

En todos esos grados, son válidas nuestras consideraciones anteriores respecto de la posibilidad —según la ley del lugar— a la cual la convención abarca, apenas, a los asociados del sindicato; de ser extendida a la generalidad de los sindicatos; de abarcar, automáticamente, todo el grupo (o categoría) envuelto por los intereses ecuacionados en la convención.

c) Otro criterio de clasificación de las variadas modalidades de convenciones colectivas, es el "diámetro geográfico" de su aplicabilidad.

Hay cierto ligamen entre ese criterio y el anterior, pues la convención de menor amplitud geográfica coincide con la idea de "convenio por empresa".

La diferencia, entonces, se torna inevitable, cuando se comienza a pensar en distinguir entre convenciones aplicables a los trabajadores reunidos en determinado sindicato y convenios aplicables a varios sindicatos: entre convenciones colectivas que se extienden a determinada "región del país" o, más ampliamente, a "todo el territorio nacional".²³

La importancia de esas distinciones está en la necesidad, partiendo del hecho de su existencia, de llegarse a un "sistema de concatenación" entre las convenciones en vigor, de modo a garantizar el equilibrio y la organicidad del mundo de la negociación colectiva.

La existencia y el reconocimiento de las diversas modalidades de convenciones, arriba indicadas, constituyeron el punto de partida del legislador francés, para establecer una vinculación jerárquica entre los convenios de aplicación en áreas diversas, de modo a asegurar la existencia de aquello que llamamos "sistema de concatenación".²⁴

Tanto o más expresiva que el Derecho Positivo francés es, en ese particular, la experiencia del legislador italiano, a través de la "contratación articulada".

La perfecta comprensión de ese sistema exige que encaremos la negociación colectiva en Italia dentro de cierta perspectiva histórica.

La contratación italiana se procesa entre las de dos extremos: la convención de nivel nacional, adoptada por los órganos superiores de la organización sindical y el contrato aziendale, que es, en la terminología brasileira, el "acuerdo de empresa".

Las convenciones de ámbito nacional existen como un esfuerzo relevante de uniformación de la vida económica del país, a través de la fijación de las líneas generales de su ordenamiento. Elaboradas por los órganos centrales del sindicalismo, contribuyen, inclusive, para firmar el prestigio de los sindicatos, que se sienten respaldados en su actuación, por los términos de las convenciones nacionales.

Los acuerdos de empresa, al contrario, tienen a la vista la "situación particular" de determinado emprendimiento económico, conteniendo por eso, cláusulas específicas y de contenido "sui generis".

En ese sentido pueden alcanzar el prestigio de los órganos sindicales. En primer lugar, porque los órganos superiores del sindicalismo (confederaciones y federaciones) no interfieren directamente en esos acuerdos. En segundo lugar, porque los propios sindicatos ceden el comando de la negociación a los consejos de empresas o comisiones internas.

(23) Héctor Hugo Barbagelata, op. cit., pág. 16.

(24) Ley de 23 de diciembre de 1946.

El apoyo del empleador a este género de negociación colectiva puede, eventualmente, tener, inclusive, sentido político, o sea, envolver medida táctica para reducir el prestigio sindical.

Pero, entre esos dos extremos, existe un plano intermediario, que es la "contratación por sectores industriales", colocados, ostensiblemente, entre la negociación a nivel nacional y la negociación a nivel de empresa.²⁵

Es de la existencia de esos tres niveles de contratación colectiva que nace la idea de "articulación" entre los mismos. Los convenios, gráficamente, son dispuestos en forma de pirámide invertida: la convención colectiva de ámbito nacional, que puede ser considerada un "tipo-patrón", de competencia de los órganos sindicales de grado superior; la convención colectiva sectorial, que cabe a los sindicatos; el acuerdo de empresa (aziendale), adoptado por los órganos internos en funcionamiento en la empresa interesada.

Entre esos tres planos, necesariamente funciona un régimen jerárquico, que los "concatena", resultantes del hecho de que no existe, en principio, incompatibilidad entre los mismos, no debiendo surgir, en el sistema, dificultades entre las diversas modalidades de convenios.²⁶

Ese esquema garantiza, esencialmente, la unidad de los intereses de los trabajadores, en el plano general y las "derivaciones articuladas" de la convención nacional atiende las peculiaridades "regionales y locales", avaladas, inclusive, en función de las realidades internas de cada empresa.

