

EFICACIA Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN BRASIL*

[EFFICACY AND LEGAL NATURE OF COLLECTIVE BARGAINING
AGREEMENTS IN BRAZIL]

Edilton Meireles

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2017
Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2017

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. RECONOCIMIENTO O DERECHO A CEL-
EBRAR CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO.- III. NAT-
URALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO Y DEL ACUERDO COLECTIVO.- IV.
LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.- V. CONTENIDO DEL DERECHO
AL «RECONOCIMIENTO DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS
DE TRABAJO». VI. DERECHO DE LOS TRABAJADORES Y OBLIGACIÓN
DE LOS EMPRESARIOS.- VII. CONCLUSIONES.

*Contents: I. INTRODUCTION.- II. RECOGNITION OR RIGHT TO
CONCLUDE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS.- III. LE-
GAL NATURE OF THE COLLECTIVE AGREEMENT AND LABOR
AGREEMENT.- IV. CONTENT OF THE RIGHT TO «OF COLLEC-
TIVE AGREEMENTS AND LABOR AGREEMENTS».- VI. WORKERS'
RIGHTS AND EMPLOYERS' OBLIGATIONS.- VII. CONCLUSIONS.*

Resumen: En el presente trabajo tratamos la naturaleza jurídica de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo a la luz de la legislación brasileña, en especial, a partir de lo dispuesto en la CF/88. Procuramos demostrar su naturaleza jurídica de ley en sentido material, destacando el contenido en cuanto que derecho fundamental de los trabajadores e instrumento puesto a disposición de los mismos para la busca de mejores condiciones sociales.

*Abstract: This paper studies the legal nature of conventions and col-
lective bargaining agreements in Brazilian legislation, specially in the
light of the provisions of the 1988 Constitution. We seek to demonstrate
its legal nature of law in a material sense, highlighting its content as a
fundamental right of the workers and as an instrument made available
to them for searching better social conditions.*

* Traducción al castellano, desde el portugués original, de Jesús Martínez Girón.

Palabras clave: Convenio colectivo — Acuerdo colectivo — Negociación colectiva — Naturaleza jurídica — Ley colectiva — Eficacia.

Keywords: *Collective bargaining agreement — Labor agreement — Collective bargaining — Legal nature — Collective law — Effectiveness.*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más debatidos en el mundo del Derecho brasileño del Trabajo en los últimos años, que siempre vuelve a aparecer, especialmente en momentos de crisis, es la eficacia de lo negociado colectivamente frente a lo que dispone la ley estatal infraconstitucional.

En Brasil, teniendo en cuenta la doctrina tradicional, anclada en las Constituciones anteriores, se sostiene que la ley estatal infraconstitucional tiene prevalencia sobre las normas colectivas del trabajo.

Intentamos en este trabajo, no obstante, apuntar los equívocos de la doctrina (que se volvió opinión común), ya que ésta se ciñe a los textos de las Constituciones anteriores, para así continuar teorizando. Acaban, por otro lado, interpretando la Constitución actual «de conformidad con la LCT» (Consolidación de las Leyes de Trabajo), en vez de hacer prevalecer lo que está en el orden constitucional instaurado a partir de octubre de 1988.

Este estudio, a su vez, parte de la interpretación del que es uno de los derechos laborales más enigmáticos entre los relacionados en el artículo 7 de la Constitución Federal (CF). Se trata del derecho fundamental de los trabajadores al «reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo» (inciso XXVI).

Para intentar aclarar cuestiones olvidadas, lanzamos nuestra opinión.

II. RECONOCIMIENTO O DERECHO A CELEBRAR CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO

La primera controversia que podemos extraer del texto constitucional surge justamente a partir de la expresión utilizada por el constituyente para asegurar a los trabajadores el derecho a los convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y es que el constituyente utilizó la expresión «reconocimiento» para asegurar el derecho al convenio y al acuerdo colectivo de trabajo.

A partir de esa expresión («reconocimiento»), podemos entonces pensar que el constituyente, en el inciso XXVI del artículo 7 de la CF brasileña, habría reconocido que el derecho a la celebración del convenio y acuerdos colectivos de trabajo sería preconstitucional. Y de ahí por qué son reconocidos y respetados por la Carta Magna. La Constitución no estaría «concediendo» algo nuevo a los traba-

jadores. Estaría, en este sentido, reconociendo un derecho que les resultaría «natural».

Debemos recordar que la Constitución brasileña, al instituir el régimen democrático, estableció la regla de que «todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos o directamente, en los términos de la Constitución» (parágrafo único del artículo 1). El pueblo ejerce el poder por medio de sus representantes o directamente, en los términos de la Constitución. O sea, lo ejerce tanto a través de sus representantes políticos elegidos democráticamente, como directamente, en este caso, aunque a través de representantes previamente indicados en la ley o en la propia Constitución.

Egon Felix GOTTSCHALK, a su vez, enseña que en un Estado autoritario la delegación de poderes es el único modo de legitimación del poder legislativo conferido a los grupos sociales o a entes no estatales. Ya en el Estado democrático, cuyo poder emana del pueblo, esa legitimación se derivaría del reconocimiento de la competencia originaria del pueblo¹. En suma, el Estado reconoce el ejercicio del poder legislativo por las propias partes interesadas.

Es en este contexto, entonces, que debe interpretarse lo dispuesto en el inciso XXVI del artículo 7 de la CF, cuanto asegura el «reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo». Aquí el Estado acaba por reconocer que un determinado grupo social mantiene su legitimación originaria para establecer reglas de conducta, sin perjuicio de la legislación estatal.

Pero aquí debemos hacer una distinción importante para la valoración de este derecho a la luz de la Constitución actual de Brasil. Y es que este derecho pasó a ser reconocido a los trabajadores a partir de la Constitución de 1946². Destáquese, no obstante, que la Constitución de 1937, sin utilizar esa misma expresión, ya aseguraba a las entidades sindicales las funciones normativas, pero por delegación del Poder Público (artículo 138).

Esa vinculación del sindicato al Estado, a su vez, continuó vigente en el orden constitucional de 1946 (artículo 159) y de 1969 (artículo 166). O sea, hasta 1988, la entidad sindical actúa por delegación de poderes del Estado. Ya la actual Constitución brasileña, rompiendo con esa verdadera promiscuidad autoritaria, alejó a las entidades sindicales de toda interferencia o intervención del Estado (artículo 8, inciso 1).

1 *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*, LTr (San Pablo, 1995), pág. 301.

2 Hasta la Constitución de 1969 se reconocía el derecho a los «convenios colectivos de trabajo». Así, en el inciso XIV del artículo 165 de la CF de 1969, inciso XIV del artículo 158 de la CF de 1967 e inciso XIII de la CF de 1946. La actual reconoce el derecho a los «convenios y acuerdos colectivos de trabajo».

Es más. Las Constituciones brasileñas anteriores establecían aún que la entidad sindical sólo podría representar legalmente a los integrantes de la categoría en los convenios colectivos conforme a la regulado en la ley y por delegación del poder público (artículo 166 de la CF/1969³, artículo 159 de la CF/1967⁴, artículo 159 de la CF/1946⁵ y artículo 138 de la CF/1937⁶). O sea, la representación legal en los convenios colectivos, incluso en lo relativo a lo que se podría disponer y negociar, dependía de la ley y de la autorización estatal.

La Constitución Federal de 1988, no obstante, no lo dispone así. No sólo desligó la entidad sindical del Estado (artículo 8, inciso 1), sino que tampoco subordinó lo negociado colectivamente a ninguna reglamentación estatal. En verdad, como afirmó el Min. Luiz Roberto BARROSO del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño, «la Constitución de 1988 ... prestigió la autonomía colectiva de la voluntad como mecanismo por el cual el trabajador contribuirá a la formulación de las normas que regirán su propia vida, incluso en el trabajo (artículo 7, XXVI, CF)»⁷.

De ahí se deriva, en el orden constitucional brasileño actual, que cuando las entidades sindicales firman convenios y acuerdos colectivos de trabajo están ejerciendo, en verdad, un poder normativo originario e inderogable, como auténticas normas jurídicas, por otorgamiento (o reconocimiento) constitucional de una parte de sus funciones de ordenación del Derecho, como enseñan los alemanes⁸.

Debemos entender, así, que lo que la Constitución asegura, en esta cláusula social, es el derecho de los trabajadores a celebrar convenios y acuerdos colectivos de trabajo de naturaleza normativa.

