

La autonomía colectiva ¿es autonomía de quién?*

Por Luis Ramírez Bosco

1. Los orígenes de la cuestión

1. Desde que las convenciones colectivas pasaron a ser objeto de estudios organizados, y especialmente —por razones que luego se explican— después de mediados de la década de los cuarenta, el tema teórico crucial fue el de su naturaleza jurídica, al cual se dedicaron esfuerzos que, según parece ahora, no es seguro que hayan sido proporcionadamente provechosos.

Vistas las cosas con la perspectiva que da el tiempo pasado, resulta bastante claro que la cuestión no era algo que se presentase espontáneamente, como una inquietud teórica, ni siquiera algo que sólo se hiciese necesario considerar por lo novedoso del instituto, como tantas veces las novedades jurídicas precisan de esta clase de especulaciones para establecer el contexto más abarcativo en que se ubiquen las nuevas normas, en base al cual se pueda apoyar su interpretación y el llenado, por analogía, de sus vacíos.

2. Con los convenios colectivos, el tema conflictivo, en concreto, siempre fue el de su

obligatoriedad, entendido esto como el de su obligatoriedad generalizada, o de la necesidad de encontrar una respuesta a por qué sus disposiciones, que no eran leyes (normas estatales), podrían vincular a trabajadores y empresarios no firmantes ni afiliados a las organizaciones firmantes, “terceros” en los términos del derecho común respecto del acuerdo que los obligaba⁽¹⁾. Y ello cuestionado en medio de un panorama en que los convenios de aplicación generalizada nunca fueron una excepción, según lo que alguna vez señaló BARRAJO DACRUZ⁽²⁾, en sentido de que no existe un convenio colectivo que no nazca, por lo menos, con vocación de ser aplicado generalizadamente, característica resistida al principio por la doctrina y en los hechos, y que seguramente no resultó tan clara en los comienzos, pero que de todos modos estaba, por decirlo así, en la naturaleza de las cosas.

(1) DEVEALL, en *Derecho Sindical y de la Previsión Social* (ed. Zavallía, Bs. As., 1957, p. 151), dice que el problema de la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas sólo existe cuando alcanzan eficacia obligatoria generalizada.

(2) La explicación de BARRAJO DACRUZ la tomé de una conferencia suya, en Buenos Aires, hace unos veinte años. No la he visto en las obras suyas de que dispuse.

(*) El presente trabajo es parte de un libro de homenaje a JUSTO LÓPEZ, en vías de publicación.

Pero justamente por ser así, la cuestión era: ¿por qué o cómo, las normas convencionales alcanzan a ser aplicadas con "generalidad" (y abstracción), "como las leyes"?

3. También produjo una evidente perplejidad doctrinaria el hecho de que, en una realidad que la teoría necesitaba no sólo explicar sino también convalidar, las normas convencionales colectivas se aplicasen con preferencia por sobre las estatales, siendo que estas últimas tendrían más jerarquía normativa y por lo tanto, en principio y según las categorías usuales y conocidas, también prioridad de aplicación.

Y por último, tampoco era fácil de contestar el porqué de que estas disposiciones de los convenios colectivos fuesen "inderogables", o más bien, quedasen indisponibles para los acuerdos individuales de trabajadores y empresarios, por más que esta cuestión parece ser la que más rápidamente se extinguió sin dilucidar (sin necesidad de ser dilucidada teóricamente) en cuanto a esa inderogabilidad la dispusieron normas públicas facultadas para decidir algo así, y por lo claro de que de no ser así —de no ser "inderogables" las normas convencionales colectivas— carecería de cualquier sentido práctico y de utilidad todo el trabajoso mecanismo jurídico de protección que contiene la habilitación del actuar colectivo de los trabajadores.

4. Por su parte el tema de que las normas convencionales se aplicasen (se apliquen) con preferencia sobre las legales, tomó otro camino teórico.

A éste se lo encaró con las ideas o explicaciones sintetizadas (no necesariamente consolidadas) en el principio (que no es más que un modesto mecanismo para resolver la concurrencia de estas dos clases de normas) conocido como el de "la norma más favorable", que no parece ser más que un nombre puesto a lo que necesariamente debió ser y era así en los hechos (si no ¿para qué los convenios colectivos?) sin perjuicio de que, por su lado, esta idea mostró una conflictiva tendencia a exorbitar el problema del cual era solución.

Pero lo cierto es que superadas las cuestiones de la inderogabilidad y de la preferencia en la aplicación, la cuestión de la naturaleza jurídica de los convenios colectivos, al fin, quedó reservada, en la teoría, a ser una vía para organizar el análisis de cómo es que se pudiese justificar para las disposiciones convencionales, una aplicación generalizada del tipo de la que es más conocida para las leyes.

2. El aporte de Justo López

5. Este tema fue el que tomó JUSTO LÓPEZ en un trabajo de 1971⁽³⁾, que a mi juicio siempre fue central en la literatura jurídica argentina sobre derecho colectivo del trabajo. Tan central y tan desprovisto de antecedentes comparables o computables, que creo también debiera ser considerado, entre nosotros, como un aporte fundacional, fuera de que resultó ser, en gran medida, definitivo⁽⁴⁾.

En su análisis, después de ubicar el problema con el nombre y del modo que vengo indicando ("¿cómo se explica que de un acuerdo entre particulares puedan surgir normas de aplicación general?"), lo que hizo LÓPEZ fue relevar y ordenar las respuestas, para así poder medir el mérito de cada una⁽⁵⁾.

(3) *Autonomía Privada Colectiva*, JA, doctrina 1971, ps. 269/281.

(4) Aunque sin explicarlo tan concretamente, esto es en parte lo que quise decir al señalar en la dedicatoria de "Para una introducción al derecho del trabajo", que todos estos años he estado trabajando sobre ideas que tomé de JUSTO LÓPEZ. Creo que en materia de derecho colectivo, partí de este artículo suyo al que estoy haciendo referencia y aunque puede ser que así esté extralimitando mi experiencia personal, no estoy seguro de que en el país se pueda trabajar sobre esta cuestión, no se si partiendo como en mi caso, pero por lo menos pasando seriamente por ese aporte magistral.

(5) En vista de que este artículo tiene el propósito de rendir homenaje a JUSTO LÓPEZ, hago un señalamiento que de otra manera podría ser sobreaabundante. Lo que quiero señalar es que el maestro no sólo enseñó derecho entendido como ideas jurídicas, sino que también nos enseñó método, de un modo que no siempre se valora. Digo esto porque me parece más aprovechable que aprovechada la lección que fue implícita en el N° II de su artículo sobre la autonomía privada colectiva, cuando tituló "distribución de las respuestas" y

6. Ateniéndose a las presentaciones disponibles, el esquema del análisis fue (como sigue siendo cuando se trata de volver sobre estos temas) el de la opción entre las explicaciones "contractualistas" (o, si se quiere, "privatistas") y las que equiparaban al convenio colectivo con la ley estatal ("publicistas" o de derecho público, dicho esto con bastante poca precisión); siempre tan insatisfactorias unas y otras, tanto que posiblemente fue por su insuficiencia argumental que, a falta en su momento de nada mejor, se abrieron camino las llamadas posiciones eclécticas, que nada resuelven, sintetizadas eficazmente en la tan difundida como posiblemente todavía predominante frase de CARNELUTTI, esa que sostuvo que los convenios colectivos tienen "alma de contrato y cuerpo de ley"⁽⁶⁾.

