



ESTUDOS JURÍDICOS

2017



NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NO DIREITO COMPARADO DO TRABALHO

NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO EN EL DERECHO DEL TRABAJO COMPARADO

Manoel Carlos Toledo Filho
(Coordenador)



CAMPINAS
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15^a REGIÃO

NEGOCIADO SOBRE O
LEGISLADO NO DIREITO
COMPARADO DO TRABALHO

NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO
EN EL DERECHO DEL TRABAJO
COMPARADO

Manoel Carlos Toledo Filho
(Coordenador)

Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região
Campinas
2017

Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região

PRESIDENTE

Desembargador FERNANDO DA SILVA Borges

Escola Judicial da Justiça do Trabalho da 15^a Região

DIRETOR

Desembargador MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO

VICE-DIRETORA

Desembargadora ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN

CONSELHO CONSULTIVO

Desembargadora MARIA INÊS CORRÊA DE CERQUEIRA CÉSAR TARGA
Representante dos Desembargadores do Tribunal

Juiz FIRMINO ALVES LIMA
Representante dos Juízes Titulares de Vara do Trabalho

Juíza CAMILA CERONI SCARABELLI
Representante dos Juízes Substitutos

Servidor EVANDRO LUIZ MICHELON
Representante dos Servidores (voz e assento)

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15^a Região (voz e assento)

ISBN 978-85-93326-02-8

Editoração e Diagramação

Seção de Pesquisa e
Publicações Jurídicas

Elizabeth de Oliveira Rei
Laura Regina Salles Aranha

Capa

Marcello Alexandre de Castro Moreira

Escola Judicial do TRT da 15^a Região

Rua Barão de Jaguara, 901 - 3º andar - Centro
13015-927 Campinas - SP

Telefone: (19) 3731-1683 - Fax: (19) 3236-0585

e-mail: escolajudicial@trt15.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	4
LA RELACIÓN LEY-CONVENIO COLECTIVO EN ESPAÑA.....	7
BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel	
LA RELACIÓN “LEY-CONVENIO COLECTIVO” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO.....	18
GARMENDIA ARIGÓN, Mario	
O SISTEMA DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA HOLANDA.....	40
PEDRASI, Teresa Cristina	
A LEGISLAÇÃO E A FLEXIBILIDADE DOS DIREITOS AO SALÁRIO- MÍNIMO, AO LIMITE DE JORNADA E ÀS LICENÇAS NO DIREITO TRABALHISTA NORTE-AMERICANO.....	65
APARECIDO, Jane Kelli	
UN SISTEMA DE INDISPONIBILIDAD PÉTREA, PERO CON EXCEPCIONES.....	86
ARESE, César	
ÍNDICEONOMÁSTICO.....	104

APRESENTAÇÃO

A Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, seguindo seu objetivo de estimular a análise do direito comparado em temas sensíveis à realidade brasileira, tem a satisfação de apresentar mais uma coletânea de estudos jurídicos.

O assunto que aqui se apresenta para exame é a eventual preponderância das normas coletivas sobre a legislação estatal, ou, como ora se tem propagado insistentemente, a suposta conveniência da **prevalência do negociado sobre o legislado**.

Tal debate, bem o sabemos, não é novo: surge ou ressurge, periodicamente, em tempos de crise ou instabilidade econômica. O que se diz, fundamentalmente, é que a legislação gerada pelo Estado é pouco maleável, não atendendo às carências, realidades ou necessidades pontuais do sistema econômico e do regime de produção, as quais estariam melhor contempladas pela via da **negociação direta** entre trabalhadores e empregadores, ou seja, pela edição de normas autônomas, pensadas e concebidas de forma específica por aqueles que a elas se haverão de submeter.

O raciocínio assim colocado parece coerente: afinal, nada melhor que um preceito jurídico elaborado sob medida para uma relação de fato de índole continuativa, como o é a relação de trabalho em estado de dependência (relação de emprego). O problema, contudo, é que, desde seus primórdios, o Direito do Trabalho se estruturou sob a premissa de que ajustes diretos entre trabalhadores e empregadores, é dizer, **normas contratuais**, sempre tenderiam a espelhar a vontade da parte mais forte na relação, mesmo quando tal eventualmente se desse pela via sindical. Daí a necessidade de estabelecer limites ou salvaguardas, cuja extensão, porém, nem sempre é simples de ser identificada.

Isto considerado, são apresentados na obra vertente os sistemas trabalhistas vigentes em cinco países: Argentina, Espanha, Estados Unidos, Holanda e Uruguai.

A realidade argentina é exposta pelo magistrado aposentado e Professor Doutor da Universidade de Córdoba Mauricio César Arese, que esclarece que a lei de regência, para as negociações coletivas no âmbito privado, é a Lei 14.250, a qual expressamente adota, como parâmetro geral, em seu artigo 7º, a regra da norma mais favorável, ou seja, da adoção da via autônoma para **aumentar direitos**, não para restringi-los. A eventual redução de direitos estaria restrita a situações excepcionais. Vale assinalar que, assim como no Brasil, na Argentina a formalização de ajustes sindicais possui explícito respaldo constitucional (art. 14-Bis da Constituição Nacional).

O sistema espanhol é exposto pelo Professor Miguel Basterra Hernández, da Universidade de Alicante. Na Espanha também há expressa previsão da negociação coletiva no plano constitucional (art. 37.1 da Constituição de 1978). O autor aclara que existem na Espanha duas modalidades distintas de convenções coletivas: as estatutárias e as extraestatutárias, conforme seja a sua forma de elaboração e o seu âmbito de abrangência inicial. De todo modo, como regra geral, as normas coletivas atuariam precipuamente no sentido de **melhorar as condições de trabalho** em relação aos ditames previstos pela legislação estatal, até porque, no direito trabalhista espanhol, predominariam as chamadas normas legais de “direito necessário relativo”, ou seja, justamente aquelas que somente poderiam ser modificadas **em favor** do trabalhador.

O Direito norte-americano é analisado pela advogada Jane Kelli Aparecido, mestre pela Ohio State University Moritz College of Law. A autora esclarece que, se bem a legislação americana, ao contrário das duas acima mencionadas, se situe no contexto diferenciado da *common law*, sim existe um regramento geral, no qual se destacam a Fair Labor Standards Act (FLSA) de 1938 e a Family and Medical Leave Act (FMLA) de 1993, e cujas disposições, a rigor, não se sujeitam a relativização ou flexibilização pela via coletiva, máxime naquilo que se refira a níveis salariais e limites da jornada de trabalho. Aliás, nem mesmo as Leis Estaduais poderiam fazê-lo, apesar do histórico (e algo radical) federalismo inerente à República Estadunidense.

O sistema holandês é objeto de exame pela Juíza Teresa Cristina Pedrasi, Doutoranda na Universidade de Groningen. De sua exposição se denota que a realidade holandesa comporta aspectos culturais de superlativa relevância, que favorecem a busca de um consenso pelos atores sociais, inclusive no tocante à negociação coletiva, em ordem a, inclusive, servir esta de inspiração para a edição

de normas estatais. Ainda assim, mesmo lá, a legislação heterônoma contém um “núcleo duro”, virtualmente infenso a uma eventual negociação *in pejus*.

Por fim, a realidade uruguaiá é descrita pelo advogado e professor Mario Garmendia Arigón. O caso do Uruguai, tal qual o da Holanda, comporta um componente cultural relevante, que é o de uma sociedade economicamente equilibrada, avessa a extremos, bem refletida em sua prestigiada cultura juslaboralista, em que a regra da norma mais favorável detém indiscutível prestígio. Sem embargo, registra o autor que, a partir dos anos 90, apesar da forte resistência tanto doutrinária quanto jurisprudencial, algumas convenções coletivas acabaram, na prática, estabelecendo condições menos favoráveis que as legais, o que parece ser ademais um **risco permanente** em cenários de crise.

Do conjunto ora estudado, uma conclusão preliminar se pode extrair: nenhum sistema admite uma flexibilidade completa. Sempre existem patamares mínimos a respeitar, inderrogáveis pela vontade das partes, ainda quando se venha esta expressar através da via coletiva, ou seja, por ajustes sindicais, cuja legitimidade não se nega ou desconhece, mas cuja extensão não se admite seja absoluta.

Em tempos de forte questionamento político e social como os que ora vive nosso país, vale a pena conferir, em detalhes, o que nos mostram os textos referidos, a cujos autores a Escola Judicial do TRT-15 registra os seus sinceros agradecimentos pela valiosa contribuição que nos foi generosamente ofertada.

Desembargador **Manoel Carlos Toledo Filho**
Diretor da Escola Judicial

LA RELACIÓN LEY-CONVENIO COLECTIVO EN ESPAÑA

BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel*

1 INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo no es otro que el de reflejar, de un modo directo y didáctico, la relación (o relaciones, tal y como se verá más adelante) jurídica existente entre la Ley¹ y el convenio colectivo en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, dada la naturaleza divulgativa de este trabajo, así como el interés de sus potenciales destinatarios (juristas de la República Federativa de Brasil), parece conveniente realizar una serie de aproximaciones previas, relativas al contexto jurídico de la negociación colectiva en España.

Así, se comenzará por exponer un panorama general de la negociación colectiva en el marco constitucional español; a continuación, se distinguirá entre los distintos tipos de normas laborales coexistentes en España, en función de su naturaleza jurídica; y, por último, una vez desarrollados estos conceptos previos se analizarán todas las distintas relaciones que pueden darse entre la Ley y el convenio colectivo.

2 EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

El marco jurídico del derecho a la negociación colectiva en España arranca, como no podría ser de otra manera, en la Constitución

*Prof. Dr. do Depto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Alicante.

¹Entendida ésta en un sentido material o amplio; englobando, por tanto, las distintas normas promulgadas por los poderes públicos: leyes ordinarias, leyes orgánicas, decretos legislativos, decretos-leyes y, también, reglamentos.

Española de 1978. En efecto, el texto constitucional, en su art. 37.1, establece que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

En primer lugar, es preciso analizar cuáles son los efectos jurídicos de la ubicación sistemática de este precepto dentro de la Sección 2^a, capítulo II del Título I, de la CE². Pues bien, se trata éste de uno de los reconocidos como **Derechos y Deberes de los ciudadanos**, que vinculan a todos los poderes públicos, no sólo al legislativo, sino también al ejecutivo y al judicial. Así, nos encontramos frente a un derecho que goza de eficacia jurídica directa e inmediata, sin necesidad de haber sido desarrollado previamente por una Ley. Ahora bien, a diferencia de los **Derechos Fundamentales** (de la Sección 1^a, capítulo II del Título I de la CE, arts. 14 a 29), la protección de estos derechos no puede vehicularse a través de un recurso de amparo³. No obstante, el propio TC⁴ entiende que el derecho a la negociación colectiva, regulado en el art. 37.1 de la CE, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, reconocida en el art. 27 de la CE; y, de este modo, a través de esa conexión lógica del derecho a la negociación colectiva con un derecho verdaderamente fundamental, como es la libertad sindical, sí sería posible plantear un recurso de amparo cuando se viese afectado el derecho a la negociación colectiva de un sindicato, pero no de la representación unitaria de los trabajadores⁵.

En segundo lugar, es preciso reflexionar sobre los titulares de este derecho a la negociación colectiva laboral. En este sentido, debe apreciarse que la CE alude, sin más distinción, a **los representantes de los trabajadores y empresarios**; lo que da idea de que, en principio,

²Constitución Española de 1978.

³Es aquel que se plantea ante el Tribunal Constitucional para invocar la protección de los Derechos Constitucionales comprendidos entre los arts. 14-29 de la CE en los supuestos de vulneración de los mismos por disposiciones, actos jurídicos o situaciones de hecho originadas en la actuación de los poderes públicos.

⁴Tribunal Constitucional.

⁵Muy sucintamente, en España coexiste un doble canal de representación de los trabajadores: la representación unitaria, cuya elección nace de todos los trabajadores de la empresa o el centro de trabajo, y la representación sindical, que surge de los trabajadores afiliados a cada sindicato en concreto.

cualquier representante de los trabajadores y empresarios ostentaría tal prerrogativa. No obstante, la Ley que se ha encargado de desarrollar este derecho constitucional, el ET⁶, exige que, para poder negociar un convenio colectivo, los representantes de los trabajadores y empresarios alcancen unas determinadas cuotas de legitimidad y representación⁷ y, además, se atengan a unos concretos requisitos procedimentales⁸.

Así pues, cabría plantearse si el régimen de la negociación colectiva recogido en el ET podría llegar a ser inconstitucional, en tanto en cuanto restringe un derecho que se encuentra reconocido en la CE. Sin embargo, la doctrina científica y el propio TC coinciden en la interpretación de que, en realidad, lo dispuesto en el ET “desarrolla pero no agota” lo establecido en la CE, de manera que en España coexisten dos manifestaciones de la negociación colectiva, dos tipos de convenios colectivos: los convenios colectivos **estatutarios** y los convenios colectivos **extraestatutarios**. Tendrán una naturaleza **estatutaria** aquellos convenios colectivos en cuya negociación y tramitación se cumplan los estrictos requisitos de legitimación y procedimiento establecidos en la Ley de desarrollo, el ET; mientras que serán **extraestatutarios** aquellos otros convenios colectivos en los que los representantes de los trabajadores y empresarios no alcancen los umbrales de representatividad o no cumplan los requisitos procedimentales exigidos por el ET.

Por último, y en relación con el anterior punto, debe determinarse el alcance de la expresión **fuerza vinculante** del art. 37.1 CE. En este sentido, se han barajado tres posibles interpretaciones: **a)** que la **fuerza vinculante** hace referencia al deber de paz relativo, que es aquél que obliga a los representantes de los trabajadores a no convocar huelgas novatorias; esto es, aquellas huelgas que tengan por objeto modificar las condiciones de la relación laboral durante la vigencia del propio convenio colectivo; **b)** que la **fuerza vinculante** hace referencia a la eficacia jurídica normativa y que todos los convenios colectivos, tanto estatutarios como extraestatutarios, gozan de dicha eficacia jurídica normativa, pues así lo reconoce la propia

⁶Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁷Reflejadas en los arts. 87 y 88 del ET.