Pero vean. Éste es un derecho de los trabajadores, ya que el inciso XXVI está vinculado a la cabecera del artículo 7, precepto que apunta a los derechos fundamentales de los trabajadores en sus treinta y cuatro incisos, «además de otros que se refieran a la mejora de su condición social».

3 Artículo 166. Es libre la asociación profesional o sindical; su constitución, la representación legal en los convenios colectivos de trabajo y el ejercicio de funciones delegadas de poder público se regularán en ley.

4 Artículo 159. Es libre la asociación profesional o sindical, su constitución, la representación legal en los convenios colectivos de trabajo y el ejercicio de funciones delegadas de poder público se regularán en ley.

5 Artículo 159. Es libre la asociación profesional o sindical, siendo reguladas por ley la forma de su constitución, su representación legal en los convenios colectivos de trabajo y el ejercicio de funciones delegadas por el poder público.

6 Artículo 138. La asociación profesional o sindical es libre. No obstante, sólo el sindicato regularmente reconocido por el Estado tiene el derecho de representación legal de los participantes en la categoría de producción para la que fue constituida, y de defenderles los derechos ante el Estado y las otras asociaciones profesionales, estipular contratos colectivos de trabajo obligatorios para todos sus asociados, imponerles cotizaciones y ejercer en relación con ellos funciones delegadas de poder público. Cabe destacar que esta regla fue suspendida por el Decreto núm. 10.358 de 1942.

7 STF, Recurso extraordinario — RE— núm. 590.415.

8 A. HUECK y H.C. NIPPERDAY, *Compendio de Derecho del Trabajo* (traducción de Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa), Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1963), pág. 50.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO Y DEL ACUERDO COLECTIVO

Y aquí surge, entonces, la cuestión más importante. Se trata de la definición de la naturaleza jurídica de las normas colectivas del trabajo. Antes es necesario, sin embargo, fijar el concepto de ley.

José Afonso DE SILVA, muy sintéticamente bien, define la ley, en sentido material, como «un acto normativo de carácter general, abstracto y obligatorio, que tiene como finalidad la ordenación de la vida colectiva, en el sentido de aportar certeza, precisión y garantía a las relaciones jurídicas»⁹.

En esta definición encontramos las características básicas para la definición de la ley. Primero, es preciso que el acto normativo tenga carácter general, o sea, que sea aplicada a una generalidad de personas. Sin personalidad. Debe dirigirse a todos y de forma genérica, sin distinción.

Es lógico, no obstante, que la ley pueda referirse a una determinada clase, categoría o grupo social, sin retirar con ello su generalidad. La ley que asegura derechos a los portadores de necesidades sociales, por ejemplo, por el hecho de dirigirse a determinada clase no pierde su carácter de generalidad. De esta misma forma, las leyes laborales son generales, aunque referidas a determinada clase (bancarios, comerciales, etc.).

La segunda característica es la abstracción, esto es, la ley debe regular de forma abstracta las situaciones jurídicas que puedan surgir (en el futuro). Abstractamente, regula las situaciones jurídicas que puedan llegar a ocurrir.

Es obligatoria, ya que vincula a las personas, independientemente de sus voluntades. Y, por último, puede afirmarse que debe tener por finalidad regular la convivencia humana, procurando dar certeza a las relaciones jurídicas. Regula la convivencia humana, buscando la pacificación de nuestras relaciones sociales, retirando las incertidumbres que puedan surgir de ellas y, por tanto, las potenciales situaciones de conflicto.

Es ya pacífico, a su vez, que la ley en sentido material no es el acto normativo necesariamente producido por el Poder Legislativo. En puridad, en un Estado Democrático y de Derecho, será ley el acto normativo que reúna las características arriba mencionadas, y que sea generado por quien la Constitución le asegure la competencia respectiva. En suma, tendrá poder de producir la ley (poder normativo) aquel a quien la Constitución le asegura esta atribución, esto es, quien tiene el

⁹ *Processo constitucional de formação das leis*, 2ª ed., Malheiros (San Pablo, 2007), pág. 24.

poder de crear Derecho, de legislar, de regular las relaciones jurídicas. Esta función, preponderantemente, se reserva al Poder Legislativo. Sin embargo, nada impide al constituyente, aunque derivado, delegar tal atribución a otros, incluso, «reconocer» ese derecho a los grupos sociales.

En el mundo del trabajo, está reconocida la facultad atribuida a los grupos sociales, protagonistas de la relación de empleo, de firmar convenios colectivos o acuerdos colectivos. De ahí el «reconocimiento» por parte de nuestro constituyente.

En Brasil, como en general en los demás países que reconocen estos actos, los convenios colectivos y acuerdos colectivos deben ser firmados por las entidades sindicales (artículo 8 de la CF). Destáquese, sin embargo, que la ley resalta que las federaciones sindicales «y, a falta de ellas, las confederaciones representativas de categorías económicas o profesionales podrán celebrar convenios colectivos de trabajo para regir las relaciones de las categorías vinculadas a ellas, no organizadas en sindicatos, en el ámbito de sus representaciones» (parágrafo 2 del artículo 611 de la CLT).

La ley prevé, además, que los sindicatos y las empresas no pueden negarse a la negociación colectiva (artículo 616 de la CLT). Y de ahí, ante la negativa de los sindicatos, que los trabajadores o empleadores puedan recurrir a las federaciones respectivas o, también ante la negativa de éstas, a las confederaciones pertinentes para que sea firmado el acuerdo o el convenio. Es lógico, no obstante, que si una de las partes, incluida la empresa, se niega a negociar, a la otra sólo le cabrá provocar el conflicto colectivo (parágrafo 2 del artículo 616 de la CLT).

De ahí se extrae la regla de que, en puridad, el convenio o el acuerdo colectivo puede ser firmado por la entidad sindical y no, necesariamente, por el sindicato (entidad sindical de primer grado). Con todo, la ley establece otra excepción. Ocurre cuando las entidades sindicales representativas de los empleados se niegan a celebrar el acuerdo colectivo. En este caso, entonces, los propios empleados podrán «proseguir directamente la negociación colectiva hasta el final» (artículo 617 y siguientes de la CLT).

No obstante, lo que más importa destacar es que la propia Constitución asegura, en cuanto que derecho fundamental de los trabajadores (artículo 7), el «reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo» (artículo 7, inciso XXVI). Por tanto, de ahí se deriva que cuando las entidades sindicales firman convenios y acuerdos colectivos de trabajo están ejerciendo, en puridad, un poder normativo originario. Crean normas de eficacia inmediata e inderogable, como auténticas normas jurídicas, por otorgamiento (o reconocimiento) estatal de una parte de sus funciones de ordenación del Derecho.

Pero, aunque así no fuese, es claro que no cabe duda de que el Estado brasileño, a través del inciso XXVI del artículo 7 de la CF, atribuyó a las entidades sindicales el poder de establecer «acuerdos» de carácter normativo.

A ese efecto, es preciso recordar que, por fuerza de la misma Constitución, a los sindicatos «les compete la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría» (inciso II del artículo 8). Observen: al sindicato le compete representar a todos los miembros de la categoría, estén o no afiliados a la entidad sindical respectiva. Y ello, porque los pactos colectivos acaban beneficiando y vinculando a todos los miembros de la categoría, con independencia de su afiliación o no a la entidad sindical.

Esta representación sindical en Brasil (de categoría y no solamente de los afiliados), a su vez, se diferencia de los principales ordenamientos jurídicos occidentales, que, de un modo general, sólo reconocen el derecho del sindicato a representar únicamente a sus afiliados¹⁰. Por tanto, como regla, en esos ordenamientos jurídicos la norma colectiva sólo vincula a los asociados a la entidad.

Así, por ejemplo, en Alemania, las normas colectivas sólo benefician y obligan únicamente a los miembros de las entidades sindicales que estipulan o acuerdan¹¹. Y en Francia, de la misma forma, las normas colectivas vinculan a los asociados de las entidades estipulantes. Con todo, las empresas que están vinculadas al convenio colectivo también están obligadas a extender a sus trabajadores no sindicalizados los mismos beneficios asegurados a los afiliados¹². Esta extensión, sin embargo, asume la naturaleza de pacto contractual individual.

