

EL CONVENIO COLECTIVO Y EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Mario Garmendia Arigón *

Palavras-chave: convenio colectivo; fuente formal y material de la regulación de condiciones de trabajo y salariales.

Sumário: O princípio maior que rege o direito coletivo do trabalho é o da negociação coletiva. Quando frutífera, decorre a celebração de acordos e convenções coletivos do trabalho, conforme denominação utilizada no direito brasileiro. No presente artigo o autor faz uma análise histórica acerca das diferentes concepções da relação entre as normas oriundas da negociação coletiva empreendida pelos representantes dos trabalhadores e empregadores e as normas estatais, bem como aponta as tendências atuais em relação ao conteúdo dessas normas coletivas face à nova forma de organização empresarial.

Durante mucho tiempo, el convenio colectivo no logró que los juristas le reconocieran un lugar en el sistema de las fuentes del Derecho. Tal reconocimiento era absolutamente imposible para quienes concebían que Derecho y Ley eran sinónimos y que solamente podía admitirse al Estado la potestad exclusiva y monopólica de crear normas jurídicas.

juristas le reconocieran un lugar en el sistema de las fuentes del Derecho. Tal reconocimiento era absolutamente imposible para quienes concebían que Derecho y Ley eran sinónimos y que solamente podía admitirse al Estado la potestad exclusi-

“Fue así que durante todo el siglo XIX e incluso comenzado el siglo XX, la búsqueda de una explicación jurídica para el *desconcertante* fenómeno de los convenios colectivos, giraba en torno a la noción del contrato y los esfuerzos de los juristas estaban enderezados a detectar de qué forma aparecían reflejadas en dichos acuerdos las manifestaciones de voluntad de aquellos que quedarían alcanzados por sus disposiciones.”

Fue así que durante todo el siglo XIX e incluso comenzado el siglo XX, la búsqueda de una explicación jurídica para el *desconcertante* fenómeno de los convenios colectivos, giraba en torno a la noción del contrato y los esfuerzos de los

*Professor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo).

juristas estaban enderezados a detectar de qué forma aparecían reflejadas en dichos acuerdos las manifestaciones de voluntad de aquellos que quedarían alcanzados por sus disposiciones. En la concepción de los juristas de la época, solamente así era posible reconocerle legitimidad y eficacia a estos instrumentos como fuente creadora de obligaciones.

En ese afán por ubicar dónde y cómo quedaban manifestadas en estos instrumentos las voluntades individuales de quienes serían destinatarios de sus contenidos, se elaboraron diversas e ingeniosas teorías, como la del *mandato*, la *estipulación para otro*, el *cuasi contrato de gestión de negocios*, la *personalidad moral ficticia*, el contra-

to *innominado* o *sui generis*, etc.¹ Desde luego, ninguna de estas teorías lograban explicar las características fundamentales del convenio colectivo (su eficacia *erga omnes*, su preeminencia respecto de los contratos individuales de trabajo, etc.) y rápidamente comenzó a quedar de manifiesto la improcedencia de acudir a la figura del contrato para intentar explicar este fenómeno.

Pero solo una vez que pudo ser refutada definitivamente la concepción que pretendía asignar a la ley el carácter de fundamento exclusivo y monopólico de todo el Derecho², fue posible desarrollar una explicación plausible para la naturaleza del convenio colectivo³ y, a su vez, para las propias carac-

¹Para profundizar en cada una de estas teorías: GALLART FOLCH, Alejandro. **Las convenciones colectivas de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española**. Granada: Comares, 2000. p. 63 y ss.