En todo caso, aquél fue un esquema de análisis tradicional, inevitable durante mucho tiempo y JUSTO LÓPEZ se atuvo a él.

3. Los contenidos del problema

3.1. Los contenidos reales y su difícil relación con la teoría sobre el problema

7. En su esencia, el problema original debe haber sido —como lo sigue siendo en alguna medida— más una cuestión de poder (de distribución de poderes sociales) que una jurídica. De lo que se trataba era de admitir, o de resistir la admisión, de que grupos pri-

así, como de paso, procedió a demostrar con un ejemplo difícilmente superable, como el método de las ciencias "blandas" (en particular la jurídica) debe consistir en un correcto planteo del problema (sin lo cual nada tiene un buen destino previsible) para luego relevar responsablemente las respuestas conocidas y/o posibles, distribuirlas en orden y al fin elegir entre ellas según su mérito.

(6) La tan difundida frase de FRANCISCO CARNELUTTI es más citada de lo que suele ser ubicada. LUDOVICO BARASSI, en su *Tratado de Derecho del Trabajo* (ed. Alfa, Bs. As., 1953), tomo I, p. 159, menciona la idea de CARNELUTTI (no la expresión) atribuyéndola a la *Teoría del regolamento collettivo*, p. 107 y a la misma obra remite JUAN DOMINGO POZZO (*Derecho del Trabajo*, ed. Ediar, Bs. As., 1951, tomo 4, p. 275), apoyándose a su vez en DE LA CUEVA. JUSTO LÓPEZ, ob. cit., p. 276, dice sobre esta frase de CARNELUTTI que "nada explica" LUDOVICO BARASSI (*Tratado de Derecho del Trabajo*, ed.

vados, sobre todo los de trabajadores, rompiesen con el monopolio que el poder normativo estatal tiene tradicionalmente sobre cualquier cuestión que sea de aplicación a muchos casos iguales, y participasen del dictado de normas laborales de aplicación general. Y añadido a esto, aceptar o no que esa admisión fuese necesaria para la protección de los trabajadores, concebida ésta como una necesidad social o general.

Se trataba, disimulado esto en planteos teóricos, de cuestionar que los sindicatos, por medio de los convenios colectivos, alcanzasen un poder normativo independiente en las materias del interés que representan, pero no presentado ello como una pretensión de los objetores para su propio beneficio o interés, sino como digo, como una cuestión relativa a la teoría jurídica, referida a las libertades individuales, sobre todo a las de los trabajadores.

8. Y pareciera que esta obscuridad del problema de hecho se consiguió trasladar a los planteos teóricos con que se lo trataba de canalizar, dando lugar a cuestiones innecesariamente complejas, que en lugar de avanzar hacia las soluciones más sencillas —que al fin y al cabo siempre estuvieron disponibles⁽⁷⁾— mostraron una natural tendencia a la desmesura, en la medida en que por complicados caminos jurídicos se tratase de llegar a distintos aspectos o presentaciones de la cuestión de la distribución del poder.

9. Un capítulo notorio de cómo ocurrió esto, desde mi punto de vista, es el de las

Alfa, Bs. As., Tomo I, p. 158) dijo, generalizando sobre las teorías intermedias o eclécticas, que son síntomas de las dificultades del asunto y el refugio nada seguro de quien no sabe decidirse". En mi *Convenciones colectivas de trabajo* (ed. Hammurabi, Bs. As., 1985, p. 21) sostuve que esta clase de terceras vías, lo que hace es dejar sin resolver el listado de problemas pendientes.

(7) DEVEALI, en su ob. cit. *Derecho Sindical...*, que como apunté data de 1957, en la pág. 153 ya decía que la representación generalizada se explica por el alcance que la ley da a la representación con que se negocian las convenciones colectivas, solución sencilla que, como señalé luego de nuevo, siempre me pareció la clave de esta trajinada cuestión. Pero DEVEALI señaló esto escuetamente, casi de paso, sin añadir explicaciones.

dificultades pasadas para aceptar que los convenios colectivos son actos propios de la autonomía privada, y que lo son, aunque más no sea, porque no hay otra alternativa espontáneamente disponible de explicación, frente al hecho de que leyes no son, porque no las dicta el poder legislativo (razón formal que me parece definitoria).

Se planteó contra la noción de autonomía aplicada en este ámbito, toda la larga cuestión sobre el porqué de su alcance obligatorio para "terceros" y, arrastrada por ésta, la cuestión terminológica de que no podía ser autonomía, si no había participación de los obligados (estos "terceros") en el establecimiento de la norma. Y no parece haberse advertido que si de hecho, los convenios colectivos alcanzaban esa obligatoriedad generalizada a la que necesariamente tendían, la cuestión no podía enderezarse acomodando este hecho a una doctrina que no lo explicase, sino al contrario, buscando una explicación también aceptable para lo que de hecho era así.

10. Otro capítulo destacado de cómo esta disputa por las competencias sociales se reflejó en la teoría jurídica elaborada sobre los convenios colectivos, aunque esta vez con una abstracción tal que pudo disimular casi completamente su relación con los hechos, fue el planteo de si las cláusulas convencionales eran o no verdaderas normas jurídicas: "en términos generales, una norma jurídica, en sentido propio (objetivo) sólo puede derivar de la ley, del uso, de la equidad o de un acto administrativo general". Del convenio colectivo sólo surgen relaciones jurídicas⁽⁸⁾.

La ley es fuente de derecho objetivo (es decir de normas de conducta) mientras que

(8) LUDOVICO BARASSI ob. cit., tomo I, p. 157, llamada 18, tomado esto como ejemplo de muchos autores que opinaron en igual sentido. BARASSI, escribía ese texto, según creo, a fines de la segunda guerra mundial o por lo menos gran parte antes de ese momento. G. BAYON CHACON, y E. PEREZ BOYLA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid 1967, p. 123) sostuvieron que la facultad creadora de normas, en los convenios colectivos, es de la relación entre las partes

el negocio es fuente de derechos subjetivos y de deberes, es decir, de relaciones jurídicas, idea que según dijo FERRI en su momento "...es todavía teoría dominante"⁽⁹⁾.

La idea, de todas maneras, no demostró ser de gran aporte para la posición de fondo que podía tratar de sostener, sobre todo porque es en último caso una idea equivocada, en tanto que trata de definir las normas jurídicas no por lo que les es esencial, que es la obligatoriedad (de la que participan los convenios colectivos), sino por una característica no decisiva (aunque sí conveniente), como es "la amplitud mayor o menor de la esfera de los destinatarios", característica "que no altera la naturaleza de la norma"⁽¹⁰⁾.

11. Con el tiempo y con la forma de evolucionar las cosas, me parece que se ha ido viendo esto de que gran parte de los planteos teóricos originales eran más difíciles que útiles. Si es que los errores en el caso se pueden sintetizar, creo que el defecto derivaba de una idea tan preconcebida como innecesaria, como lo es la de que sólo las leyes podrían lograr el tipo de aplicación al que alcanzaban (alcanzan) las convenciones colectivas, idea que me parece contraria a una realidad en la que las autonomías privadas ocupan todo lo que no toma, por excepción, el legislador estatal, pero que se debe reconocer que contiene directa o potencialmente temas de una abstracción casi ilimitada.