En Italia, de la misma forma, los convenios colectivos sólo vinculan a los asociados a las entidades sindicales acordantes. Con todo, la jurisprudencia también entiende que la empresa que sea miembro del sindicato patronal que haya firmado el convenio está igualmente obligada a aplicar las normas negociadas para los demás empleados, aunque no estén afiliados al sindicato profesional acordante, si los trabajadores así lo desearan¹³.

Portugal, a su vez, sigue la lógica de Alemania, esto es, las normas colectivas sólo benefician a los afiliados a las entidades sindicales (artículo 496 del Código del Trabajo de 2009).

10 Para una visión general, en los ordenamientos europeos, cfr. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *La negociación colectiva en Europa*, MTAS (Madrid, 2004), *passim*, y T. SALA FRANCO, *El sistema de negociación colectiva en la Europa Comunitaria (Primera Parte)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2008), *passim*.

11 *Idem*, págs. 45-47.

12 *Idem*, pág. 121.

13 *Idem*, págs. 164-171.

España, a su vez, tiene una doble regulación. En la nación española se ha de distinguir el convenio colectivo estatutario del convenio extraestatutario. Los estatutarios tienen eficacia erga omnes, obligando a todos los empleadores y empleados. Pero los convenios extraestatutarios son de naturaleza contractual, vinculando sólo a los trabajadores y a los empleadores directamente representados¹⁴.

En Brasil, sin embargo, la entidad sindical representa a todos los miembros de la categoría. Por tanto, sus actos vinculan a los afiliados y a los no afiliados al sindicato (a semejanza del convenio colectivo estatutario español). Y esta distinción es importante para la definición de la naturaleza jurídica de las normas colectivas en Brasil. Y ello, porque cuando se admite que el sindicato, al firmar el convenio colectivo, sólo representa a sus afiliados, vinculándolos a la respectiva norma colectiva, se considera que el mismo ejerce dicha atribución por delegación de los propios asociados. En suma, los afiliados confieren al sindicato el poder de negociar colectivamente en su nombre. El sindicato ejerce, así, esta atribución en cumplimiento de un mandato conferido por sus asociados. Por tanto, el convenio colectivo no pasaría de mero contrato, celebrado por persona en el ejercicio de poderes que le han sido otorgados individualmente por otro.

Como enseña Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO, los convenios colectivos de trabajo celebrados por las entidades sindicales, en nombre sólo de sus afiliados, «no pasarían de meros negocios jurídicos, como cualesquiera contratos entre particulares, estrictamente subordinados a la ley y sin ninguna importancia para un estudio sobre la elaboración legislativa. Ocurre, sin embargo, que en algunos Estados, como en Brasil, ese convenio puede llegar a obligar también a los patronos o empleados que de algún modo estuvieran representados en la negociación, como son los que no se adhirieron a los sindicatos firmantes del acuerdo.

Ahora bien, esta extensión da al convenio colectivo fuerza de ley, en la medida en que, en el Estado de Derecho, sólo la ley puede obligar a hacer o a dejar de hacer cualquiera cosa. Y, como la ley, este convenio obliga a los que no participaron en su adopción, constituyendo respecto de ellos una obligación heterónoma.

Esta ley sería, así, una legislación no estatal, una legislación por los interesados, si se quiere, ya que su fuente sería la voluntad de determinados entes no integrados en el Estado, excluida, es claro, la hipótesis del Estado corporativo o sindicalista»¹⁵.

Por lo demás, es preciso recordar que, en Brasil, no siempre fue así. En puridad, la representación sindical amplia, vinculándose toda la categoría profesional o económica a lo establecido en la norma colectiva, sólo pasó a ser regla en Brasil a

14 *Idem*, págs. 271-275 y 283-285.

15 *Do processo legislativo*, 3ª ed., Saraiva (San Pablo, 1995), págs. 188-189.

partir del Decreto-ley núm. 229, de 28.2.1967, publicado ya durante la vigencia de la CF/1967, que revocó el artículo 612 de la CLT en su redacción originaria, que disponía que «El convenio colectivo, celebrado en los términos del presente capítulo, se aplica a los asociados a los sindicatos acordantes, pudiendo extenderse a todos los miembros de las respectivas categorías, mediante decisión del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio».

A partir de entonces, no obstante, la norma colectiva pasó a aplicarse a todos los miembros de la categoría independientemente de cualquier acto legislativo de extensión. Antes, la norma colectiva tenía naturaleza contractual, pues vincula sólo a los asociados a la entidad sindical. Sus reglas, no obstante, podrían extenderse a los no afiliados a los sindicatos por acto normativo estatal («decisión del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio»). Teníamos, entonces, un acto estatal estableciendo la regla para los no afiliados¹⁶.

Con todo, en Brasil, de conformidad con la regla actual, las entidades sindicales representan a todos los miembros de la categoría profesional, por imperio de la regla constitucional (inciso II del artículo 8). Así, aunque el empleado o el empleador no esté afiliado al sindicato de la respectiva categoría, este último tendrá la atribución de firmar un convenio o acuerdo colectivo vinculando a aquéllos (miembros de la categoría, aunque no afiliados al sindicato). La diferencia entre la vinculación normativa prevista a partir del Decreto-ley núm. 229/67 y la actual vinculación es que aquélla estaba establecida en norma infraconstitucional. Actualmente, no obstante, esta vinculación se deriva de la propia Constitución Federal.

Volvamos entonces a la definición del convenio colectivo. Cuando se firma por entidad sindical que sólo representa a sus afiliados, fácilmente podemos concluir que este acto es mero instrumento contractual firmado por particulares, aunque celebrado por su representante (la entidad sindical).

Pero en Brasil, el convenio colectivo asume la hechura de verdadera ley. Y ello, porque estaremos ante un «acto normativo de carácter general, abstracto y obligatorio, teniendo como finalidad la ordenación de la vida colectiva, en el sentido de otorgar certeza, precisión y garantía a las relaciones jurídicas»¹⁷.

16 Antes de la CLT (de 1943), en su redacción originaria, el Decreto núm. 21.761, de 23 agosto 1932, ya establecía que «los convenios colectivos obligan tanto a los sindicatos que se ajustasen o fuesen a adherirse, como a sus componentes, los cuales no quedarán exonerados de las obligaciones asumidas por el hecho de retirar su adhesión o dejar de formar parte de los sindicatos o agrupaciones» (artículo 5). Su aplicabilidad a los demás integrantes de la categoría dependía, también, de acto normativo del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio, oída la competente Comisión de Conciliación (artículo 11). La CLT sólo «codificó» (consolidó) estas reglas anteriores.

17 José Afonso DA SILVA, *Processo constitucional de formação das leis*, 2ª ed., cit., pág. 24.

Obsérvese que cuando el convenio colectivo establece una regla creando nuevas condiciones de trabajo a ser observada en el futuro por todos los miembros de la categoría profesional y económica representados, independientemente de su afiliación o no al sindicato, aquélla está creando una regla de carácter general (aunque aplicable a una determinada clase), abstracta (para regular las situaciones futuras) y obligatoria (en relación con sus destinatarios), con la finalidad de ordenar la vida colectiva.

Tal norma —contenida en el convenio colectivo— crea una nueva regla jurídica que regulará una relación jurídica (de empleo), firmada por los actuales empleados y empleadores (determinados) o por los futuros empleados o empleadores (indeterminados). Es abstracta, ya que sólo pretende regular posibles futuras situaciones jurídicas, indicando la regla a aplicarse cuando se produzca su ocurrencia. En fin, es obligatoria, pues vincula a todos los miembros actuales o futuros de las categorías económicas o profesionales representadas por las entidades sindicales.

Como en 1913 ya enseñaba Leon DUGUIT, opinando a la luz de la legislación francesa de la época, semejante a la actual ley brasileña, las normas de los convenios

«son leyes propiamente dichas, disposiciones de carácter general, permanentes, que regulan durante un tiempo indeterminado las situaciones individuales, que determinan competencias que van acompañadas de sanción jurisdiccional».

«... celebrada entre dos o más grupos; de ese convenio nace una verdadera ley que se aplicará no sólo a aquellos que fueron parte de estos grupos en el momento del convenio, sino también a los que formarán parte más tarde y a terceros que no fueron parte de este grupo» ...

«... Por tanto, el contrato colectivo celebrado entre el sindicato patronal y el obrero, será verdaderamente la ley de la profesión organizada»¹⁸.

