

Autonomía privada colectiva

Por JUSTO LOPEZ



SUMARIO:

- I. — EL PROBLEMA.
- II. — DISTRIBUCION DE LAS RESPUESTAS.
- III. — AUTONOMIA Y NORMA JURIDICA.
- IV. — AUTONOMIA Y AUTORIDAD.
- V. — AUTORIDADES PRIVADAS.
- VI. — LOS PODERES NORMATIVOS COLECTIVOS.
- VII. — ACTOS BILATERALES Y NORMAS GENERALES.
- VIII. — POR QUÉ "AUTONOMIA PRIVADA" (AUNQUE COLECTIVA).
- IX. — ACTO PUBLICO Y AUTONOMIA PRIVADA.
- X. — AUTONOMIA COLECTIVA Y DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.

I. — EL PROBLEMA

Ya se ha vuelto tradicional la distinción entre el Derecho individual y el Derecho colectivo del trabajo. El primero se ocupa de una relación obligatoria (relación individual de trabajo o, simplemente, relación de trabajo); el segundo se refiere a las relaciones colectivas y tiene, se puede decir, su pieza maestra en la *convención colectiva*.

La relación de trabajo (individual) nace de un negocio jurídico: el contrato de trabajo. No interesa, en este momento, si en alguna hipótesis puede nacer de un tipo de negocio distinto —no contractual— pues, en definitiva, siempre habrá en su origen un acto de autonomía privada individual (negocio jurídico), puesto que si no fuera constituida con la conformidad del trabajador, no habría relación de trabajo en el sentido del moderno Derecho del trabajo, que excluye de su ámbito el trabajo forzado o forzoso.

En cambio, la convención colectiva de trabajo aparece con características muy especia-

les: por un lado, nace de un acuerdo entre partes con intereses contrapuestos (trabajadores por un lado; empleadores por otro —las llamadas "partes sociales"—), como ocurre típicamente en el "contrato" (por eso se la suele llamar, también, "contrato colectivo" de trabajo); pero, por otro lado, su contenido más significativo —las llamadas "cláusulas normativas"— no se aplica a quienes han convenido sus cláusulas, sino con carácter general, como una ley. Es lo que disponen los arts. 8 y 9 ley 14.250: la aplicación, con carácter general a todos los trabajadores y a todos los empleadores de la actividad y dentro de la zona a que se refiera, con independencia de que hayan participado o no en la negociación y de que estén o no afiliados a las asociaciones profesionales que hayan intervenido.

¿Cómo se explica que de un acuerdo entre particulares puedan surgir normas de aplicación general (una ley en sentido material)? Esos particulares ¿integran organismos públicos o ejercen una función (legislativa) pública? ¿O todo puede explicarse por la virtud de la misma autonomía negocial (individual)? ¿O hay que admitir una fuente de normas generales (ley en sentido material) distinta de la ley del Estado? El problema que aflora en estas preguntas suele ser tratado como el de la llamada "naturaleza" de la convención colectiva. Ha hecho correr ríos de tinta y en el debate intervinieron personalidades tan destacadas como Planiol, Rossel, Rouast, Duguit, Haurieou, Sinzheimer, Kaskel, Hueck, Nipperdey, Barassi, Carnelutti, Santoro Pasarelli y Santi Romano.

II. — DISTRIBUCION DE LAS RESPUESTAS

Las respuestas dadas al problema del llamado "efecto normativo" de las cláusulas (también llamadas "normativas") de las convenciones colectivas varían entre dos puntos opuestos extremos (1):

(1) Véase una amplia recensión de las distintas teorías formuladas por la doctrina en Cabanellas, "Derecho normativo laboral", Bs. As., 1966, ps. 142/192. También: Deveali, "Derecho sindical y de la previsión social", Bs. As., 1957, ps. 151/155, VII; Krotos-

chin, "Instituciones de derecho del trabajo", 2ª ed., Bs. As., 1968, ps. 271/289; Nápoli, "Manual de derecho sindical", Bs. As., 1962, ps. 148/154; "Anales del II Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", t. 2, Córdoba, 1962, ps. 546/574

DOCTRINA

a) La explicación por el mero ejercicio del "poder negocial" individual (autonomía individual): las cláusulas de la convención colectiva serían, simplemente, cláusulas de un negocio jurídico. Teorías del mandato, de la estipulación a favor de un tercero, del contrato preliminar, del contrato de adhesión, del contrato innominado, del contrato mixto.

b) La explicación por el ejercicio de poderes públicos (estatales): ley delegada, ejercicio privado de poderes públicos, actuación de órganos públicos, teoría que atribuye el "efecto normativo" a un acto del poder público (la "homologación") antes del cual sólo habría un proyecto de convención colectiva o una convención colectiva "de derecho común" (sin eficacia "normativa").

Pero otro grupo de teorías buscan, a veces oscuramente, una explicación *verdaderamente original*, que no quede cautiva del heredado esquema (pronto veremos que la herencia no viene de muy lejos) "ley estatal o contrato". Recientemente ha dicho Vázquez Vialard —con claridad poco usual entre los juristas que se ocupan de la cuestión— que los convenios colectivos "no significan una delegación del poder público a las partes sociales, sino el ejercicio de un legítimo derecho por parte de los grupos con el debido control de la autoridad social" (2). Y agregó: "estimamos que la autoridad pública, al establecer el régimen de convenios colectivos y reservar para sí el derecho de homologación, como supuesto básico para su obligatoriedad *erga omnes*, no delega parte de su función en las asociaciones de trabajadores y empleados. Reconoce el derecho de éstos y el suyo propio de contralor" (3).

III. — AUTONOMIA Y NORMA JURIDICA

Betti, en su clásica obra sobre el "negocio jurídico", puso en claro que lo que lo ca-

(Sofía Raquel Alvarez), 602/614 (Garzón Ferreyra), 615/629 (Orlando Gómez), 630/644 (Lima), 645/668 (Marc), 669/676 (Meillon), 679/690 (Rivas); "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", t. V, N° 10, enero-junio de 1963, ps. 99/115 (De Ferrari) y ps. 279/287 (B. Pérez); Alonso García, "Derecho del trabajo", t. 1, Barcelona, 1960, ps. 401/434; Bayón Chacón-Pérez Botija, "Manual de derecho del trabajo", t. 1, Madrid, 1962, ps. 172/184; De la Cueva, "Derecho mexicano del trabajo", t. 2, México, 1961, ps. 271/289.

(2) "El trabajo humano", Bs. As., Eudeba, 1970, p. 90.

(3) Ob. cit., p. 91. Sobre la "doctrina del reconocimiento jurídico del grupo profesional", dice Alonso García que entraña "una inversión en el planteamiento de la cuestión, en relación con lo que ésta había sido en teorías apegadas a un positivismo estatal. Consiste en afirmar que el valor jurídico-normativo de la convención-colectiva no nace de que el Estado

caracteriza "frente a supuestos de hecho de distinta naturaleza previstos por las normas jurídicas" consisten en que "en el negocio, a diferencia de otros casos, el supuesto a que la norma enlaza el efecto jurídico contiene ya en sí mismo la *enunciación de una regla*".

(4) Según eso, el contenido propio del negocio es un *precepto* de autonomía privada.

(5) Sin embargo, para Betti *no se trata* de un precepto jurídico, sino que ese "precepto", que contiene característicamente el negocio, se queda en lo que debería ser llamado un "precepto prejurídico" porque, jurídicamente, es sólo un "presupuesto de hecho" que sólo será "elevado" a la categoría de precepto jurídico por "la sanción del Derecho". Estas son sus palabras: "Característica del negocio es que ya su supuesto de hecho, antes aún que su efecto, prescriba una reglamentación obligatoria, la cual, reforzada que sea por la sanción del Derecho, está destinada a elevarse a precepto jurídico" (6).