⁸Recogidos en los arts. 89 y 90 del ET.

Constitución; **c)** o, por último, que, efectivamente, la expresión **fuerza vinculante** se refiere a la eficacia jurídica normativa, pero, a diferencia de la anterior interpretación, dicha eficacia jurídica normativa no es intrínseca a cualquier tipo de convenio colectivo, sino que únicamente tendrán eficacia jurídica normativa aquellos convenios colectivos que se ajusten a lo establecido en la Ley de desarrollo, en este caso el ET. Pues bien, ésta última es, precisamente, la interpretación que cuenta con un respaldo absolutamente pacífico y mayoritario en el seno de la doctrina científica y la jurisprudencia. En efecto, si se observa, el propio ET contempla, de manera implícita, la posibilidad de negociar convenios colectivos al margen de las estrictas reglas de legitimación y procedimiento que recoge en su articulado cuando hace referencia a **los convenios colectivos regulados por esta Ley**; lo que da clara cuenta de que asume la posibilidad de que existan otros convenios colectivos: los extraestatutarios.

De este modo, puede afirmarse que los convenios colectivos estatutarios, aquellos negociados de acuerdo a las reglas de legitimación y procedimiento previstas en el ET, tendrán, en virtud de esta Ley de desarrollo, una eficacia jurídica normativa y una eficacia personal general o *erga omnes*. Ello significa, en relación a la eficacia jurídica normativa, que estos convenios colectivos estatutarios despliegan los siguientes efectos: **a)** el convenio colectivo estatutario se aplica automáticamente a las relaciones individuales de trabajo, sin necesidad de trasladar al contrato de trabajo las condiciones que establece. Y también se aplica imperativamente, lo que significa que sería nula cualquier cláusula del contrato que empeorase las condiciones fijadas en el convenio colectivo; **b)** los derechos reconocidos por el convenio colectivo son irrenunciables para los trabajadores; **c)** a estos convenios colectivos les son de aplicación los principios de modernidad (el convenio posterior deroga al anterior, cabiendo la retroactividad *in peius*) y de publicidad (deberán ser publicados en el Boletín Oficial correspondiente, aunque el principio *iura novit curia* sólo rige para los convenios publicados en el Boletín Oficial del Estado y los Boletines Oficiales de las distintas Comunidades Autónomas, pero no para los publicados en los Boletines Oficiales provinciales); **d)** por último, los infracciones empresariales de los convenios colectivos estatutarios constituyen la infracción de una verdadera norma laboral y, por ende, pueden dar lugar a sanciones administrativas o penales; y, además, la eventual infracción del convenio

colectivo en que incurriese una sentencia de instancia sería recurrible en suplicación o, incluso, casación. Por otra parte, por lo que se refiere a la eficacia personal general o *erga omnes* de los convenios colectivos estatutarios puede decirse que éstos serán de aplicación automática e imperativa para todos los trabajadores y empresarios que se encuentren comprendidos dentro de su ámbito geográfico y funcional.

En cambio, al convenio colectivo extraestatutario se le atribuye una eficacia jurídica contractual y una eficacia personal limitada. Ello requiere de algunos matices y reflexiones. En relación a la eficacia jurídica contractual de estos convenios colectivos, debe precisarse que, pese a no gozar, en principio, de aplicación automática, se entiende que no es necesario incorporar explícitamente las condiciones reguladas en el convenio extraestatutario al contrato individual de trabajo; pues se presume que dicho efecto está implícito en la propia firma del convenio por parte de los sujetos negociadores del mismo. Sin embargo, el convenio colectivo extraestatutario sí que carece del resto de garantías reconocidas en este terreno a los convenios colectivos estatutarios. Por otra parte, de acuerdo a su eficacia personal limitada, el convenio extraestatutario, en principio, solo se aplicará a los empresarios y trabajadores directamente representados por las organizaciones firmantes del convenio. Ahora bien, es usual que, pese a esta limitación inicial, el convenio colectivo extraestatutario termine aplicándose a todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo en cuestión. En efecto, lo lógico es que el propio empresario termine por invitar al resto de trabajadores a adherirse a dicho convenio y, así, evitar problemas organizativos o agravios comparativos, y, al mismo tiempo, no fomentar una sindicación masiva por parte de los trabajadores no afiliados al sindicato firmante. Pero es que, además, si un trabajador solicitase expresamente que se le aplicase un convenio extraestatutario que en principio no le fuese aplicable, el empresario no podría negárselo, so pena de incurrir en un acto discriminatorio.

3 LA NATURALEZA DE LAS NORMAS LABORALES EN ESPAÑA

Como se sabe, en el conjunto del ordenamiento jurídico existen, básicamente, dos tipos de normas en función de su naturaleza:

las normas de naturaleza imperativa y las normas de naturaleza dispositiva. Son normas imperativas aquellas cuyo contenido ha de ser cumplido de manera estricta y taxativa por sus destinatarios, sin que quepa lugar a apartarse, siquiera mínimamente, del sentido de su mandato. Y, por su parte, son dispositivas aquellas otras normas que permiten a las partes adaptar su contenido mediante el pacto, es decir, que las partes pueden regular un determinado aspecto de su relación de manera distinta lo fijado de la norma mediante un acuerdo.

En el Derecho del Trabajo, obviamente, se encuentran ejemplos de ambos tipos de normas, tanto imperativas como dispositivas. Lo que ocurre es que esta rama del Derecho, debido a sus peculiaridades, presenta un tercer tipo de norma: las normas de derecho necesario relativo. Estas normas son inherentes a la propia idiosincrasia del Derecho del Trabajo y se caracterizan porque su contenido es, en principio, imperativo, pero las partes sí podrán modificarlas, a través del convenio colectivo o el contrato, cuando el objeto de dicha modificación suponga aplicar unos efectos más beneficiosos para el trabajador que los previstos de inicio en la propia norma. Así, las normas de derecho necesario relativo son inmodificables en detrimento de los intereses del trabajador, pero sí son modificables en su favor. De este modo, en el panorama laboral coexisten tres tipos de normas atendiendo a su naturaleza: las normas de derecho imperativo (que también pueden denominarse, en contraposición a las normas de derecho necesario relativo como **normas de derecho necesario absoluto**), las normas de derecho necesario relativo y, por último, las normas de derecho dispositivo. Veamos algunos ejemplos ilustrativos dentro del ordenamiento vigente.

En primer lugar, encontramos las normas de derecho imperativo en sentido estricto, también denominadas en la disciplina laboral normas de derecho necesario absoluto (en contraste con las de derecho necesario relativo), que son aquellas absolutamente indisponibles, sea en uno o en otro sentido (más o menos favorable para el trabajador), para las partes. En realidad, las normas de este tipo son poco frecuentes dentro del Derecho del Trabajo; aunque sí es posible encontrar algún ejemplo, como es el caso del art. 26.4 del ET, que prohíbe taxativamente, so pena de nulidad de los actos llevados a cabo en tal sentido, que el empresario asuma las cargas fiscales y de seguridad social del trabajador. Otro ejemplo válido sería el del art. 6

del ET, que prohíbe trabajar a los menores de dieciséis años; por lo que las partes no podrían ni aumentar ni disminuir esa edad a partir de la cual puede prestarse, con carácter general, trabajo asalariado.

En segundo lugar, encontramos las normas de derecho necesario relativo, que sólo pueden modificarse cuando dicha variación suponga una mejora de las condiciones del trabajador. Pues bien, dados los fundamentos del Derecho del Trabajo, éstas son, precisamente, las normas más comunes dentro de esta rama del Derecho. En efecto, las normas de este tipo son las que verdaderamente representan el espíritu y la finalidad del Derecho del Trabajo, dirigido a tutelar mediante una serie de estándares mínimos unas condiciones adecuadas para la parte más débil de la relación laboral: el trabajador. Son muchos los ejemplos de normas laborales de derecho necesario relativo, aunque algunos de ellos son especialmente gráficos a la hora de reflejar la conexión entre este tipo de normas y el espíritu del Derecho del Trabajo. Uno de ellos puede ser el cuerpo normativo encargado de regular el tiempo de trabajo, comprendido principalmente entre los arts. 34-38 del ET. En ellos se refleja con claridad cómo la autonomía colectiva, primero, y la individual, después, pueden, básicamente, reducir la jornada de trabajo y aumentar los descansos⁹.

Por último, entre las normas de derecho dispositivo dentro del Derecho del Trabajo, que al igual que ocurre con las normas imperativas son menos frecuentes que las de derecho necesario relativo, cabría destacar el art. 14 del ET; que, en relación a la duración del periodo de prueba, es dispositivo para el convenio colectivo. En efecto, el precepto legal establece que el periodo de prueba durará, como máximo, seis meses para los técnicos titulados y dos meses para el resto de trabajadores (tres en el caso de empresas de menos de veinticinco trabajadores). Sin embargo, el propio art. 14 del ET prevé que dichos plazos solo serán efectivos **en defecto de pacto en el convenio colectivo**, lo que da a entender que el convenio podrá disponer de la duración del periodo de prueba en cualquier sentido: tanto

⁹Ciertamente, el grado de autonomía colectiva e individual, así como el sentido de las eventuales variaciones respecto a la norma legal, reviste enormes complejidades y matices en materia de jornada y descansos. Por ello, y dados los objetivos de este trabajo, simplemente se ha extraído, con las imprecisiones propias e inevitables de cualquier generalización, la esencia última de su naturaleza.

disminuyéndolo, lo que resultaría más beneficioso para el trabajador (ya que acortaría el tiempo durante el que puede ver extinguida su relación laboral sin causa, sin preaviso y sin indemnización¹⁰), o aumentándolo, lo que sería más gravoso para el trabajador (ya que estaría expuesto durante más tiempo al riesgo que supone encontrarse en periodo de prueba). De este modo, esta norma, por ejemplo, ostenta una doble naturaleza jurídica: es de derecho dispositivo de cara a la autonomía colectiva de la relación (ya que el convenio colectivo podrían incrementar o disminuir la duración del periodo de prueba), pero es de derecho necesario relativo para la autonomía individual de la relación (en efecto en el contrato de trabajo solo podría rebajarse la duración fijada en la Ley o en el convenio colectivo, pero nunca podría aumentarse, por ser ello más perjudicial para el trabajador).

4 LA RELACIÓN LEY-CONVENIO COLECTIVO EN ESPAÑA

Una vez expuestas las anteriores consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de los convenios colectivos en España y el papel que tienen atribuido dentro del sistema constitucional, puede examinarse cuál es la relación operativa entre la Ley y el convenio colectivo en nuestro país. Debe tenerse en cuenta, desde un principio, que, tal y como se ha visto, los distintos preceptos legales pueden tener una u otra naturaleza jurídica; y, lógicamente, la relación entre cada norma legal y el convenio colectivo que, en su caso, afecte a lo previsto por el legislador dependerá de si la norma legal en cuestión es de derecho imperativo, de derecho necesario relativo o de derecho dispositivo. Así, en el presente epígrafe se analizarán separadamente todas y cada una de las posibles relaciones entre la Ley y el convenio colectivo en España, dependiendo de cuál sea la naturaleza y contenido de la norma legal en cuestión:

¹⁰Esto es, precisamente, lo que caracteriza al periodo de prueba regulado en el art. 14 del ET: la posibilidad de que las partes resuelvan la relación laboral sin causa, preaviso ni indemnización.

A) Relación de suplementariedad o mejora

En primer lugar, es posible que la relación del convenio colectivo y la Ley sea la de que la negociación colectiva pueda modificar lo establecido por el legislador en la norma estatal pero única y exclusivamente en un sentido más favorable para el trabajador. De este modo, el convenio colectivo podrá variar en beneficio del trabajador los términos previstos por la Ley en una determinada materia, pero nunca empeorarlos; por lo que se afirma que la norma estatal es **relativamente inderogable** por el convenio colectivo. De hecho, este tipo de relación Ley-convenio colectivo es la más frecuente y característica dentro del Derecho del Trabajo, por ser la que mejor concuerda con el espíritu y la finalidad, tuitiva del trabajador, de esta rama del ordenamiento jurídico.

Este tipo de relación es, precisamente, la que opera entre las normas legales de derecho necesario relativo y los convenios colectivos; mejorando el convenio colectivo las condiciones reconocidas al trabajador por la Ley. Dicha mejora consistirá, en algunas ocasiones, en aumentar los términos previstos por la Ley (como puede ser en materia de salarios) y, en otras ocasiones, en disminuir los términos fijados legalmente (por ejemplo, en materia de tiempo de trabajo diario, semanal o anual).

B) Relación de complementariedad

En determinadas ocasiones, la Ley hace un llamamiento a la negociación colectiva para que complemente y concrete lo estipulado en la norma estatal. De este modo, tal y como señala la doctrina científica, la norma estatal y la norma convencional **encajan entre sí como las distintas piezas de un mismo mecanismo jurídico**. La norma estatal establece los fundamentos y líneas generales a tener en cuenta en una materia en cuestión, mientras conmina a la negociación colectiva a desarrollar sus términos exactos.

Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el art. 40.1. del ET, que establece que, cuando el trabajador optase por acatar la orden de traslado, tendría derecho a una compensación que **comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, y nunca será inferior**

a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos. Como se aprecia, en este punto es el convenio colectivo, tras el llamamiento expreso que recibe de la Ley, el que ha de fijar los límites mínimos de la compensación por gastos de traslado.

C) Relación de supletoriedad

También es posible que la Ley establezca cuáles serán los términos exactos de una determinada materia pero solo para el supuesto de que la negociación colectiva no la regulase de un modo concreto. Así, la Ley regula de manera específica una determinada cuestión para **suplir** al convenio colectivo en caso de que éste guarde silencio sobre el particular. De este modo, las normas legales que pueden guardar este tipo de relación con el convenio colectivo son las normas de derecho dispositivo.