Aquí, sin embargo, en este camino, para un mejor entendimiento, resulta preciso distinguir la ley en su sentido material de su sentido formal. En sentido material, repitiendo lo enseñado arriba, ley es «todo acto normativo general, abstracto y obligatorio, teniendo como finalidad la ordenación de la vida colectiva»¹⁹. En este sentido, tanto es ley (en cuanto acto normativo) la regla establecida en la Constitución, en la ley complementaria, en la ley ordinaria, en decretos, reglamentos, etc., siempre que tenga «carácter general, abstracto y obligatorio» y que busque regular la conducta o las relaciones jurídicas.

18 «Las leyes particulares», en *Las transformaciones del Derecho público y privado*, traducción castellana, Comares (Granada, 2007), págs. 68-70. Traducción libre del autor.

19 *Ibidem*, pág. 24.

Pero en sentido formal, ley es el acto normativo producido por el órgano estatal constitucionalmente competente para el ejercicio de la función legislativa. En este sentido, en Brasil, ley en sentido formal es el acto normativo producido por el Poder Legislativo, de conformidad con el procedimiento previsto en la Constitución. Ley, en sentido formal, sería la regla que el Poder Legislativo publica de conformidad con los mandatos previamente establecidos por el Legislador Constituyente.

Esta distinción, a su vez, se revela extremadamente importante, ya que la norma colectiva, aunque no sea ley en sentido formal, lo es materialmente, en cuanto que «acto normativo de carácter general, abstracto y obligatorio» y que tiene por objeto ordenar la vida colectiva. En suma, «la ley no es solamente la regla de conducta, dictada y sancionada por el Estado»²⁰. Y los convenios colectivos son auténticas leyes, «aunque nacidas de un acuerdo de voluntad»²¹.

Por fuerza y opción del legislador constitucional, por tanto, se asegura a las entidades sindicales tratar sobre determinadas cuestiones a través de la negociación colectiva, pudiendo establecerse una regla de carácter general, abstracto y obligatorio, reguladora de las relaciones jurídicas. Por tanto, en este caso, estamos ante una ley en sentido material.

Tales reglas, a su vez, ingresan en nuestro ordenamiento jurídico en el mismo plano de las leyes ordinarias²². Y ello, porque el constituyente acabó por reconocer a los interesados el poder de legislar ordinariamente sobre cuestiones laborales, así como atribuyó esa misma función al legislador estatal, no realizando ninguna distinción al conferir tales atribuciones.

En suma, no se extrae de la Constitución ningún apoyo para sostener que la ley estatal esté en grado superior al convenio o acuerdo colectivo de trabajo.

Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO, sin embargo, sostiene que el convenio estaría «sub lege», con base en que «es la ley la que permite su establecimiento (cuando no es la Constitución), la que marca sus límites, la que pone sus condiciones»²³.

Se equivoca, sin embargo, este doctrinario, ya que el convenio colectivo de trabajo, en cuanto que instrumento legislativo, encuentra amparo en la Constitución.

20 Orlando GOMES, *A convenção coletiva de trabalho* (edición facsímil de la de 1936), LTr (San Pablo, 1995), pág. 134.

21 *Ibidem*, pág. 136.

22 El convenio colectivo y el acuerdo colectivo de trabajo ¿podrían enmarcarse en el concepto de «ley», a efectos del artículo 102, inciso 1, párrafo «a», de la CF, de modo que se admitiese la acción directa de inconstitucionalidad?

23 *Ob. cit.*, pág. 189.

Por tanto, no depende de la ley infraconstitucional para poder ser publicado. La enseñanza del profesor Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO tendría todo fundamento si la norma constitucional que asegura a la entidad sindical el derecho a negociar colectivamente no hubiese sido alterada. Si, antes, el sindicato dependía de la ley, en el actual panorama constitucional esa condición no existe.

Este equívoco, a su vez, se ha repetido en el Tribunal Superior del Trabajo brasileño (TST), para el que los derechos establecidos en ley infraconstitucional estatal, cuando revisten el carácter de orden público, no pueden ser suprimidos «mediante norma colectiva, aun a través de la concesión de otras ventajas a los empleados», ya que se opondría «directamente a la referida disposición de ley, además de atentar contra los preceptos constitucionales que aseguran las condiciones mínimas de protección al trabajo. Resulta evidente, por tanto, que tal eventualidad no encuentra respaldo en el artículo 7, XXVI, de la Constitución de la República. Precedentes de la SBDI-I» (E-ED-RR 1928-03.2010.5.06.0241, Ponente Magistrado: Lelio BENTES CORRÊA, Fecha del fallo: 20/02/2014, Subsección I Especializada en Conflictos Individuales, Fecha de Publicación: DEJT: 11/04/2014).

La jurisprudencia, por tanto, ha incurrido en el mismo equívoco de pensar que el poder de la entidad sindical para establecer nuevas condiciones de trabajo está sujeto a los dictámenes de la ley infraconstitucional.

Se equivocan. Y ello, con otras palabras, porque, al igual que el legislador estatal, la entidad sindical también encuentra el fundamento para crear la ley colectiva en la propia Constitución de 1988. El poder de las entidades sindicales deriva de lo establecido por el constituyente y no por el legislador infraconstitucional. De ahí se deduce, por tanto, que la norma colectiva de trabajo ingresa al mismo nivel de la ley infraconstitucional, asumiendo la naturaleza de ley ordinaria o de ley complementaria (dependiendo de la materia tratada)²⁴.

La opinión de Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO, arriba mencionada, en puridad —como ya se dijo antes—, está apegada a lo que disponía la Constitución anterior (de 1969), en su artículo 166, cuando establecía que la entidad sindical sólo podría representar legalmente a los integrantes de las categorías de conformidad con lo regulado en la ley. Si solamente podría representar de conformidad con lo regulado en la ley, aquí sí, el convenio estaría sub lege. La Constitución de 1988, no obstante, no dispone que la entidad sindical solamente puede representar a su categoría en la forma legal.

24 En este sentido, confrontar Ícaro DE SOUZA DUARTE, «A posição hierárquica da convenção coletiva de trabalho», en <http://icaroduarte.jusbrasil.com.br/artigos/121943430/a-posicao-hierarquica-da-convencao-coletiva-de-trabalho>.

Y aquí está la gran equivocación de los doctrinarios y de la jurisprudencia laboral, y que se convirtió en opinión común (opinión generalizada). La equivocación es pensar que la norma colectiva de trabajo está por debajo de la ley, no pudiendo, así, prevalecer sobre lo que ella dispone. Equívoco, si se me permite, de una lectura no correcta de la actual Carta Magna y de la comodidad de interpretar el nuevo texto constitucional a la luz de la ideología anterior. La ley estatal y las normas colectivas de trabajo, en puridad, están en el mismo nivel de jerarquía de las normas. Y ello, porque la Constitución no hace distinción entre una y otra, ni subordina una a la otra.

Se equivoca, por tanto, quien sostiene que «El convenio resulta de una delegación legal a los sindicatos para establecer normas temporales de aplicación sólo a las categorías, durante plazo cierto, creando condiciones no previstas en la ley, pero, evidentemente, con respeto a ellas y a las normas constitucionales» (pieza inicial de la ADPF núm. 323 enjuiciada ante el STF).

En puridad, la delegación legislativa tiene origen constitucional. Las entidades sindicales negocian y establecen nuevas condiciones de trabajo (nuevas leyes) a partir del poder que les fue constitucionalmente delegado, así como lo fue al Poder Legislativo estatal. Y no cabe extrañarse de esa conclusión, pues en un Estado de Derecho quien tiene poder para legislar es aquel en quien el constituyente delegó ese poder.

Cabe aclarar, sin embargo, que el eventual conflicto entre la ley estatal y la norma colectiva de trabajo se resuelve a través de los criterios ya indicados en la doctrina, los cuales son: el criterio cronológico, el de la especialidad o el de la jerarquía.

En puridad, con rigor, el conflicto se resuelve por los criterios cronológico y de la especialidad. Y ello, porque en el conflicto jerárquico estaremos ante una norma inválida (la que trata de la materia reservada a la de otra naturaleza) y una válida (la que dispone de la materia que le ha sido reservada). Por tanto, como ambas no están en el plano de la validez, no cabe afirmar que estén en conflicto.

En las demás situaciones (cronológico y especialidad), no obstante, ambas normas son válidas y están en conflicto. Por tanto, en este caso cabe resolver la antinomia por el criterio cronológico (la posterior revoca la anterior) o de la especialidad (la más especial prevalece sobre la regla general).