²Explica GALLART FOLCH que esto fue posible gracias a que a partir del último cuarto del siglo XIX se inicia un profundo proceso renovador de la teoría general del Derecho. En dicha renovación participan diversos movimientos jurídico-filosóficos, que, a pesar de las diferencias que presentan entre sí, dejan en evidencia ciertas líneas convergentes que cuestionan la concepción monopólica estatista en la creación del Derecho y comienzan a sostener que también es necesario reconocer una fuente normativa extraetática. En estas corrientes se ubican, por ejemplo, la encabezada por GIERKE, en Alemania; la de los "juristas-sociólogos" italianos, liderados por CIMBALI; el "socialismo jurídico", de MENDER (y su célebre obra *El Derecho civil y los pobres*) y LEVY (*La vision socialiste du Droit*, 1926); el "sindicalismo doctrinal" de SOREL y BONCOUR, etc. A comienzos del siglo XX también se desarrollan las corrientes "antiformalistas pluralistas", que plantean la necesidad de abordar el estudio de las fuentes del Derecho desde una nueva perspectiva y que se expresa, fundamentalmente en dos movimientos: el de la "lucha contra el fetichismo de la ley", iniciado en Francia por GENY (que profundiza en el análisis del fenómeno jurídico espontáneo) y que es seguido, entre otros, por CRUET, MORIN y LAMBERT; y el del "freireicht" (o Derecho libre), en Alemania, que reconoce a KANTOROWICZ como su iniciador y que fue seguido por FUCHS y JUNG y que tuvo una gran influencia en otros destacados juristas alemanes, como RADBRUCH, STAMMLER y JELLINEK. Cfe. GALLART FOLCH, A. *Las convenciones colectivas de...*, cit., p. 91 y ss. También ver: De Ferrari, F. **Lecciones de Derecho del Trabajo**. T. IV, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mdeo., 1964., p. 377 y ss. y De la Cueva, M. *El contrato colectivo en la nueva Ley Federal de Trabajo de México*. In: *Estudios en Memoria de Francisco De Ferrari*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mdeo, 1973, cit., p. 401 y ss.

³Cuatro corrientes jurídicas fundamentales que se desarrollaron en las tres primeras décadas del siglo XX, tienen gran importancia en la explicación de la naturaleza del convenio

terísticas del ordenamiento laboral, que pasa a ser concebido como un sistema complejo de normas que reconocen orígenes diversos. Algunas de esas normas provienen de una fuente heterónoma, es decir, son dimanantes de la autoridad estatal. Otras, en cambio, tienen un

colectivo. Se trata del “objetivismo solidarista” de Leon DUGUIT; el “institucionalismo jurídico”, de Maurice HAURIUO; el “normativismo” de Hans KELSEN y el “espontaneísmo jurídico-social”, de EHRlich y GURVITCH. Todas estas corrientes prestaron especial atención al fenómeno del convenio colectivo. Así, por ejemplo, DUGUIT, en su célebre conferencia sobre *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón*, dictada en 1911 en Buenos Aires, decía que “El contrato colectivo es una categoría jurídica absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales del Derecho Civil. Es una convención-ley que regula las relaciones de dos clases sociales. No es un contrato que produzca obligaciones especiales, concretas y temporales entre dos sujetos de Derecho. Es una ley que establece relaciones permanentes y duraderas entre dos grupos sociales; el régimen legal según el cual deberán pactarse los contratos individuales entre los miembros de estos grupos. He ahí el verdadero punto de vista. He ahí cómo se podrá resolver la dificultad y hacer la teoría jurídica del contrato colectivo” (**Las transformaciones del Derecho**, Heliasta, Bs. As., 1975, p. 81 y ss., cit. por MONEREO PÉREZ, José Luis. **Estudio Preliminar Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho**, de la obra de Gallart Folch, A. **Las convenciones...**, cit., p. LI. Por su parte, HAURIUO, al concebir la noción de la Institución, reconoce que “poderes organizados” no necesariamente pertenecientes al Estado, pueden tener la capacidad de crear Derecho (**La teoría de la institución y de la fundación. Ensayo de vitalismo social**, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, p. 48). A partir de estas ideas de HAURIUO, otros autores franceses institucionalistas, como CUCHE y GOUNOT, hablaron del convenio colectivo como una “institución-regla” o se refirieron al instrumento como el estatuto de una institución cuya base social es la agrupación productora. Hans KELSEN, opinaba que el convenio colectivo se ubicaría en un grado intermedio entre acto individualizado y ley (acto normativo), “no sólo porque estatuyen normas generales bajo la forma convencional, sino también porque el principio de la autonomía típico para el acto jurídico, es en ellos francamente relegado a un segundo plano por el principio de la heteronomía, característico de la ley” (la expresión autonomía se toma en sentido que sólo alcanza a los pactantes y heteronomía, como creación de reglas que alcanzan a terceros). El maestro vienés agregaba, además que entre el convenio colectivo y la ley “la diferencia es mínima. La convención colectiva asemejase profundamente a la ley. Ello significa que lo que predomina en esta clase de convenios no es el principio de autonomía, sino el principio de la heteronomía, específico de la ley” (**El contrato y el tratado analizados desde la teoría pura del Derecho**. Reimp. 1974. México: Nacional, 1943. p. 145 y ss., cit. por MONEREO PÉREZ, José Luis. **Estudio Preliminar. Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho**, de la obra de Gallart Folch, A. **Las convenciones...**, cit., p. LII y ss. En el caso de GURVITCH, señalaba que el reconocimiento de diversos órdenes jurídicos no era sino la confirmación de la soberanía jurídica de los grupos globales. El convenio colectivo pertenece al grupo de los ordenamientos intermedios de derecho social autónomo, pero con tutela estatal, lo que no supone, sin embargo, su inserción en el sistema de fuentes estatales, sino en el sistema constitucional pluralista de fuentes formales del Derecho (Cf. MONEREO PÉREZ, J. L. **Estudio Preliminar**, cit., p. LVI y ss.). También ver: SINZHEIMER, Hugo. *Teoría de las fuentes del Derecho y el Derecho obrero*. In: **Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique (1934-1935), Travaux de la première session. Le problème de sources du Droit Positif**, Paris, 1934, traducido por la Dra. María Inés Capucho.