Ya se ha visto el ejemplo del art. 14 del ET, que, respecto a la duración del periodo de prueba es dispositivo para la negociación colectiva¹¹. Recuérdese, no obstante, que este tipo de normas son mucho menos frecuentes dentro del derecho laboral que las normas de derecho necesario relativo.

D) Relación de exclusión

Y, en último lugar, lo que puede ocurrir es que el legislador “impermeabilice” o preserve una materia, o un aspecto concreto de la misma, frente a la negociación colectiva. En estos casos, el legislador regula la materia en cuestión y, al mismo tiempo, excluye la posibilidad de que la negociación colectiva se aparte, siquiera mínimamente, del mandato exacto recogido en el precepto legal. En este sentido, el TC ha afirmado que **en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, la Ley puede, de forma excepcional,**

¹¹En efecto, el convenio colectivo podrá, bien, disminuir la duración que establece por defecto el art. 14 del ET (lo que sería más beneficioso para el trabajador, por reducir el tiempo durante el que puede ver extinguido su contrato sin causa, preaviso ni indemnización), o bien, aumentar dicha duración (lo que sería más perjudicial para el trabajador por verse expuesto durante más tiempo a los riesgos intrínsecos al periodo de prueba).

reservarse para sí determinadas materias; que quedan excluidas, por tanto, de la negociación colectiva¹².

Como puede fácilmente vislumbrarse, este tipo de relación es la que opera entre las normas legales de derecho imperativo y el convenio colectivo. Ciertamente, este tipo de normas legales son las menos frecuentes de todas dentro del derecho laboral, en consonancia con esa excepcionalidad que menciona respecto a las mismas el TC en la Sentencia anteriormente citada. No obstante, sí es posible encontrar algunos ejemplos, como los anteriormente analizados del art. 26.4 del ET (que prohíbe que el empresario asuma las cargas fiscales y de seguridad social del trabajador) o del art. 6 del ET (que prohíbe el trabajo a los menores de dieciséis años).

5 REFERENCIAS

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. **Ley y autonomía colectiva:** un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo, Madrid: MTSS, 1987.

MERCADER UGUINA, J. R. **Lecciones de derecho del trabajo.** 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MONTOYA MEDINA, D. **Collective bargaining.** Alicante: RUA, 2016.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. Las fuentes del derecho del trabajo. En: A.A.V.V. **Derecho del trabajo.** 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

¹²STC de 30.4.1985 (St. 58/1985).

LA RELACIÓN “LEY-CONVENIO COLECTIVO” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

GARMENDIA ARIGÓN, Mario*

1 CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 La exploración de la naturaleza jurídica del convenio colectivo

Durante mucho tiempo el convenio colectivo no consiguió que se le reconociera un lugar en el sistema de las fuentes del Derecho. Aceptarlo parecía imposible en un ambiente jurídico dominado por la idea de que **Derecho** y **Ley** eran sinónimos y en el que era inconcebible imaginar la existencia de algún poder normativo distinto del estatal.

La búsqueda de explicaciones desveló a los juristas durante varias décadas. Al principio las cavilaciones se centraron en la noción del **contrato** y, consecuentemente, la incógnita a despejar consistía en determinar de qué manera estaba presente en las **convenciones colectivas** el **consentimiento** de aquellos individuos que no habiendo participado en la negociación ni en la concreción del pacto, igualmente quedaban alcanzados por sus disposiciones.

Fueron elaboradas variadas e ingeniosas teorías, como la del **contrato preparatorio** o **preliminar**, la de la serie de **contratos de adhesión**, la de la **transacción**, la de la **asociación entre trabajadores y empleadores**, la del **mandato**, la de la **estipulación para otro**, la del **cuasi contrato de gestión de negocios**, la de la **personalidad moral ficticia**, la del **contrato innominado** o *sui generis*¹ y varias otras². Pero

*Magíster en DTSS. Profesor de DTSS en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay) y en la Facultad de Derecho del CLAEH (Punta del Este, Uruguay). Decano de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho del CLAEH.

¹LOTMAR, 1984, p. 309 y ss. V. BARBAGELATA, 2009 y MONEREO PÉREZ, 2000, p. XVIII y XXIX.

²Para profundizar en cada una de estas teorías: GALLART FOLCH, 2000, p. 14; DE LA CUEVA, 1973, p. 463 y ss., BARBAGELATA, 2009, p. 127 y ss.

ninguna de esas teorías lograba explicar las características fundamentales del convenio colectivo (su eficacia *erga omnes*, su preeminencia respecto de los contratos individuales de trabajo etc.) y rápidamente comenzó a quedar de manifiesto la improcedencia de acudir a la figura del contrato para intentar explicar este fenómeno.

El pensamiento que se encontraba detrás de aquellas formulaciones resultaba determinado por lo que Georges Scelle llamó “la manía de las categorías jurídicas”³, que impedía a los juristas apreciar la verdadera esencia del extraño “ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge” (CARNELUTTI, 1927, p. 108).

Se evidenciaba que el camino para hallar una explicación satisfacción para la figura no podría tomar como referencia al **contrato** y, finalmente, se arriba a la conclusión que resumió Gallart Folch: **la convención colectiva es, por su naturaleza íntima, distinta del contrato y es una ley en el sentido amplio de esta palabra** (GALLART FOLCH, 2000, p. 133).

Solo cuando pudo ser refutada definitivamente la idea que pretendía asignar a la ley el carácter de fundamento exclusivo y monopólico de todo el Derecho⁴, fue posible desarrollar una

³Barbagelata destaca esta idea de Georges Scelle como “una de las afirmaciones más importantes que formuló”, pues diferencia la forma de encarar los problemas interpretativos por el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo. El primero parte de “descifrar las grandes líneas de una situación concreta para, a través de esa abstracción, buscarle ubicación entre las categorías ya establecidas por el Derecho Civil, incluso forzando sus contornos hasta conseguir ese objetivo”. “Conforme a la concepción de Scelle - prosigue Barbagelata - en el Derecho del Trabajo se debe proceder de otra manera, o sea que cada situación concreta debe ser examinada de acuerdo con los principios generales del sistema, pero sin encasillarla en una categoría preestablecida, que se presume válida para todos los casos” (BARBAGELATA, 2009, p. 129-130).

⁴Explica Gallart Folch que esto fue posible gracias a que a partir del último cuarto del siglo XIX se inició un profundo proceso renovador de la teoría general del Derecho. En dicha renovación participaron movimientos jurídico-filosóficos diferentes, pero convergentes en la impugnación de la concepción monopólica estatista de la creación del Derecho. En estas corrientes se ubican, por ejemplo, la encabezada por Gierke, en Alemania; la de los “juristas-sociólogos” italianos, liderados por Cimbali; el “socialismo jurídico”, de Menger (y su célebre obra **El derecho civil y los pobres**) y Levy (**La vision socialiste du droit**, 1926); el “sindicalismo doctrinal” de Sorel y Boncour etc. A comienzos del siglo XX también se desarrollan las corrientes

explicación plausible para la naturaleza del convenio colectivo⁵ y, a su vez, para las propias características del ordenamiento laboral, que pasa a ser concebido como un sistema complejo de normas que reconocen orígenes diversos. Algunas de esas normas provienen de una fuente heterónoma, es decir, son dimanantes de la autoridad estatal. Otras,

“antiformalistas pluralistas”, que plantean la necesidad de abordar el estudio de las fuentes del Derecho desde una nueva perspectiva y que se expresa, fundamentalmente en dos movimientos: el de la “lucha contra el fetichismo de la ley”, iniciado en Francia por Geny (que profundiza en el análisis del fenómeno jurídico espontáneo) y que es seguido, entre otros, por Cruet, Morin y Lambert; y el del *freireicht* (o Derecho libre), en Alemania, que reconoce a Kantorowicz como su iniciador y que fue seguido por Fuchs y Jung y que tuvo una gran influencia en otros destacados juristas alemanes, como Radbruch, Stammler y Jellinek. Cfe. GALLART FOLCH, 2000, p. 91 y ss. También ver: DE FERRARI, 1964, p. 377 y ss. y DE LA CUEVA, 1973, p. 401 y ss.

⁵Cuatro corrientes jurídicas fundamentales que se desarrollaron en las tres primeras décadas del siglo XX, contribuyeron para la explicación de la naturaleza del convenio colectivo: el “objetivismo solidarista” de Leon Duguit; el “institucionalismo jurídico”, de Maurice Hauriou; el “normativismo” de Hans Kelsen y el “espontaneísmo jurídico-social”, de Ehrlich y Gurvitch. Todas prestaron especial atención al fenómeno del convenio colectivo. Así, por ejemplo, Duguit, en su célebre conferencia sobre “Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón”, dictada en 1911 en Buenos Aires, decía que “El contrato colectivo es una categoría jurídica absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales del Derecho Civil. Es una convención-ley que regula las relaciones de dos clases sociales. No es un contrato que produzca obligaciones especiales, concretas y temporales entre dos sujetos de Derecho. Es una ley que establece relaciones permanentes y duraderas entre dos grupos sociales; el régimen legal según el cual deberán pactarse los contratos individuales entre los miembros de estos grupos. He ahí el verdadero punto de vista. He ahí cómo se podrá resolver la dificultad y hacer la teoría jurídica del contrato colectivo” (**Las transformaciones del Derecho**, Heliasta, Bs. As., 1975, p. 81 y ss., cit. por MONEREO PÉREZ, 2000, p. LI). Por su parte, Hauriou, al concebir la noción de la Institución, reconoce que “poderes organizados” no necesariamente pertenecientes al Estado, pueden tener la capacidad de crear Derecho (HAURIOU, 1968, p. 48). A partir de Hauriou, otros autores franceses institucionalistas, como Cuche y Gounot, aludieron al convenio colectivo como una “institución-regla” o se refirieron al instrumento como el estatuto de una institución cuya base social es la agrupación productora. Hans Kelsen, opinaba que el convenio colectivo se ubicaría en un grado intermedio entre acto individualizado y ley (acto normativo). El maestro vienes agregaba que entre el convenio colectivo y la ley “[...] la diferencia es mínima.

en cambio, tienen un origen autónomo y extraetático, que parte del reconocimiento de una potestad normativa a los actores sociales⁶.

Las primeras fueron conformando una red normativa protectora y de garantías mínimas, indisponibles a la baja⁷.

La convención colectiva aseméjase profundamente a la ley. Ello significa que lo que predomina en esta clase de convenios no es el principio de autonomía, sino el principio de la heteronomía, específico de la ley” (**El contrato y el tratado analizados desde la teoría pura del Derecho**, México, Ed. Nacional, 1943, reimp. 1974, p. 145 y ss., cit. por MONEREO PÉREZ, 2000, p. LII y ss.). En el caso de Gurvitch, señalaba que el reconocimiento de diversos órdenes jurídicos no era sino la confirmación de la soberanía jurídica de los grupos sociales. El convenio colectivo pertenece al grupo de los ordenamientos intermedios de derecho social autónomo, pero con tutela estatal, lo que no supone, sin embargo, su inserción en el sistema de fuentes estatales, sino en el sistema constitucional pluralista de fuentes formales del Derecho (Cf. MONEREO PÉREZ, 2000, p. LVI y ss.). También ver: SINZHEIMER, 1934.

“Algunas teorías han pretendido explicar la naturaleza normativa del convenio colectivo señalando que la misma deriva de un reconocimiento estatal (teoría de la ley delegada, teoría del reglamento administrativo etc.). Al respecto, Gallart Folch sostenía que era un error “[...] creer que el Estado o la administración pública confieran a los organismos sindicales, patronales y obreros, el poder normativo en virtud del cual éstos pueden regular, por mutuo acuerdo, las condiciones de trabajo dentro de una profesión u oficio”. Para advertir dicho error, dice el autor, “No hay más que recordar el proceso evolutivo de las convenciones colectivas [...]” y al respecto sostenía que “[...] puede sentarse, sin temor a rectificación, la tesis siguiente: no es que los sindicatos patronales y obreros empezaran a regular las condiciones de trabajo en la profesión u oficio el día que recibieron ese encargo o delegación del Estado, sino que el Estado reconoció el valor jurídico normativo en las convenciones intersindicales cuando esta actividad era ya una realidad indiscutible” (GALLART FOLCH, 2000, p. 121). El propio Gallart Folch cita a Georges Scelle, cuando éste expresa: “Si analizamos con criterio realista las cosas constataremos que cada rama de la industria, cada fábrica, cada taller, se presenta como una especie de pequeña comunidad y persigue un fin social: una producción determinada. Cada uno de estos cosmos, pequeño o grande, tiene su organización propia, sus autoridades, su jerarquía, sus leyes, sus sanciones. En él tuvimos mucho tiempo una autoridad única: el patrono. Esa forma monárquica de la institución tiende a desaparecer por la participación de los gobernados en el poder. El grupo profesional participa en el régimen social de la empresa y todo eso se concreta en un instrumento convencional que apodan contrato colectivo, pero que es toda otra cosa que el contrato colectivo, pues es el conjunto de reglas que presiden a la producción, en una fábrica, en una industria, a veces en toda una rama de actividad del país” (“La loi de huit heures”, en **Revue politique et parlementaire**, 1920, p. 27, cit. por GALLART FOLCH, 2000, p. 121).

⁶BARASSI, 1953, p. 105; BARBAGELATA, 2009, p. 129; DE LA CUEVA, 1967, p. 254; DEVEALI, 1957, p. 354; JEAMMAUD, 1994, p. 79; LYON-CAEN, 1985, p. 801;

A las segundas, por su parte, tradicionalmente se les adjudicó la finalidad de convertirse en **instrumentos de progreso continuo** de los beneficios de los trabajadores, mediante la superación negociada de los niveles mínimos establecidos por las normas heterónomas.

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

1.2 La articulación convenio colectivo-ley

1.2.1 El sistema “clásico”

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

La manera en que se distribuyeran los contenidos jurídicos entre estas diversas fuentes, así como los criterios que se emplearan para articular el predominio de cada una de ellas frente a cada situación concreta, serían dos índices que permitirían calificar y medir el grado de **adaptabilidad o rigidez** de cada ordenamiento (BARBAGELATA; ROSENBAUM; GARMENDIA, 1998, p. 56).