Establécese, en esta forma, un conjunto orgánico que presupone, entre aquellos tres planos, constante o, por lo menos reiterado movimiento de "reenvíos",²⁷ para que se mantengan el equilibrio, la armonía y la eficacia del sistema.²⁸

d) Esa última consideración conduce al pensamiento, inevitablemente, al sistema de "job evaluation", que, en último análisis, consiste en la adopción de tablas que contienen la calificación personal del trabajador en la organización de la empresa.

A través de la contratación articulada, como vimos, se crea un régimen de conexión entre los convenios nacionales, sectoriales y de empresas, de modo que a los intereses más amplios y generales se vinculen a los intereses locales y particulares. El sistema de "job evaluation" procura salvarlo de ese posible olvido.

Trátase de una "Técnica especial" de contratación, perfectamente compatible con la contratación articulada y adaptable al sistema de los acuerdos de empresa.

Esa técnica muestra, especialmente, la flexibilidad de la negociación colectiva y revela cómo, a través de la misma, se pueden establecer puentes sólidos entre los intereses generales de la clase operaria y los intereses individuales de los trabajadores considerados como hombres.

e) La última palabra sobre las diversas modalidades de negociación colectiva debe dirigirse a lo que se viene llamando, en la doctrina, de "negociación permanente".

Los excelentes resultados recogidos a través de la práctica de la negociación colectiva hicieron pensar en la mejor manera de obviar dificultades supervinientes, en el transcurso de la interpretación del convenio, de su ejecución práctica e, inclusive, de su revisión periódica.

Se llegó a la conclusión de que la respuesta estaba en el propio sistema de negociación, desde que perdiese el carácter de un entendimiento transitorio o eventual, para (por así decir) "institucionalizarse", a través de un contacto permanente entre los órganos representativos de los trabajadores y de los empresarios.

Esa "Negociación permanente" se hace por intermedio de comisiones paritarias constituidas por la propia convención colectiva. Sus funciones varían de acuerdo con la competencia que les sea atribuida.

En ese sistema de negociación colectiva, Adam, Reynaud y Verdier encontraron un vehículo de perfeccionamiento de las relaciones laborales, puesto en evidencia en la relación presentada al

(25) Carlos Alberto G. Chiarelli, "Sindacato y Contrato Colectivo de Trabajo", pág. 226, 1965, Pelotas.

(26) Umberto Romagnoli, op. cit., págs. 49 y sigs.

(27) Romagnoli, op. cit., loc. cit.

(28) La "contratación articulada" crea, en la práctica, relevantes problemas jurídicos, algunos de los cuales mencionados por F. Pochini Frediani, "derogabilidad 'in pejus' del contrato colectivo nacional de la parte del contrato "aziendale", en *El Contrato Colectivo de Trabajo* (art. del Tercer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo)", págs. 359 y sigs., 1968, Milán.

coloquio realizado en París, sobre el asunto, en el año 1972.

En España, la práctica ha respondido favorablemente a iniciativas de esa naturaleza, según la información de Alonso Olea, presentada en la reunión del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Previsión Social, llevada a cabo en Rio de Janeiro, en marzo de 1974.

Esas comisiones se presentan, en general, con doble papel: fijar la correcta interpretación del convenio, evitando conflictos de él resultantes; auxiliar la revisión periódica del convenio, de modo que se ajuste a las nuevas realidades.

Es claro que su poder de acción depende de la convención colectiva que instituyó esas comisiones, no siéndole lícito, por ejemplo, la iniciativa de la celebración de nuevos convenios o el juzgamiento de conflictos sobre el convenio, cuando no hay acuerdo sobre su interpretación.

Mas, su gran ventaja es asegurar, a título permanente, el contrato entre las partes, vitalizando la negociación y, por eso, como decíamos, "institucionalizando" las medidas, hasta entonces transitorias, de confrontación y yuxtaposición de las reivindicaciones y de las posibilidades de los trabajadores y de los empresarios.