En otras palabras: el contenido del negocio *es una regla pero no una norma jurídica*. La regla negocial se queda en mero "presupuesto" de hecho de la auténtica norma jurídica, que no es negocial sino legal. *La norma jurídica está en la ley; en el negocio sólo hay una regla prejurídica*, supuesto de hecho para la norma legal.

Esto presupone una concepción previa: *sólo en la ley hay normas jurídicas*. Lo que hay fuera de la ley no pueden ser normas jurídicas, sino otra cosa: serán reglas pero no normas, no, como también se dice, "derecho objetivo".

En una página clásica de sus "Fragmentos de un Diccionario Jurídico" (7) Santi Romano explica que esa concepción es relativamente reciente y "ha encontrado su más significativo desenvolvimiento en la doctrina alemana, de Savigny en adelante" (8). Ha

atribuya a las organizaciones sindicales una función reguladora, sino de que esa función reguladora ejercitada por éstas se impone con tal fuerza al Estado, que éste no tiene más remedio que *reconocerla*. La piedra de toque, pues, radica en que el acto definitivo es de *reconocimiento* de una realidad ya existente, no de *atribución* de poder para crear esa realidad. Como veremos más adelante *el problema no es histórico* —de secuencia temporal— sino de *heterogeneidad de poderes normativos* y de *autonomía*, en cuanto ésta implica reconocimiento de un poder normativo por otro distinto de él.

(4) "Teoría general del negocio jurídico", trad. esp. de A. Martín Pérez, Madrid, 1959, p. 50.

(5) Autor y ob. cit., p. 119, N° 16.

(6) Ob. y lug. cit.

(7) Trad. esp. de Sentis Melendo y Ayerra Redín. Bs. As., 1964, voz "Autonomía", ps. 55/56.

(8) Lug. cit.

sido extraña al Derecho romano y al Intermedio. Contemporáneamente a ella, por otro lado, el Derecho inglés siguió admitiendo diversas fuentes (el "common law", los "estatutos" o leyes del Parlamento, la "judge made law" o jurisprudencia) entre las cuales cuenta la "subject-made law" constituida por las "resoluciones adoptadas entre los súbditos del rey", es decir, los negocios jurídicos (9).

Criticando la concepción savigniana, el maestro italiano señala que no es cierto que la ley siempre tienda a imponer normas y no relaciones jurídicas (aunque lo haga de ordinario), ni tampoco que el negocio en ningún caso se limite a imponer normas sin constituir relaciones más o menos concretas y particulares (ejemplifica esto con los "contratos preliminares" o, "mejor, algunas formas de ellos") (10). "De todos modos, dice, lo que más importa destacar es que los negocios, en el sentido que, a mi modo de ver, debe darse a esta palabra, para conseguir el fin último de la constitución de relaciones, establecen normas y no pueden menos que establecerlas", en efecto, sigue explicando, "no son otra cosa que normas las cláusulas contenidas en los negocios" y "cuando se dice que el negocio funda solamente relaciones jurídicas, o derechos y deberes subjetivos, etc., se olvida que relaciones, derechos y deberes no pueden surgir más que sobre la base de normas y

que cuando estas normas no se encuentran en las leyes del Estado, es decir, cuando éste no hace más que atribuir, en general, eficacia a la autonomía de los particulares, no pueden ellas encontrarse más que en el negocio singular, el cual, de ese modo, antes que ser fuente de derecho subjetivo es fuente de normas" (11).

Por eso, Santi Romano define, simplemente, a los negocios jurídicos como "actos jurídicos normativos no autoritarios" (12) y sostiene que "los actos que no tienen carácter negocial o no son normativos o son actos de autoridad" (13).

Más recientemente Ferri —defensor igualmente del carácter normativo de los negocios jurídicos— explica que "supuesto de hecho y fuente normativa no se excluyen" (14) y que no hay ningún inconveniente en que una fuente normativa (como el negocio) esté regulada por otra (la ley), puesto que la misma ley ordinaria es supuesto de hecho de normas superiores (constitucionales) —en el mismo sentido en que el negocio lo es de la ley— que son fundamento de su validez (15). Este autor recuerda la distinción de los autores de Derecho público entre fuente de producción y fuente de validez. La primera "es el acto en el que la norma está contenida" (16), es decir, el "acto normativo" que "pone" la norma y cuyo contenido es la norma; pero

(9) V. lug. cit.

(10) Lug. cit.

(11) Ob. cit., ps. 57/58.

(12) Ob. cit., voz "Actos y negocios jurídicos", p. 27.

(13) Ob. cit., p. 29.

(14) "La autonomía privada", trad. esp. de Sancho Mendizábal, Madrid, 1969, p. 23.

(15) V. ob. cit., p. 27.

(16) Ob. cit., p. 30.

APARECIO

PEDRO DAVID

CONDUCTA, INTEGRATIVISMO Y SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Un libro indispensable para el conocimiento cabal del fenómeno jurídico.
El tomo de 208 pp. \$ 15.—

Víctor P. de Zavallía



EDITOR

ALBERTI 835

BUENOS AIRES

TEL. 93 - 7046

DOCTRINA

la norma puesta por el acto que es fuente de producción "es norma jurídica válida en cuanto es creada de conformidad con el derecho: de aquí el concepto de fuente de validez, es decir, de un acto que tiene por contenido una norma que disciplina la formación del derecho. Para juzgar sobre la validez de una norma debemos ver si ha sido emanada de conformidad con las normas contenidas en una fuente superior que, respecto de la primera, llamaremos fuente de validez" (17).

Lo explicado hasta ahora demuestra, creemos, la gratuidad del prejuicio según el cual sólo el Estado puede poner normas jurídicas. Incluso la autonomía privada individual es un poder normativo que se ejercita mediante actos jurídicos peculiares que son, por lo tanto, *actos normativos*, llamados "negocios jurídicos" precisamente para distinguirlos de otros actos jurídicos individuales que no son normativos (como el pago, por ejemplo) (18).

Esto no resuelve, todavía, el problema de la convención colectiva, pues el hecho de que los individuos (y no sólo el Estado) tengan "poder normativo" no significa que en sus negocios particulares puedan establecer normas de aplicación general y que impliquen, por lo tanto, el ejercicio, más que de un poder normativo individual de actos (normativos) de autoridad. No parece, en efecto, admisible que quien no está respecto a otro sujeto en posición de autoridad pueda imponerle a ese otro el contenido normativo de un acto a cuya formación no haya concurrido. En ese sentido ya se vio que Santi Romano limita la autonomía individual (que se actúa mediante los negocios jurídicos) a los actos normativos no autoritarios.

En definitiva, aunque la autonomía negocial o individual constituya un poder normativo como, por hipótesis, excluye el ejercicio de una autoridad (normativa), no explica el llamado "efecto normativo" o aplicabilidad "erga omnes" de las convenciones colectivas. Esta es la razón última de la insuficiencia de todas las teorías que tratan de reducir la convención colectiva a un producto de la

autonomía privada individual o autonomía negocial.

IV. — AUTONOMÍA Y AUTORIDAD

¿Se puede admitir, jurídicamente, la existencia de *actos de autoridad privada*? Supuesto que se pudiera el concepto de "autonomía" sería incompatible con el de autoridad? O, por el contrario el ejercicio de la autoridad (normativa) privada puede concebirse como *otro tipo de autonomía* —distinta de la negocial o individual (autonomía colectiva)—? En este último supuesto, sólo resultaría incompatible con el concepto de autonomía privada el ejercicio de la autoridad normativa pública. Habría, entonces, 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 negocial o individual— (19).

Desde esta perspectiva resultaría explicable el alcance general o eficacia "erga omnes" de las normas de las convenciones colectivas como consecuencia del ejercicio de un poder normativo autoritario privado, sin necesidad de recurrir al ejercicio de poderes normativos (autoritarios) públicos.

¿Qué es, entonces, la autonomía?

"Mientras originariamente la palabra «autonomía» tenía un significado más o menos coincidente con el que luego se indicó mediante la palabra «soberanía», según el cual la expresión... (gobierno autónomo) corresponde a la moderna de Estado soberano, es decir, absoluta y plenamente independiente, regido solamente por sus propias leyes; posteriormente el concepto de autonomía fue ampliándose y se refirió también a la autolegislación no ilimitada ni soberana" (20).