A mayor densidad de contenidos legales, mayor rigidez y (probablemente), mayor garantismo del ordenamiento laboral (GOLDIN, 1997, p. 419). Y, en materia de **articulación** entre las fuentes, el criterio que tradicionalmente rigió a dicho respecto fue el **de la norma mínima**,

MENGONI, 1990, 1; PLÁ RODRÍGUEZ, 1980a, p. 448 y ss.; SARTHOU, 1972, p. 359; SUPIOT, 1994, p. 109; BARBAGELATA; ROSENBAUM; GARMENDIA, 1998, p. 55.

[...] según el cual cada norma del Derecho del Trabajo es tope o piso mínimo para las normas de jerarquía normativa superior. De tal modo, la ley sólo podía ser desplazada por el convenio colectivo que estableciera condiciones más favorables para los trabajadores; a su vez, la autonomía individual sólo habría de prevalecer sobre el convenio colectivo o la ley en la medida de que reconociera derechos superiores. (GOLDIN, 1997, p. 420).

1.2.2 Los cambios

Las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial se caracterizaron por un claro predominio del paradigma garantista y protector⁸, lo que determinó que la disciplina evolucionara con una tendencia caracterizada por una cada vez mayor generosidad de sus normas. Hacia fines de los sesenta sólo podía pronosticarse una acentuación de dicha directriz progresiva (SARTHOU, 1972, p. 375), al influjo de la búsqueda constante de una mayor justicia social.

Pero en la década de los setenta la economía mundial se vio sacudida por una crisis de grandes proporciones. La conjunción de otros factores -sociales, culturales, ideológicos - afectó las bases del **Estado de bienestar** y dio paso a una etapa de **subordinación de lo social a lo económico**. La revolución tecnológica que se produjo en las siguientes décadas, completaron el círculo, provocando la aparición de nuevas formas de organización del trabajo y determinaron una globalización del mercado, de dimensiones y características sin precedentes. El mundo del trabajo sufrió directamente el impacto de estos cambios.

Nuevas relaciones de fuerza surgieron entre los sindicatos y las empresas. Estas últimas quedaron en posición de notorio dominio en el escenario de las relaciones laborales (ERMIDA URIARTE, 1991, p. 615-ss.).

⁸Período al que Fourastié llamó “los treinta gloriosos”. FOURASTIÉ, Jean, **Les trente glorieuses ou La Révolution invisible de 1946 à 1975**, París, Librairie Arthème Fayard, 1979, cit. por BRONSTEIN, 1989.

Hacia el final de lo que Eric Hobsbawm llamó el “siglo XX corto” (HOBSBAWN, 2001, p. 7), el modelo en la **ética juslaboralista** resultó desplazado por una rigurosa **ética mercantil**⁹, que determinaron el ascenso de una cultura de **desconsideración, desvalorización o descentramiento social** del “valor trabajo” que, en el plano jurídico se proyectó como la **flexibilización o desregulación** del Derecho laboral (ERMIDA URIARTE, 2000, p. 21-ss.).

1.2.3 Nuevos roles y funciones del convenio colectivo

El convenio colectivo resultó adjudicatario de un nuevo papel en los esquemas flexibilizadores, que le impusieron mutar sus funciones tradicionales y sus contenidos típicos.

En el nuevo modelo, el convenio colectivo pasa a tener atribuido un papel preponderamente **extra** o **para-normativo**, como instrumento de co-gobierno de las relaciones industriales y la gestión de la empresa. También adquieren relevancia los aspectos preventivos y componedores del conflicto y las modalidades participativas y compromisorias de los trabajadores y sus organizaciones con los intereses de la empresa. Así, la negociación pasa a tener en cuenta, no sólo una distribución equitativa de la renta a través de las tarifas salariales y de otros beneficios laborales, sino también la eficacia y la competitividad de las empresas, condicionando una suerte de actitud co-participante (y hasta “**asociada**”, en cierto modo) del sindicato y de los trabajadores, en lo que respecta al aseguramiento de niveles compatibles de tutela de los intereses colectivos e individuales, con los grados de eficiencia y competitividad que impone la realidad globalizada, para posibilitar la subsistencia de la empresa y, a través de ella, de los puestos de trabajo que ésta puede sustentar y generar.

Pero, sin dudas, uno de los efectos inmediatos que provoca este nuevo estado de situación, pasa por el enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva, fundamentalmente en temas y aspectos que antes no eran abordados y que hoy se tornan necesarios y, hasta se diría, indispensables para las partes, confirmando que:

⁹ERMIDA URIARTE, 2004, p. 19; ACKERMAN, 1998, p. 25 y ss.

La negociación colectiva ‘rica’ tenía unos contenidos ‘pobres’, mientras que la negociación colectiva actual, menos generosa que aquella, presenta unos contenidos materiales más completos. (SUPIOT, 1999, p. 157).

Esta ampliación de los contenidos se expresa, por un lado, en abordajes novedosos de contenidos tradicionales (por ejemplo, individualización de los salarios y sujeción de los mismos a la consecución de determinadas metas productivas) y, por otro, en hacer ingresar materias nuevas, desconocidas o marginadas (por ejemplo y entre otras, la formación profesional¹⁰).

1.2.4 La nueva articulación ley-convenio colectivo

Otro aspecto de la negociación colectiva que se ve seriamente afectado como eslabón en el sistema de fuentes, es el que se vincula con su proclamada **tendencia unidireccional**, que - según se ha señalado - suponía la superación de las insuficiencias de la contratación individual por la obtención de mejoras y progresos continuos para los trabajadores, a través del acuerdo colectivo de condiciones siempre más beneficiosas para éstos.

Al respecto, con gran acierto señalaba Romagnoli hace ya más de dos décadas, que:

[...] la desregulación comporta no tanto una disminución de reglas, cuanto antes bien una calidad diferente de las relaciones entre sus fuentes, las cuales - haciendo disponible, derogable y flexible lo que el Derecho del Trabajo tradicional ha hecho indisponible, inderogable y rígido - se disponen a escribir su anti-historia. (ROMAGNOLI, 1994).

¹⁰GARMENDIA ARIGÓN, 2003, p. 132 y ss.; ERMIDA URIARTE; ROSENBAUM, 1998; ROSENBAUM, 2000; BARRETTO, 2001, p. 119 y ss.; BARBAGELATA; ROSENBAUM; GARMENDIA, 1998, p. 90-92.

Es así que la relación **ley-convenio colectivo**, antes regida exclusivamente por el criterio de la **norma más favorable**, ha comenzado a cargarse de una mayor complejidad, al adquirir,

[...] además de o en lugar de la función tradicional de mejora de las condiciones de trabajo (...) una función de adaptación de tales condiciones a las necesidades de competitividad y flexibilidad de las empresas. (SUPIOT, 1999, p. 153).

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

En algunos casos, esta nueva y **complejizada** articulación entre la ley y el convenio colectivo ha sido expresamente habilitada por la norma legal, de tal suerte que la norma convencional viene a presentarse como una **alternativa** a la aplicación de aquella.

Esta nueva forma de articulación “**alternativa**”, puede asumir expresiones diversas: en algunos casos, la ley autoriza expresamente la celebración de **acuerdos derogatorios**; en otros, la ley adquiere un **carácter supletorio** o **subsidiario** respecto del convenio colectivo, en la medida que sólo se aplica en ausencia de este último; y en otros casos, la ley presenta un tenor **dispositivo**, es decir, consagra una regla o condición cuya eficacia práctica queda subordinada a la existencia de un convenio colectivo que así la habilite (SUPIOT, 1999, p. 154).

Similares criterios también se aplican a la articulación entre los convenios colectivos de distinto nivel, de forma tal que los niveles más centralizados tienden a recoger acuerdos marcos, cuya aplicación queda generalmente supeditada a la negociación de empresa (SUPIOT, 1999)¹¹.

¹¹Cabe señalar que esta nueva lógica de articulación entre convenio colectivo y ley y de convenios colectivos de distinto nivel, ha tomado cuerpo incluso en países como Uruguay, donde el Derecho positivo no ha habilitado procedimientos de negociación colectiva de desmejoramiento o flexibilizadora y donde, más allá de los debates doctrinarios, las situaciones concretas que se han plasmado en tal sentido se han caracterizado por operar por la vía de los hechos. BARBAGELATA; ROSENBAUM; GARMENDIA, 1998, p. 68 y ss.

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

1.2.5 Valoración

Apreciada con una óptica indulgente u optimista, la propuesta de la **disponibilidad colectiva** puede presentarse como un mecanismo contemporizador entre el garantismo social exacerbado y la desregulación impuesta de manera unilateral y “**salvaje**”¹².

De este modo, puede visualizarse como una opción que promueve la participación de los actores sociales, quienes así evitan quedar al margen de las decisiones sobre temas que los involucran y, además, pueden negociar compensaciones, posibilidad que - naturalmente - queda excluida cuando la flexibilización es impuesta unilateralmente por el Estado (VEGA RUIZ, 1995, p. 114-ss.).

La apertura de la mentada “**complejización**” de las relaciones entre la ley y el convenio colectivo (habilitando las opciones de articulación “alternativa”: derogación, supletoriedad y dispositividad; en lugar de la clásica exclusivamente basada en el sobrepujamiento y conservación) también pueden abordarse como una técnica que pone en práctica la consulta a los interesados, en congruencia con las normas internacionales que promueven el tripartismo, la negociación colectiva y la acción sindical.

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

¹²Modalidad esta última que, según Ermida Uriarte, ha prevalecido en América Latina. Ver: ERMIDA URIARTE, 2003, p. 13.

2 PANORAMA SINÓPTICO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN URUGUAY

2.1 Modelos “tradicionales”

La doctrina¹³ ha identificado tres modelos históricos:

- un modelo denominado “típico” o “puro”, cuyo nacimiento acompañó las primeras manifestaciones del movimiento obrero de la segunda mitad del siglo XIX. Se trata de un esquema de negociación bilateral, no proceduralizada y sin ninguna regulación o intervención heterónoma. La negociación podía plantearse tanto a nivel descentralizado de empresa, como a niveles superiores, de rama, industria, actividad, oficio o profesión, circunstancia que dependía de las características estructurales-organizativas que asumieran los respectivos interlocutores sociales;

- un segundo modelo, surgido a partir de la creación legal de los **Consejos de Salarios**¹⁴. Si bien la negociación colectiva así surgida podría ser definida como “atípica” (por su carácter trilateral, institucionalizado y regulado heterónomamente), en realidad fue a partir de este esquema que se construyó la verdadera “**estructura prototípica**” de la negociación colectiva en Uruguay, caracterizada por plantearse a nivel **sectorial** o de **rama de actividad**. El verdadero impulso de la negociación colectiva, se plantea en Uruguay a partir y como consecuencia de la puesta en funcionamiento de los Consejos de Salarios;

- la tercera manifestación, es de tipo **ecléctico**, pues adopta elementos propios del mecanismo de los Consejos de Salarios al tiempo que también exhibe características propias de la primera modalidad. Se trata de una negociación colectiva que en el punto de partida se presenta como bilateral (los actores sociales negocian frente a frente en un ámbito ajeno al organismo institucionalizado del Consejo de Salarios) pero los resultados son sometidos a la aprobación del respectivo Consejo de Salarios, para así lograr la generalización o extensión de sus efectos a todo el sector de actividad.

¹³ROSENBAUM, 1994, p. 8. BARBAGELATA; ROSENBAUM; GARMENDIA, 1998.

¹⁴Ley 10.449, del 12 de noviembre de 1943.

En este contexto la presencia estatal en materia colectiva tendió a visualizarse como poco relevante, presentándose al “caso uruguayo” como desregulado y “puro” en cuanto al grado de actuación autónoma de los interlocutores sociales. Sin embargo, si bien es cierto que la intervención estatal careció en Uruguay de la impronta restrictiva o limitacionista que resulta típica en otros países del Continente, en realidad aquélla no fue todo lo “ausente” que se solía señalar. Por el contrario, diversas formas de presencia estatal resultaron determinantes de las características de la negociación colectiva uruguaya, aunque es claro que al no ostentar una finalidad limitadora de la autonomía y libertad de los interlocutores particulares, pasaron en gran medida **desapercibidas** en cuando a su trascendencia.

Así, podrían mencionarse diversos ejemplos de presencia heterónoma, los que van desde las modalidades más indirectas (la temprana regulación legal y protectora de diversos institutos de la relación individual de trabajo, determina la existencia de niveles mínimos de condiciones laborales que se presentan como límite infranqueable *in pejus* para la negociación¹⁵⁾ hasta otras que no lo son tanto (como la puesta en práctica de los Consejos de Salarios, mecanismo que generó un **perfil uruguayo** de negociación colectiva, determinando estilos de organización y actuación sindical, y la preeminencia del nivel de sector o rama de actividad¹⁶⁾).

2.2 Criterios tradicionales de articulación ley-convenio colectivo

El convenio colectivo resultante de esta negociación de carácter centralizado (por rama de actividad), se articulaba con las

¹⁵⁾ La coordinación de las fuentes de diferente origen siempre estuvo presidida por las reglas del sobrepujamiento, que implican la posibilidad de que las normas de superior jerarquía sean sobrepasadas por otras inferiores, siempre que posean un contenido más beneficioso para el trabajador. Cfe. PLÁ RODRÍGUEZ, 1980b, p. 325.

¹⁶⁾ ERMIDA URIARTE, 1990, p. 62 y ss. El funcionamiento de los Consejos de Salarios, no solamente fomentó el desarrollo sindical, sino que también pautó la estructura de la negociación. Pero mucho más allá de todo esto, la ley 10.449 impuso a los actores sociales, una práctica negociadora obligatoria, periódica y sistemática, cuya trascendencia real como soporte y apoyo promotor de la acción colectiva y de la negociación colectiva, solamente quedó de manifiesto cuando el mecanismo fue abandonado.

normas legales a partir del criterio de la **norma más favorable**, y se fundaba en el respeto irrestricto por los mínimos establecidos en las mismas.