(9) LUIGI FERRI, *La Autonomía Privada*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, ps. 18/19, quien agrega que, a su juicio, esta idea "no resiste un atento examen". El autor recuerda que la distinción sobre esas bases de las normas y los negocios jurídicos, es una idea originaria de SAVIGNY, de quien cita su *Sistema de Diritto Romano Attuale*, 1886, p. 40. Mi impresión, que debo reconocer no es producto de una comprobación consistente, es que la distinción de SAVIGNY sigue siendo bastante de uso en la doctrina laboral española, aunque debo separar de esta impresión a ALONSO OLEA, para quien "el convenio colectivo de trabajo es primordialmente una norma (*Introducción al Derecho del Trabajo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1981, p. 332).

(10) FERRI, ob. cit., p. 41.

(11) Ver sobre esto, de WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho*, ed. Depalma, Bs. As. 1967, ps. 288 y 65. En esta última dice: "el reparto

12. En primer lugar, contiene la complicada cuestión jurídica de si, en general, entre la autoridad normativa pública y la autonomía privada, una u otra son la regla o la excepción⁽¹¹⁾, problema que, en esencia, me parece que no es susceptible de solución sino sólo de opinión, cuando no sólo de una impresión personal sobre cómo se perciba la realidad, por más que ni la opinión ni la mera impresión sean al fin y al cabo inoperantes, porque quiérase o no, la opinión que elige a la legislación pública como regla general, no puede sino terminar en una expansión inconveniente de la posibilidad o de la apreciación sobre la posibilidad estatal para intervenir en el establecimiento y funcionamiento de las normas autónomas. Es inevitablemente, una idea que tiende a algún grado de autoritarismo.

13. Y luego, si se abstrae más todavía, la antiquísima y aún más compleja contradicción entre los individuos por un lado y las organizaciones o la sociedad por el otro, cuestión sobre la que es todavía más claro que se pueden hacer juicios de preferencia —aún juicios muy comprometidos— pero no es posible contar con una demostración categórica de cuál sea la verdad⁽¹²⁾.

3.2. Otros contenidos jurídico-prácticos más inmediatos

14. Aparte lo anterior, que me parece es lo esencial del temario, la alternativa de explicación ley/contrato, contuvo desde el principio

autónomo es onticamente superior al reparto autoritario por la sencilla razón de que puede haber y hay grupos que viven sólo a través de repartos autónomos, mientras que no es posible ni imaginable que un grupo se desarrolle exclusivamente en pos de repartos autoritarios". También mi *Convenciones Colectivas de Trabajo*, cit. pág. 32, o FERRI, ob. cit., p. 158.

(12) El tema es permanente a través de la historia. Para defender la preferencia por la superioridad de las organizaciones, siempre pareció insuperable la síntesis de BRAQUE sobre las estructuras: "yo no creo en las cosas sino en las relaciones entre las cosas", trasladada ésta a la realidad de las relaciones por sobre la de las personas. De que la cuestión permanece, me parece que dan cuenta desarrollos recientes. MICHAEL HARDT en *Gilles De-*

algunas cuestiones más bien prácticas de no tanta complejidad, que se resolverían de una manera u otra según qué naturaleza jurídica se adjudicase a los convenios colectivos.

Sobre éstas, intenté un relevamiento en una obra fechada en 1985 y escrita a través de los dos o tres años anteriores. En esa lista se incluyeron las cuestiones de cómo tratar a la expresión de esta voluntad normativa, el tema de eventuales nulidades, el de la publicidad exigible o conveniente, los de su jerarquía normativa, retroactividad y métodos de interpretación. Y, naturalmente, el de su aplicación a los particulares⁽¹³⁾.

4. La autonomía privada colectiva como respuesta

15. De allí que al fin, puestas las cosas del modo que vengo explicando, era necesario optar entre una u otra naturaleza para las convenciones colectivas, y preferible como observación de la realidad —y por varias razones teóricas— la opción por su carácter de actos de autonomía privada; en su momento autonomía privada sin distinción, hasta que se consiguió diferenciar que hubiera variantes dentro de esta noción.

Pero siendo así, quedaban por superar los desajustes por los que pasaba la idea de la autonomía privada utilizada para explicar los convenios colectivos, fundamentalmente cómo es que siendo negocios privados, se puedan aplicar o puedan obligar a terceros. Y esto es lo que aportó la noción de autonomía privada colectiva desarrollada por JUSTO LÓPEZ.

No fue una idea original suya, en general, ni tampoco en Argentina⁽¹⁴⁾, pero su desarro-

leuze, un aprendizaje filosófico (ed. Paidós, Bs. As., 2004) sostiene que el objeto final de la contradicción que DELEUZE planteó respecto de HEGEL, tiene el propósito de refutar la noción del segundo sobre la superioridad ontológica de la comunidad sobre los individuos, repudiando el preformismo de la multiplicidad en la unidad (ob. cit., p. 55 y 66).

(13) *Convenciones Colectivas de Trabajo*, cit., p. 22.

(14) DEVEALI, en *Derecho Sindical...* cit., p. 155, al comentar la novedad incorporada por la Consti-

llo entre nosotros fue el primero y posiblemente el único que encaró realmente la cuestión. El aporte de JUSTO LÓPEZ fue, precisamente, el de desarrollar esta noción de autonomía privada colectiva, que si bien, como señalé, antes ya estaba mencionada en la doctrina, carecía en el país de explicación, no ya suficiente, sino, creo que de toda explicación, pese a que era la única alternativa teórica realmente disponible desde digamos, la década del 50.

16. Da la impresión de que —por lo menos entre nosotros— lo que pasaba o parte de lo que pasaba, es que siendo Italia y España los países de los cuales el nuestro tomaba más antecedentes jurídicos (normativos y científicos), en esos países rigió durante bastante tiempo un sistema jurídico "corporativista", que, en el fondo, facilitaba la explicación de las cosas por lo categórico de esa definición institucional, que se adaptaba por completo a las nociones más extremas sobre la función normativa excluyente del Estado.

En este tipo de regímenes las agrupaciones de trabajadores y empresarios, en conjunto, formaban una "corporación" de actividad, órgano de la comunidad, y, por lo menos en Italia, orgánicamente agregado a la estructura estatal. Y esta corporación estaba dotada del poder normativo que ejercía con forma de convenios colectivos que, de este modo, eran verdaderas leyes estatales (aunque dictadas por un órgano estatal encargado *ad hoc*, distinto del que se ocupa de dar la mayor parte de la legislación).

17. Y la contradicción se planteó cuando al caer el régimen corporativo en Italia al fin de la segunda guerra mundial, como parte del enfático rechazo de que fue objeto por la organización institucional que le siguió, la Constitución italiana de 1946 estableció que, de allí en más, los sindicatos, que pasaban a

tución italiana de 1946, cuando previó la existencia de convenios colectivos privados aplicables con generalidad, ya decía —aunque sin explicarse— que esto es una "solución nueva que responde al principio de autonomía colectiva", que atribuyó a SANTORO PASSARELLI.

ser organizaciones claramente privadas, celebrarían "contratos colectivos" de trabajo con eficacia obligatoria para todos los comprendidos en la categoría a la cual el contrato se refiriese (art. 39).

Creo que allí se planteó francamente la problemática luego incluida en el tema de la naturaleza jurídica y allí fue que apareció la necesidad de la respuesta de la autonomía privada colectiva.