Dada esa ampliación del concepto a *órdenes normativos no originarios, sino dependientes de o limitados por otro ordenamiento superior* (el ahora llamado "soberano") "se contrapuso así el derecho particular de la autonomía, que cuando no resultaba de costumbres se denominaba frecuentemente *statu-*

mas destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal"; pero no sólo eso, pues también se llama "autonomía" la potestad de los estados locales o provinciales de dictar sus propios ordenamientos (dentro de los límites fijados por la constitución federal y subordinadamente a las normas de competencia federal) en los estados federales. Sobre la autonomía de los estados nacionales en el ordenamiento internacional v. Santi Romano, ob. cit., ps. 46/47 ("un ordenamiento que por sí mismo se califica y es originario, puede ser calificado y tratado como no originario por otro ordenamiento originario").

(20) Santi Romano, ob. cit., p. 41.

(17) Ob. y lug. cit.

(18) Cuando consiste en el cumplimiento de una obligación (como dar una suma de dinero) que a su vez no es la de poner un negocio (como efectuar el contrato definitivo convenido en un precontrato).

(19) Reducimos a esos tres tipos el poder normativo para simplificar nuestra exposición, porque hay otro que no nos interesa para ella: la *autonomía pública*. V. Santi Romano, ob. cit., ps. 45/52. A ella se refiere, por ejemplo, B. Pérez, citando a Zanobini, como "la potestad reconocida por el derecho, a una persona jurídica pública administrativa, de dictar nor-

tum, al derecho común, cuya expresión típica era la ley, por cuanto la existencia de ésta importaba implícitamente el reconocimiento de esferas jurídicas menores, más o menos autónomas. Las cuales se manifestaban no sólo por medio de costumbres, sino ya a través de los *iussa*, tanto públicos como privados (como los del testador), ya a través de acuerdos o contratos" (21).

Se llega, por ese camino, a "la limitación del concepto de autonomía a los ordenamientos no originarios" (22). Implica, por lo tanto, una relación entre órdenes normativos heterogéneos de los cuales uno (el "autónomo") se convierte en relevante para el otro (superior y "originario" respecto de él) en virtud de una norma de éste que, precisamente, le reconoce relevancia. "La premisa exacta, dice Santi Romano, es que un ordenamiento no puede ser relevante para otro originario sino en virtud de una norma de éste" (23).

El presupuesto del "reconocimiento" es la posibilidad de una pluralidad de órdenes normativos heterogéneos (24). A ella se opone la opinión que mantiene el llamado "principio de exclusividad" de todo ordenamiento originario. "Según dicho principio, todos los ordenamientos originarios serían, por su intrínseca naturaleza, exclusivos, y, considerados desde el interior de ellos, únicos, en el sentido de que no podrían ellos reconocer como jurídicos otros ordenamientos igualmente originarios los cuales, por lo tanto, sólo serían reconocidos como hechos. Tal opinión, ya afirmada por Kelsen, ha sido posteriormente aceptada, en distintos sentidos y diversas medidas, por muchos" (25).

De esa opinión dice Santi Romano que es "arbitraria y aberrante. Es exacto que en un determinado ordenamiento, originario las disposiciones e instituciones de un segundo or-

denamiento no pueden tener valor más que en virtud de una norma del primero. Pero el llamado principio de exclusividad que de ello se sigue, debe entenderse en el sentido de que un ordenamiento originario puede, no debe necesariamente negar el carácter jurídico de todo otro (26). ¿De dónde provendría esta necesidad, que sería, por lo demás, incompatible con la naturaleza misma de los ordenamientos originarios, que en cuanto tales son soberanos y no reconocen otras limitaciones que las impuestas o admitidas por ellos mismos?" (27).

Ya vimos que se niega —por la doctrina dominante— carácter de normas jurídicas a las cláusulas de los negocios individuales degradándolas a meros "hechos", en calidad de "supuestos" (de hecho) de las normas legales estatales. Se sostiene, como resume Santi Romano, que los efectos de los negocios dependen "no de la voluntad que se concreta y manifiesta en el negocio, sino de la ley que atribuye, determina y califica, la potestad negocial; que ésta no tiene fuerza creadora y que su función se limita a poner en existencia la «hipótesis», esto es, la situación de hecho, dada la cual, produce sus efectos; que la pretendida norma contenida puesta en el negocio, no es más que una norma puesta por la ley «en blanco»; que el negocio no hace más que concretar e individualizar la voluntad del Estado; que, en consecuencia —y la consecuencia es de las que se prestan a ser definidas como *reducciones ad absurdum*—, los particulares que concluyen negocios, son órganos del Estado. Se entra así, paso a paso e inadvertidamente, en el dominio de la jurisprudencia burlesca que inspiraba el *Scherz und Ernst* de Ihering, y es de lamentar que el sagaz jurista no hubiera conocido las últimas acrobacias, especialmente

(21) Autor y ob. cit., ps. 41/42.

(22) Autor y ob. cit., ps. 44/45.

(23) Ob. cit., p. 45.

(24) Posibilidad a la que Santi Romano dedicó una obra fundamental: "El ordenamiento jurídico", trad. esp. de S. y L. Martín-Retortillo, Madrid, 1963.

(25) Santi Romano, "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", cit., p. 363.

(26) Incluso cabe sostener que el ordenamiento estatal debe reconocer otros ordenamientos y poderes normativos heterogéneos (poderes normativos individuales —autonomía negocial— y de grupos sociales —autonomía colectiva—) como la aplicación más directa (aunque no la única posible) del llamado "principio de subsidiariedad" (sobre él, como síntesis de libertad y solidaridad, v. Alvaro D'Ors, "Una introducción al estudio del derecho", Madrid, 1962, ps. 157/160). Lógicamente, Santi Romano tuvo que omitir la consideración de ese deber para mantenerse dentro de los límites de la ideología del "positivismo

jurídico". Como "jusepositivista" consecuente no pudo sino admitir el carácter "jurídico" de los entes colectivos considerados ilícitos por el ordenamiento estatal, sin ninguna distinción —v. "El ordenamiento jurídico", cit., ps. 223/227—, pues la ideología profesada no le permitía ninguna consideración sobre la "validez en sentido material" de ningún ordenamiento en sí mismo. Conf. Ross: "El principal objeto de las doctrinas jusnaturalistas ha sido siempre establecer una diferencia esencial entre el derecho y un simple ordenamiento basado en la fuerza «desnuda», por ejemplo, el ordenamiento de una banda de delincuentes... Desde el punto de vista de una ciencia empírica no hay diferencias. El ordenamiento jurídico es tan fáctico como el ordenamiento de una banda de delincuentes" ("El concepto de validez y otros ensayos", trad. esp. de Carrió y Paschero, Bs. As., 1969).

(27) Fragmentos de un Diccionario Jurídico, voz Realidad jurídica, ps. 363/364.

DOCTRINA

kelsenianas, de dicha jurisprudencia" (28).

Por otra parte, "aunque se quisiera y se pudiera degradar el negocio jurídico hasta hacer de él un mero hecho, no por ello dejaría de ser un hecho normativo, y la figura de la autonomía, arrojada por la puerta, volvería a entrar por la ventana" (29).

Las mismas razones que existen para reconocer autonomía a los poderes normativos individuales que se ejercitan en los negocios jurídicos, existen para reconocerla en la actuación de los sujetos colectivos privados como, por ejemplo, las llamadas personas jurídicas —"que son realidades, pero realidades meramente jurídicas y, por consiguiente, no ficciones ni realidades metajurídicas, ni aun en el sentido de que existan fuera del derecho y sean así asumidas por él a su propia esfera"— (30) que pueden realizar (p. ej., respecto de sus asociados) actos de autoridad.