La norma jurídica producida por la autonomía colectiva, representaba siempre un instrumento de superación de los mínimos legales, considerados intangibles en cualquier otro sentido.

Además, los pactos contenidos en anteriores convenios colectivos, representaban el punto de partida para la negociación de los futuros instrumentos, los que habrían de incorporar beneficios iguales o superiores a los vigentes.

2.3 Crisis y desestructuración del sistema

Una fundamental “vuelta de tuerca” se produjo a partir de la década de los años ‘90, cuando se produjo el retiro del Estado de la negociación salarial y - consecuentemente - el cese de las convocatorias a los Consejos de Salarios. Los efectos de esta situación se prolongaron hasta comienzos del siglo XX, acompañando una crisis económica de grandes proporciones que afectó al país.

El cese de la convocatoria a los Consejos de Salarios y la crisis fueron un fuerte golpe para el movimiento sindical y determinó una variación sustantiva del centro de gravedad en el que convergía tradicionalmente la negociación colectiva (la rama de actividad), fomentando su descentralización y descenso al nivel concreto de la empresa.

El impacto fue de tal magnitud, que provocó cambios importantes en la negociación colectiva y en sus resultados. El convenio colectivo vio desdibujado su rol mejorador tradicional (que parte de la premisa de que las condiciones establecidas en anteriores convenios surten el efecto de límite mínimo infranqueable). En el modelo de crisis, la negociación asumió las características del *do ut des*, al estilo transaccional civil.

En franca oposición a lo que había sido la tendencia tradicional en Uruguay, los convenios colectivos generados en este nuevo esquema, consagraron retrocesos y efectos “derogatorios” que no se limitaron sólo a disminuir las condiciones pactadas en anteriores convenios, sino que, todavía con más osadía, se adentran en el ámbito

de lo que puede ser directamente calificado como un **reto a la ley**, atacando la eficacia indisponible que tradicionalmente se atribuyó a las condiciones contenidas en aquélla (BARBAGELATA; ROSENBAUM; GARMENDIA, 1998). Sin embargo, a este respecto, la doctrina y la jurisprudencia ofrecieron resistencia a admitir su licitud, reafirmando la intangibilidad *in pejus* de las disposiciones legales (GARMENDIA ARIGÓN, 1998). A pesar de ello, los convenios colectivos no dejaron de plasmar condiciones “infralegales”, muchas de las cuales nunca se vieron sometidas al análisis jurisprudencial de su legitimidad¹⁷ y terminaron desplegando **de facto** su eficacia.

También fue común durante esos años que los convenios colectivos contuvieran cláusulas de renuncia que afectaban a los trabajadores individuales, pese a no ser jurídicamente viable que el sindicato pueda disponer de los mismos. En esta y otras materias, los actores sociales se movieron sin reparar demasiado en cuestiones de índole jurídica, y muchas veces establecieron estos pactos aún a sabiendas de su fragilidad jurídica, pero interesados en conseguir efectos que se ubican en ámbitos extrajurídicos (por ejemplo, la “convicción de eficacia” que generan en los trabajadores).

En una línea parecida, se planteó también la cuestión de la vigencia de las condiciones pactadas en los convenios colectivos una vez finalizado el plazo de vigencia pactado. Ante la ausencia de normas legales que dispusieran algo a tal respecto, las teorías doctrinarias de la “ultra actividad” y la del “efecto automático” (o teoría de la “incorporación”), solían contraponerse a las posiciones de quienes sostenían la caducidad automática de las condiciones convencionales, una vez que el convenio colectivo perdía su vigencia por el cumplimiento de su plazo. Los fundamentos manejados por los autores que adherían a una u otra corriente, partían de un análisis de los efectos que los convenios colectivos eran capaces de desplegar en tanto normas jurídicas. Esto implicaba que la posición a adoptarse respecto de la continuidad o no de las condiciones pactadas una vez extinguido el convenio, dependía de un análisis de tipo conceptual.

¹⁷Es sabido que en coyunturas de empleo el trabajador reprime su impulso de acudir a los estrados para reclamar la tutela de sus derechos.

Muchos convenios colectivos celebrados durante la crisis consagraron cláusulas que hicieron explícita la solución de este tema, estableciendo la caducidad de las condiciones pactadas una vez culminado el plazo del convenio.

La situación predominante de los empleadores determinó que los convenios colectivos asumieran nuevos roles instrumentales, especialmente de descenso de condiciones laborales anteriores y a partir de esta circunstancia, desplegaron efectos que tradicionalmente no les resultaban propios (derogación, disponibilidad). Este incremento del poder de negociación también anima a la parte empleadora a introducir en los convenios colectivos, ciertas cláusulas que salvaguardan la integridad de sus posturas, mediante la explicitación de definiciones conceptuales que antes habían sido materia de debate. La presencia de estos novedosos efectos - la mayoría de los cuales implica un retroceso para la posición de los trabajadores - ratifica la trascendencia que había tenido la presencia estatal.

2.4 Panorama actual

En los capítulos anteriores hemos hecho reiteradas referencias a la ley que creó los Consejos de Salarios (n. 10.449), que fue promulgada en noviembre de 1943.

Es esta una ley extremadamente importante, que marcó las características de las relaciones colectivas del trabajo en el Uruguay. Su discreta, pero fundamental incidencia en la conformación de los rasgos principales del sistema de negociación colectiva, quedó en evidencia, sobre todo, a partir de la curiosa circunstancia de que durante algunos periodos históricos (por ejemplo: 1968-1985 y 1991-2005), el mecanismo de negociación colectiva tripartito que en ella se consagra, no funcionó en la práctica. En dichas ocasiones, los Poderes Ejecutivos de turno, decidieron suspender la convocatoria de los Consejos de Salarios y, con dicha medida, se produjeron una serie de consecuencias (por omisión o ausencia) que demostraron la relevancia que la ley había tenido en materia sindical y de negociación colectiva en Uruguay.

En los hechos, la ley 10.449 fue, durante más de seis décadas, el pilar fundamental que dio sustento al sistema del Derecho Colectivo del Trabajo uruguayo. No es una norma demasiado extensa ni, tampoco,

minuciosa ni detallada en sus disposiciones. La mayoría de los conceptos principales de las relaciones colectivas del trabajo fueron construidos por la doctrina y recogidos por la jurisprudencia. Un ejemplo de esto último es, precisamente, la materia relativa a la articulación entre el convenio colectivo y la ley. A tal respecto, la ausencia de normas de Derecho positivo que indicaran algo en forma explícita, no fue obstáculo para que la doctrina desarrollara la idea de la indisponibilidad *in pectus* de los mínimos consagrados en las normas de rango legal.

A pesar de su azarosa historia, la ley 10.449 siempre estuvo formalmente vigente y no sufrió modificaciones significativas hasta el año 2009, cuando otra ley (n. 18.566, del 11 de setiembre de ese año) le introdujo algunos cambios bastante importantes. Adicionalmente, esta última ley también incorporó al Derecho positivo laboral uruguayo una serie de conceptos e innovaciones trascendentales.

No aparece en esta reciente ley una referencia explícita a la relación que habrá de existir entre la norma legal y el convenio colectivo. En cambio, la ley sí estableció de manera expresa que los convenios colectivos no pueden ser “**modificados por contrato individual o acuerdos plurisubjetivos en perjuicio de los trabajadores**” (artículo 16).

Podría asumirse que el silencio que la ley mantuvo en lo relativo a la articulación que habrá de existir entre la norma heterónoma (ley) y la resultante de la autonomía colectiva (convenio colectivo), responde a que el legislador tuvo por sobre entendido que la misma continuará rigiéndose por la misma lógica que hasta ahora se venía aplicando, lógica que, como se ha indicado antes, tiene origen doctrinario y se construyó sobre la base de la regla de la **norma más favorable**. No existen en Uruguay - por el momento - opiniones que pongan en tela de juicio tal cosa.

Sin embargo, hay que decir que en la letra de la ley se aprecia el empleo de un giro que bien podría habilitar interpretaciones de otro tenor.

En efecto, en el artículo 2º de la ley 18.566 se puede leer lo siguiente:

(Derecho de negociación colectiva). En ejercicio de su autonomía colectiva los empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte,

y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, tienen derecho a adoptar libremente acuerdos sobre las condiciones de trabajo y empleo, y regular sus relaciones recíprocas.

De dicha norma destaco la sutil incongruencia que se advierte entre el título que la encabeza (“**Derecho de negociación colectiva**”) y el contenido que luego se desarrolla, que alude principalmente, no al derecho a negociar, sino al **derecho a celebrar acuerdos**.

Pero, mucho más importante que esto último, es el detalle del agregado del adjetivo “**libremente**” para calificar el derecho cuya existencia se reconoce (es decir, el **derecho de celebrar acuerdos sobre las condiciones de trabajo y empleo y regular sus relaciones recíprocas**). El empleo de tal adjetivo por parte del legislador, seguramente obedeció al deseo de aludir a otra cosa, pero no es de descartar que, ante un eventual futuro contexto histórico que así lo induzca o habilite, el giro utilizado en la redacción de la norma termine ambientando la entrada de interpretaciones que intenten hacer prevalecer lo pactado, incluso, por sobre lo legislado. Tal lectura no está actualmente planteada, pero no se puede excluir la posibilidad de que sí pueda proponerse por alguien en el futuro, si la coyuntura es propicia a tales efectos.

3 COROLARIO

La dinámica que tradicionalmente caracterizó la relación “ley-convenio colectivo” en Uruguay, ha estado y está, inspirada por la idea de la prevalencia de la regla de **la norma más favorable**.

En tal sentido, los beneficios consagrados a nivel legal han sido asumidos, siempre, como mínimos que no son susceptibles de resultar disminuidos o retrogradados mediante instrumentos surgidos desde los espacios convencionales (colectivos y, mucho menos, individuales).

Esta dinámica fue así edificada por la doctrina, que la sustentó sin necesidad de buscar apoyos en referencias explícitas del Derecho positivo. Fue enunciada, en todo caso, como una proyección del **principio protector** y como una consecuencia natural y obvia del mismo.

No es posible desconocer, no obstante, que en contextos históricos en los que el país quedó sumido en graves crisis económicas y sociales, los principios y consignas basales del Derecho del Trabajo quedaron sometidos a presiones que, en más de una ocasión, pudieron haber puesto en entredicho su vigencia en la vida real, incluso a pesar de la inclaudicable opinión de la doctrina **juslaboralista** vernácula, que nunca cedió ante los embates flexibilizadores que sí prosperaron en otros países.

De estas difíciles épocas quedan algunas enseñanzas. Una de ellas, no poco importante, es la que refleja la importancia que tienen las coyunturas en la forma en que se interpretan y aplican las normas y principios de nuestra disciplina, y que, lamentablemente, no es infrecuente que los hechos terminen imponiéndose a la teoría, sin reparar ni prestar atención a las objeciones que esta última les pretenda oponer.

4 REFERENCIAS

ACKERMAN, Mario Eduardo. De ganadores y perdedores (para pensar la reconstrucción). In: **Evolución del pensamiento juslaboralista:** estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, Montevideo: FCU, 1998.

BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo.** T. I, Buenos Aires: Alfa, 1953.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista.** Montevideo: FCU, 2009.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo; ROSENBAUM, J.; GARMENDIA ARIGÓN, M. **El contenido de los convenios colectivos.** Montevideo: FCU, 1998.

BARRETTO, Hugo. **La obligación de formar a cargo del empleador.** Una relectura del derecho del trabajo en clave de formación. Montevideo: FCU, 2001.

BRONSTEIN, Arturo. La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles para un debate. **Derecho Laboral**, t. XXXII, n. 153, Montevideo, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto industriale:** teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro. Padova: A. Milani, 1927.

DE FERRARI, F. **Lecciones de derecho del trabajo.** T. IV. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1964.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo.** México: Penagos, 1967.

DE LA CUEVA, Mario. El contrato colectivo en la nueva ley federal de trabajo de México. **Estudios en memoria de Francisco De Ferrari.** Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

DEVEALI, Mario. Orden público e inderogabilidad de las normas laborales. **Derecho del Trabajo**, t. XVII, Buenos Aires, 1957.

ERMIDA URIARTE, Oscar. El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo. **Derecho Laboral**, t. XXXIV, n. 164, Montevideo, 1991.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Ética y derecho del trabajo. In: **Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez**, Montevideo: FCU, 2004.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **La flexibilidad.** Montevideo: FCU, 2000.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XX.** Lima: Justicia Viva y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003.

ERMIDA URIARTE, Oscar. ROSENBAUM, J. **Formación profesional en la negociación colectiva.** Montevideo: Cinterfor-OIT, 1998.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Tendencias y problemas del derecho colectivo del trabajo en América Latina. Las relaciones de trabajo en América Latina. **Derecho Colectivo del Trabajo**, Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Materiales de Enseñanza. 2. ed.. Lima, 1990.

GALLART FOLCH, Alejandro. **Las convenciones colectivas de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española.** Granada: Comares, 2000.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. **Derecho del trabajo y formación.** Montevideo: Cinterfor-OIT, 2003.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. Sistematización de jurisprudencia sobre horas extras. In: VV.AA. **Temas Prácticos de Derecho Laboral**, Montevideo: FCU, 1998.

GOLDIN, A. Evolución reciente del sistema de fuentes del derecho del trabajo. In: **Libro de ponencias de las 2as. Jornadas Uruguayas-Santafesinas de Derecho del Trabajo**, Santa Fé, Rep. Argentina, junio de 1997.

HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación.** Ensayo de vitalismo social. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HOBSBAWM, Eric. **Historia del siglo XX.** 2. ed. Bibilioteca E.J. Hobsbawm de Historia Contemporánea, Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2001.

JEAMMAUD, Antoine. La flexibilización del derecho laboral en Francia. **Revista de Trabajo**, año I, n. 4, Montevideo: MTSS, set.-oct. 1994.