Es preciso, sin embargo, recordar que las normas laborales infraconstitucionales (estatales y normas colectivas) están sujetas al principio de no retroceso social previsto en el comienzo del artículo 7 de la CF, ya que la norma infraconstitucional solamente puede disponer de manera que se mejore la condición social del trabajador. Esta conclusión se extrae fácilmente de este dispositivo constitucional.

Así, la norma posterior más desfavorable en relación con la anterior debe tenerse siempre como inválida, por incumplir la regla del comienzo del artículo 7 de la CF.

De ahí se concluye, pues, que no habiendo jerarquía entre la ley estatal infraconstitucional y la norma colectiva laboral, los conflictos eventualmente surgidos se resuelven por los criterios cronológico y de especialidad, sin olvidar la aplicación del principio de no retroceso social al analizar la validez de la norma posterior.

Destáquese, además, que en relación con las materias respecto de las cuales la Constitución prevé la reglamentación del derecho mediante ley complementaria, no cabe afirmar que la norma colectiva no pueda disponer al respecto. Y ello, en puridad, porque la Constitución, al disponerlo así, sólo estableció una regla de organización y procedimiento limitadora de su propio actuar, sin haberse dirigido a los particulares (empleados y empleadores).

Con otras palabras, el Constituyente estableció que el legislador estatal debe tratar de determinadas cuestiones mediante ley complementaria (p.ej., en la hipótesis del inciso I del artículo 7 de la CF). Con todo, tal autolimitación del Estado no interfiere en el poder de los particulares para disponer sobre la misma cuestión mediante norma colectiva (o incluso, a través de simple contrato individual). Por tanto, las entidades sindicales (y las empresas) pueden legislar sobre las materias reservadas a la ley complementaria mediante convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y, en este caso, no cabrá invocar la posición jerárquica de la ley complementaria para tener como inválida la norma colectiva. Estarán ellas aquí en el mismo plano jerárquico.

Lo mismo cabe afirmar, además, en relación a todas las otras hipótesis en las cuales la Constitución impone al legislador estatal, de forma directa, el deber de legislar. En estos casos, aunque haya previsión de reglamentación «en forma de ley», «en los términos de la ley», etc., los trabajadores y empleadores no están impedidos de disponer al respecto mediante convenio o acuerdo colectivo de trabajo. Y eso es tan cierto, que incluso a falta de ley las partes pueden individualmente establecer reglas para regular la materia aún no regulada por ley estatal. Véase, por ejemplo, que hasta hoy no se reguló el complemento de penosidad, habiendo disposición expresa estableciendo que se asegure esa ventaja «en los términos de la ley» (inciso XXIII del artículo 7 de la CF). La omisión estatal al regular esa ventaja constitucional, no obstante, no impide que las partes regulen individualmente el pago de esa prestación (en puridad, se les obliga a contratar). Por tanto, si pueden individualmente contratar (dando eficacia inmediata al derecho fundamental), es claro que pueden regular de forma colectiva, ya que las entidades sindicales representan colectiva e individualmente a los miembros de la categoría.

Es más. No cabe hablar de límites al derecho de negociación colectiva (o al conflicto colectivo) cuando hay ley disponiendo respecto de la materia, basándose en que, en estos casos, sólo se puede actuar en el vacío legislativo (STF/RE 283.116). En puridad, habiendo una norma estatal disponiendo sobre determinada materia, la hipótesis es la de la aplicación del principio de no retroceso social (comienzo del artículo 7 de la CF). Por tanto, en este sentido, las entidades sindicales y los tribunales laborales (en conflicto colectivo, aquí el Estado en sustitución de las partes) pueden legislar sobre la misma materia ya regulada por ley, siempre que no dispongan para peor, bajo pena de inconstitucionalidad de la nueva norma contraria a la regla anterior más favorable. Y véase que la Constitución, en su artículo 114, parágrafo 2, también estableció que los Tribunales de Trabajo no pueden disponer para peor.

La ley posterior que venga a tratar de materia ya regulada en norma colectiva, a su vez, puede hasta ser considerada constitucional (al menos en parte), pero en la hipótesis concreta regulada en instrumento sindical, solamente tendrá eficacia si es más favorable. Al regular para peor en relación con lo que ya está regulado en determinada norma colectiva del trabajo, solamente podrá aplicarse a las categorías no favorecidas por el instrumento normativo más beneficioso.

La conclusión ya dicha revela, a su vez, cuán equivocado está el debate respecto de la prevalencia de lo negociado sobre lo legislado, hasta el punto de querer implantarse esa regla en Brasil mediante ley infraconstitucional.

Ahora bien, de conformidad con lo arriba indicado, desde la promulgación de la actual Carta Magna, desvinculándose el sindicato del Estado, pero asegurándole el derecho de establecer una legislación no estatal que rija los contratos de trabajo celebrados por los miembros de las categorías que representan, la norma colectiva, en la práctica o en la mayoría de los casos, ya prevalece sobre lo legislado.

Esta prevalencia, a su vez, se deriva de la especialización de la norma colectiva, que, por cierto, no se deroga por la ley más general. En suma, en el conflicto entre la ley estatal más general y la norma colectiva de trabajo más especial (ambas en el mismo nivel en la jerarquía de las normas), esta última acaba por prevalecer, según el criterio de resolución de la antinomia (de la especialidad).

No obstante, es obvio que la ley estatal puede venir a prevalecer sobre la norma colectiva, sobre la base de que sea una regla especial y trate de la materia de modo que mejore la condición social del trabajador (comienzo del artículo 7 de la CF). Para aclarar esta posición, podemos presentar el siguiente ejemplo: la CLT dispone que los trabajadores bancarios están sujetos a jornada de seis horas. Es una norma más especial en relación con la norma general de la jornada ordinaria de ocho horas. Un convenio colectivo posterior puede, no obstante, establecer que la jornada

del bancario pasará a ser de cinco horas. Esta regla, por ser posterior y más beneficiosa (mejora la condición social del trabajador, de conformidad con el comienzo, in fine, del artículo 7 de la CF), revoca la ley estatal. Sin embargo, si una ley estatal posterior reduce esa jornada a cuatro horas, estará revocando el convenio colectivo, dado que es posterior, de la misma naturaleza especial y de la misma jerarquía.

De ahí se deduce que la norma colectiva puede prevalecer sobre la ley estatal siempre que disponga sobre la misma materia. Pero lo contrario también puede ocurrir, ya que se trata de reglas con la misma jerarquía.

La cuestión de la prevalencia, además, siempre pasará por el análisis previo de constitucionalidad de la norma. Y ello, porque —como ya he dicho y repetido— tanto la ley estatal como la norma colectiva de trabajo deben observar lo dispuesto en el artículo 7, comienzo, in fine, de la CF, cuando afirma que el legislador infraconstitucional puede disponer sobre otros derechos de los trabajadores, siempre que «se orienten a la mejora de su condición social».

Es obvio, no obstante, que para concluir sobre la violación del no retroceso social debe valorarse por entero la norma legal (en su conjunto), ya que, eventualmente, lo que se presenta como un «retroceso», si analizado aisladamente, puede acompañarse de medidas compensatorias que le retiren el vicio de inconstitucionalidad, a partir de la apreciación global de la nueva regla. Y aquí, por cierto, se abre el camino para la prevalencia de la norma colectiva sobre lo legislado, pues, salvo raras excepciones, los eventuales «retrocesos» convencionales se acompañan de la creación de nuevos beneficios o garantías a los trabajadores, en lo que serían medidas compensatorias para retirar la mácula de retroceso social.

Fue en este contexto, pero con las dichas salvedades en relación con el principio de no retroceso social, que debe tenerse por correcta la decisión del STF en el RE 590.415 (repercusión general tema núm. 152, Ponente Min. Luiz BARROSO) cuando esta Corte decidió que «la Constitución reconoció los convenios y los acuerdos colectivos como instrumentos legítimos de prevención y de autocomposición de conflictos laborales; convirtió en explícita la posibilidad de utilización de estos instrumentos, incluso para la reducción de derechos laborales; atribuyó al sindicato la representación de la categoría; impuso la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas; y aseguró, en alguna medida, la libertad sindical ...».