V. — AUTORIDADES PRIVADAS

"Siempre que se da un organismo social de cierta complejidad, aunque sea pequeña, se instaura en su interior una disciplina que contiene todo un ordenamiento de autoridad, de poderes, de normas y de sanciones" (31).

Incluso dejando aparte la familia "se puede afirmar que toda comunidad, ya sea una fábrica o un establecimiento, una empresa o una escuela, un convictorio o, incluso un círculo de recreo, tiene necesidad absoluta de estos «reglamentos internos» de carácter disciplinario" (32).

Puede ocurrir que "por una imperfección no querida o por alguna limitación que se ha impuesto, bien por la pervivencia de disposiciones anticuadas o por la carencia de normas más adaptadas a la vida moderna" (33), el régimen establecido en aquellos ordenamientos sea "totalmente indiferente para el

Estado, quien no tiene, por tanto, ocasión de ocuparse de él, ni para prohibirlo ni para reconocerlo" (34).

También puede ocurrir que se dé una situación más compleja y ambigua que esa de absoluta irrelevancia (de los otros ordenamientos) para el ordenamiento estatal. La situación se plantea cuando, como consecuencia de la aplicación de esos otros ordenamientos, los tribunales "son llamados a juzgar acerca de alguna medida disciplinaria, que puede haber lesionado los intereses de alguien, Tribunales que, en tal caso, se encuentran en la necesidad de reconocer tales efectos como legítimos, sólo en cuanto puedan ser al mismo tiempo efectos de un negocio jurídico privado, de un contrato generalmente" (35). Esto último significa que "para el derecho del Estado estas medidas disciplinarias —que por lo que respecta al derecho interno del ente son auténticas medidas disciplinarias e implican, por tanto, un poder de supremacía y una correlativa subordinación—... no pueden tener relevancia más que bajo un aspecto que no es el suyo propio" (36).

En otros lugares hemos explicado cómo la reglamentación legal del despido y de la suspensión significó, simultáneamente, *el reconocimiento estatal y la limitación de los poderes jerárquicos (privados) del empleador* —directivo, reglamentario y disciplinario— (37). Antes esos poderes —realmente ejercidos— resultaban "invisibles" (irrelevantes) desde el punto de vista del ordenamiento estatal y, por lo tanto, no encontraban en él obstáculo alguno a su ejercicio arbitrario (38).

En cambio ha venido por fuente jurisprudencial y no legal el reconocimiento y limitación (en alguna medida) del poder disciplinario de las asociaciones (39).

(28) Ob. cit., p. 60. No obstante su consecuente "positivismo" aquí Santi Romano no se exime de formular un juicio de valor: "la verdad —dice— es que todas estas construcciones, en parte filosóficas y en parte dogmáticas, no son más que manifestaciones, entre muchas otras, de las conocidas tendencias a hacer del Estado el principio y el fin de toda la vida social y jurídica. Un exhaustivo examen de ellas en tanto tiene importancia en cuanto puede contribuir a la valoración global de aquella estatolatría, ya que, consideradas singularmente, fuera de dicho cuadro, aparecen muy poco relevantes, al menos para los juristas" (ob. cit., p. 61).

(29) Autor y ob. cit., p. 62.

(30) Autor y ob. cit., —voz Realidad jurídica—, p. 354.

(31) Santi Romano, "El ordenamiento jurídico", cit., p. 228.

(32) Autor y lug. cit.

(33) Ob. cit., p. 227.

(34) Ob. cit., p. 228.

(35) Ob. y lug. cit.

(36) Ob. y lug. cit.

(37) Fundamento y límites del "jus variandi", en LT XV - 65; "El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa", en rev. cit., p. 657; "Fundamento del poder disciplinario del empleador", en la misma revista, XVI-A - 401.

(38) Véanse, también, referencias al respecto en "El ordenamiento jurídico", cit., p. 229, texto y nota.

(39) Salvo en materia de asociaciones profesionales de trabajadores, caso en que la ley 14.455 dispone expresamente que los estatutos deberán contener "sanciones para el caso de violación de los estatutos y de revisión y fiscalización" (art. 9 inc. 8). En materia de asociaciones civiles véanse: C. Civ. Cap., sala F. Punter, Guido v. Club Náutico Buchardo", 14/11/67, JA 1968-IV-217; Cella, Oscar, 31/12/64, JA 1965-II-427; la misma Cámara, sala D. Blousson, Eduardo R. y otros v. Jockey Club de Buenos Aires, 14/8/67, LL 127-1068; Comisión Liquidadora de Emeca v. González, Juan C. y otra, 21/4/65, JA 1965-IV-210 y Milani.

Creemos que los dos casos mencionados bastan para sostener esta conclusión: hay poderes normativos (los presupuestos en el poder disciplinario y otros) autoritarios privados y son susceptibles de reconocimiento y limitación por el ordenamiento estatal.

Aparece, así, manifiesta una forma de autonomía privada (poder normativo privado reconocido por el ordenamiento estatal) distinta de la autonomía negocial, porque implica el ejercicio de una autoridad normativa, excluida de esta última.

VI.—LOS PODERES NORMATIVOS COLECTIVOS

Aunque choque contra la concepción tradicional del Derecho privado que tendía a ver en él el juego exclusivo de la autonomía negocial y, por lo tanto, reservaba la admisibilidad de posiciones de supremacía al Derecho público (40), no parece tan difícil la aceptación de una autoridad privada en entes que son sujetos de derecho, como las asociaciones con personalidad jurídica (arts. 33 y 46 CC.).

Más difíciles de explicar resultan los llamados "poderes jerárquicos" del empleador, quien si bien, por un lado, es —se puede decir— "órgano" directivo de una comunidad de trabajo (la empresa) (41)—, por otro lado, está vinculado al trabajador mediante un contrato de cambio. He tratado de explicarlos en otro lugar (42). Sin embargo, en definitiva, siempre como sustento, por así decir, de la empresa u otra actividad privada aparece un sujeto de derecho, individual o colectivo.

¿Qué decir, en cambio, de un grupo (el "gremio", art. nuevo CN.) que no tiene en nuestro Derecho subjetividad jurídica, ni parece que pudiera tenerla (43).

Veamos cómo se planteaba Santi Romano el problema de la convención colectiva antes de que hubiera una regulación legal (e incluso constitucional) (44) de ella. La veía

Félix y otros v. Club Comunicaciones y otros, 24/12/64, JA 1965-II-96. Véase, también, Juan L. Páez, "El poder correccional de las asociaciones", en LL 115-474 y, del mismo, "Tratado práctico de las asociaciones", 3ª ed., Bs. As., 1964.

(40) En la primera edición (de 1918) de "El ordenamiento jurídico", Santi Romano decía: "En nuestra opinión, el derecho privado italiano no conoce poder alguno de supremacía, figura que no se encuentra sino en el campo del derecho público" (ps. 227/228); pero en la segunda (de 1945) aclara que "las observaciones precedentes sobre los poderes disciplinarios en el campo del derecho privado, deben modificarse, al menos en lo que respecta a las relaciones laborales" (p. 229, nota).

(41) Y no sólo en la actividad empresarial, sino, también, en otros campos de la actividad privada,

como "un fenómeno jurídico ambivalente, que no puede explicarse de modo total si no es admitiendo que se desarrolla al mismo tiempo, y con modalidades diversas y tal vez contrarias, en terrenos que pertenecen a dos ordenamientos jurídicos distintos. El uno es el estatal, para el que, normalmente, el contrato es la única figura que tiene relevancia y como consecuencia, todo lo que no pueda reducirse a esta figura permanece sin protección por parte de este ordenamiento y corre incluso el riesgo de ser declarado ilegítimo. El otro es el ordenamiento particular que se concreta en una o en varias instituciones constituidas por grupos de empresarios y obreros, de manera que lo que para el ordenamiento del Estado es un contrato, para aquel ordenamiento es un sistema de derecho objetivo *a se*, más o menos autónomo, que se hace valer con los medios internos de que la organización dispone. Tales medios pueden ser extra-jurídicos o ajurídicos para el Estado, pero son, en cambio, legítimos para el régimen especial a que se refieren. Y así, cuando se constata universalmente que las leyes estatales sobre la materia son inadecuadas, esto no tiene otro significado que, al margen o quizá en oposición a tales leyes, se han venido constituyendo ciertos ordenamientos que reclaman, hasta ahora en vano, el ser recogidos por las leyes estatales de modo que a las sanciones que aquéllos establecen en el interior de las empresas industriales o de los grupos profesionales, etc., se pudieran añadir aquellas más eficaces establecidas por el Estado" (45).