LOTMAR, Philipp. Contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro. **Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali (DLRI)**, n. 22, Milano: Franco Angeli, 1984.

LYON-CAEN, Gérard. La bataille truquée de la flexibilité. **Droit Social**, n. 12, diciembre 1985.

MENGONI, Luigi. L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo. **Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali**, n. 45, año XII, Milano: Franco Angeli, 1990, 1.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **Teoría jurídica del convenio colectivo**: su elaboración en la ciencia de derecho. Estudio preliminar al libro de Gallart Folch - Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española. Granada: Comares, 2000.

PLÁ RODRÍGUEZ, A. El papel del Estado en las relaciones industriales en la década de los 80. **La intervención del Estado en las relaciones industriales en la década de los 80**, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1980b.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. El orden público y el derecho del trabajo. Teoría y práctica en Iberoamérica. **Revista de Derecho Laboral**, t. XXIII, n. 119, Montevideo: FCU, 1980a.

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

ROSENBAUM, J. **Autonomía colectiva e intervención estatal en materia de negociación colectiva.** 1^a Jornadas Peruano-Uruguayas, Lima, setiembre de 1994.

ROSENBAUM, J. **Negociación colectiva sobre formación profesional en los países del MERCOSUR, Bolivia y Chile.** Montevideo: Cinterfor-OIT, 2000.

SARTHOU, Helios. Aspectos de la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. **Derecho Laboral**, t. XV, n. 86-87-88, Montevideo, mayo-diciembre 1972.

SINZHEIMER, Hugo. Teoría de las fuentes del derecho y el derecho obrero. **Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique.** 1934-1935. Travaux de la première session. Le problème de sources du droit positif, Paris: Recueil Sirey, 1934. Traducido por la Dra. María Inés CapUCHO.

SUPIOT, Alain (Coordinador) y otros. **Trabajo y empleo.** Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SUPIOT, Alain. **Critique du droit du travail.** Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

VEGA RUIZ, María Luz. Las medidas de compensación en los programas de ajuste estructural. La función del derecho del trabajo ante los cambios económicos. **Relasur**, n. 6, Montevideo, 1995.

O SISTEMA DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA HOLANDA

PEDRASI, Teresa Cristina*

1 INTRODUÇÃO

Difícil a tarefa de discorrer a respeito do posicionamento da Holanda quanto à prevalência do negociado sobre o legislado sem, primeiramente, tecer uma descrição, ainda que perfundatória, sobre o país e sua situação econômica. Outrossim, esclarece-se que o presente trabalho não tem a pretensão de fazer uma análise exauriente sobre o sistema de negociação coletiva holandês, mas sim, apresentar um panorama geral, salientando as peculiaridades daquele país, o que talvez o torne único em se tratando do equilíbrio entre capital e trabalho.

A Holanda é um pequeno país, localizado na Europa Central, com cerca de 17 milhões de habitantes, ocupando uma área de aproximadamente 37.000 quilômetros quadrados. Dessa área, 1/3 situa-se abaixo do nível do mar, cuja contenção é feita através de um complexo sistema de diques.

Trata-se de uma monarquia democrática conhecida por um forte e rígido sistema legal cuja efetividade é notória. Atualmente, a internet tem veiculado notícias sobre o fechamento de prisões holandesas por falta de população carcerária. O país é reconhecido pela estabilidade econômica, alto grau de especialização de sua força de trabalho e desenvolvimento de infraestrutura. É o 18º país no mundo em termos de Produto Interno Bruto e a 5ª maior economia na zona do Euro. Ademais, a Holanda se encontra entre os cinco países de maior produtividade no trabalho. É considerado, ainda, o terceiro melhor país do mundo para investimentos. É o oitavo maior exportador do mundo, sendo o segundo na exportação de alimentos, permanecendo

*Juíza Titular da Vara do Trabalho de Birigui. Estudante de Doutorado na Universidade de Groningen, Holanda.

atrás, somente, dos Estados Unidos. Possui o maior porto da Europa (Roterdam) e o quarto aeroporto mais movimentado do mundo¹.

A produtividade do trabalhador holandês é estimada em 1,5 vezes a do trabalhador japonês o que rebaixa seu custo de produção, a despeito dos salários ali vigentes. Resumidamente, o país vive um período de grande estabilidade, propiciando a sua população um alto índice de qualidade de vida, onde saúde, educação e segurança são prioridades.

2 O SISTEMA JUDICIAL HOLANDES

Na Holanda não existe uma Justiça Especializada do Trabalho. Os conflitos relacionados a contratos de emprego ou acordos coletivos estão sob a jurisdição das cortes ordinárias. Nestas, existem juízes de carreira e juízes aqui chamados de leigos, cuja atuação é específica a casos de menor gravidade e menor valor.

As cortes ordinárias são:

- Cortes Distritais (11)
- Cortes de Apelação (4)
- Suprema Corte

Desde a reforma do judiciário, no ano de 2002, o “Kantongerecht” (espécie de Corte prévia, principalmente em causas trabalhistas) foi incorporado às Cortes Distritais deixando de existir como instituição e funcionando como uma sessão da Corte Distrital. Em 2013, nova reforma extinguiu a obrigatoriedade de criação de tais sessões dentro da Corte Distrital e, atualmente, existem dentro desta, equipes especializadas na apreciação de casos cuja competência era outrora do “Kantongerecht”. Tais equipes apreciam casos de natureza trabalhista, bem como ações que versam sobre transações bancárias, contratos de agentes comerciais, *leasing*, direito do consumidor e outras ações civis, assim como ações civis com valor superior a 25000 euros (art. 42 do Ato sobre a Organização Judiciária).

¹Word Economic Forum, Enabling Trade Index, 2014.

A decisão deste juiz é submetida à Corte de Apelação que, em regra, é composta de três juízes. Entretanto, o Parlamento Holandês está prestes a votar uma reforma que possibilita que a Corte de Apelação funcione com apenas um juiz dependendo da complexidade da matéria. Decisões da corte de apelação podem ser objeto de recurso à Suprema Corte, competente para apreciação somente de questões de Direito. Normalmente, a Suprema Corte é composta de 5 juízes, mas pode funcionar com uma composição menor, de três juízes.

No sistema Holandês, subsistem, ainda, as cortes especiais. Duas dessas serão aqui mencionadas em virtude de sua conexão com o Direito do Trabalho.

A primeira (Tribunal Administrativo) pode apreciar, em grau recursal, matéria trabalhista considerada de natureza administrativa, tais como saúde e segurança no trabalho. Tais matérias, originariamente, são apreciadas pelas Cortes Distritais, mas em uma seção especializada (Administrativa). A segunda (Tribunal de Apelação Central) é competente para apreciação de questões relativas à seguridade social, também em grau recursal. Nesse caso, originariamente, as ações são processadas, também, na seção especializada já mencionada das Cortes Distritais.

3 O DIREITO DO TRABALHO NA HOLANDA

A legislação moderna relacionada ao Direito do Trabalho na Holanda data do Século XIX, quando emergiram normas a fim de restringir o sistema até então dominante, da autorregulação entre capital e trabalho.

Na primeira metade do Século XIX, a Holanda, assim como outros países da Europa, passava por dificuldades econômicas e sob a influência da doutrina iluminista (Smith, Rousseau *et al.*), o Estado deixara de interferir no mercado de trabalho, acreditando na igualdade dos contratantes e apostando na sua capacidade de autorregulação.

Tais premissas propiciaram o crescimento da economia e da tecnologia, mas também criaram a miséria. O Estado percebeu, então, a necessidade de alguma forma de regulação.

Surge o Direito do Trabalho com o intuito de equilibrar essa relação e extirpar sua natureza predatória (JACOBS, 2004). Em 1872, a proibição de greve foi abolida, assim como em 1874 foi proibido o trabalho infantil. Em 1889, houve a edição de normas protegendo o trabalho da mulher e de jovens. Em 1895, a primeira norma de saúde relacionada ao trabalho foi editada. Em 1907, o Código Civil regulamentou o contrato de emprego. Essa regulamentação trouxe mais igualdade à relação de emprego, mas outras questões tais como segurança social foram deixadas de fora.

Após a I Guerra Mundial, o governo holandês interveio de forma marcante no mercado de trabalho, regulamentando, através do Ato do Trabalho de 1919, a duração máxima diária de trabalho, assim como a carga semanal. Em 1922, a possibilidade de mediação de disputas trabalhistas foi reconhecida e os acordos coletivos de trabalho foram regulamentados pelos Atos de 1927 e 1937 (VAN DER HEIJDEN, 1994).

O objetivo do presente trabalho não é discorrer sobre a legislação trabalhista de forma extensa. Portanto, serão expostos aspectos pontuais sobre os temas salário e duração do trabalho na Holanda, somente como forma de melhor compreender o sistema ali existente e a negociação coletiva que os envolve.

3.1 Salário

Na Holanda não existe uma norma estatal fixando um patamar salarial máximo, exceção feita ao serviço público (VAN DER MEER; VISSER, 2010). O salário-mínimo é atualmente cerca de 1780,00 euros por mês, considerado um padrão semanal de trabalho, para trabalhadores com idade entre 23 anos até a idade de aposentadoria. Trabalhadores com idade inferior a 23 anos são contemplados com salário que varia de 30% do mínimo para aqueles com 15 anos, até 85% do mínimo para trabalhadores com 22 anos. Não há previsão de pagamento de salário-mínimo para trabalhadores com idade entre 13 e 14 anos. O salário-mínimo na Holanda é considerado superior ao custo de vida, estimado em 1120,00 euros por mês, mesmo se considerado o trabalho de jovens abaixo de 23 anos.

As razões desse patamar elevado do salário-mínimo residem em fatores políticos e culturais. O holandês não simpatiza com extremos em nenhuma direção, abominando salários extremamente altos, a pobreza extrema e condições sociais inferiores, mesmo para os trabalhadores considerados de baixa renda. A Holanda remanesce como sendo um país onde a diferença entre os níveis salariais é extremamente baixa dentro da União Europeia (JACOBS, 2004).

O salário-mínimo é devido ao empregado contratado para o trabalho em tempo integral, sendo prevista uma proporcionalidade para o trabalhador a tempo parcial. Entretanto, verifica-se um problema relativo a essa questão. Na Holanda, inexiste previsão legal para um padrão de duração do trabalho (REMERY; VAN DOORNE-HUISKES; SCHIPPERS, 2002). Este varia entre 36 e 40 horas semanais, dependendo do setor da economia. Estima-se que o valor da hora de trabalho esteja por volta de 8,5 euros. Outrossim, a fixação estatal do salário-mínimo tem coexistido com sua estipulação por meio de negociação coletiva por cerca de meio século (DE BEER, 2016). Sua função tem sido proteger uma pequena parte da massa de trabalhadores não abrangida por negociação coletiva. A existência do salário-mínimo legal impede que o salário desses trabalhadores seja muito inferior ao do restante da economia, garantindo ao trabalhador uma decente contraprestação. Embora economistas acreditassesem que a existência desse patamar mínimo pudesse enfraquecer a negociação coletiva, nesse aspecto, estudo levado a efeito no começo dos anos 1990 constatou que o salário-mínimo pago na Holanda, em média, é cerca de 10 a 30% acima do mínimo legal, em razão do estipulado em normas coletivas, o que enfraquece a tese acima exposta.

Até os anos 1980, subsistia uma forte interferência do governo nas relações laborais, havendo, inclusive, a indexação salarial que aos poucos foi sendo mitigada, subsistindo somente quanto à fixação do salário-mínimo e proibição de desigualdade salarial em razão de sexo, etnia, entre outros. Desde então, o sistema holandês tem se caracterizado por um número de práticas voluntárias na busca por um consenso em todos os níveis socioeconômicos (*polder model*) (DELSEN, 2002; POUTSMA; BRAAM, 2005; WILTHAGEN; TROS, 2004).

O sistema holandês crê no ideal de que os empregadores devem competir uns com os outros em termos de qualidade de seus

produtos e não em termos de salários. Os empregadores, por sua vez, são adeptos da negociação, preferindo a rigidez de um acordo coletivo à desordem social que poderia ocorrer em caso de quebra desse sistema.

3.2 Duração do trabalho

As normas estatais sobre a duração do trabalho se encontram estipuladas no Ato de Duração do Trabalho, datado de 1996 e emendado em 2007. Atualmente, o Ato prevê um patamar máximo de horas de trabalho de 12 horas ao dia e de 60 horas na semana. Entretanto, a duração de trabalho não pode exceder a média de 55 horas, consideradas quatro semanas de trabalho, e 48 horas, consideradas 16 semanas de trabalho. O Ato em questão prevê, ainda, o intervalo de 11 horas consecutivas entre uma jornada e outra de trabalho, uma pausa de 30 minutos após o trabalho de 5,5 horas e uma pausa de 45 minutos após 10 horas de trabalho. Tais pausas podem ser objeto de negociação coletiva.

A ambição do Ato da duração do trabalho era dispor um máximo e um mínimo patamar de forma a proteger o bem-estar do trabalhador e possibilitar a combinação trabalho e responsabilidades familiares. O que se observa em território holandês, no entanto, é que o número de horas efetivamente laboradas é fixado por norma coletiva que abrange 80% da classe trabalhadora (VAN OORSCHOT, 2004). As normas coletivas estabelecem, em regra, um padrão inferior de duração de trabalho do que a norma estatal (VAN VOSS, 2000).

Desde 1960, os acordos coletivos estabelecem a duração de trabalho padrão de 40 horas semanais, bem como os finais de semanas livres ao trabalhador. Desde 1979, os sindicatos têm tentado diminuir a duração semanal de trabalho salientando que tal ato implicaria um aumento do número de postos de trabalho. No final de 1982, empregadores e sindicatos estabeleceram um acordo central sobre forma de trabalho compartilhado, que dispunha, principalmente, sobre uma redução de tempo de trabalho de 5%, de 40 para 38 horas semanais, sem redução de salários, compensado, em muitos setores da economia, pela extinção da automática indexação de salários (BEKKER; WILTHAGEN, 2008). A redução de horas de trabalho foi acompanhada, ainda, da flexibilidade no horário de trabalho.