En el mismo sentido, ya a partir de este precedente del STF, y más recientemente, en el RE 859.759, el Min. Teori ZAVASCKI consideró válido el acuerdo colectivo de trabajo en el que se suprimió el pago de las horas in itinere y, «como contrapartida», se «concedieron otras ventajas a los empleados, tales como ‘suministro de cesta básica durante el período entre producción y producción; seguro de vida y accidentes por encima del obligatorio y sin coste para el empleado; pago

del abono anual para los trabajadores con retribución mensual superior a la de los salarios mínimos; pago del salario-familia por encima del límite legal, suministro de recambio energético; adopción de tabla progresiva de producción por encima de la prevista en el Convenio Colectivo'»²⁵.

En este caso, se decidió que, «aunque el acuerdo colectivo de trabajo haya retirado un derecho asegurado a los trabajadores por la CLT, le concedió otras ventajas con vistas a compensar esa supresión». Por tanto, válida esta norma colectiva.

Es cierto que no se fundamentó esta decisión sobre la base de todas las premisas arriba expuestas, pero sigue la lógica de considerar que la norma colectiva puede «revocar» la norma estatal, dada la autonomía colectiva y desde el momento en que es más favorable (aunque en medidas compensatorias).

Y aquí vale la transcripción de antiguas enseñanzas, no siempre recordadas o no siempre estudiadas. Orlando GOMES, en 1936, al tratar del convenio colectivo de trabajo, instrumento jurídico entonces todavía tan nuevo²⁶, ya destacaba el carácter democrático de la norma colectiva. Enseñaba, entonces, el maestro bayano, que «el reconocimiento de la actividad creadora de Derecho de esos grupos no es más que la traducción científica de un hecho que la realidad social revela. Estos grupos no se limitan, sin embargo, a engendrar el Derecho que los gobierna, en el plano interior. En sus relaciones externas con otros grupos, sobre todo en la estipulación de condiciones de trabajo, establecen, igualmente, el Derecho a que se han de someter sus miembros. Se impide, así, el conflicto entre el orden jurídico estatal y este otro, que se forma a su margen».

E incrementaba el carácter revolucionario del convenio colectivo:

«Tiene la transposición al plano jurídico de la lucha de clases que se establece en el plano social. El orden jurídico estatal, informado por normas que traducen los intereses materiales de la clase dominante, encuentra en ese orden jurídico un contrapeso. Los intereses de la clase dominada, al no poder desembocar en el orden jurídico estatal, se extravasan, constituyendo un nuevo orden jurídico, que coexiste en el mismo plano social. La aparición de este nuevo Derecho es, así, una afirmación de vitalidad de estos grupos que concentran la fuerza histórica y social de la clase oprimida, que aspira al poder

...

25 Esta decisión monocrática se dictó con base en el precedente RE 590.415, juzgado éste en repercusión general — tema 152.

26 En la época, reglamentada por el Decreto núm. 21.761, de 23 de agosto de 1932.

El convenio colectivo de trabajo es una institución típica de este Derecho, que es manifestación jurídica de la fuerza social de una clase que quiere imponer a la sociedad su concepción de la vida. Su origen, su desarrollo, su finalidad, prueban esta cualidad ... Sólo así se comprenderá por qué los métodos de reglamentación de las condiciones de trabajo no podían subsistir. La organización autocrática del trabajo es incompatible con el sistema de la gran industria. Provocaba reacción de la parte de los trabajadores, reacción que es profundamente nociva para la paz social. A esta organización autocrática sucede, por fuerza de las circunstancias, una organización democrática, en la que la reglamentación ya no es el producto exclusivo de la voluntad del patrono. La organización democrática se caracteriza por la 'participación de los gobernados en el poder', como acentúa SCALLE, esto es, por la participación de los trabajadores en la reglamentación de las condiciones de trabajo, participación que se realiza por medio del convenio colectivo de trabajo.

...

El convenio colectivo, instrumento específico de organización democrática del trabajo, surge, así, como una reacción contra un estado de cosas sellado por el orden jurídico estatal. Traduce la voluntad de imperio de una clase; es una manifestación imperialista, en el sentido que Ernst SELLIERE atribuye al término. Este 'desire du pouvoir', revestido de hechura jurídica, se manifiesta, en el estado actual de la evolución social, bajo la forma de normas integradoras de un orden jurídico paralelo al orden jurídico del Estado»²⁷.

Para finalizar, todavía es preciso destacar que, como el poder legislativo de las entidades sindicales deriva de la Constitución, es obvio que la ley infraconstitucional no puede imponerle límites. Su límite será el texto constitucional. Por tratarse de dos entidades legislativas con idénticos poderes, en igual jerarquía, no puede el Poder Legislativo estatal en el ejercicio de poderes infraconstitucionales limitar el poder legislativo colectivo, y viceversa. Aquél, sin embargo, puede limitar este otro cuando esté ejerciendo su poder constitucional derivado.

Así, por ejemplo, no puede tenerse como vigente, a partir de la CF/88, la regla de la CLT que establece que «no se permitirá estipular una duración del Convenio o Acuerdo superior a 2 (dos) años» (parágrafo 3 del artículo 614). Esta regla, en puridad, fue revocada por la Constitución de octubre de 1988, ya que ésta no somete el poder negocial a los preceptos de la ley. Así, no puede el legislador estatal limitar el poder de negociación colectiva hasta el punto de sólo permitir la vigencia de la ley colectiva por hasta sólo dos años.

27 *A convenção coletiva de trabalho*, cit., págs. 173-176. Es interesante, así, notar que la idea que sustenta la prevalencia de lo legislado sobre lo negociado va contra la historia (la evolución social). Se prefiere la legislación estatal, oriunda de la clase dominante, a la nacida de los conflictos sociales, con participación directa de los trabajadores, que, para obtener mejores condiciones de trabajo, tienen a su disposición el derecho de huelga. ¡Extraño en Brasil!

Lo mismo se diga, además, sobre las reglas de quorum para la aprobación de la norma colectiva (artículo 612 de la CLT) o sobre el contenido del convenio o acuerdo colectivo (artículo 613). Destáquese, además, que aquella primera regla, del artículo 612 de la CLT, se revela incluso contraria a lo dispuesto en el inciso I del artículo 8 de la CF, cuando impide que el Estado interfiera en la organización sindical. Y exigir quorum para la aprobación de la norma colectiva es interferir en las cuestiones internas del sindicato.

IV. LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Cabe destacar, además, los límites al derecho al convenio o acuerdo colectivo.

En este caso, al igual que el propio legislador estatal, quienes negocian o estipulan colectivamente deben aplicar los principios que rigen los derechos y garantías constitucionales, de modo que, en su regulación, no se incurra en inconstitucionalidades o en abuso de derecho.

En este sentido, no se puede perder de vista que imperan sobre los derechos fundamentales los principios de su máxima eficacia y el de la dignidad de la persona humana. Además de esto, en la hipótesis del derecho fundamental laboral, cabe recordar que sobre él inciden incluso los principios del derecho al trabajo (artículo 6 de la CF), de valorización del trabajo humano (comienzo del artículo 170 de la CF) y del valor social del trabajo (inciso IV del artículo 1 de la CF).

Y tales principios refuerzan todavía más la interpretación de que, para la máxima eficacia de los derechos fundamentales, para la realización de la dignidad de la persona humana y para la concreción del derecho al trabajo, del valor social del trabajo y del avance social de los trabajadores, resulta imperioso concluir que los derechos fundamentales laborales imponen a las partes del contrato de trabajo el derecho-deber de regular las ventajas contractuales previstas en la Constitución Federal, independientemente de la existencia o no de ley reguladora.

A esa misma conclusión, además, podemos llegar en relación con las normas colectivas laborales. O sea, de la misma forma que los empleados y empleadores tienen el derecho-deber de pactar en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales aún no regulados por ley, las entidades sindicales y los empleadores, sea mediante convenio colectivo (celebrado por las entidades sindicales), sea a través de acuerdo colectivo (celebrado entre entidad sindical y empleador), también están obligadas a eso.

El derecho fundamental, en consecuencia, tanto crea una limitación positiva a la autonomía privada individual, como a la autonomía privada colectiva, obligando a todos los implicados en el deber de contratar de modo que se torne eficaz la garantía constitucional.

Debe destacarse que cabe respetar el principio de no retroceso (o de avance) social, por fuerza de lo dispuesto en el comienzo del artículo 7 de la CF, que establece que son derechos de los trabajadores los allí relacionados, además de otros que se orienten a su mejora social, impidiendo, así, la emanación de normas a peor.