18. Lo que explicó JUSTO LÓPEZ, sintetizando, es que una actividad, por más colectiva que sea, no por ello deja de ser privada si es que lo es, o sea, si no es orgánicamente estatal y si los intereses que persigue no son los generales o los públicos, sino privados. Que colectivo no quiere decir estatal, dicho esto con la consecuencia de que las normas colectivas no por ello dejan de ser normas privadas, sólo que colectivas y no individuales.

La noción de autonomía que explicó JUSTO LÓPEZ, ésta sí creo que luego bastante difundida, fue la tomada de SANTI ROMANO, según la cual autónoma no es la normativa soberana, sino la libre dentro del espacio definido por otra, de más jerarquía, de la cual depende en todo lo que no quede en libertad de decidir por su cuenta. Lo cual, me parece, sirvió a explicar como es que las partes colectivas podrían ser autónomas, por más que al fin su actividad estuviese sometida o regida por normas estatales.

19. Los convenios colectivos, según esta idea, son un producto de la autonomía de las organizaciones de trabajadores y empresarios, "partes sociales que actúan como órganos del grupo profesional y, para mayor complicación, actúan como órganos de intereses contrapuestos"⁽¹⁵⁾.

De modo que son privados porque no son estatales, y son colectivos porque no son individuales. Pero autónomos, al parecer, de nuevo lo serían sólo porque no son fruto de la autoridad estatal, pero no es seguro que en otro sentido.

(15) Ob. cit., p. 276

Según JUSTO LÓPEZ, "habría tres tipos de poder normativo: a) el autoritario público; b) el autoritario privado-poder normativo autónomo (autonomía colectiva); c) el no autoritario privado-poder normativo autónomo comercial o individual"⁽¹⁶⁾.

Y los convenios colectivos son actos (normativos) en que la autoridad normativa se ejerce respecto a un grupo no organizado ("el gremio") ... aunque con comunidad de intereses profesionales"⁽¹⁷⁾. Autoridad que es de las agrupaciones de trabajadores y empresarios actuando en conjunto, en carácter de grupo profesional, de actividad o de "gremio".

5. El agotamiento de la polémica

20. De hecho, la polémica sobre la naturaleza jurídica de los convenios colectivos se agotó entre nosotros poco después de publicado el trabajo de JUSTO LÓPEZ, se diría que a fines de los años '70. Pero se agotó sin dilucidar, en el sentido de que no es que se llegó a un consenso de ideas bien definido, que sirviese en lo sucesivo como principio indiscutido de la actividad práctica. Se agotó, creo, más bien porque los hechos le hicieron perder interés práctico; algunos hechos referidos específicamente al tema, pero también los generales que en nuestro país, en los últimos treinta años, han sido de tal manera complejos, cambiantes, confusos y convulsionados, tan poco permanentes y tan poco continuados, que de por sí configuran un impedimento para la mayor parte de los desarrollos de explicaciones sobre una realidad que, al presentarse como si fuera caótica, nunca da la seguridad de que los elementos de hecho tenidos en vista para un desarrollo teórico, sean los necesarios y decisivos, y que no estén quedando influidos, reemplazados o modificados por otros nuevos, que en este momento no se alcance a ver o a relacionar o, por lo menos, de los que no se pueda discernir la importancia operativa.

21. Entre los hechos estables y específicos de la materia, la mayor parte de los temas

(16) Ob. cit., p. 272

(17) Ob. cit. P. 276

del listado de implicancias concretas visto más arriba, en 3.2., se fue resolviendo (si no se había resuelto ya antes) por disposiciones legales que lo definieron en un sentido u otro, lo cual hubiera limitado el valor de la especulación a dar algún fundamento para el juicio de acierto o desacierto que se hiciese sobre esas decisiones legales (por ejemplo, si el sistema legal de publicidad para los convenios colectivos se adapta mejor o peor a su naturaleza contractual).

22. E incluso, aunque esto no se haya advertido siempre así, lo cierto es que el ("gran") problema original también fue resuelto, bien o mal, por normas legales: si los convenios colectivos, siendo contratos, alcanzan a individuos no afiliados, ni mandantes de las organizaciones firmantes, es porque las leyes extienden la representación que ejercen los negociadores (esas organizaciones) hasta abarcar también a los no afiliados, que de esta manera —al estar representados en el negocio— dejan de ser "terceros" y pasan a ser partes con toda nitidez.

Y puesto que definir el alcance de una representación es siempre algo más o menos discrecional para el legislador, nada categórico se puede objetar a esta decisión legal, en sí misma, siendo que además, con ella, el legislador no hace sino adecuarse a las necesidades funcionales de la concertación de convenciones colectivas que garantiza la Constitución Nacional.

23. La jurisprudencia, por su parte, también aportó un elemento decisivo a esta manera de evolucionar las cosas, porque no es sólo que no registró casos en que se aceptase a cualquier efecto la ilegitimidad (sobre todo constitucional) de que los convenios colectivos abarquen a no afiliados, sino que convalidó las imposiciones económicas, en los convenios, a favor de los sindicatos y a cargo de no afiliados ("cuotas de solidaridad"), que es el punto de mayor fricción del sistema⁽¹⁸⁾.

(18) CSJN, 12/04/72, "Potenze c. Fec", DT 1972-579. Recuerdo que la solución del caso no tomó directamente la cuestión del alcance válido de los convenios colectivos o de los "propios y terceros".

24. Y puestas así las cosas, la discusión sobre quiénes son partes o terceros respecto del convenio colectivo (sobre su naturaleza jurídica) o perdía contenido o perdía interés, si no es que ya estaba, de hecho, resuelta a los efectos reales con que se la plantease.

Llegado este punto, parece no haber tenido mayor utilidad el seguir cuestionándose sobre el carácter público o contractual de los convenios colectivos y la polémica teórica cesó, como en general frena la teoría cuando no es necesaria para ninguna causa concreta. Quedó, posiblemente, como beneficio colateral de este desarrollo más favorable a la explicación de los convenios colectivos como actos de autonomía privada, un aporte para quienes preferimos ver a los individuos privados como realidad prevaleciente y a la sociedad como una organización que les debiera ser funcional.

6. Lo que debía seguir (la pregunta pendiente)

25. Con haber llegado a la explicación de la autonomía privada colectiva, la doctrina nacional quedó, en el momento en que se detuvo, en un estado compatible con la evolución en otros países cuyos estudios aquí se aprovechan. Y esto ya era mucho.

Lo que desde mi punto de vista faltó, o hubiera sido preferible que se hiciera expre-

pero que implicó necesariamente la validez de estas cláusulas "de solidaridad" al sostener la CSJN en la solución explícita, que lo que no podía hacerse es desarmar un convenio sacándole partes (en el caso, esta cuota de solidaridad) porque el convenio, como todo contrato (o, se diría, como toda norma) tiene una economía o un equilibrio interno que no es posible ni útil alterar con modificaciones parciales, que pierdan de vista la totalidad del negocio. El criterio, se sabe, tuvo bastante curso en la jurisprudencia de todos los niveles y es una idea muy sensata y poco discutible, pese a que si hay algún caso en que su aplicación sea dudosa, es precisamente el de las cuotas de solidaridad, porque éstas, en cuanto negocio entre los sindicatos y los trabajadores, no son en realidad parte del todo negociado contenido en el convenio colectivo, que es un intercambio sinalagmático entre sindicatos (o trabajadores) y empresarios y no entre los negociadores con sus representados.

so, fue aclarar cuál se tenía en vista como la función que la autonomía cumple para el ordenamiento jurídico, porque esa aclaración conduce bastante naturalmente a despejar dudas o errores en esta materia. Quiero decir que todo hubiera quedado más claro, si se recordaba expresamente que lo útil de la autonomía es que sirve para lograr el acatamiento espontáneo de las normas, por lo de que los obligados tienden a atenerse a lo que ellos mismos definieron y comprometieron. Pero esto, de tan elemental, es posible que se haya pasado por alto como algo que quedaba implícito.