Em 1990, outra redução na duração da semana padrão de trabalho foi negociada, passando a ser padrão o trabalho de 36 horas semanais para inúmeros setores da economia. Assim, a duração média do trabalho na Holanda baixou de 40 horas em 1980, para 37 horas em 2003.

Entretanto, a flexibilização no horário de trabalho tem sido vista como preocupante em alguns setores. Alguns acordos coletivos preveem que, mantendo o pagamento integral, o empregador pode variar a duração da semana de trabalho de acordo com a necessidade de seu negócio, o que prejudicaria o escopo do instituto no sentido de propiciar ao empregado melhor forma de administração de seu tempo de trabalho e conciliação com a vida pessoal.

De forma geral, a média anual do número de horas trabalhadas por trabalhador na Holanda (1.378) é inferior à média da União Europeia, o que se deve, também, ao alto número de trabalhadores a tempo parcial na Holanda. Se considerado o trabalho a tempo integral, a média holandesa se encontra alinhada à média da União Europeia de 1.740 horas.

4 ÓRGÃOS DE REPRESENTAÇÃO

Existem centenas de sindicatos de empregados na Holanda cujo número de membros variam de 450.000 até poucas centenas de trabalhadores (ANDEWEG; IRWIN, 2014).

Os sindicatos mais importantes são agrupados em três Confederações:

- a FNV (Confederação Holandesa de Sindicatos) é a mais tradicional e poderosa confederação. Criada em 1976, a partir da fusão da Confederação Social Democrata e da Confederação Católica. Possui 18 sindicatos e ela filiados, com aproximadamente 1.140.000 membros;

- a CNV (Confederação Cristã Nacional) de grande inspiração protestante e que não anuiu com a fusão de 1976. Possui 7 sindicatos a ela filiados com cerca de 290.000 membros;

- a MHP (Confederação dos Sindicatos do Colarinho Branco) fundada em 1972. Possui aproximadamente 65.000 membros.

Via de regra não existe um *link* oficial entre sindicatos e partidos políticos, embora se reconheça a afinidade entre FNV e o Partido Social Democrata, e entre CNV e Partido Cristão Democrata. Dentro das duas maiores confederações, os sindicatos são organizados por setores da economia, independentemente da ocupação do trabalhador. Existem, portanto, sindicatos da construção civil, sindicato da indústria manufatureira, da educação, do transporte, entre outros.

Os índices de sindicalização na Holanda estão entre os mais baixos da União Europeia, perfazendo 18% da classe trabalhadora. Atualmente, os sindicatos procuram alterar essa situação, implementando estratégias com o intuito de aumentar o número de membros (CONNOLLY; MARINO; LUCIO, 2014).

De outra parte, os empregadores também possuem órgãos de representação. Quase a totalidade dos sindicatos de empregadores são afiliados a VNO-NCW, uma fusão da Confederação Holandesa de Empregadores e a Confederação Holandesa de Empregadores Cristãos. Juntas representam cerca de 115.000 empregadores.

Cerca de 150.000 pequenas e médias empresas, exceção feita ao setor agrícola, são representadas por associações filiadas a MKB-Nederland, uma fusão da Federação Real Holandesa de Empresários e Federação Cristão Holandesa de Empresários.

Vale destacar que não existe na Holanda uma legislação específica quanto à organização sindical, representatividade ou obrigatoriedade de negociação coletiva (LEHR; AKKERMANN; TORENVLIED, 2015). Entretanto, o país é signatário de diversos tratados e convenções que reconhece o direito dos sindicatos, por exemplo, as Convenções 87 e 98 da OIT, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta Social da União Europeia.

Juntamente com sindicatos e confederações, subsiste nos Países Baixos órgãos bipartites e tripartites de representação e constante diálogo (DEKKER, 2016):

- a Fundação do Trabalho (Stichting van de Arbeid), instituição de natureza privada bipartite criada ao final da II Guerra Mundial, representativa das principais confederações de empregados e empregadores, sendo de um lado a FNV, CNV e MHP representando os empregados e de outro a VNO-NCW, MKB-Nederland e LTO-Nederland, representando os empregadores;

- o Conselho Social e Econômico (Sociaal Economische Raad), órgão público, criado e regulado pelo Ato de Organização da Indústria, em 1950. Nesse, as Confederações de empregados e empregadores possuem cada uma 11 assentos, outros 11 assentos são reservados a membros independentes tais como Presidente do Banco Central, membros dos escritório de planejamento holandês, professores universitários (VALKENBURG, 1995), entre outros.

Enquanto na primeira instituição, os órgãos representativos de empregados e empregadores debatem diretamente, na segunda, uma terceira parte tem participação, sendo que governo e membros independentes podem opinar.

Outrossim, mesmona Fundação do Trabalho, representantes do governo são convidados a opinar em matérias de seguridade social e legislação trabalhista. Nos últimos anos, consolidou-se o costume de que na Fundação do Trabalho, duas vezes ao ano, sejam realizadas reuniões entre os representantes da classe trabalhadora e empresarial e o governo. Nessas, o governo põe em debate os projetos de alteração legislativa na área trabalhista, fiscal e previdenciária a fim de influenciar futuras negociações coletivas. De outra parte, as confederações ponderam sobre a necessidade de alterações ou formas de atenuá-las. O diálogo entre governo e atores sociais é constante, não se limitando à negociação coletiva (MUNDLAK, 2007; VALKENBURG, 1995).

A importância de ambas instituições pôde ser aferida quando no ano de 1982, em meio à pior recessão pós II Guerra Mundial, no seio da Fundação do Trabalho, foi concluído o Acordo Central para Redução de Horas de Trabalho (Wassenaar Agreement) em troca de moderação no aumento salarial.

5 AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO SISTEMA HOLANDES

Talvez em razão da histórica e contínua batalha contra as águas, onde o engajamento de toda a população foi e é necessária, seja em decorrência do pequeno tamanho, seja por razões culturais, o certo é que o sistema holandês prima pela harmoniosidade (DELSSEN, 2002). Empregados e empregadores evitam o conflito de todas as formas.

Esse posicionamento repercute positivamente na sociedade holandesa, cujo crivo quanto a comportamentos extremos é rígido. Em tempos de recessão, os sindicatos estão preparados para renunciar a parte de suas reivindicações e cooperar com a reestruturação da economia. Empregadores, por sua vez, não são hostis aos sindicatos. Discussões e concessões de vários tipos de forma a convergir os interesses e alcançar um consenso estão sempre em pauta. Desta feita, fóruns de discussão são estabelecidos, seja no nível intersetorial como no nível intrassetorial.

O Estado holandês, desta feita, é marcado por sua forte corporatividade, onde tanto o governo quanto as estruturas de negociação coletiva desempenham importante papel na criação e implementação da proteção social.

O corporativismo é evidente quando “o Estado partilha a sua função de ordem pública com a sociedade organizada” (TRAXLER; BLASCHKE; KITTEL, 2001). Em outras palavras, numa estrutura institucional corporativa, o Estado partilha sua função reguladora com as organizações de empregadores centralizadas e confederações sindicais (VISSER; HEMERIJCK, 1997). Dentro deste corporativismo holandês, os acordos coletivos são determinantes para a fixação das condições de trabalho, precipuamente, compensando cortes ou ausência de previsão em políticas públicas.

Como já mencionado, Estado e sindicatos dividem a função de propiciar proteção social à classe trabalhadora, motivo pelo qual o tema se encontra cada vez mais presente nos acordos coletivos, muitas das vezes compensando eventuais cortes em programas públicos.

Salienta-se que o corporativismo, na Holanda, caracteriza-se por uma estrutura de interação e consulta bem organizada entre federações sindicais, federações de empregadores e o governo nacional em todas as questões das políticas econômicas sociais, incluindo legislação trabalhista e proteção social.

Através de negociação coletiva buscou-se, no período de 1995 a 2009, um equilíbrio entre a vida privada do trabalhador e o trabalho. De acordo com Rein (1982), na Holanda, durante as décadas de 1970 e 1980, através de normas coletivas ocorreu uma troca keynesiana clássica entre o Estado e os atores sociais coletivos, por exemplo, uma expansão do bem-estar em troca da moderação salarial, o que ressalta a atuação conjunta de governo e sindicatos.

Estudos nas relações industriais têm demonstrado o papel importante que as estruturas de negociação coletiva podem desempenhar na reforma da previdência social (BACCARO; SIMONI, 2008; VISSER; EBBINGHAUS, 1997; VISSER, 2007). Por exemplo, o governo tem procurado cada vez mais se alinhar com empregadores ou sindicatos como um meio de evitar a culpa na sua tentativa de reforma. Desta feita, os atores coletivos passaram a fazer parte da nova política do Estado-providência (YERKES; VAN DER VEEN, 2011). Formas bi e tripartidas de representação coexistem na Holanda e sua atuação é contínua, como já explicitado no presente texto.

Embora a adesão aos sindicatos tenha caído quase a metade desde meados da década de 1970, a cobertura da negociação coletiva permanece acima de 80% (VISSER, 2009), em parte devido ao mecanismo de extensão legal dos acordos setoriais a todas as empresas de determinado ramo.

Importa registrar que o estado do bem-estar holandês praticamente não havia se desenvolvido até a década de 1950 (VAN DER VEEN; YERKES, 2012). Em seguida, evoluiu para um estado de bem-estar generoso, com um alto grau de universalismo. Também pode ser caracterizado como altamente corporativista, com os parceiros sociais muitas vezes desempenhando um papel integral na formulação de políticas (VISSER; HEMERIJCK, 1997).

O período pós II Guerra Mundial foi de reconstrução com a coalizão dos Partidos Cristão Democrata e Social Democrata. Vigorava o padrão keynesiano de intervenção estatal com intenso controle de preços e salários até 1960. A busca do governo pela estabilidade, pleno emprego, equilíbrio orçamentário era incansável.

Embora esse controle não deixasse muito espaço para a negociação coletiva, houve uma aproximação entre sindicatos e empregadores, o que acarretou, aos poucos, um desmantelamento da política controladora do governo, até a extinção do controle de preços e salários nos anos 1980/90.

A característica corporativista do sistema holandês levou estudiosos a classificá-lo como um estado de bem-estar “híbrido” (ESPING-ANDERSEN, 1999) no qual as relações laborais holandesas desenvolveram-se em conjunto com o Estado-providência. Nesse diapasão, foram criadas as duas instituições corporativistas centrais em

1945 e 1950, já mencionadas. As políticas centralizadas de negociação salarial e de moderação salarial dominaram as relações laborais holandesas a partir deste momento, provando ser um meio bem-sucedido de recuperação econômica e expansão do estado de bem-estar social.

A generosidade do Estado de bem-estar holandês entrou em questão durante o final dos anos 1970 e início dos anos 1980, quando o desemprego e os gastos com a segurança social subiram em meio a grave recessão econômica decorrente da crise do petróleo (VAN DER VEEN; TROMMEL, 1999). As crises da década de 1970 e o aumento do desemprego, que alcançou o pico em 1983 (11,4%) também aumentaram as pressões sobre as práticas de negociação centralizadas, levando à descentralização e ao aumento da diferenciação nos acordos coletivos. Aqui, novamente, pode-se aferir o entendimento existente entre sindicato, empregadores e governo, cada um desses cedendo parte de seus objetivos a fim de possibilitar a manutenção da economia e emprego.

O início da década de 1980 foi um período difícil. O desemprego aumentara e economistas concluíram que a demasiada proteção ao trabalhador acabara por prejudicá-lo. Foi posta em debate a desregulamentação de direitos trabalhistas, que somente teve resultados marginais na Holanda. O legislador do país não estava preparado para uma liquidação das normas trabalhistas então existentes. O movimento sindical, por sua vez, rejeitava mudanças nos acordos coletivos, embora estivesse disposto a debater certa flexibilização (WILTHAGEN, 1998).

A despeito das dificuldades existentes, sindicatos e empregadores alcançaram um nível de entendimento criando novos tipos de prestação de trabalho que permitiram certa flexibilização. Contratos a termo, trabalho a tempo parcial, trabalho em regime de sobreaviso, terceirização, entre outros. Tais modalidades de trabalho não eram contemplados pela legislação heterônoma, competindo aos acordos coletivos regulamentá-los, assim como equipará-los ao do trabalhador padrão (REMERY *et al.*, 2002).

Após um período difícil no início da década de 1980, foi assinado o conhecido Acordo de Wassenaar de 1982 (VISSER; HEMERIJCK, 1997), em que os sindicatos concordaram em moderar os salários em troca de uma redução coletiva da semana de trabalho. Isso deu início a um período de “corporativismo responsável” e, juntamente

com as dificuldades econômicas dos anos 1980, o forte aumento dos gastos do Estado de bem-estar criou um incentivo para reestruturação (VAN DER VEEN; TROMMEL, 1999). As reformas resultantes acarretaram um processo de “liberalização controlada”, impulsionadas pelo mercado, mas limitadas pelo Estado, com as instituições de negociação coletiva compensando por vezes as reduções do bem-estar (TRAMPUSCH, 2006). A liberalização controlada do Estado de bem-estar holandês permanece evidente e as coalizões políticas dos últimos anos continuaram a pressionar por políticas econômicas e sociais cada vez mais liberais e flexíveis (*flexicurity*) na tentativa de lidar com pressões demográficas e econômicas complexas(VIEBROCK; CLASEN, 2009). De outra parte, o número crescente de mulheres e jovens no mercado de trabalho (YERKES, 2009), cria novos desafios para o Estado de bem-estar social, assim como para a negociação coletiva.

De acordo com Trampusch, os acordos decorrentes da negociação coletiva estão conectados à reforma do Estado de bem-estar social:

[...] os benefícios negociados coletivamente oferecem aos políticos um meio de evitar a culpa, criando um mecanismo de compensação para cortes impopulares em programas públicos. (TRAMPUSCH, 2006).