origen autónomo y extraetático, que parte del reconocimiento de una potestad normativa a los actores sociales⁴. Las primeras fueron conformando una red normativa protectora y de garantías mínimas, indisponibles a la baja⁵. A las segundas, por su parte, tradicional-

mente se les adjudicó la finalidad de convertirse en instrumentos de progreso continuo de los beneficios de los trabajadores, mediante la superación negociada de los niveles mínimos establecidos por las normas heterónomas.

⁴Algunas teorías han pretendido explicar la naturaleza normativa del convenio colectivo señalando que la misma deriva de un reconocimiento estatal (teoría de la ley delegada, teoría del reglamento administrativo, etc.). Al respecto, GALLART FOLCH sostenía que era un error "...creer que el Estado o la administración pública confieran a los organismos sindicales, patronales y obreros, el poder normativo en virtud del cual éstos pueden regular, por mutuo acuerdo, las condiciones de trabajo dentro de una profesión u oficio". Para advertir dicho error, dice el autor, "No hay más que recordar el proceso evolutivo de las convenciones colectivas..." y al respecto sostenía que "...puede sentarse, sin temor a rectificación, la tesis siguiente: no es que los sindicatos patronales y obreros empezaran a regular las condiciones de trabajo en la profesión u oficio el día que recibieron ese encargo o delegación del Estado, sino que el Estado reconoció el valor jurídico normativo en las convenciones intersindicales cuando esta actividad era ya una realidad indiscutible" (GALLART FOLCH, A., op. cit., p. 121). El propio GALLART FOLCH cita a Georges SCELLE, cuando éste expresa: "Si analizamos con criterio realista las cosas constataremos que cada rama de la industria, cada fábrica, cada taller, se presenta como una especie de pequeña comunidad y persigue un fin social: una producción determinada. Cada uno de estos cosmos, pequeño o grande, tiene su organización propia, sus autoridades, su jerarquía, sus leyes, sus sanciones. En él tuvimos mucho tiempo una autoridad única: el patrono. Esa forma monárquica de la institución tiende a desaparecer por la participación de los gobernados en el poder. El grupo profesional participa en el régimen social de la empresa y todo eso se concreta en un instrumento convencional que apodan contrato colectivo, pero que es toda otra cosa que el contrato colectivo, pues es el conjunto de reglas que presiden a la producción, en una fábrica, en una industria, a veces en toda una rama de actividad del país" (*La loi de huit heures*. En: *Revue politique et parlementaire*, 1920, p. 27, cit. por GALLART FOLCH, A., op. cit., p. 121).