Esta es la situación que se mantiene en algunos países en que los convenios son acuerdos respecto a los cuales no existe una norma de reconocimiento en el ordenamiento estatal y que rigen por un consenso profesional (teoría del "uso profesional") o por aplicación de ciertas reglas de "juego limpio" (46). Lo cual significa que rigen, más o menos eficaz-

como la no lucrativa de las "asociaciones" e incluso el "hogar" (relación de empleo doméstico).

(42) "Estudios sobre el fundamento y límites del «jus variandi» y sobre el fundamento del poder disciplinario del empleador", citados en nota 37.

(43) Considerando excluida la obligatoriedad de la agremiación para todos (art. 2 ley 14.455). V. Krotoschin, ob. cit. en nota 1, ps. 194/196.

(44) Debe recordarse que el texto de "El ordenamiento jurídico" es de 1918. Cuando se publicó la 2ª edición, en 1945 —a la que el autor agregó algunas notas— el art. 39 de la Constitución italiana (que se refiere al convenio colectivo de trabajo propiamente dicho, es decir, con eficacia *erga omnes*) no estaba reglamentado —ni lo está, todavía—.

(45) "El ordenamiento jurídico", cit., ps. 230/231.

(46) Krotoschin menciona al Reino Unido y a Bélgica. V. ob. cit. en nota 1, p. 272, nota 134.

DOCTRINA

mente, como ordenamiento profesional no reconocido por el derecho estatal ni tampoco prohibido por él (ordenamiento "irrelevante" para el estatal).

La situación extrema opuesta a ésta de "irrelevancia" sería la de *absorción* del convenio colectivo por el derecho estatal. Se daría en el Derecho soviético, donde el convenio se establece entre la dirección de la empresa y el comité sindical de la misma que son, ambos, considerados órganos del Estado y, además, "determina, principalmente, obligaciones de las partes frente al Estado relacionadas con la ejecución del «plan»" (47).

En cambio, en nuestro país, los convenios colectivos de la ley 14.250 están reconocidos como eficaces "erga omnes" —con obligatoriedad general para los sujetos de la actividad en la zona de aplicación, independientemente de la afiliación a asociaciones profesionales (arts. 8 y 9)—, de un modo semejante a como está reconocida la obligatoriedad entre partes de los actos de autonomía negocial (art. 1197 CC.). La "homologación" administrativa (art. 3 de la ley) que es, sin duda, una condición del reconocimiento, implica tan sólo el ejercicio por parte del Estado y mediante la autoridad administrativa de un poder de control (arts. 1 y 2 decreto 6582/54, reglamentario de la ley), pero no el ejercicio de un poder normativo por parte del Estado, que ni la constitución, ni la ley, ni la reglamentación establecen. Queremos decir esto: no está en cuestión si el Estado puede o no regular por ley las condiciones de trabajo de un sector profesional (cosa que hizo en diversas oportunidades), sino que no pueda regularlas mediante el instrumento de la convención colectiva. Todo lo que puede es impedir que ciertas cláusulas (48) puedan ser normas válidas para el ordenamiento estatal de convenciones colectivas obligatorias en la forma prevista por los arts. 8 y 9 de la ley.

Las normas las ponen las "partes sociales"; no el Estado. Si ellas no las ponen, no hay convención:

"Antes de dictarse resolución denegando la homologación, se hará saber a las partes cuál es la causa que determinará la negativa.

"La denegación sólo procederá en el supuesto de que las partes no salven el impedimento dentro del plazo que se señale al efecto" (art. 2, p. 2º y 3º dec. regl.).

(47) Krotoschin, ob. cit., p. 287, nota 152.

(48) Por ejemplo, "violatorias de disposiciones legales dictadas en protección del interés general" o que "afecten la situación económica de determinados sectores de la actividad" o que "signifiquen un detrimento en las condiciones de vida de la población

Esto significa que el ordenamiento estatal reconoce a las "partes sociales" poderes de autoridad normativa autónoma aunque subordinada al mismo ordenamiento estatal. Y aquí no se trata de una asociación que ejerce autoridad respecto de sus afiliados o de un empleador en posición de órgano directivo de una comunidad de trabajo. La autoridad normativa se ejerce respecto a un grupo no organizado ("el gremio") —como asociación o como comunidad de trabajo, por ejemplo— aunque con comunidad de intereses profesionales. Las "partes sociales" actúan como "órganos" de ese grupo profesional y, para mayor complicación, actúan como órganos de intereses contrapuestos.

VII. — ACTOS BILATERALES Y NORMAS GENERALES

"Que un ordenamiento jurídico o, en general, normas de derecho objetivo puedan ser constituidas mediante acuerdos, convenciones, tratados, concordatos, o contratos, como se quiera, no debería ofrecer ya dudas: la historia... de las distintas formas asumidas por la autonomía, la observación de que para ciertos ordenamientos, como a propósito del internacional, su principal forma de constitución es precisamente la convencional, las mismas disposiciones del derecho positivo italiano (49) parecen ser argumento decisivos para la solución afirmativa" (50).

Una célebre frase de Carnelutti, que nada explica, atribuye a las convenciones colectivas "cuerpo de contrato y alma de ley". El mismo Santi Romano, refiriéndose a los contratos colectivos de trabajo "estipulados por las asociaciones que representan a los dadores de trabajo y, respectivamente a los trabajadores", dice que hay que distinguir pues "tienen carácter convencional en las relaciones entre dichas asociaciones y, por consiguiente, deben considerarse negocios; pero parece ser que este carácter convencional se agota en dicha relación, ya que las normas que ellos establecen para las relaciones entre dadores de trabajo y trabajadores, tienen para dichas categorías de personas eficacia en virtud de la ley y, por tanto, son respecto de ellas actos de autoridad". A esto habría que hacer una aclaración —que surge de lo dicho por el mismo Santi Romano en "El ordenamiento jurídico" según cita hecha más arriba—: "tienen

consumidora" —art. 1 inc. f. del decreto reglamentario—.

(49) Y del argentino (arts. 8 y 9 ley 14.250 y 1197 CC.).

(50) Santi Romano, "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", cit., p. 51.

eficacia en virtud de la ley" para el ordenamiento jurídico estatal; pero no son "actos de autoridad" por eso, sino en sí mismos (51).

Que una norma sea puesta por un acto bilateral, incluso si entre partes con intereses contrapuestos, no significa, sin más que, sea un acto negocial (de autonomía privada individual). Un tratado entre dos países nace de un acto bilateral, pero nadie pretende —según entendemos— que sea un negocio, en el sentido técnico de acto de autonomía privada individual. Sólo se le podrá llamar negocio en otro sentido distinto, es decir, en el sentido de "acto surgido de una negociación entre partes con intereses contrapuestos". En este sentido coincide con el concepto de "contrato" en tanto este también es un acto bilateral, surgido de una negociación entre partes con intereses contrapuestos (52). Pero ahí termina la semejanza: el tratado no es un contrato privado (ni su reconocimiento proviene del Derecho estatal privado, sino del ordenamiento internacional) (53).