II

ELABORACION DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

1. Procedimiento. El punto de partida de la elaboración de las convenciones colectivas ha de ser, siempre, el perfecto conocimiento de la realidad y, en la medida de lo posible, de los reflejos que del convenio podrá venir o tener, apenas, en cuanto al interés de los trabajadores y de los empresarios, pero, especialmente, sobre el panel de la comunidad.

Y a ese conocimiento se llega, en la práctica, por diversos caminos, desde la observación empírica hasta el análisis lógico de la situación, obtenida, en general, a través de interrogatorios, pesquisas, estadísticas.

La noción segura de lo que se pretende y de las consecuencias efectivas de lo que se propone permite a los negociadores la mejor fundamentación de sus posiciones y les confiere mayor capacidad de cambio, en la defensa de su reivindicación.

En síntesis, no se puede negociar, en ningún sector de la vida, inclusive en el plano sindical, sin saber, con la mayor exactitud posible, cuáles son los objetivos apuntados, los medios adecuados para distinguirlos, las posibilidades de alcanzarlos y las conveniencias de la otra parte y de la comunidad.

a) El "ajustamiento" entre la reivindicación sindical y la comunidad es procurado, por los negociadores, en términos de "preparación psicológica".

El instrumento utilizado es la "propaganda".

Esa propaganda provoca impacto aglutinador sobre los trabajadores o empresarios envueltos en la negociación, al mismo tiempo que sensibiliza a la parte contraria, creando receptividad para el buen éxito de las gestiones que se van a iniciar. Pero, sobre todo, por la amplia divulgación de los fines apuntados y de la procedencia de las aspiraciones jugadas en la mesa de los debates, se predispone la "opinión pública" e, inclusive, las autoridades gubernamentales a que consideren con simpatía el programa de las postulaciones presentadas.

Ese elemento —"propaganda"— acompaña, en mayor o menor escala, la iniciativa de la negociación. En los Estados Unidos, donde las convenciones colectivas tienen expresión relevante en la economía del país, la "preparación psicológica" adquiere, inclusive durante el debate de las cláusulas del convenio, el carácter de verdadera campaña popular, semejante a las que preceden a las elecciones políticas.

Los grandes gastos de ahí sobrevenidos, el tiempo que se gasta para poner en funcionamiento el intrincado mecanismo de la opinión norteamericana, la presencia indispensable de los mejores ejecutivos de los sindicatos de los trabajadores y patronales durante la negociación fueron, por signo, factores preponderantes que hicieron que, en la práctica, las convenciones a corto plazo (generalmente, un año), que predominaban hasta

el fin de la Segunda Gran Guerra, fuesen substituidas por las convenciones a largo plazo (cinco años), a partir de la experiencia de 1948, cuando fue celebrada, con éxito, la gran convención de la General Motors.

b) La amplia divulgación de los términos y condiciones de la negociación colectiva robustece la posibilidad de que sí la conduce en clima de efectiva "libertad de discusión".

Esa libertad depende, en gran parte, del Derecho Positivo vigente. Mas, es un principio que debe ser defendido, por ser esencial al éxito de la negociación, del cual depende la autenticidad del convenio.

No obstante, al mismo tiempo que se sustenta la necesidad absoluta de defensa del principio de libertad de discusión, el Derecho Comparado apunta gran número de legislaciones que permiten, en el curso de las negociaciones, que los litigantes —ultrapasando el uso de los medios convincentes— presionen a la parte contraria "por la fuerza", a través de la "huelga" o del "lock-out".

La huelga es arma de lucha y, no, instrumento de debate. Ella, mucho más que el "lock-out", es usada en la negociación colectiva. Llégase a afirmar ser inútil pensarse en la importancia y en el acontecimiento efectivo de las convenciones colectivas sin admitirse el ejercicio de la huelga, como medio de presión sindical, durante la discusión de sus cláusulas.

Puede admitirse que, en el transcurso de la negociación, a ejemplo de lo que ocurre en numerosas naciones, capitalistas de alto índice de industrialización, la huelga contribuya para aumentar la fuerza del sindicato de los trabajadores, ante el poderío económico de los empleadores.