⁵BARASSI, Ludovico. *Tratado de Derecho del Trabajo*. T. I, Bs. As., 1953, p. 105; BARBAGELATA, H.-H. *Derecho del Trabajo*, cit., p. 129; DE LA CUEVA, M. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Penagos, 1967, p. 254; DEVEALI, Mario. *Orden público e inderogabilidad de las normas laborales*. En: rev. *Derecho del Trabajo*, T. XVII, Bs. As., 1957, p. 354; JEAMMAUD, Antoine. *La flexibilización del Derecho Laboral en Francia*. En: *Revista de Trabajo*, año I, n. 4, MTSS, set.-oct. 1994, p. 79; LYON-CAEN, Gérard. *La bataille truquée de la flexibilité*. *Droit Social*, n. 12, dic. 1985, p. 801; MENGONI, Luigi. *L'influenza del Diritto del Lavoro su Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto Amministrativo*. En: *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 45, año XII, 1990, 1; PLA RODRIGUEZ, Américo. *El orden público y el derecho del trabajo. Teoría y práctica en Iberoamérica*. En: rev. *Derecho Laboral*, T. XXIII, n. 119, p. 448 y ss.; SARTHOU, Helios. *Aspectos de la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*. En: rev. *Derecho Laboral*, T. XV, n. 86-88, Mdeo., mayo-dic. 1972, p. 359; SUPIOT, Alain. *Critique du Droit du Travail*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 109; BARBAGELATA, H.-H.; ROSENBAUM, J.; GARMENDIA, M. *El contenido de los convenios colectivos*. Mdeo: FCU, 1998, p. 55.

Este esquema fue perfilando un sistema de relaciones laborales adaptado al modelo productivo *taylor-fordista*, cuyos paradigmas han girado, en el ámbito de la relación individual, en torno a la idea de la protección del trabajador subordinado y en el ámbito colectivo, alrededor de un *convenio colectivo* asumiendo un rol esencialmente normativo, tendiente a desplegar una eficacia *erga omnes* y al que solamente se aceptaba validez en la medida que su contenido consagrara una mejora de las condiciones preexistentes (negociación *in melius*).

Así, el Derecho del Trabajo se desarrolló como un gran sistema coordinador de reglas jurídicas con origen proveniente fundamentalmente de la ley, del convenio colectivo y del contrato individual de trabajo. La forma en que se distribuyeran los contenidos jurídicos entre estas diversas fuentes, así como los criterios que se emplearan para articular el predominio de cada una de ellas frente a cada situación concreta, constituirían dos índices inequívocos para

mensurar el grado de *adaptabilidad* o *rigidez* del ordenamiento que se analizará⁶.

En cuanto al primero (forma de distribución de los contenidos entre las diversas fuentes) señala Goldín que *cuanto más nutridos sean los contenidos legales, más rígido – y probablemente (pero no necesariamente) más protector-será el ordenamiento; correlativamente, mayor será su flexibilidad cuanto mayor sea el desplazamiento de contenidos hacia las esferas de la autonomía colectiva y la autonomía individual*⁷. En cuanto al segundo aspecto

(pautas para la articulación entre las fuentes) tradicionalmente rigió el principio de la norma mínima, “...según el cual cada norma del Derecho del Trabajo es tope o piso mínimo para las normas de jerarquía normativa superior. De tal modo, la ley sólo podía ser despla-

zada por el convenio colectivo que estableciera condiciones más favorables para los trabajadores; a su vez, la autonomía individual sólo habría de prevalecer sobre el convenio colectivo o la ley en la medida de que reconociera derechos superiores”⁸.

“Así, el Derecho del Trabajo se desarrolló como un gran sistema coordinador de reglas jurídicas con origen proveniente fundamentalmente de la ley, del convenio colectivo y del contrato individual de trabajo.”

⁶BARBAGELATA, H-H; ROSENBAUM, J.; GARMENDIA, M. *El contenido de los...*, cit., p. 56.

⁷GOLDIN, A. *Evolución reciente del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*. En: **Libro de Ponencias de las 2as. Jornadas Uruguayas-Santafesinas de Derecho del Trabajo**, Santa Fé, Rep. Argentina, jun. de 1997, p. 419.

⁸Idem, p. 420.

Las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial se caracterizaron por un claro predominio de este paradigma garantista y protector⁹, lo que determinó que la disciplina evolucionara con una tendencia caracterizada por una cada vez mayor generosidad de sus normas. Hacia fines de los sesenta sólo podía pronosticarse una acentuación de dicha directriz progresiva¹⁰, al influjo de la búsqueda constante de una mayor justicia social.