26. En todo caso, planteadas las cosas como estaban, la pregunta que necesariamente seguía era sobre el agente o el sujeto de esta autonomía colectiva, punto que carecía de desarrollos utilizables porque no era el que habían encarado los estudios tradicionales, pese a lo útil que hubiera sido para solucionar su clásica pregunta de cómo es que los convenios colectivos se aplican a "terceros".

Este tema de quién es el titular de esta clase de autonomía, aparecía en el mejor de los casos sobreentendido, pero no siempre sobreentendido en un sentido discernible, igual o necesario, con lo cual es posible que se estuviese (se esté) en un margen importante de equívoco.

27. JUSTO LÓPEZ fue de los pocos en dar señales de que la cuestión existía y tenía mérito para una respuesta; y la resolvió del modo expuesto en las citas textuales de su trabajo, o sea, sosteniendo que la autonomía privada colectiva es autonomía del grupo profesional obrero-patronal, pero lo es (sólo?) en el sentido de que se trata de un poder privado, no estatal y por eso autónomo. Fuera de esto, según estas explicaciones es "autoridad normativa" que el grupo profesional ejerce con respecto a los trabajadores y empresarios individuales, idea que así expuesta, me parece que queda inocultablemente ligada a la explicación "corporativista" de la realidad, tal como se la concebía en este tipo de organización, con la diferencia de que el gremio, o la corporación, que en el sistema corporativista eran parte del gobierno o del Estado, en los

regímenes posteriores eran el mismo "gremio" o el mismo grupo bipartito, pero privado. Siempre con autoridad normativa, pero ahora privada y no estatal.

28. Decía JUSTO LÓPEZ que "el mismo SANTORO PASARELLI explica que para asegurar la eficacia del convenio colectivo incluso respecto de quienes no han manifestado la voluntad de adherir a él, o se crea una organización de derecho público, como ocurrió en Italia con el ordenamiento corporativo, o bien se instituye una especial organización de derecho privado..."¹⁹. Y esta organización especial del derecho privado, consistiría en dotar a una entidad "intermedia" (o a dos en conjunto) de un poder normativo capaz de obligar a los particulares.

29. Esta línea de ideas me parece, reitero, que quedaba más o menos atada al preexistente esquema corporativista, al menos en cuanto partía de la base de que no es posible establecer normas de aplicación colectiva, si el Estado no ejerce su poder normativo, o si no lo delega o deriva en un ente privado. Y no me parece que esto haya sido nunca una explicación valiosa o preferible, porque a lo que se llega con eso, es a poner en riesgo la eficacia de la noción misma de autonomía, siendo que lo que se trata de hacer, en derecho del trabajo, por medio de la admisión del actuar colectivo, es justamente preservar para este ámbito el uso de la autonomía, como efficacísimo ordenador de las relaciones privadas.

30. Lo que quiero decir es que, si con lo que se establecen los convenios colectivos es con el ejercicio de una o dos (para el caso esto es indiferente) autoridades normativas, así no se ve por qué se va a lograr el efecto de acatamiento espontáneo propio de las normas puestas por los mismos obligados, si en este caso no son en realidad los obligados los que ponen las normas. Ello, por más que

esas autoridades normativas sean privadas y que por serlo, se las llame autónomas.

Ni siquiera hace falta hablar de autoridad (bipartita o de dos a la vez) porque basta con que las normas de los convenios colectivos sean heterónomas para los obligados, para que ya no interese si son de autoridad o de qué, porque lo cierto es que si es así, se habrían perdido para el ordenamiento las ventajas de las normas autónomas en sentido propio.

31. Creo que si se precisase una demostración sobre que esto de la "autonomía / en realidad autoridad" de las corporaciones o gremios, no es parte necesaria ni funcional del mecanismo de las negociaciones colectivas (ni por tanto de una buena explicación sobre esto) la más a mano, en nuestro país, la proveen los hechos.

Ello porque si en los hechos es cierto —o en la medida en que lo sea— que los convenios colectivos se conciben y celebran entre nosotros, tantas veces, de tal modo que para la impresión de los obligados son actos ajenos (y de hecho, de una autoridad ajena), esto tendría que tender a quitarles las características propias de los negocios autónomos y a convertirlos en normas impuestas, que como tales se observarían sólo en cuanto no se las pueda evitar y por fuera de las cuales se negocien las verdaderas condiciones contractuales, colectiva o hasta individualmente.

O sea que, en la medida en que los hechos se acoplen a esta explicación un poco autoritaria, el sistema de convenios colectivos irá perdiendo rendimiento, como en último caso ocurre, opinión mediante, con todo el derecho colectivo del trabajo nacional, que tantos problemas tiene con la verdadera autonomía.

7. La respuesta pendiente

32. De todos modos estamos en que la doctrina nacional se detuvo una vez aceptado

(19) Ob. cit., p. 278. Cita de SANTORO PASARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 12ª edición, Nápoles 1960, p. 21. A SANTORO PASARELLI también le atribuye DEVEALI como ya se señaló, el origen de esta explicación de la autonomía privada colectiva.

(20) Sobre que DEVEALI adelantó hace muchos años esta idea que propongo en el texto, ver llamada 7.

que los convenios colectivos son actos de autonomía privada colectiva, sin estímulo en los hechos para seguir adelante con la especulación sobre quién es el titular de esta autonomía, en tanto que con ello, en los años setenta, no se hubiese servido a ningún propósito concreto.

Sin embargo creo que el hecho de que dilucidar quién es ese titular de esta autonomía no tuviese relevancia práctica a la vista, no quiere decir que si se consideraba la cuestión como un puro problema teórico, como tal no contuviese elementos de solución que permitieran salir del estancamiento doctrinario.

33. El elemento decisivo, como ya se señaló más arriba, era (es) el de la extensión de la representación ("generalizada") con que se celebran los convenios colectivos, o, en todo caso, el porqué de esa extensión, elemento que siempre estuvo a la vista, pero sin que se advirtiera —aún muchas veces hasta el presente— que es la clave de la explicación de todo el sistema. Lo decisivo para explicarse en este tema, es poner en claro que la representación que se ejerce al negociar colectivamente es generalizada, *erga omnes*, o como se la quiera llamar, porque la ley lo dispone así y porque sólo es útil en cuanto alcance más allá de la expresión formal de voluntad individual de los representados (o de algunos de ellos)²¹.

Pero al ser representación, en este caso sólo puede serlo de individuos²² con lo cual es tanto que cada individuo representado es eso, es parte y no tercero (respondiendo así a la cuestión de hecho original) como que el poder normativo que se ejerce así es, ahora sí,

(21) Las únicas alternativas disponibles a esta afirmación, son que se trata de representación de intereses y no de personas, o sea, de una figura jurídicamente informe más bien propia de la política o cuando más, del derecho político. O bien que el representante es en realidad "órgano" de una comunidad de hecho (el gremio) explicación posible pero visiblemente menos concreta y menos referenciada que la simple y mejor conocida de la mera representación.