Pero, no se podía negar que la huelga, usada en el transcurso de la negociación, viola la idea de libre discusión de las cláusulas del convenio y

pone en términos agresivos problemas que, en tesis, deben ser enfrentados a la luz de ideas conciliativas. Acentuamos ese punto, porque estamos seguros de que la convención colectiva, para producir buenos efectos, no debe ser producto del temor o de la mala fe. Si no resultan de la consciente y deseada armonía de ideas e intereses, podrá venir a ser, en su aplicación cotidiana, fuente de nuevos y graves conflictos.²⁹

Lo importante, en el juego de la negociación sindical, no es "arrancar", por la violencia, el consentimiento de la parte contraria y, sí, "persuadirla" a aceptar, por el raciocinio y por la convicción, aquello que, atendiendo las reivindicaciones del postulante, se equilibra con las conveniencias del otro tratante.³⁰

Esa afirmativa reitera nuestra opinión de que —en que pese a los ejemplos de Derecho Comparado— la huelga no es condición "sine qua non" de buen término de la negociación colectiva. Antes, nosotros la vemos y como un "hecho" resultante de la imperfección del orden jurídico, admisible en la medida en que el Estado, por intermedio de sus órganos jurisdiccionales, no esté equipado para dar la solución adecuada al conflicto de trabajo.

c) En el proceso de elaboración de las convenciones colectivas, las "asambleas generales de los sindicatos" envueltos desempeñan papel relevante.

Las legislaciones exigen que los términos de la convención pasen, siempre, por el tamiz de las asambleas sindicales.

Esa medida es esencial para que se atribuya la mayor publicidad posible, entre todos los interesados, a las proposiciones que serán hechas.

En esas asambleas, además de eso, hay clima para establecer la "discusión interna", esto es, el debate, entre los asociados del sindicato, de las cláusulas del proyecto de convención.

De ellas, además, resulta la "autorización" a

(29) Admitida en los Estados Unidos, la huelga paralela o concomitante a la negociación colectiva sufre enmiendas. Excepción hecha al Estado de California, donde las huelgas paralelas son admitidas ampliamente, distíngase entre las finalidades apuntadas por los trabajadores, considerándose ilegales, por ejemplo, las huelgas que tenían por finalidad injuriar a los empresarios o a los trabajadores no sindicalizados (John R. Commons-John B. Andrews, *"Principios de la Relación Laboral"*, pág. 390, nota 52, s/data, New York).

(30) "Las negociaciones constituyen un arte y, no, una ciencia (...). Los esfuerzos son desarrollados en el sentido de debilitar la oposición y con eso dividirla. La sorpresa es usada cuando fuere conveniente. Un esfuerzo es hecho en el sentido de analizar adelantadamente los objetivos y aptitudes de la parte contraria, sin exponer los propios. El tiempo es de importancia primordial. Negociadores hábiles observan la mayor parte de las gentilezas y son peritos en semántica. (...) Esencialmente, las negociaciones colectivas bien sucedidas son un ejercicio de reiterada estrategia retirándose sin parecer retirarse. Las partes, normalmente, piden más y ofrecen menos de lo que esperan recibir o tener que dar". (Edward Wright Bakk-Clark Kerr, *"Unions, Management and the Public"*, págs. 353 e 354, 1948, New York, citados por C. Wilson Randle, *"Contrato Colectivo de Trabajo"*, pág. 163, traducción brasileira, 1965, S. Paulo). La viva descripción de los medios de negociación colectiva hecha por los autores norteamericanos refleja la realidad de su país, en el cual el debate entre los representantes de los sindicatos y de los empleadores y, en verdad, una mezcla de diplomacia, política, estrategia militar y juego de ajedrez.

aquéllos que, como delegados o representantes del sindicato, van a iniciar la discusión del proyecto con la parte contraria.

d) Esos "representantes o negociadores" reciben de las asambleas sindicales los poderes que delimitan su actuación.

Pueden ser erigidos en representantes plenipotenciarios. Mas, no es aconsejable que así sea.

De un lado, debe establecerse que los negociadores nombrados por la asamblea estén asistidos por técnicos o especialistas contratados por el sindicato. Muchas veces, son éstos los que actúan, más rigurosamente, en el decurso de los debates, indicando los elementos básicos que justifican la pretensión formulada.