Pero en la década de los setenta la economía mundial se vio sacudida por el inicio de una crisis de grandes proporciones, que con el tiempo demostraría tener rasgos estructurales. La conjunción de otros factores -sociales, culturales, ideológicos- comenzó a socavar las bases sobre las que se asentaba el paradigma del *Estado de bienestar* y determinó el inicio de una etapa de *hiper-valoración* de lo económico en detrimento de lo social. Las profundas y muy aceleradas transformaciones tecnológicas que se fueron produciendo en los siguientes años, completaron el panorama, provocando la aparición de nuevas formas de organización del trabajo y determinaron una globalización del

mercado, de dimensiones y características sin precedentes. El mundo del trabajo sufrió directamente el impacto de estos revolucionarios cambios, y a su vez comenzó a dejar de manifiesto sus propias y drásticas transformaciones¹¹.

Los procesos de fuerte *desindustrialización*, el surgimiento y desarrollo de nuevos tipos de actividades (por ejemplo, en el sector terciario de la economía), determinaron, o bien la atracción hacia ellos de los trabajadores en condiciones de insertarse en las nuevas tareas o, directamente, la exclusión del mercado de trabajo de quienes no lograron hacerlo. Cualquiera de estas dos alternativas, sumadas a la marcada tendencia hacia la desconcentración empresarial, provocaron la *desestructuración* de la *clase trabajadora clásica*, que fuera el insumo básico de los sindicatos y eslabón indispensable de la estructura del Derecho del Trabajo¹².

Nuevas relaciones de fuerza comenzaron a suscitarse entre los sindicatos y las empresas. Estas últimas, en posición de predominio bastante evidente, quedaron en inmejorables condiciones de utilizar – a veces por necesidad, otras, por simple conveniencia- diversos

⁹Período al que Fourastié llamó “los treinta gloriosos”. FOURASTIÉ, Jean. *Les trente glorieuses ou La Révolution invisible de 1946 à 1975*, París: Librairie Arthème Fayard, 1979, cit. por BRONSTEIN, Arturo. *La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles para un debate*. In: rev. *Derecho Laboral*, T. XXXII, n. 153, Mdeo, 1989.

¹⁰SARTHOU, Helios. *Aspectos de la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*. Rev. *Derecho Laboral*, T. XV, n. 86-88, 1972, p. 375.

¹¹Así, por ejemplo, el ingreso masivo a la oferta de trabajo de contingentes otrora apartados del mismo - como mujeres y jóvenes-, la proliferación de contrataciones atípicas, la generalización del trabajo a tiempo parcial, la preferencia por las contrataciones a término, las nuevas modalidades de trabajo parasubordinado constituyen fenómenos provocadores de una fuerte segmentación del mercado laboral. GIUGNI, Gino. *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 30, Milán, 1986, p. 329.

¹²SPYROPOULOS, Georges. *Problemas actuales del sindicalismo en el mundo*. *Revista del Trabajo*, Bs. As., 1991.

argumentos con capacidad para hacer aflorar los más severos temores de los trabajadores: riesgos de cierre, pérdida del trabajo, desempleo, oferta de trabajo que supera holgadamente a la demanda, etc. Esto les permite conservar y mejorar una posición notoriamente prevaleciente en el escenario de las relaciones laborales¹³.

Hacia el final de lo que Eric Hobsbawm ha llamado el siglo XX corto (que según este historiador, coincide con la caída del muro de Berlín¹⁴), el paradigma inspirado en la *ética juslaboralista* comenzó a ser desplazado por el predominio de una drástica *ética mercantil* que impuso el *modelo neoliberal* o *posmoderno* en el sistema de relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo¹⁵. El éxito del neoliberalismo implicó el triunfo de una serie de valores asociados al mismo (*antivalores*, en la perspectiva laboralista) que alcanzaron a provocar un efecto cultural de *desconsideración*, *desvalorización* o *descenramiento social* del “valor trabajo” y a su vez, este efecto ideológico

provocó consecuencias en el plano jurídico: la *flexibilización* o *desregulación* del Derecho laboral¹⁶.