(22) La idea del carácter individual, aunque de ejercicio colectivo, de la autonomía colectiva que se ejerce en la celebración de convenios colectivos, es

un poder autónomo, propio de cada persona obligada, ejercido a través de un representante (legal y no necesariamente convenido o encargado)²³.

34. La salvedad se refiere a que esta autonomía, por más que sea de cada persona, es de ejercicio necesariamente colectivo, porque sólo así sirve al propósito de proteger a los trabajadores, eliminando el disfuncionamiento de la autonomía individual en esta clase de negocios.

Señalamiento, éste, que puede parecer un poco obvio en el grado corriente de los conocimientos sobre la materia, pero no tanto en la medida en que se saquen de él algunas consecuencias, como ser que si la colectividad es el medio o el modo de proteger, siempre que el trabajador actúe colectivamente (cada vez) lo está haciendo con la protección requerida, y puede ser que otra protección, o un refuerzo mayor, sobren²⁴.

pariente de otras en otros capítulos del derecho colectivo del trabajo. Recientemente, NOEMI RIAL (su ponencia sobre libertad sindical presentada al Congreso Internacional sobre igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, abolición del trabajo infantil y libertad sindical realizado en Bs. As. Octubre de 2004, p. 2), parece sostener que la libertad sindical individual comprende la de que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, apoyándose en una sentencia del Tribunal Constitucional Español. Por mi parte, en *Derecho de Huelga*, ed. Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 41 y sgts., sostuve que el derecho de hacer o no hacer huelga es un derecho individual de trabajador, que lo que es colectivo es el derecho a declararla.

(23) Esta idea va en línea con la noción en la doctrina según la cual la autoridad normativa siempre responde a una función encargada al autorizado (por ejemplo, al gobierno para que mantenga el orden público) mientras que con la autonomía no es así, porque ésta funciona sin objeto predelimitado, sólo con los límites negativos que le fije el ordenamiento superior, del que depende (ver FERRI cit., p. 348 y sgts.). Quiero decir, en concreto, que en el derecho del trabajo, a la autonomía colectiva, no se le "encarga" proteger a los trabajadores (como hace al legislador el art. 14 bis CN), sino que, en su caso, hace eso por su propia dinámica, sin resultados exigidos por anticipado.

(24) Informe titulado *Más allá del empleo - Transformaciones del Derecho del Trabajo y su devenir en Europa*, de 1996, de ALAIN SUPLOT y otros

8. La utilidad práctica actual de la respuesta teórica

8.1. La conformación actual del conflicto, las soluciones disponibles y las ideas sobre ellas

35. Si la idea de que la autonomía privada colectiva es autonomía de cada trabajador (aunque ejercida colectivamente) es teóricamente correcta, seguramente como cualquier buena teoría se podrá trasladar con utilidad a una cantidad de cuestiones prácticas que no es posible prever por anticipado.

En líneas generales, creo que aportaría alivio al panorama del derecho colectivo del trabajo nacional, si es cierto que éste contiene más elementos autoritarios de los que sería preferible que tenga.

Pero si se trata de verificar su operatividad en cuestiones menos generales, es posible que el tema así como se desactualizó al agotarse la necesidad práctica a que atendía la cuestión de la naturaleza jurídica, readquiera ahora utilidad, para entenderse con el que probablemente sea el tema actual más concretamente conflictivo en materia de negociaciones colectivas.

36. Me refiero a la cuestión de los "ámbitos y niveles" de negociación y de la consiguiente "articulación" de los convenios colectivos, de la que da cuenta, para sólo tomar un ejemplo, el llamado *Informe Supiot*²⁵, que la describe como una explosión de las instancias y de los órganos de negociación (ahora plurales), por comparación con la situación preexistente, en la que se reconocía sin discusión un "centro privilegiado" (el de las negociaciones por actividad). Pluralidad de niveles que, a su vez, hace necesario reconsiderar el sistema de relaciones entre convenios de niveles distintos.

(25) Con esa norma del decreto 2284/91 se contradujo la jurisprudencia administrativa antecedente, que a falta de acuerdo en contrario optaba por la preservación del ámbito en que se hubiese negociado antes, criterio que luego prevaleció en alguna jurisprudencia judicial posterior a la reforma del decreto.

37. Entre nosotros, como se sabe, la cuestión apareció a principios de los noventa, siguiendo lo que parece ser una pauta de más o menos diez, quince años de retraso para que los fenómenos laborales universales ingresen en nuestro país. Apareció en el art. 105 del dec. 2284/91, cuando éste dispuso la libertad de elegir el nivel en que se quiera negociar, lo cual tenía naturalmente en vista una elección distinta de la tradicional convención de actividad²⁶; y luego siguió en 1998, con las inextricables normas de la ley 25.013, en 2000 con la conflictuada ley 25.250 y, finalmente hasta ahora, en 2004 con la ley 25.877.

Y si se tiene en cuenta que hasta 2000 —por más que no muy categóricamente— la jurisprudencia venía dando paso al criterio normal de preferencia por la norma posterior, al menos mi opinión es que lo que resultó ser lo más decisivamente perjudicial para el sistema jurídico nacional, fue el asumir que esto se debía legislar y que se lo podía hacer a discreción, dejando de lado ese criterio que venía formando la jurisprudencia. Lo cual se notó, subrayadamente, con la aparición de un capítulo sobre ámbitos, niveles y articulación, separado en las leyes, al que, una vez incorporado, se pudo o puede pensar en cambiarle sucesivamente el contenido, siguiendo los vaivenes del poder y de los intereses parciales.

38. En todo caso, el conflicto actual o potencial entre convenios colectivos de distintos niveles, siempre posible pero motorizado ahora por la pluralidad multiplicada, se presentó, o se presenta aún, sobre todo, por la coexistencia de las convenciones mayores —de actividad en los más de los casos— con las

(26) Sobre las proporciones entre convenios de empresa y de actividad puede verse, entre muchos, mi *Las normas sobre concurrencia de convenios colectivos* en TySS, 2000-951 y sgts. y en especial, p. 954 y otros trabajos allí citados. También los muchos y conocidos trabajos de CARLOS ALDAO ZAPPIOLA sobre este punto. En cualquier caso, conviene tener presente que aun cuando aumentó desde mediados de los noventa la proporción de convenios de empresa, éstos nunca comprendieron sino a una proporción menor del total de trabajadores convenionados.

menores (éstas generalmente de empresa), cuestión que de acuerdo con lo ya dicho, parece haber sido así en la mayor parte del mundo comparable, pero posiblemente exacerbada en Argentina, porque aquí, antes de los años 90, prácticamente sólo había convenios de actividad²⁷⁾ y éstos eran, de hecho, el correlato o el derivado de una estructura sindical con la que se preserva casi a ultranza y como cuestión más política que jurídica o "laboral", un fuerte privilegio a favor de las organizaciones de mayor tamaño.

39. El problema, en concreto, pareciera tener dos contenidos principales: uno, que como en las negociaciones a nivel de la empresa es inevitable encarar la realidad de las necesidades concretas de la producción, en éstas, al lado de mayores derechos de los trabajadores, es frecuente que aparezcan cláusulas que en el uso anterior —el de las convenciones sólo de actividad— se hubieran considerado demasiado concesivas²⁸⁾.