Lo mismo ocurre con la convención colectiva. Tiene en común con ese negocio individual que es el contrato el surgir de una negociación entre partes con intereses contrapuestos; y nada más. En efecto, su contenido normativo típico (las llamadas "cláusulas normativas") no es el propio de un acto negocial sino de un acto de autoridad normativa (ley en sentido material). Si incluye normas que pueden ser calificadas de negociales (en el sentido de que no obligan como ley a los su-

jetos comprendidos en el ámbito de la convención sino, simplemente, a las partes intervinientes en la negociación), éstas, carentes del llamado "efecto normativo" —con el que se significa la eficacia de ley en sentido material—, no son las normas peculiares y características del convenio colectivo ("cláusulas normativas"), sino las llamadas, para distinguirlas de aquéllas, "cláusulas obligacionales".

El contenido normativo típico del convenio colectivo es, entonces, el propio de un acto de autoridad normativa, que pone una ley en sentido material. Sin embargo, sigue siendo un acto de autonomía privada colectiva —no negocial—.

VIII. — POR QUE "AUTONOMÍA PRIVADA" (AUNQUE COLECTIVA)

"Para quien, como nosotros, reconoce carácter normativo a los negocios jurídicos y considera la autonomía privada como poder normativo, la distinción entre derecho público y privado, entre poder público y poder privado, puede encontrarse perfectamente en la finalidad perseguida por la emanación de la norma. Poder público es sólo aquel al que está asignada e impuesta la persecución del interés público. La calidad de privado resulta, a contrariis, de la ausencia de tal imposición, es decir, de la independencia del poder respecto del interés público. En este sentido, precisamente, es poder privado la autonomía privada" (54).

laciones engendradas: "Así ocurre, de ordinario, en cuanto a las relaciones constituidas por actos emanados del poder legislativo y del poder jurisdiccional, que median entre las personas que son contempladas por las leyes y, respectivamente, entre las partes del juicio que ha dado lugar a la sentencia constitutiva de la relación. Y también el ejercicio del poder ejecutivo puede hacer surgir a veces relaciones entre sujetos distintos del Estado" (ob. cit., p. 318). Además, "el sujeto activo de un poder es a veces, en la relación que él mismo instituye, no el sujeto activo de un derecho, sino el sujeto pasivo de alguna obligación" (lug. cit. — caso del que usa el poder de disponer de los propios bienes, obligándose con una prestación hacia otro—). Una característica esencial de los poderes es su inagotabilidad a través de los singulares actos de ejercicio (por eso no hay "prescripción" del poder, sino "decadencia" de su oportunidad de ejercicio mediante determinados actos —es decir, en determinadas circunstancias—). Consecuentemente, son, además de imprescriptibles, intransmisibles, indisponibles e irrenunciables; lo transmisible, disponible o renunciabile según los casos, o bien sólo será una apariencia por implicar el ejercicio de poderes propios (caso de la continuación de acciones iniciadas por el causante) o bien serán determinados modos de ejercerlos y dentro de determinados límites (por ejemplo, respecto de determinadas personas) o ciertas cualidades que determinan su nacimiento (como la de funcionario, albacea, liquidador de la quiebra, empleador, etc.) — v. Santi Romano, ob. cit., ps.

(51) Ob. cit., p. 30.

(52) V. Betti, ob. cit. en nota 4, p. 225.

(53) Kelsen afirma que "el derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado" ("Teoría pura del Derecho, trad. esp. de Nilve, Bs. As., 1968, p. 200).

(54) Ferri, ob. cit. en nota 14, ps. 371/372. Sobre la distinción entre "poder jurídico" y "derecho subjetivo" v. Santi Romano en "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", voces Poderes. Potestades (ps. 297 y ss.) y Decadencia (ps. 121 y ss.). Una y otra figura jurídica subjetiva (el "poder" en sentido estricto y el "derecho subjetivo") entrarían en el género común de "poderes en sentido amplio", pero el "poder en sentido estricto", según el citado Santi Romano, "se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto, no sería correlativo a obligaciones, mientras el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una concreta y particular relación jurídica con una determinada persona o cosa frente a determinadas personas que, por el contrario, tendrían obligaciones correspondientes" (ob. cit., ps. 299/300). Los "poderes", entonces, lejos de suponer determinadas relaciones jurídicas, son capaces de engendrarlas (ob. cit., ps. 316/317), aunque a veces el titular del poder permanece completamente ajeno a las re-

Incluso las normas de Derecho privado estatal *son normas públicas* (leyes del Estado, como el CC., por ejemplo) dictadas para la regulación pública (imperativa o supletoria) de intereses privados que el Estado efectúa mediante su poder normativo teniendo en consideración el interés público (bien común); las normas de Derecho público estatal son igualmente normas públicas, pero dictadas para la regulación de intereses en sí mismos públicos. Cuando se dice, entonces, que los convenios colectivos *no son normas públicas*, no sólo se dice que regulan intereses privados, sino que no son normas estatales, ni están puestas teniendo en consideración el interés público (el bien común general —que es el interés del Estado—), sino ciertos intereses que, aunque no sean individuales sino colectivos, siguen siendo *privados*.

Como afirma Ferri —con cita de Cicu— “los que hacen las leyes no deben, en esta función, hacerse intérpretes de intereses individuales, de intereses de categorías o de clases (es decir, de intereses privados), sino que están llamados «a juzgar del interés público, del interés superior del Estado»” (55). Señala, también, que el acuerdo, de los más ilustres juristas italianos (se limita a recordar a Santi Romano, Espósito y Crisculi) “es plebiscitario” sobre el punto, y que en ello coincide incluso “una no calificada opinión pública” (56); puntualiza que basta “escuchar los discursos de hombres políticos representativos, para darse cuenta de cuán difundida está la opinión de que también la actividad de los órganos supremos del Estado tiene un fin predeterminado y que este fin consiste en el bien común o en el interés de la Nación. Las discusiones y divergencias no se refieren nunca al fin, sino a los medios de conseguirlo” (57). Todo lo cual significa también que el mismo poder legislativo estatal tiene carácter “discrecional” (58), en el sentido que dan los autores de Derecho público a esta expresión, es

335/344, XIV. Finalmente, los “poderes” implican “deberes”: el negativo de respetar sus límites y, eventualmente, el positivo de ejercerlos (ob. cit., ps. 346/347).

(55) Ob. cit., ps. 374/375.

(56) Ob. cit., ps. 375 y 377.

(57) Ob. cit., p. 377.

(58) Ob. cit., p. 376.

(59) Ob. cit., p. 352, N° 6, 355/357 y 361/365.

(60) Ob. cit., ps. 377/378 El autor sigue a Santoro Passarelli, según las citas de nota 127. Sobre el carácter de personas de derecho privado de las asociaciones profesionales con “personería gremial” de la ley 14.455 (caps. V y VI, arts. 18 a 29) puede verse: Rodríguez Mancini, “En torno a la personería gre-

decir, como calificando a un poder no arbitrario y al cual le está vedado actuar al servicio de fines privados, sin imparcialidad (59).

En cambio, en el poder normativo atribuido a los sindicatos “están en juego intereses colectivos de extensas categorías de personal, pero la actividad que los sindicatos realizan no es ni puede ser, por definición, actividad dirigida a perseguir fines públicos. Persigue un interés de parte y, por consiguiente, un interés privado. El contrato colectivo es el instrumento mediante el cual estos intereses de parte buscan el máximo de satisfacción. Los órganos sindicales, aunque los individuos que están a su cargo se preocupen del bien público, no tienen por misión propia la persecución de tal bien, sino del bien privado de la categoría. Un sindicalista sería mal sindicalista si no tratase de obrar por estos fines privados” (60).

“Interés colectivo es el interés de una pluralidad de personas en un bien apto para satisfacer una necesidad común. No es la suma de intereses individuales, sino su combinación y es indivisible, en el sentido de que se satisface, no ya con muchos bienes aptos para satisfacer necesidades individuales, sino con el único bien apto para satisfacer la necesidad de la colectividad. El interés colectivo, que no sea un interés general de toda la colectividad organizada, aun siendo un interés distinto del interés individual, es de por sí un interés privado; no es todavía un interés público” (61).