En este escenario, el Derecho del Trabajo quedó ubicado – una vez más– en el centro de la polémica, al afirmarse que los instrumentos que la disciplina generó con la finalidad de proteger al trabajador de las condiciones inhumanas de las factorías surgidas con el desarrollo de la revolución industrial, son en la actualidad, elementos anacrónicos y escollos frente a los intentos por mejorar los niveles de empleo¹⁷.

“El nuevo modelo comienza a exhibir un abandono de la función preponderantemente normativa y reglamentaria, que hacían del convenio colectivo una fuente formal y material de la regulación de condiciones de trabajo y salariales y, en cambio, la negociación asume cada vez más un importante papel *extra* o *para-normativo*, habiéndose convertido en instrumento de cogobierno de las relaciones industriales y la gestión (como método de dirección) de la empresa.”

Desde luego, a la negociación y el convenio colectivo también resultaron adjudicatarios de importantes papeles en las propuestas flexibilizadoras. Éstos implican, desde luego, poner en práctica una transformación de sus roles tradicionales, así como de sus

contenidos típicos.

El nuevo modelo comienza a exhibir un abandono de la función preponderantemente normativa y reglamentaria, que hacían del convenio colectivo una fuente for-

¹³ERMIDA URIARTE, Oscar. *El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo*. In: rev. **Derecho Laboral**, T. XXXIV, n. 164, Mdeo, 1991, p. 615 y ss.

¹⁴HOBBSAWM, Eric. **Historia del siglo XX**. 2. ed. Biblioteca E.J. Hobsbawm de Historia Contemporánea. Bs. As.: Grupo Editorial Planeta, 2001. p. 7.

¹⁵ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ética y Derecho del Trabajo*. In: **Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez**. FCU, 2004, p. 19. ACKERMAN, Mario. *De ganadores y perdedores. (Para pensar la reconstrucción)*. In: **Evolución del Pensamiento Juslaboralista**. Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata. Mdeo: FCU, 1998. p. 25 y ss.

¹⁶ERMIDA URIARTE, Oscar. **La flexibilidad**. Mdeo: FCU, 2000. p. 21 y ss.

¹⁷ERMIDA URIARTE, O. **La flexibilidad**, cit., p. 17 y ss.; JEAMMAUD, Antoine. **La flexibilización...**, cit., p. 80; SOUBIE, R. *Après les négociations sur la flexibilité (III)*. **Droit Social**, n. 4, Paris, 1985, p. 291.

mal y material de la regulación de condiciones de trabajo y salariales y, en cambio, la negociación asume cada vez más un importante papel *extra o para-normativo*, habiéndose convertido en instrumento de co-gobierno de las relaciones industriales y la gestión (como método de dirección) de la empresa.

Con creciente intensidad, adquieren relevancia los aspectos preventivos y componedores del conflicto y las modalidades participativas y compromisorias de los trabajadores y sus organizaciones, con los intereses de la empresa. Así, la negociación pasa a tener en cuenta, no sólo una distribución equitativa de la renta a través de las tarifas salariales y de otros beneficios laborales, sino también la eficacia y la competitividad de las empresas, condicionando una suerte de actitud co-participante (y hasta «*asociada*», en cierto modo) del sindicato y de los trabajadores, en lo que respecta al aseguramiento de niveles compatibles de tutela de los intereses colectivos e individuales, con los grados de eficiencia y competitividad que impone la realidad globalizada, para posibilitar la subsistencia de la empresa y, a través de ella, de los puestos de trabajo que ésta puede sustentar y generar.

Uno de los efectos inmediatos que este nuevo estado de situación suele producir, consiste en el

enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva, fundamentalmente en temas y aspectos que antes no eran abordados y que hoy se tornan necesarios y, hasta se diría, indispensables para las partes, confirmando que *La negociación colectiva rica tenía unos contenidos pobres, mientras que la negociación colectiva actual, menos generosa que aquella, presenta unos contenidos materiales más completos*¹⁸. Esta ampliación de los contenidos se expresa, por un lado, en tratamientos novedosos a determinados contenidos tradicionales (por ejemplo, individualización de los salarios y sujeción de los mismos a la consecución de determinadas metas productivas) y, por otro, en hacer ingresar materias nuevas, desconocidas o marginadas (por ejemplo y entre otras, la formación profesional¹⁹).