Y otro, que en las negociaciones por empresa, las que suelen separarse son las empresas más prósperas, con lo cual luego es difícil que las ventajas que obtengan los dependientes de éstas, se puedan trasladar al colectivo de dependientes de otras empresas menos dinámicas.

40. Lo primero es posible que sea un problema más serio para los negociadores que para sus representados o para las negociaciones mismas. Lo segundo, puede que sea algo inevitable cuando la economía se conforma de esa manera, pero para las negociaciones

(27) Se trata de las llamadas cláusulas "de flexibilidad", de las que, las más frecuentes, se refieren a la polifuncionalidad de los trabajadores, a sistemas de límites de jornada promediados, a remuneraciones variables o a las épocas o características para ejercer el derecho a las vacaciones.

(28) Por ejemplo, FERNANDO VALDÉS DAL-RE, en su *Nota sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*, publicada en la *Rev. Relaciones Laborales*, Madrid, marzo de 1995, en la p. 14 dice (con referencia a una reforma que estableció la indisponibilidad de la convención anterior vigente): "el propósito de la norma fue salvaguardar el modelo realmente existente o el que en cada momento se fuera constituyendo".

colectivas es un problema serio, porque debilita la capacidad negociadora general del colectivo de los trabajadores y por lo tanto, la eficacia misma del mecanismo de negociaciones colectivas.

41. De un modo u otro, una vez admitido que existe una diversidad de niveles de negociación colectiva en concurrencia y eventual conflicto, se hace preciso resolver cómo serán las relaciones —sobre todo la preferencia en la aplicación— entre unos y otros convenios.

Y de hecho, las soluciones disponibles para esta cuestión —las que de hecho se le han dado— han sido las de preferir la mayor sobre la menor o viceversa; la anterior sobre la posterior o viceversa; o bien la más favorable o las cláusulas más favorables, de cualquiera de las dos.

42. Estas distintas posibilidades sirven en la realidad a diferentes propósitos prácticos²⁹⁾, tales como el de fomentar un nivel negocial elegido o desalentar otro, o preservar una estructura negocial preexistente, o procurar su desaparición. Y siendo así, deben ser vistas, en primer lugar, como hechos (hechos normativos dispuestos para influir sobre la realidad en el sentido elegido) no discutibles como tales, por más que se pueda cuestionar el fin que se proponen o su eficacia para conseguirlo.

Lo que sí en cambio parece ser problemático o cuestionable, es el panorama de las razones que se dan para sostener estas soluciones prácticas, porque creo que es tan visible su precariedad teórica, que esto puede estar dando señales de que no todas son realmente posibilidades compatibles con el normal funcionamiento del mecanismo de las negociaciones colectivas, al que estas alternativas no siempre se pueden incorporar sin entorpecerlo más o menos. Esto se nota,

(29) Aunque esto tiene que ver más con las prácticas locales que con la teoría general, es el caso de tener en cuenta que, entre nosotros, es difícil asumir que se trate de autonomías distintas por lo de que la regla general es que sea el mismo sindicato el que celebre las convenciones de uno u otro nivel.

principalmente, en que los efectos no queridos o no buscados de cada una de estas medidas, pueden ser más o ser más ciertos que los procurados, sobre todo el efecto de inhibir las negociaciones colectivas, que nunca es el explícitamente propuesto.

Desde el punto de vista que se plantea en este trabajo (que creo es un punto de vista privilegiado para analizar este problema) de lo que se trata es de que todos esos mecanismos, lo que pueden poner en cuestión es el contenido de autonomía que realmente tengan los convenios colectivos.

43. En Argentina, el más pesante de estos métodos para regir la relación entre convenios colectivos de distintos niveles, ha sido el de dar una preferencia bastante categórica a la convención mayor. Ahora desde marzo de 2004, es así por una norma expresa (ley 25.877), pero antes, se diría que a lo largo de toda nuestra breve historia en la materia, por lo menos en los hechos como un implícito casi no analizado o como un sobreentendido sin mayores detalles.

Se trata, como ya se dijo, antes que nada de una adaptación del sistema de negociaciones colectivas a una estructura sindical fuertemente concentrada, por fuerza legislativa, desde el origen de nuestras normas sobre derecho sindical. Pero cuando se la trata de proveer de algún fundamento teórico, las razones para sostenerla son principalmente dos: una que las convenciones colectivas de mayor nivel tienen más jerarquía normativa que las menores; y otra que cuanto mayor sea el colectivo laboral, mayor es la protección al trabajador (que de eso se trata).

44. Lo de la mayor jerarquía de las convenciones mayores participa de ese carácter de sobreentendido no analizado, porque en cuanto se lo plantee con claridad, no es una idea demostrable ni, posiblemente, justificable: no parece que haya una razón teórica ni demostración posible sobre que unas convenciones colectivas cualesquiera, tengan necesariamente o "por naturaleza", más jerarquía normativa que otras, con la consecuencia de que esa mayor jerarquía —como es normal

en el sistema normativo—, dé lugar a una preferencia en la aplicación. No se ve forma de explicarse que el alcance de las convenciones colectivas tenga que ver o dé lugar a jerarquías distintas entre ellas.

45. En realidad, lo que es francamente difícil, en general, es encontrar una razón para justificar que una norma de igual fuente no pueda disponer de otra anterior de esa misma fuente, por más que una sea más general —se refiera a más sujetos comprendidos— y otra tenga menos alcance. Y allí creo que se llega al punto, porque esta razón teórica difícil de encontrar sería, en el fondo, que las convenciones de distinto nivel son actos de autonomía, pero de la autonomía de sujetos distintos, dado lo cual se puede pensar en jerarquizar unos por sobre otros. No importa, desde esta perspectiva, que la relación regida sea la misma y que sus sujetos de ambos lados (el empresario y el trabajador) sean los mismos, o sea, que si la regla que los rige es autónoma, no pueda ser producto sino de la única voluntad de los únicos interesados (obligados) que hay en esta relación; en todo caso, o pese a esto, se afirma en función de la cantidad de sujetos comprendidos, que son dos autonomías distintas o casi, si se quiere así, normas de "fuentes" distintas, susceptibles por ello de ser jerarquizadas entre sí.

Y si esto es, como me parece, un error, porque la autonomía es siempre la de los individuos —aunque la de los trabajadores ejercida necesariamente en colectividad— esta asunción de distintas jerarquías termina por ser la de algo teóricamente imposible.

Por lo demás, esta hipótesis de dos autonomías recíprocamente resistentes, choca, sin dar solución, contra las normas que se apoyen en esto para preservar la convención mayor, pero admitan la derogación de la menor por la mayor posterior, sin poder explicarse, en este último caso, por qué una norma pueda disponer de otra de distinta fuente.

46. Que la protección laboral crezca en proporción directa al tamaño del colectivo de los

trabajadores, es algo en principio cierto; pero es una verdad tan a la gruesa que sin algunas precisiones puede resultar no serlo tanto.