Por otro lado, siempre será más conveniente, en defensa de los intereses en conflicto o confrontación, que todas las deliberaciones de los negociadores, no obstante respaldadas en los consejos y advertencias de los técnicos, sean tomadas "ad referendum" de las asambleas del sindicato, a las cuales debe caber la última palabra sobre la redacción final del texto.

En principio, el contacto debe ser establecido, apenas, entre los negociadores obreros y patronales, auxiliados y asistidos por los especialistas o ejecutivos que los asesoren.

Pero, algunas legislaciones, en ciertos momentos, admiten la intervención de la autoridad administrativa, en el transcurso de los debates.

Es posible sustentar esa posición, sobre todo en aquellos casos en que el convenio, por la magnitud o importancia, se puede vincular, de modo directo, al "interés público".

Toda la cautela, no obstante, es poca, pues, muchas veces, bajo el título de participación dictado por el interés superior del Estado, escóndese la intervención indebida de la autoridad administrativa en la vida sindical.

e) Cabanellas, estudiando esos problemas, presta relevancia al "lugar" en que se desarrollan las negociaciones.³¹

No atribuimos significado especial a ese aspecto del proceso de elaboración de las convenciones

colectivas, a no ser en la medida en que, psicológicamente, el local de las reuniones pueda constituir elemento de presión sobre el espíritu y la voluntad de las partes.

Nada impide, por ejemplo, que la negociación se realice en la sede de determinado sindicato o, sucesivamente, en diversos lugares. Es común, inclusive, que las reuniones tengan por escenario repartición pública encargada de asuntos laborales, sobre todo cuando hay intervención de la autoridad administrativa, en nombre del interés del Estado. Todo eso es casi irrelevante, desde que, también en ese caso, esa circunstancia no propicie ingerencia indebida del Poder Público en el curso de la negociación.

Mejor será, siempre, y es lo que ocurre en la práctica, que las partes, libremente, decidan sobre el lugar de sus encuentros y de sus debates.

f) En cuanto al "desenvolvimiento propiamente dicho de la negociación colectiva", no existen reglas fijas, en la legislación ni principios inflexibles, en la doctrina.

Las ideas principales, que fortalecen durante el desenvolvimiento normal de cualquier negociación colectiva en nivel democrático, son tres: "seguridad" garantizada a los negociadores, para que puedan, con plena libertad, para exponer sus ideas, aceptando o rechazando los términos del proyecto; "disciplina", o sea, mutuo respeto, en el decurso de los debates; "lealtad", que es producto de la franqueza y la buena fe.

Existe, para todos los negociadores, por encima de lo que pueda hacer el Derecho, un "deber moral" de negociar con buena fe, siendo común que la propia ley se refiera a ese deber, para transformarlo, no apenas sino en mera recomendación programática, pero, sí, en auténtica obligación jurídica.³²

g) Adoptado, por negociadores, el texto definitivo, no está terminada la convención.

Salvados los casos de negociadores plenipotenciarios, el texto aprobado vuelve a conocimiento de las asambleas sindicales.

Con las mismas características de publicidad

(31) Guillermo Cabanellas, "Derecho Normativo Laboral", págs. 283 y 284, Buenos Aires.

(32) La doctrina y la legislación norteamericana enfatizan ese aspecto y tuvieron, inclusive, influencia sobre el Derecho Positivo Brasileiro, que, en 1967, consagró el principio (Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967) Cfr. a propósito, el ensayo de Archibald Cox, "The Duty to Bargain in Good Faith; in Labor Law —Selected Essays— págs. 82 y sigs., 1964 Cambridge. En ese sentido, escribió Werne: "The failure of refusal of an employer to bargain collectively in good faith upon demand of a union having majority status in the appropriate bargaining the National Labor Relations Board with the aid of an enforcement order of the United States Court of Appeals" (Benjamin Werne, "The law of Relations", pág. 251, 1951, New York).

y libertad de discusión, es preciso que el convenio, en su redacción final, sea "ratificado" por las asambleas.