Otro aspecto de la negociación colectiva que se ve seriamente afectado como eslabón en el sistema de fuentes, es el que se vincula con su proclamada tendencia unidireccional, que – según se ha señalado– suponía la superación de las insuficiencias de la contratación individual por la obtención de mejoras y progresos continuos para los trabajadores, a través del acuerdo colectivo de condiciones siempre más beneficiosas. Al respecto, con gran acierto señalaba Romagnoli hace ya más de una década que... *la desregulación compor-*

¹⁸SUPIOT, Alain (Coordinador) y otros. **Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 157.

¹⁹GARMENDIA ARIGÓN, M. **Derecho del Trabajo y Formación**. Mdeo: Cinterfor-OIT, 2003. p. 132 y ss.; ERMIDA, O.; ROSENBAUM, J. **Formación profesional en la negociación colectiva**. Mdeo: Cinterfor-OIT, 1998; ROSENBAUM, J. **Negociación colectiva sobre formación profesional en los países del MERCOSUR, Bolivia y Chile**. Mdeo: Cinterfor-OIT, 2000; BARRETTO, Hugo. **La obligación de formar a cargo del empleador. Una relectura del derecho del trabajo en clave de formación**. Mdeo: FCU., 2001. p. 119 y ss.; BARBAGELATA, H-H; ROSENBAUM, J.; GARMENDIA, M. **El Contenido de los...**, cit., p. 90-92.

ta no tanto una disminución de reglas, cuanto antes bien una calidad diferente de las relaciones entre sus fuentes, las cuales - haciendo disponible, derogable y flexible lo que el Derecho del Trabajo tradicional ha hecho indisponible, inderogable y rígido - se disponen a escribir su anti-historia²⁰.

Es así que la relación *ley - convenio colectivo*, antes regida exclusivamente por el criterio de la *norma más favorable*, ha comenzado a cargarse de una mayor complejidad, al adquirir, ... además de o en lugar de la función tradicional de mejora de las condiciones de trabajo (...) una función de adaptación de tales condiciones a las necesidades de competitividad y flexibilidad de las empresa²¹.

La tendencia a la aceptación de negociaciones a la baja o *negociación de concesiones* (como la que implica pérdida de beneficios, rebaja del salario o afectación de la estabilidad laboral), constituye uno de los indicadores de la crisis por la que atraviesa la función de mejoramiento progresivo de las condiciones salariales y de trabajo, inherente al convenio colectivo clásico.

En algunos casos, esta nueva y *complejizada* articulación entre la ley y el convenio colectivo ha sido expresamente habilitada por la norma legal, de tal suerte que la norma convencional viene a presentarse como una *alternativa* a la aplicación de aquella. Esta nueva forma de articulación *alternativa*, puede asumir expresiones diversas: en algunos casos, la ley autoriza expresamente la celebración de

acuerdos derogatorios; en otros, la ley adquiere un *carácter supletorio o subsidiario* respecto del convenio colectivo, en la medida que sólo se aplica en ausencia de este último; y en otros casos, la ley presenta un tenor *dispositivo*, es decir, consagra una regla o condición cuya eficacia práctica

queda supeditada a la existencia de un convenio colectivo que así la habilite²². Similares criterios también comienzan a aplicarse en la articulación entre los convenios colectivos de distinto nivel, de forma tal que los niveles más centralizados tienden a recoger acuerdos marcos, cuya aplicación queda generalmente supeditada a la negociación de empresa²³.

"Es así que la relación *ley - convenio colectivo*, antes regida exclusivamente por el criterio de la *norma más favorable*, ha comenzado a cargarse de una mayor complejidad, al adquirir, ... además de o en lugar de la función tradicional de mejora de las condiciones de trabajo (...) una función de adaptación de tales condiciones a las necesidades de competitividad y flexibilidad de las empresa."

²⁰ROMAGNOLI, Umberto. *La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo*. In: **Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad**. Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 1994.

²¹SUPIOT, Alain (Coordinador) y otros, **Trabajo y Empleo**, op. cit., p.153.