Y este principio se repite en el párrafo 2, del artículo 114 de la CF, dirigiéndose a la Judicatura, que está obligada, cuando hay conflicto colectivo, a respetar «las disposiciones mínimas legales de protección al trabajo, así como las acordadas con anterioridad». O sea, no podrá disponer para peor. Nunca decidirá a peor.

Pero lo que resulta más importante a la hora de definir, es lo relativo a los límites intrínsecos de la negociación colectiva.

Y aquí podemos concluir que, al igual que para el legislador estatal infraconstitucional, el límite del legislador no estatal es el derecho constitucional (que en la regulación de lo acordado colectivamente no se incurra en inconstitucionalidad). En consecuencia, tanto la ley como la norma colectiva deben respetar los preceptos de la Constitución. Es obvio, así, que el legislador infraconstitucional, sea el estatal o el no estatal, no pueden disponer de forma contraria a la Constitución y, por cierto, no pueden sacrificar, por entero y en su núcleo esencial, los derechos fundamentales.

Para ejemplificarlo: la Constitución asegura el pago del complemento de peligrosidad, «en la forma de la ley» (inciso XXIII, del artículo 7). La Constitución, sin embargo, no definió la base de cálculo del complemento de peligrosidad, ni en qué hipótesis este beneficio se debería. Por tanto, al legislador infraconstitucional le compete definir los criterios para la concesión y pago de este beneficio. Debe hacerlo, sin embargo, de modo que se satisfaga, de manera razonable, el derecho fundamental.

La CLT, a su vez, ya definió que se corresponde con el 30% del salario base del trabajador. Nada impide, sin embargo, que, en norma colectiva, sobre la base de asegurar medidas compensatorias (para evitar la inconstitucionalidad), puedan los interesados disminuir ese porcentaje. No pueden, sin embargo, los legisladores infraconstitucional (estatal o no) disponer de modo que se elimine ese derecho fundamental ya concretado (establecer que nada se debe por ese título) o afectar a su núcleo esencial de modo que se pueda tenerlo como eliminado en la práctica (ejemplo: reducir el complemento a un porcentaje irrisorio del salario).

El límite, por tanto, es el derecho positivizado en la Constitución. Por tanto, no se puede querer legislar o negociar de modo que se viole la Constitución con reglas que impliquen la eliminación, renuncia o daño del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Si no se incurre, por tanto, en inconstitucionalidad, se está ante una situación en la cual el legislador sindical puede actuar en busca de mejorar la condición social de los trabajadores.

En fin, de acuerdo con lo resuelto por el STF, en su decisión ya citada, «en el ámbito del Derecho colectivo, no se produce ... la misma asimetría de poder presente en las relaciones individuales de trabajo. Como consecuencia, la autonomía colectiva de la voluntad no se encuentra sujeta a los mismos límites que la autonomía individual» (RE 590.415). Y ello, según lo dicho por el Ponente, porque «... no debe verse con buenos ojos la sistemática invalidez de los acuerdos colectivos de trabajo con base en una lógica de limitación de la autonomía de la voluntad exclusivamente aplicable a las relaciones individuales de trabajo».

La invalidez, por tanto, debe retringirse, respecto de su contenido en sí, cuando se está ante una norma colectiva inconstitucional. Y ello, porque tanto la norma estatal como la norma colectiva encuentran en la Constitución su presupuesto de validez.

V. CONTENIDO DEL DERECHO AL «RECONOCIMIENTO DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO»

Es importante, además, extraer el contenido de la garantía constitucional al reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y, con facilidad, podemos afirmar que encierra el derecho de los trabajadores a celebrar convenios colectivos o acuerdos colectivos de trabajo.

Es obvio que el Estado no asegura, tan sólo, el derecho abstracto al convenio o al acuerdo colectivo en sí. Lo que se asegura, alcanzándose la máxima eficacia del derecho fundamental, es el derecho de celebrar (firmar), en concreto, tales instrumentos colectivos.

Con todo, aunque no sea un derecho preconstitucional o natural, la expresión «reconocimiento» conduce a la idea de que, teniendo a la vista su origen, no se resume en asegurar a los trabajadores el derecho de celebrar un convenio o acuerdo colectivo de trabajo dentro de los límites del derecho positivizado. Más que eso. Dicha cláusula constitucional reconoce a los trabajadores su derecho a celebrar

convenios o acuerdos colectivos con el objetivo de establecer nuevas condiciones de trabajo, El derecho asegurado en la Constitución, en su contenido, es entonces el derecho de estipular la nueva condición de trabajo y no el derecho abstracto de celebrar la norma colectiva en sí. Es más. Se asegura a los trabajadores el derecho de celebrar normas colectivas del trabajo para «la mejora de su condición social» (comienzo del artículo 7 de la CF).

No en vano, en su artículo 611, la CLT estipula que el «Convenio Colectivo de Trabajo es el acuerdo de carácter normativo, por el cual dos o más sindicatos representativos de categorías económicas y profesionales estipulan condiciones de trabajo aplicables, en el ámbito de las respectivas representaciones, a las relaciones individuales de trabajo». Y, por la misma vía, su parágrafo 1 dispone que a través de los acuerdos colectivos pueden estipularse «condiciones de trabajo, aplicables en el ámbito de la empresa o de las respectivas relaciones de trabajo que se acuerden».

Estipular esas condiciones de trabajo, a través del convenio o acuerdo colectivo, sin embargo, es más que simplemente actuar en los límites o espacios dejados por el Derecho positivo. Por ejemplo, establecer un porcentaje del complemento de peligrosidad superior a aquellos previstos en la ley. Estipular nuevas condiciones, en puridad, es establecer, crear nuevos «derechos» (nuevas mejoras, complementos, permisos, etc.). Esto, sin perjuicio, es obvio, de la posibilidad de poder establecer nuevas condiciones de trabajo a partir del derecho ya positivizado, ampliando lo ya asegurado en la norma estatal (p.ej., aumentando el porcentaje del complemento de peligrosidad).

A través de estos instrumentos normativos, por tanto, el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a establecer nuevos derechos, que vinculen, al igual que cualquier norma estatal, a aquellos a quienes se dirigen. Y ello, porque, a través de esos instrumentos normativos, se establecen otras obligaciones más allá de aquellas ya previstas en la ley, como, por ejemplo, el pago de complementos, prestaciones in natura, permisos, etc.

El derecho al reconocimiento de convenios y acuerdos colectivos de trabajo se desdobra, así, en dos niveles: primero, el derecho de celebrar convenios o acuerdos colectivos; el segundo, el derecho de los trabajadores a firmar convenios o acuerdos colectivos estipulando nuevos derechos. Estipular nuevos derechos, a su vez, significa crear nuevos derechos propiamente dichos o ampliar los derechos ya asegurados en otra norma (estatal o privada).

En esencia, sin embargo, el contenido de esa ventaja constitucional es el derecho a la norma estipuladora de nuevas condiciones de trabajo.

VI. DERECHO DE LOS TRABAJADORES Y OBLIGACIÓN DE LOS EMPRESARIOS

Pero, si se ha asegurado el derecho a los trabajadores, es claro que existen los obligados a satisfacerlo. Por tanto, si los trabajadores tienen el derecho de celebrar el convenio colectivo o el acuerdo colectivo, los empresarios tienen el deber/obligación de firmarlos, aunque a través de las respectivas entidades sindicales (artículo 8, inciso VI, de la CF). Derecho de uno; obligación del otro.

Dicha conclusión, a su vez, es realmente relevante. Y ello, porque, siendo derecho fundamental de los trabajadores (comienzo del artículo 7), considerando la eficacia inmediata y su vinculación natural a los particulares (ya que a ellos se dirigen primordialmente), es claro que los empresarios no pueden esquivar el deber de negociar colectivamente. Para los empresarios, pues, se trata de una obligación, al igual que la de pagar el FGTS (inciso III del artículo 7 de la CF), respetar la jornada ordinaria de ocho horas (inciso XIII del artículo 7 de la CF), etc. Todos están en la misma categoría de obligaciones constitucionales.

Y con esta conclusión se alcanza otra consecuencia. Si se tiene derecho (los trabajadores) a la celebración del instrumento colectivo y se tiene el deber (de los empresarios) de firmar los convenios o acuerdos colectivos, entonces, en caso de incumplimiento del derecho, el interesado puede dirigirse al Poder Judicial pidiendo el cumplimiento de la prestación (celebrar el convenio o acuerdo colectivo), pudiendo el juez suplir, eventualmente, la voluntad no declarada.