Si no hay ratificación, el proyecto debe retornar a la mesa de los debates, reabriéndose la fase de actuación de los negociadores. Finalizada la ratificación, se cierra la fase sindical, iniciándose la fase posterior, en que los representantes del sindicato actúan junto a la autoridad administrativa.

h) La importancia de las convenciones colectivas de trabajo transfórmalas en acto jurídico eminentemente formal, como acentuaremos a través del estudio de sus requisitos.

Dentro del formalismo que reviste la celebración del convenio en nombre del interés del Estado en conocerlo y de la necesidad de certeza, para las propias partes, en cuanto a su contenido —es esencial que la redacción ratificada sea entregada a la división pública competente.

En esa fase administrativa de la elaboración del convenio colectivo, tres momentos se suceden: el "depósito", que es la presentación del documento, por cualquiera de las partes, al protocolo del órgano competente; el "registro", que es la verificación del convenio en los libros de la repartición; la "publicación" (que puede ser hecha por los participantes en el convenio o por la autoridad administrativa), gracias a la cual los términos del convenio son puestos al alcance del conocimiento general.³³

La ley local puede introducir, en ese proceso administrativo, nuevas etapas. Así, por ejemplo, el "registro" —que, normalmente, es automático, como transcurso necesario del depósito— puede ser antecedido, con carácter obligatorio, de la "homologación del convenio" por la autoridad pública.

En ese caso, el Poder Público llama así el derecho de reexaminar las cláusulas del convenio, negándole homologación y, en consecuencia, registro y eficacia, siempre que en ellas se encuentre cualquier ilegalidad.

Así ocurría en la Ley Brasileira, hasta 1967, cuando fue suprimido el requisito de la homologación, hoy bastando el depósito para eficacia del convenio.³⁴

La homologación de las convenciones colectivas por la autoridad pública, como requisito esen-

cial a su vigencia, es conveniente, por someter la voluntad soberana de las partes a la deliberación del Poder Público.

Si hubiese ilegalidad en el contexto del convenio en el proceso de su elaboración, cabrá, "a posteriori", el pronunciamiento del Poder Judicial, en la apreciación de los conflictos que de ahí resulten.

Eso significa decir que, cuando se habla de "depósito" y "registro" de la convención colectiva, háblase de acto unilateral de la parte y en providencias tomadas, mecánicamente, en consecuencia del depósito, por la autoridad administrativa, sin que tenga ésta poder o competencia para discutir el "mérito" de la convención y su legitimidad "esencial".

2. Requisitos formales. Como, en el acto del registro, la autoridad administrativa no puede examinar el contenido de la convención, ni impugnar cualesquiera de sus cláusulas bajo alegación de inconveniencia o ilegalidad, su actitud es "mecánica o automática"

No se tomen, con todo, esas expresiones en el sentido absoluto.

Siendo la convención colectiva acto jurídico eminentemente formal, su celebración está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, generalmente considerados esenciales a la validez del convenio, esto es, "ad pompam et solemnitatem".

Sería ilógico, tal vez absurdo, imponerse, como etapa indispensable de la elaboración del convenio, su depósito y registro, vedando, entonces, a la autoridad administrativa el examen de sus "formalidades extrínsecas".

No le cabe, repetimos, medir la existencia o inexistencia de "vicios intrínsecos". Cabe apenas al Poder Judicial la apreciación de la legitimidad del convenio.

Mas, sustentamos, simultáneamente, que la finalidad del registro de la convención colectiva es, principalmente, permitir que la inspección de trabajo, además de tomar conocimiento de su texto integral, apunte la falta de los requisitos formales básicos, pudiendo, inclusive, por ese motivo, llegar al extremo de, fundamentalmente, negar el registro.

Pueden, de ahí, resultar, inclusive, ventajas

(33) Manuel Alonso García, "Derecho del Trabajo", 1er. vol., pág. 451, 1960, Barcelona.

(34) Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967.

para las partes que tendrán intención de sanear de inmediato las irregularidades apuntadas.

Pero, la cautela, en ese particular, es indispensable, para que, bajo alegación de insuficiencia formal, la autoridad administrativa no se imponga a la libre y legítima manifestación de voluntad de las partes. Su competencia se agota en los límites del examen extrínseco o formal de los presupuestos de la convención.

Cuáles sean esos presupuestos, dígalos la Ley de cada Estado.