²²SUPIOT, Alain (Coordinador) y otros, **Trabajo y Empleo**, op. cit., p.154.

²³Ibidem. Cabe señalar que esta nueva lógica de articulación entre *convenio colectivo* y *ley* y de convenios colectivos de distinto nivel, ha tomado cuerpo incluso en países como Uruguay, donde el Derecho positivo no ha habilitado procedimientos de negociación colectiva de desmejoramiento o flexibilizadora y donde, más allá de los debates doctrinarios, las situaciones concretas que se han plasmado en tal sentido se han caracterizado por operar por la vía de los hechos. BARBAGELATA, H-H; ROSENBAUM, J.; GARMENDIA, M. **El Contenido de los...**, cit., p. 68 y ss.

Esta última tendencia se encuentra claramente en línea con las corrientes revisionistas del Derecho del Trabajo, que sostienen que las nuevas realidades del trabajo en el mundo actual, determinan la inconveniencia de las normas con vocación de gran generalidad y abstracción y, al contrario, ambientan la necesidad de una negociación colectiva desarrollada en los niveles más cercanos al puesto de trabajo concreto.

Apreciado desde una óptica positiva u optimista, el camino de la disponibilidad colectiva puede presentarse como un mecanismo contemporizador entre el garantismo social exacerbado y la desregulación impuesta de manera unilateral y *salvaje*²⁴. De este modo, puede visualizarse como una opción que promueve la participación de los actores sociales, quienes así evitan quedar al margen de las decisiones sobre temas que los involucran y, además, pueden negociar compensaciones, posibilidad que – naturalmente – queda excluida cuando la flexibilización es impuesta unilateralmente por el Estado²⁵.

La apertura de la mentada *complejización* de las relaciones entre la ley y el convenio colectivo (habilitando las opciones de articulación alternativa: derogación, supleto-

riedad y dispositividad; en lugar de la clásica exclusivamente basada en el sobrepajamiento y conservación) también pueden abordarse como una técnica que pone en práctica la consulta a los interesados, en congruencia con las normas internacionales que promueven el tripartismo, la negociación colectiva y la acción sindical.

Desde luego, esta visión indulgente o *dulcificada* del fenómeno, suele soslayar los riesgos que tiene el ejercicio de esta autonomía colectiva carente de todo margen o referencia mínima proveniente de la ley, en contextos de debilidad sindical o en aquellos sistemas de relaciones laborales donde la negociación colectiva o los medios de autotutela no logran desenvolverse suficientemente (realidad que, obvio es decirlo, es habitual en América Latina).

Para finalizar, una referencia a la naturaleza normativa del convenio colectivo y a las perspectivas de su inserción en el sistema de las fuentes del Derecho del Trabajo en el futuro.

Hoy parece estar consolidada la conceptualización del convenio colectivo como una norma jurídica que reconoce un origen y fundamento autónomo del estatal, que así viene a confirmar la complejidad

²⁴ Modalidad esta última que, según ERMIDA URIARTE, ha prevalecido en América Latina. Cfe. ERMIDA URIARTE, O. **Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XX**. Lima: Justicia Viva y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003. p. 13.

²⁵ VEGA RUIZ, María Luz. *Las medidas de compensación en los programas de ajuste estructural. La función del derecho del trabajo ante los cambios económicos*. Revista **Relasur**, n. 6, Mdeo., 1995, p. 114 y ss.

que actualmente caracteriza a las fuentes del Derecho y de la que da cuenta Ferrajoli²⁶. Sin embargo, esto no significa que el convenio colectivo tenga una existencia autárquica respecto del sistema normativo proveniente del Estado, sino que junto con éste se integran en un sistema constitucional unitario, erigido, no ya a partir de elementos de tenor meramente formal, sino sobre la base de "...un conjunto de principios y valores constitucionales superiores, sobre los que, a pesar de todo, existe un con-

senso social suficientemente amplio"²⁷.

Seguramente, será a partir de esta concepción sustentada en principios y valores esenciales (entre los cuales, naturalmente, la negociación colectiva tiene un lugar) que el sistema jurídico de composición compleja, encontrará una explicación adecuada para el convenio colectivo.

Montevideo, abril de 2007.

²⁶FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 28 y ss.

²⁷ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995. p. 40 y ss.