En síntesis: el carácter colectivo, no individual, del interés regulado por una norma no implica que ésta sea una norma pública (estatal), porque hay intereses colectivos privados o particulares, en relación al bien común general de la sociedad organizada. Esto significa que la regulación normativa privada autoritaria de intereses colectivos privados (ley en sentido material), no es ley pública (estatal); lo cual no quiere decir, por otra parte, que sea una regulación negocial, como

mial”, rev. LT, t. XVI-B, III, b., ps. 602/606; sin embargo, el A. interpreta la “personería gremial” como un caso de delegación de facultades públicas a órganos privados o ejercicio privado de servicios y funciones públicas (v. p. 603, nota 31, la comparación con los escribanos). Por nuestra parte, entendemos la “personería gremial” como el reconocimiento —por el ordenamiento estatal— de un sindicato como “órgano” (en orden principalmente a la celebración del acto más importante de autonomía colectiva que es el convenio colectivo) de la actividad de que se trate; reconocimiento que, por otra parte, está reglado (arts. 18 a 23, 26 a 29, 34, 36 y 37 - v. Rodríguez Mancini, estudio citado, ps. 606 a 619).

(61) Santoro Passarelli, “Nozioni di Diritto del Lavoro”, 12ª ed., Nápoles, 1960, p. 21.

erróneamente lo entiende Ferri —citando de nuevo a Santoro Passarelli—: "Acertadamente se ha afirmado que los contratos colectivos son verdaderos contratos en sentido iusprivatista y que la autonomía colectiva encuadra plenamente en la autonomía privada" (62).

Que la autonomía colectiva encuadre plenamente en la autonomía privada, es decir, no implique el uso de poderes normativos públicos, debe considerarse indiscutible, según lo dicho precedentemente; lo que no es cierto es que los convenios colectivos sean "contratos en el sentido iusprivatista" con lo que se quiere decir que son negocios jurídicos. Esto sólo sería admisible para convenios tratados por el ordenamiento estatal como —según se suele decir— "convenios de derecho común", cuya eficacia explica Santoro Passarelli mediante la disciplina del mandato, pero limita a los inscriptos en el sindicato que los convino (63). En ellos no hay eficacia *erga omnes* reconocida por el ordenamiento estatal; ésta sólo aparece en los previstos por el art. 39 de la constitución italiana, todavía impracticables, por falta de reglamentación: se trata de los convenios "eficaces para todos los pertenecientes a la categoría a la que el contrato se refiere" (64).

El mismo Santoro Passarelli explica que para asegurar la eficacia del convenio colectivo "incluso respecto de quienes no han manifestado, ni siquiera implícitamente, 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..." (65). La disciplina pública aludida vale para todos los pertenecientes a la categoría profesional "sea dictada directamente por los órganos del Estado o sea delegada a los sindicatos, investidos así de una potestad normativa" (66). Explica que "en el ordenamiento corporativo coexistían actos estatales (ordenanzas corporativas, sentencias de la magistratura del trabajo en sede colectiva) y actos sindicales (contrato colectivo, acuerdo económico colectivo) de disciplina profesional, siempre pública" (67). Pero "una disciplina pública, por definición al servicio inmediato del interés público, esto es, de la colectividad general, no puede ser al mismo tiempo, no obstante la forma de

contrato colectivo, una autodisciplina de las categorías interesadas, por definición al servicio del interés de categoría" (68); por eso, concluye Santoro Passarelli, "la Constitución (entiéndase: italiana), con el fin de mantener a la disciplina colectiva su genuina esencia, reserva, a nuestro entender, tal disciplina a la autonomía, no ya normativa, sino contractual, de las asociaciones registradas de la categoría. Estas, proveyendo a sus propios intereses (este es el punto de fundamental importancia), por el modo en que lo hacen, son consideradas en condición de proveer y habilitadas a proveer contemporáneamente al interés de toda la categoría" (69). Esto último "a través de la representación unitaria (entiéndase: de una representación integrada por delegados de todas las asociaciones inscriptas, en proporción al respectivo número de afiliados), a la cual se confía el cargo no público (*l' ufficio non pubblico*) y, por lo tanto, privado, del cuidado del interés colectivo, pero particular de la categoría" (70).

En nuestra opinión, la construcción del gran maestro italiano es irrefutable en cuanto demuestra que incluso la auténtica convención colectiva (la que tiene eficacia "erga omnes" y le es reconocida por el ordenamiento estatal) es acto de un poder privado y no público, porque ejercido por sujetos privados en persecución de intereses privados aunque colectivos; pero falla en cuanto supone que ese acto sería de autonomía "no ya normativa, sino contractual". En efecto, ya explicamos cómo la misma autonomía negocial (no sólo la contractual) es y no es otra cosa que un *poder normativo*; y también explicamos que si bien el acto que pone la convención colectiva es bilateral *no es contractual (negocial)*, sino de autoridad (*normativa*) *privada* —reconocida, entre nosotros, por el ordenamiento estatal (ley 14.250), cosa que no ocurre en Italia sino programáticamente (art. 39 de la Constitución)—.

El "cargo (*ufficio*) privado" que, según Santoro Passarelli, reconoce la Constitución italiana programáticamente a la "representación unitaria" de los sindicatos inscriptos de la categoría y que nuestra ley 14.250 reconoce efectivamente a la asociación de trabajadores con "personería gremial" implica el *reconocimiento de un órgano del interés pro-*

(62) La autonomía privada cit., p. 379.

(63) Ob. cit. en nota 61, ps. 36/37, nos. 14 y 15.

(64) Ob. cit., p. 38.

(65) Ob. cit., p. 39.

(66) Lug. cit.

(67) Lug. cit.

(68) Lug. cit.

(69) Ob. cit., ps. 39/40.

(70) Ob. cit., p. 40. De modo que las "representaciones unitarias" de la Constitución italiana "no son órganos de los singulares sindicatos registrados, sino órganos colegiales comunes de los sindicatos registrados de la categoría, y en este sentido son unitarias, como dice la Constitución" (ob. cit., p. 42).

DOCTRINA

fesional del grupo o sector de trabajadores que resulten comprendidos en la convención colectiva. Ese "cargo", es decir, esa *calidad de órgano colectivo privado* lo asume, entre nosotros, la organización profesional de trabajadores con derecho a la "personería gremial", en las condiciones prescriptas por la ley de asociaciones profesionales (71).

Sobre la posibilidad de órganos de entes no dotados de personalidad (jurídica), v. Santi Romano, "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", cit., voz "Órganos", ps. 263 y ss.; en el caso se trataría de un grupo social (grupo "profesional"). Ahí Santi Romano (p. 266) habla de "los colegios electorales como órganos del pueblo".

IX. — ACTO PÚBLICO Y AUTONOMÍA PRIVADA

Cuando una ley modifica los salarios fijados en las convenciones colectivas (como la ley 17.224 y las posteriores que siguieron el mismo procedimiento) o se incorpora un régimen de licencias pagas a aquéllas (y también a los "estatutos especiales") (72) lo que hay es, simplemente, normas legales que incluyen en su ámbito de validez personal a los sujetos comprendidos en todas las convenciones colectivas; no se trata, obviamente, de normas de autonomía colectiva que pueden establecerse mediante los convenios previstos en la ley 14.250.

Cuando como en el anterior régimen corporativo italiano o en el de la Consolidação das Leis do Trabalho brasileña (arts. 856 a 875) y art. 123 de la Constitución de 1946 (73) los tribunales pueden dictar las llamadas "sentencias normativas", que establecen condiciones de trabajo (en el régimen brasileño a pedido de un sindicato o por iniciativa del Presidente del Tribunal o de la Procuraduría de la Justicia del Trabajo), obviamente, tampoco esas sentencias son actos

de autonomía colectiva sino reglamentaciones del poder público.