Ello porque si bien es cierto que la protección aumenta con el tamaño del colectivo laboral, también lo es —y necesariamente lo es al mismo tiempo— que la autonomía que realmente se puede incorporar en las negociaciones laborales colectivas (la del que puede acatar o no espontáneamente la norma), disminuye en proporción al tamaño de la colectividad. Lo colectivo, en la medida que aumenta, va con necesidad volviéndose para cada persona crecientemente heterónimo y esta es una contradicción propia de la cuestión que no es posible pasar por alto: la definición del tamaño de la colectividad negocial de los trabajadores debe combinar, del modo más equilibrado que sea posible, el elemento colectivo con la autonomía real. De lo contrario es posible que se logre un mecanismo de protección pero no un producto autónomo, y, en ese caso ¿para qué esto, si para hacer eso ya están las normas de fuente estatal?

47. Y es que en último caso lo propio del derecho del trabajo no es hacer crecer la protección indeterminadamente o hasta cualquier punto, sino sólo proveer una protección suficiente para reequilibrar la posición inferior de los trabajadores. Lo que aplicado a este tema, quiere decir que el requerimiento técnico en materia de derecho colectivo, es que el colectivo negociador sea capaz de compensar la insuficiencia individual del trabajador y no de que sea el colectivo más extenso posible.

Una protección mayor que la suficiente, se sabe, puede derivar, en general, más o menos en que la otra parte se resista a participar en la relación de que se trate; y en particular en que los empresarios retaceen su participación en las negociaciones colectivas, lo cual es cosa de ver si no es lo que pasa en los hechos, entre nosotros, en cuanto el sistema legal privilegia a las convenciones mayores.

48. Respecto de la posible preferencia que se dé a la convención anterior sobre la posterior, la razón usual para sostener esto es la del respeto por la autonomía con que se estableció la norma anterior, a la que se preserva durante su vigencia pactada.

Y de nuevo esto supone asumir que al establecer los dos convenios sucesivos se han ejercido dos autonomías distintas, no esta vez con jerarquías diferentes pero sí distintas entre sí, porque de otro modo no habría explicación que justifique inhabilitar al acto autónomo posterior, para que disponga de lo que estableció en un ejercicio anterior de su propia competencia normativa.

49. Y, por fin, con respecto a la alternativa de dar preferencia a la norma más favorable de entre las contenidas en convenios de distinto ámbito o nivel, esto es trasladar un mecanismo de relaciones entre normas que, como ya se dijo, se hizo necesario para explicar por qué las convenciones colectivas pueden regir por sobre las leyes. Pero que traído al ámbito de las convenciones colectivas entre sí, lo que hace es incorporar un elemento extraño a un procedimiento de protección donde lo protectorio es el actuar en colectivo y no una garantía acerca de qué contenidos se llegue con esta autonomía, una vez reforzada.

En realidad, esta preferencia por la norma más favorable, lo que hace es inhibir el ejercicio normal de la autonomía, que ya no puede así volverse sobre sus propias decisiones.

8.2. Conclusión: El sujeto de la autonomía colectiva y la concurrencia de niveles

50. En último caso, discernir si la autonomía colectiva es de cada individuo o de las organizaciones firmantes, es algo que, en primer lugar, depende nuevamente de la impresión espontánea o a simple vista que a cada uno le haga la realidad.

Pero si se trata de buscar elementos de comprobación sobre cuál hipótesis funciona mejor, lo cierto es que todo el complejo y contradictorio panorama argumental recién visto, entra en un orden espontáneo en cuanto se parte de la base de que la autonomía colectiva es autonomía de cada trabajador o de cada empleador, aunque ejercida, por necesidad, por el lado de los trabajadores colectivamente. Y esto es una importante señal sobre el acierto de esta forma de ver las cosas.

51. Pero además, a esa virtud teórica se suma como elemento de juicio decisivo, el ya

visto en sentido de que si esta autonomía no fuera, o no fuera en gran medida, la de cada individuo, no sería en realidad autonomía y esto no desde un punto de vista sólo idiomático o etimológico, sino en el sentido sustancial de que al faltar suficiente participación del obligado en el establecimiento de la norma, se puede perder, o perder en gran parte, la tendencia espontánea a su cumplimiento, que es para lo que debe servir la autonomía.

52. Es claro que se puede reemplazar en este desarrollo al "trabajador individual" por "el sindicato" (el gremio, o la organización que sea) de modo que si la "autonomía" es la del segundo, sea a éste al que satisfaga su participación en el establecimiento de la norma y el que tendería por ello a acatarla espontáneamente. Pero si es así, será cuestión de preguntarse si basta con el acatamiento espontáneo de las organizaciones firmantes, o si lo que se procura y necesita es el de los individuos. Porque si la cuestión es, como creo, esta última, la "autonomía" de las organizaciones para eso puede y suele no servir.

De modo que el fenómeno sustancial es el de los contratos individuales, en los que se registran derechos de trabajadores a los que es preciso proteger. Tanto que si por hipótesis se imagina la inexistencia de estos contratos individuales, es claro que todo lo demás carecería de sentido y de función.

Y es para lograr esta protección que se admite o se habilita que estos trabajadores (individuales), negocien no aisladamente sino en colectividad.

53. Pero si es así, si el fenómeno esencial sigue siendo el del trabajador (y su empleador) que negocian entre sí, éste no cambia porque negocien en colectividades a veces más grandes y a veces más chicas, o, si se quiere ver así las cosas, a veces a través de unos representantes y a veces de otros.

En todo caso, los que conciertan sustancialmente el negocio siguen siendo los mismos representados (los trabajadores y sus empleadores) y no los representantes. Es siempre el mismo trabajador que en distintas oportuni-

dades negocia, él mismo, comprendido o incluido en distintas colectividades (unas mayores, otras menores) con lo que cada acuerdo es un producto válido de su autonomía, a sola condición (que impone para protección, el derecho del trabajo) de que, cada vez, la colectividad en que se incluya para negociar, sea realmente tal, eficaz para suprimir los efectos de la hiposuficiencia individual.

Y si es así, la cuestión de los eventuales distintos niveles de convenios colectivos desde el punto de vista lógico no se podría ni siquiera plantear, ya que no podría haber un contrato individual comprendido en dos convenios colectivos a la vez. La hipótesis de concurrencia, en estos términos, no sería ni siquiera posible.

54. Quiero decir, en fin, que si el agente de la autonomía colectiva es el mismo trabajador aunque actuando colectivamente, en la medida en que de verdad lo esté haciendo comprendido en una colectividad que lo refuerce, no se justificará ni será útil ninguna forma de inhibir el normal ejercicio de su autonomía. Ni la de preferencia por un "nivel" sobre otro, ni la de preferir la norma anterior sobre la posterior, ni la de preferencia según cuál sea más beneficiosa.

A lo que conduce, en definitiva, la idea de que el agente de la negociación colectiva es el mismo trabajador individual —actuando colectivamente—, aplicada sobre el corriente problema de la concurrencia entre convenios colectivos de distintos alcances, es a que la única regla funcional para resolver este tema es la que rige para toda concurrencia de normas de una misma fuente, o sea, la regla de preferencia según cuál sea la norma posterior y/o especial.

Las demás son reglas que al ser contrasistemáticas, podrán aplicarse excepcionalmente y hasta que se logre un objetivo predeterminado. Pero como reglas duraderas, parecería que sólo pueden dificultar el mecanismo y en este sentido, la insatisfactoria realidad de las negociaciones colectivas en el país —por más que responde seguramente también a otros motivos— sería de nuevo una realidad que sirve para confirmar la teoría.