Aquí, entonces, es preciso recordar que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales es materia regulada en la propia Constitución Federal, que, en su artículo 5, parágrafo 1, establece que «las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata».

Es obvio que cuando la Constitución habla de aplicación inmediata establece que sus normas tienen plena eficacia jurídica, no dependiendo al efecto de ningún otro acto normativo. De la aplicación inmediata, no obstante, surge la eficacia del derecho respectivo en el mundo jurídico.

Tener aplicación jurídica inmediata es incidir sin límite, independientemente de cualquier acto o acción necesaria para su incidencia. Así, podemos afirmar que, con independencia de toda ley reguladora de los derechos fundamentales, los derechos y garantías fundamentales se aplican a las relaciones entre particulares.

En esta sentido, por ejemplo, independientemente de cualquier acto o acción, ley o contrato, el derecho fundamental a la protección de la vida íntima y

privada incide en las relaciones entre los particulares. Por tanto, cualquier y toda persona debe respetar la vida íntima o la vida privada de otra. Y los ejemplos son múltiples cuando se trata de los derechos relacionados en el artículo 5 de la Constitución Federal.

Ocurre, sin embargo, que muchos de los derechos fundamentales, especialmente los laborales relacionados en el artículo 7 de la Constitución Federal, sólo pueden concretarse si, obviamente, hubiese una relación contractual firmada entre el destinatario del derecho y su obligado. Para que el trabajador tenga por eficaz el derecho a la décima tercera paga extra, por ejemplo, es preciso que antes tenga firmado un contrato de trabajo.

Aquí cabe entonces una corrección en cuanto a la incidencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En este caso, la incidencia puede ocurrir de forma inmediata, independientemente de cualquiera en el hecho o acto jurídico, cuando se trata de derechos que inciden independientemente de la existencia de una relación contractual. Es la hipótesis de la protección de la vida privada. Pero en otras hipótesis, la eficacia del derecho fundamental está sujeta a la previa pactación de un negocio jurídico. Es lo que ocurre con diversos derechos laborales prestacionales, cuya eficacia está condicionada a la existencia de un contrato. Sólo una vez firmado el contrato, ocurre que el derecho fundamental pasa a tener eficacia inmediata. Pero otros derechos fundamentales no dependen para su eficacia de esa contratación previa (derecho a la vida, libertad, protección de la vida íntima, etc.).

La eficacia del derecho constitucional, por tanto, en este caso, queda condicionada a la contratación del empleado. Celebrado el contrato, no obstante, la eficacia del derecho fundamental se hace inmediata, independientemente de la voluntad de los contratantes, que no pueden disponer en lo relativo a su no aplicación. Aquí el legislador constitucional limitó la autonomía privada. El particular es libre de contratar, pero una vez firmado el contrato, su voluntad (autonomía privada) queda limitada en relación a sus condiciones (cláusulas del contrato), si se está ante un derecho fundamental.

Ocurre, sin embargo, que la limitación a la autonomía privada tiene dos caras: En su vertiente negativa, la limitación a la autonomía privada (la libertad negocial) retira de la persona la libertad de disponer sobre determinados derechos, prestaciones u obligaciones. Es el caso de la décima tercera paga extra asegurada en la Constitución Federal. Una vez celebrado el contrato de trabajo, independientemente de la voluntad de los contratantes, este beneficio previsto constitucionalmente pasa a ser debido por el empleador a favor del empleado. Los contratantes quedan, así, impedidos de disponer sobre este derecho en lo que se refiere a que el mismo sea debido o no. Como la Constitución, no obstante, no es exhaustiva en la regulación de

este beneficio laboral, permanece, sin embargo, en este caso específico de la décima tercera paga extra, como en otros muchos casos, la libertad de disposición en lo relativo a los diversos aspectos relacionados con la correspondiente prestación, como, por ejemplo, la fecha de su pago, su valor, etc. Y lo mismo se repite en diversas otras hipótesis.

Ya en la vertiente positiva de la limitación a la autonomía privada, el legislador impone a la persona un deber de contratar, de actuar. Si desde el punto de vista negativo impide disponer sobre determinados derechos, prestaciones u obligaciones, en la vertiente positiva impone la obligación de disponer sobre determinados derechos, prestaciones u obligaciones. Puede llegar incluso a imponer la propia contratación (interfiriendo en la propia voluntad de contratar), como ocurre en los contratos obligatorios, a modo de ejemplo, de suministro de energía, suministro de agua, etc. En estos casos, en general, las concesionarias no pueden negarse a contratar el suministro de esos bienes vitales (energía, agua, etc.). En el Derecho del Trabajo, tenemos el ejemplo de la obligación de contratar deficientes físicos y empleados aprendices.

La limitación a la autonomía privada también se impone, en algunos casos, bajo la forma de la obligación de mantener el contrato incluso contra la voluntad. Es lo que ocurre con el empleado estable, situación en la cual el empleador no puede romper el contrato, al estar limitado en su autonomía privada de no querer continuar ya con la ejecución del contrato.

Y de ahí se deriva, hasta por un razonamiento lógico, que, si la persona puede ser obligada a contratar u obligada a mantener la ejecución de un contrato incluso contra su voluntad, existen más razones para que su autonomía privada también se limite en lo relativo a las condiciones contractuales, imponiéndose, también, el deber de contratar determinadas prestaciones.

Y es lo que ocurre con los derechos fundamentales que solamente inciden y pasan a tener eficacia inmediata, si se firma el contrato. En este caso, como los derechos fundamentales tienen eficacia inmediata, una vez firmado el contrato, las partes contratantes quedan limitadas en sus autonomías privadas, pasando a estar obligadas a contratar y disponer sobre las mencionadas ventajas jurídicas fundamentales. O, con otras palabras, pueden hacerlo, pero siempre que observen y dispongan sobre los derechos fundamentales de eficacia inmediata.

Y observar los derechos fundamentales en la relación contractual, no se resume en cumplir las obligaciones o prestaciones cuyos trazos estén exhaustivamente regulados en la Constitución, o que ya hubieran sido objeto de regulación por ley infraconstitucional. Limitando la autonomía privada, también se impone el respeto a los derechos fundamentales todavía no reglamentados por ley, a través de

la imposición de la pactación de las reglas necesarias para su aplicación inmediata. O sea, con otras palabras, aunque no sea exhaustivo el texto constitucional y aunque el derecho fundamental no está reglamentado por la ley (agotándose las reglas para su concreta eficacia), cabe a los contratantes insertar en el contrato las reglas indispensables para la eficacia concreta e inmediata de la garantía constitucional. Aquí surge el deber de contratar la prestación fundamental de eficacia inmediata.

Y es por esta vía que se tiene derecho a la obligación de celebración del convenio o acuerdo colectivo de trabajo. En este caso, la autonomía privada de los empresarios está constitucionalmente limitada. Y ello, porque se reconoció a los trabajadores el derecho de celebrar convenios o acuerdos colectivos de trabajo. Por tanto, los empresarios están obligados a firmar estos instrumentos normativos. Pero no es simplemente la obligación de firmar el convenio colectivo o el acuerdo colectivo. Es el deber de establecer nuevas condiciones de trabajo. El contenido de este derecho fundamental impone, pues, a los empresarios la obligación de pactar nuevas condiciones de trabajo.

VII. CONCLUSIONES

A partir de lo arriba enseñado, podemos concluir, en apretada síntesis:

- a) el Estado brasileño reconoce a los trabajadores el derecho a la celebración de convenios y acuerdos colectivos de trabajo;
- b) respecto de su contenido, el reconocimiento del convenio y acuerdo colectivo de trabajo significa, en Brasil, el derecho a constituir nuevas condiciones de trabajo;
- c) en contraposición al derecho de los trabajadores al convenio y acuerdo colectivo de trabajo, asegurado en la Constitución brasileña, encontramos el deber de los empresarios de celebrar estos instrumentos normativos;
- d) en Brasil, el convenio colectivo y el acuerdo colectivo tienen naturaleza de ley material; y
- e) en la celebración del convenio o acuerdo colectivo de trabajo, las partes deben respetar los principios que rigen los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución brasileña, de modo que, en su regulación, no se incurra en inconstitucionalidades o abuso de derecho, al igual que deben observar el principio de no retroceso social.