Igualmente, cuando el poder público puede imponer un "arbitraje obligatorio" en conflictos colectivos de intereses (caso de la ley 16.936, arts. 2 a 7), aunque el árbitro no sea un funcionario público (art. 3 ley 16.936: "actuará como árbitro el titular del Min. de Trabajo y Seguridad Social o la persona —el subrayado es nuestro— o funcionario que éste designe"), tampoco habrá actuación de la autonomía privada colectiva, sino ejercicio de un poder normativo público (art. 7 ley 16.936: "en los casos de conflictos colectivos de intereses el laudo arbitral tendrá los efectos de la convención colectiva de trabajo, y un plazo mínimo de vigencia de un año"); si el árbitro no fuera funcionario público se daría la figura del "ejercicio privado de la función pública". Este sistema, precisamente porque *excluye* el ejercicio de la autonomía colectiva, plantea obvios problemas de compatibilidad con las garantías constitucionales de negociación colectiva y de huelga (74). No ocurre lo mismo con el "arbitraje facultativo" (arts. 4 a 7 ley 14.786). En este caso, aunque no sean las "partes sociales" quienes elaboran las cláusulas del "laudo", en definitiva, el árbitro viene a ser como un instrumento de acuerdo para aquéllas (que optaron espontáneamente por el arbitraje y no fueron sometidas obligatoriamente a él); como afirma Krotoschin, "la intervención del árbitro se limita a la de un auxiliar que integra el contrato básico entre las partes con todos los elementos necesarios, en cuanto las partes hubieren deferido al árbitro esta función" (75).

Tampoco hay autonomía privada colectiva cuando, aunque el acto tenga la forma de un acuerdo entre partes, éstas son organismos públicos o que actúan cumpliendo una función pública (y, por lo tanto, debiendo ob-

(71) *Oficio o cargo privado* que se reconoce solamente a las asociaciones profesionales de trabajadores con "personería gremial" (v. nota 60). "En cuanto a la naturaleza jurídica (de las convenciones colectivas) ... parece prevalecer el concepto de que se trata de una institución de derecho privado. Por un lado, hay acuerdo de que se está frente a un instrumento nuevo de la técnica jurídica, cuya particularidad consiste en que produce no sólo derechos subjetivos (contractuales) sino también derecho objetivo, es decir, que es fuente de derecho. Parece ser que a este respecto el convenio colectivo sea una manifestación de la idea de autonomía, reconocida a las partes, sea que se tome el concepto de la autonomía en el sentido según el cual ciertas comunidades (corporativas) —se usa esta palabra sin alusión política— dentro del Estado están facultadas, por su propia naturaleza y conforme a ésta, a crear derecho en su órbita, o en el sentido inverso que hace depender aquella autonomía —sus titulares, su alcance, su for-

ma, etc.— de un reconocimiento formal del Estado. De acuerdo con la teoría más moderna, tal reconocimiento no ha de recaer, necesariamente, en un órgano del propio Estado, ni en ningún ente de derecho público, sino que puede tener como destinatario también a una entidad de derecho privado. Por esa misma razón, no convierte a los convenios colectivos en contratos de derecho público, ni en derecho estatal de ninguna clase". (Krotoschin, informe como relator del sub-tema A, Sistemas y naturaleza jurídica de los convenios colectivos de trabajo, en el II Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Anales, t. 1, Córdoba, 1962).

(72) Como lo hace la ley 18.338.

(73) Russomano, "Comentarios a Consolidação das Leis do Trabalho", t. 5, Rio de Janeiro, 1960, ps. 1480 a 1512.

(74) V. Krotoschin, "Instituciones de Derecho del Trabajo", cit., p. 649, nota 62.

(75) Ob. cit., p. 299.

servar principalmente el interés público), como ocurre en el régimen soviético y ocurrió según algunos (Santoro Passarelli, v. cita en IX) en el corporativo italiano.

En cambio, si, hay actuación autónoma colectiva, en otros actos que crean normas de eficacia general, aunque no intervenga en ellos una entidad sindical, sino otro órgano, como en el caso del "acuerdo de empresa" del Derecho alemán (76) cuando se celebra voluntariamente entre el Consejo de establecimiento y el empleador o lo establece un "laudo" del órgano de conciliación pedido y aceptado por esas mismas partes; no la hay, en cambio, en los casos en que pueden decidir imperativamente (sin acuerdo de partes) el órgano de conciliación y arbitraje o el tribunal de trabajo (77).

X. — AUTONOMÍA COLECTIVA Y DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Nuestro Derecho colectivo del trabajo, según la Constitución Nacional y las leyes fundamentales (14.250 y 14.455) está organizado, se puede decir que totalmente, en torno a la autonomía colectiva, incluidas sus limitaciones, como la exigencia de "homologación" de las convenciones colectivas; de un modo semejante se puede decir que el Derecho individual del trabajo está organizado en torno a la autonomía negocial (frecuentemente llamada individual) y a sus (intensas limitaciones).

En efecto, los tres principios fundamentales de nuestro Derecho colectivo del trabajo son: (a) el carácter privado de las asociaciones profesionales de trabajadores, que son "parte social" necesaria del principal acto de autonomía colectiva (el convenio colectivo, art. 1 ley 14.250), según resulta del texto constitucional y los arts. 2 a 4 y 38 ley 14.455; (b) la garantía constitucional del poder normativo colectivo privado ("queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo"); (c) la garantía constitucional de los medios de negociación en conflictos colectivos ("queda garantizado a los gremios: ... recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga").

El derecho a "organización sindical libre y democrática" (art. nuevo, párr. 1º CN.), implica, en primer lugar, el carácter privado de las asociaciones profesionales de trabajadores y, con él, ya un primer grado de autonomía

colectiva que se manifiesta en la creación de aquellas, con su configuración estatutaria los poderes normativos que actúan principalmente mediante las asambleas (arts. 9 y 13 ley 14.455). En efecto, no pueden reducirse esos poderes normativos a la autonomía individual, puesto que mediante ellos los trabajadores (individuales) no reglan sus intereses individuales, sino la existencia y la marcha de un ente colectivo, que es la asociación misma. Esa primera autonomía, por otra parte, —según ya quedó explicado— es la raíz de aquella otra que actúa en el establecimiento de convenciones colectivas con alcance *erga omnes*, al diferenciar a la asociación profesional del Estado y constituirla en sujeto de derecho privado.

El carácter de acto de autonomía colectiva privada del convenio colectivo ha sido el tema central de esta nota (78).

La conciliación, el arbitraje y la misma huelga, son modos de negociación colectiva (el último singularísimo: un modo privilegiado de "presión" negocial, porque justifica el incumplimiento de los contratos individuales de trabajo). Y el fruto más destacado de la negociación colectiva es el acto normativo que establece la convención colectiva.

Finalmente, el art. nuevo CN. abre, programáticamente, la posibilidad de otros modos de autonomía colectiva, como, por ejemplo, el "acuerdo de empresa" del derecho alemán ("El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ... participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección" —el subrayado es nuestro—).

Como conclusión última podría decirse que nuestro Derecho colectivo del trabajo es el derecho de las relaciones de autonomía colectiva privada laborales. La autonomía colectiva laboral, en efecto, en su momento culminante —el establecimiento de normas con validez *erga omnes*— se da en relaciones (79): sus actos son actos de "partes sociales" porque el universo laboral relaciona a dos sectores con intereses diferenciados y contrapuestos (trabajadores y empleadores). Y todas las demás relaciones colectivas laborales (relaciones de asociación y de agrupamiento, relaciones de negociación) se disponen principalmente (aunque no exclusivamente) para ese momento culminante.

(76) V. Hueck y Nipperdey, "Compendio de derecho del trabajo", trad. esp. de Rodríguez Piñero y De la Villa, Madrid, 1963, ps. 482/486.

(77) V. autores y ob. cit., ps. 486/487; Kaskel-Dersch, ob. cit., ps. 176/177, Nº 4; Krotoschin, ob. cit., p. 368, Nº 249.

(78) Se podría caracterizar a la convención colectiva como ley (en sentido material) profesional privada autónoma reguladora de relaciones de trabajo.

(79) Relaciones colectivas de trabajo (conf. Nápoli, ob. cit., p. 147, 84).