Nos parece imposible enumerarlos, abstractamente y a título general. Dos formalidades, entre tanto, aparecen —podemos decir— en la unanimidad de las legislaciones occidentales: a) la convención colectiva es siempre “escrita”; b) debe ser elaborada en tantas “vías” cuantas sean necesarias, para fines de registro y pleno conocimiento de los contratantes.³⁵

El Derecho Positivo, generalmente, no exige que la convención sea escrita en idioma nacional. Cabanellas, con razón, acentúa, entretanto, que algunas legislaciones lo declaran expresamente y que, lo mismo que no lo hagan, ese presupuesto discurre del orden natural de las cosas.³⁶

Esa será, en la realidad, la regla general. Es preciso, entonces, que admitamos la excepción. En esta época de integración económica regional y de aparición de empresas bi o multinacionales, constituidas por los Gobiernos de los Estados, la convención colectiva de trabajo —como veremos adelante— puede tornarse en instrumento útil, a nivel internacional. Cuando eso ocurre, es claro que, como acontece con los tratados, la convención colectiva ha de ser dirigida, a título oficial, en tantos idiomas cuantos sean los escogidos e indicados por las partes.

Por otro lado, el número de copias auténticas de la convención puede variar, sin consecuencias

relevantes, según la ley del lugar. En América, exigense, en general, tres vías.³⁷

Lo mismo cuando el legislador indica el número de copias necesarias, esa norma debe ser interpretada ampliamente, como apuntando el “número mínimo” de vías auténticas. Es indispensable —cuando fueren varios los sindicatos convenientes o cuando la negociación se hubiere establecido con varias empresas— que cada parte tenga, en su poder, la reproducción fiel, exacta y oficial del convenio que suscribió.

En los sistemas de Derecho Positivo en que se exige el registro de la convención o, hasta lo mismo, su simple depósito, la cuestión del número de vías del convenio disminuye, aún más, de importancia, porque, en cualquier momento, cualquier interesado podía obtener, del órgano competente, certeza, palabra por palabra, del convenio depositado.

Otros requisitos formales podían ser exigidos, a criterio del legislador. Es conveniente, no obstante, que esa exigencia no sea llevada a extremos. Si la convención colectiva es formal por su naturaleza, eso no significa que pueda estar revestida de requisitos excesivos, además de aquéllos que, realmente, son esenciales e indispensables a su eficacia. Caso contrario, se dificultará, por el exceso de formalismos, la negociación sindical, que, por naturaleza, debe ser ágil, espontánea y rápida.

3. Contenido. Las cláusulas de que se compone la convención colectiva encierran su contenido.

Esas cláusulas son susceptibles de clasificación, consonante con varios criterios.

Podemos distinguir, en primer lugar, entre “cláusulas obligatorias y cláusulas facultativas”.³⁸

Las leyes indican, casi siempre, los asuntos que, necesariamente, deben ser contemplados por la convención colectiva. Las cláusulas que tratan

(35) Véase, en ese sentido, la definición consignada en la recomendación de la O.I.T., referida anteriormente. (Nota No. 4), que alude, expresamente, a la forma escrita de las convenciones colectivas.

(36) Guillermo Cabanellas, op. cit., pág. 228, nota 28.

(37) Cabanellas, op. cit., pág. 288, nota 27.

(38) Giuliano Mazzoni estudia las cláusulas obligatorias en el Derecho italiano a partir de la discriminación minuciosa hecha a través del Decreto Real del 6 de mayo de 1928 (art. 8). El Código Civil (art. 2071), más genéricamente, se refirió a la disciplina del trabajo, a los derechos y a las obligaciones de los empresarios y de los trabajadores. Por ser más amplio, en la formulación, no obstante menos extenso, en la enumeración, la ley sobreviviente puede ser considerada más rigurosa. Hay, entonces, un proceso de “disminución” de las cláusulas obligatorias, como estímulo al libre ejercicio de la voluntad. Mazzoni recuerda, también en el Derecho actual de su país, la importancia de las “fuentes internas”, esto es, de los estatutos de los asociados sindicales (*“Relaciones Colectivas del Trabajo”*, págs. 147 y sigs. trad. brasileira, 1972, São Paulo).