Assim, benefícios negociados preenchem uma lacuna deixada pela ausência de proteção estatal. Entretanto, tal situação somente se verifica factível diante do compromisso social de sindicatos e empregadores.

A importância fulcral da negociação coletiva, no sistema holandês, pôde ser aferida quando da regulamentação do trabalho a tempo parcial. Com a evolução da sociedade e a reinserção da mulher no mercado de trabalho surge essa modalidade de trabalho, extremamente difundida na Holanda, principalmente no tocante às mulheres, possibilitando a conciliação entre a vida profissional e o cuidado com as crianças. Ademais, trabalhadores mais jovens passaram a preferir um horário de trabalho mais flexível que possibilitesse a compatibilização deste com o estudo. Percebe-se aqui a flexibilização do horário de trabalho atendendo diretamente aos interesses da classe trabalhadora

e não, somente, ao capital (POSSENRIEDE; PLANTENGA, 2014; VENN, 2009). Posteriormente, no ano 2000, com a edição do Wet Aanpassing Arbeidsduur (Ato que possibilita a flexibilidade no horário de trabalho), que garantiu aos trabalhadores o direito de aumentar ou diminuir as horas de trabalho após um ano de emprego, houve a incorporação do direito à legislação heterônoma.

Outro aspecto da política de vida profissional, a puericultura, foi subdesenvolvido durante a década de 1990 (TIJDENS; LIEON, 1993), sendo também considerado um problema para os parceiros sociais (YERKES, 2010). No entanto, foi adotada em 2006 uma legislação que criou uma abordagem tripartida para o financiamento de estruturas de acolhimento de crianças: o Estado-providência, os empregadores e os pais ficaram cada um responsáveis por um terço dos custos de guarda de crianças. Os subsídios dos empregadores eram voluntários ao abrigo da legislação, mas tornaram-se obrigatórios em 2007, eliminando efetivamente a guarda de crianças da mesa de negociação coletiva. Finalmente, a licença parental não era concedida pelo Estado do bem-estar social durante os anos 1990 (YERKES; VISSER, 2006), sendo também considerada uma questão de negociação coletiva. A legislação foi introduzida pela primeira vez em 2001, aplicando-se tardivamente a diretiva da UE de 1996. Parte de uma maior Wet Arbeid en Zorg (Lei de Trabalho e Cuidados), a legislação garantiu o direito a 13 semanas de licença parental não remunerada. A concessão de subsídios a essa licença e qualquer prorrogação da sua duração continuam a ser questões de negociação coletiva. Dos exemplos acima, pode-se depreender a peculiaridade do sistema holandês, onde acordos coletivos são importantes fontes de Direito do Trabalho, subsidiando, inclusive, a legislação heterônoma que salvaguarda a classe trabalhadora não albergada por norma coletiva. Outrossim, com a incorporação pelo Estado de benefícios oriundos da negociação coletiva, abrem-se espaços para negociação de temas que surgem em decorrência da evolução da sociedade e do mercado de trabalho.

Na década de 1990, o crescimento da economia, na Holanda, retomou seu curso normal. Naqueles anos, foram criados entre 150.000 e 200.000 novos postos de trabalho, e em 2001, a taxa de desemprego retornou aos níveis existentes em 1970, ou seja, 3,5% (inferior à média da União Europeia, de 7,3%). A economia havia ressurgido forte.

Seu sucesso tem sido atribuído ao chamado modelo holandês, *polder model*, onde os holandeses conseguiram equalizar uma melhor performance econômica sem a supressão significativa de direitos trabalhistas e da seguridade social, seja pela atuação do Estado, seja pelo intenso e contínuo debate entre este, sindicatos e empregadores. Baseado no “Acordo de Wassenaar” de novembro de 1982, o *polder model* é considerado o responsável pelo milagre holandês (ANDEWEG; IRWIN, 2014; VISSER; HEMERIJCK, 1997). O modelo holandês tem sido capaz de produzir confiança interpessoal e inter-organizacional, resultando políticas econômicas sólidas. O funcionamento da economia é descrito pelos modelos econômicos independentes da Central de Planejamento, e o equilíbrio dos diferentes pontos de vista é organizado pelo governo em diálogo com sindicatos, organizações de empregadores e outros interesses organizados. As deliberações dos empregadores e sindicatos sobre as normas do trabalho se manifestam nos chamados acordos centrais. Por sua vez, o Conselho Econômico Social é o principal conselho consultivo de política governamental em matéria social e econômica. Curiosamente, embora o governo se tenha liberado da obrigação de consultar este órgão em todas as questões socioeconômicas em 1995, o resultado foi estimular a construção de consenso, de modo que o Conselho emita agora recomendações de política unânimes, se não vinculativas, para o governo. Os negociadores do Conselho reúnem-se regularmente, tanto formal como informalmente. Ao discutir as negociações salariais nos níveis central, industrial e micro, incentivos específicos são oferecidos às partes para cooperar e chegar a um acordo (DEN BUTTER; MOSCH, 2003). No processo, constata-se que o quadro institucional holandês está em sintonia com os micro argumentos sobre como construir redes que melhorem a confiança entre os atores sociais.

O governo holandês enfatizava que uma boa legislação social era imprescindível à garantia de um crescimento econômico eficaz. Uma bem desenhada política social e investimentos em treinamento e educação atuam como uma espécie de lubrificante da economia daquele país.

Aparentemente, a alta produtividade do trabalhador holandês, a lealdade e a disposição de empregados protegidos e satisfeitos contribuem para inovação e desenvolvimento econômico

(POSSENRIEDE; HASSINK; PLANTENGA, 2016; POSSENRIEDE; PLANTENGA, 2014). Em 2014, a Holanda figurou como o quarto país, dentro da União Europeia, nos índices de satisfação do empregado com suas condições de trabalho, a despeito de alterações havidas nas condições de emprego nos últimos anos. Ressalto que não houve na Holanda uma reforma abrupta da legislação trabalhista, mas alterações sutis que possibilitaram um pouco mais de flexibilidade no mercado de trabalho, ampliando o espaço para negociação coletiva.

Na sequência do corporativismo responsável, no final dos anos 1990, o legislador holandês se comprometeu com uma clara política denominada “*flexicurity*”.

A ideia de “*flexicurity*” data do desenvolvimento e debates na Holanda e Dinamarca. Alguns observadores afirmam que o conceito de *flexicurity* foi primeiramente usado pelo sociólogo Hans Adriaansens, em meados dos anos 1990, em relação ao Ato de flexibilidade e segurança do Trabalho. O neologismo foi posteriormente usado por outros acadêmicos na Holanda na busca de sua conceitualização (VAN OORSCHOT, 2004; WILTHAGEN, 1998). Outrossim, a despeito da ausência de consenso, a *flexicurity* é uma política que visa “um novo balanço entre flexibilidade e segurança” (MUFFELS; WILTHAGEN, 2013). A Comissão Europeia, por sua vez, define “*flexicurity*” como uma integrada estratégia que visa aprimorar, ao mesmo tempo, flexibilidade e segurança no mercado de trabalho.

Na Holanda, a “*flexicurity*” sofreu uma abordagem peculiar, distintamente de outros países do bloco europeu. Buscou-se a flexibilização da legislação trabalhista em certas áreas com a consolidação e até mesmo o fortalecimento da proteção em outras. Alterações estratégicas foram consolidadas no que diz respeito ao horário de trabalho, que se tornou cada vez mais flexível, garantindo, em contrapartida, um melhor equilíbrio no balanço vida pessoal e trabalho do empregado. Ademais, essa política foi arquitetada sob o tom da moderação, palavra de ordem para o povo holandês, decorrente de um longo histórico de consenso.

6 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Os Acordos Coletivos surgiram na Holanda no final do Século XIX, primeiramente na indústria da impressão e entre os

cortadores de diamantes, em Amsterdam. O primeiro grande Acordo Coletivo nacional foi firmado em 1913, na indústria de cigarros (JACOBS, 2004).

Desde o fim da II Guerra Mundial, a Holanda é caracterizada por um contínuo processo de negociação entre os parceiros sociais, sendo firmados Acordos Coletivos, principalmente, em nível setorial, por exemplo metalurgia (que alberga 400.000 trabalhadores), saúde (400.000 trabalhadores), hotéis e restaurantes (320.000 trabalhadores). Já a nível de empresa, os acordos coletivos atingem uma minoridade no número de trabalhadores.

O alto número de trabalhadores protegidos por Acordos Coletivos é explicado pelo grau de organização dos empregadores e pelo mecanismo de extensão existente na Holanda, uma vez que o índice de sindicalização é muito baixo.

Empregadores holandeses, por sua vez, preferem o Acordo Coletivo porque em caso de inexistência cada empresa poderia criar suas regras de emprego, o que poderia produzir conflitos entre as companhias. Atualmente, para que um empregador negocie um acordo coletivo diretamente com seus empregados deve deixar a federação a que é filiado, podendo, assim, negociar diretamente com a federação de trabalhadores, após o último acordo coletivo a que estiver vinculado haver expirado.

Juntamente com a legislação heterônoma, acordos coletivos são a principal fonte do direito do trabalho na Holanda. Cerca de 85% dos trabalhadores estão sob a égide de acordos coletivos que são, para a maior parte da classe trabalhadora, uma fonte de proteção. Isto ocorre porque algumas das importantes condições de emprego não são albergadas pela legislação heterônoma, tais como salários (exceção feita ao salário-mínimo), compensação pelo trabalho extraordinário, entre outros (VAN DER MEER; VISSER, 2010; VISSER, 2016).

Interessante pontuar que muitos dos direitos previstos pela legislação heterônoma somente foram ali reproduzidos depois de sedimentados pela negociação coletiva. A título exemplificativo cito o caso de pagamento de férias e proteção ao trabalho, que foram regulados, inicialmente, por meio de acordos coletivos de trabalho antes de promulgada a legislação que versa sobre o tema.

Outrossim, existem várias normas heterônomas cuja imperatividade é relativa, podendo ser objeto de renúncia mediante acordo coletivo de trabalho a fim de adaptação à realidade de determinado setor.

O sistema de negociação coletiva é fortemente previsto por dois Atos do Parlamento. O primeiro, o Ato de Acordos Coletivos de 1927, garante a prevalência do acordo coletivo sobre o contrato de emprego. O segundo, Ato de extensão *Erga omnes* do Acordo coletivo, de 1937, garante a larga cobertura desse acordo (SCHULTEN, 2012).

Conforme previsão legal, o Ministro dos Assuntos Sociais pode estender um acordo coletivo. Na prática, trata-se de acordos industriais em que pelo menos 55% dos trabalhadores são empregados por empresas diretamente vinculadas pelo acordo. A extensão requer que pelo menos uma das partes que assinaram o acordo a solicite. Na prática, todos os contratos da indústria são estendidos. A questão de saber se um contrato é ou não estendido geralmente não está relacionada ao nível salarial, mas a outros termos do contrato. Somente no comércio varejista e no atacado, onde há muitas pequenas empresas, é difícil satisfazer a exigência de que uma maioria substancial dos trabalhadores sejam vinculados diretamente.

O mecanismo de extensão é bem visto por empregadores no tocante a diminuir a competitividade entre empresas por salários, por exemplo, evitando o tumulto no mercado de trabalho.

A negociação coletiva é um evento regular que ocorre uma vez por ano ou a cada dois anos. Não existe, entretanto, regras quanto à forma ou obrigatoriedade de negociação coletiva. Nessas ocasiões, salários são adaptados com um percentual de reajuste ora um pouco maior, ora menor, dependendo da situação da economia. Ambas as partes evitam posições extremas, o que seria visto com muita antipatia pela opinião pública e, consequentemente, enfraqueceria seu *status* em um conflito coletivo.

A partir dos anos 1990, empregadores vêm tentando descentralizar a negociação coletiva. Em 1999, a Unilever foi a primeira empresa holandesa a negociar um acordo coletivo “*a la carte*”, onde os empregados, dentro de certos parâmetros, podiam trocar pagamento por dias livres, determinando sua própria semana de trabalho, e decidir se aceitavam ou não pagamento ou tempo de compensação pelo

trabalho extraordinário. Entretanto, não existem muitos seguidores dessa espécie de acordo coletivo, embora economistas entendam ser uma necessidade premente para um futuro próximo, possibilitando às empresas adequar determinadas regras acordadas à sua situação fática.

Prática que tem se fortalecido, na verdade, é a negociação coletiva a nível setorial conter cláusulas abertas, possibilitando a efetivação de acordos suplementares a nível de empresa. De outra parte, organizações sindicais dos empregados são relutantes em aderir a uma política descentralizadora descontrolada, asseverando que tal prática poderia minar o padrão existente de acordos coletivos. Já empregadores e políticos gostariam de fortalecer o diálogo entre empregadores e conselho de empregados, possivelmente pela introdução do Conselho, oficialmente, no sistema de negociação coletiva.

Como resultado do “Acordo Wassenaar” de 1982 entre os sindicatos centrais e organizações patronais, a moderação salarial e a flexibilidade do horário e tempo de trabalho tornou-se um importante instrumento para o crescimento do investimento e criação de emprego durante os anos de crise.

As consultas relativas às condições de emprego nos Países Baixos foram descentralizadas do nível nacional para os níveis setoriais. Ao governo foi atribuído um papel menos central. Esta mudança institucional continuou durante a década de 1990. O acordo alcançado pelos parceiros sociais na Fundação Trabalho, em 1993, “um novo curso” (*Een nieuwe koers*), pode ser visto como uma maior descentralização das negociações sobre as condições de trabalho ao nível da empresa. Entretanto, os acordos setoriais continuam a ser a maioria na Holanda.

Esse cenário institucional na Holanda, juntamente com o mecanismo de extensão dos acordos coletivos, resulta em quatro regimes de negociação relevantes no setor privado. Primeiro, uma empresa pode negociar seu próprio acordo coletivo com um ou mais sindicatos. Em segundo lugar, uma empresa pode fazer parte de um acordo da indústria. Em terceiro lugar, pode ser vinculada por extensão de um acordo da indústria. Finalmente, uma empresa pode ser descoberta por qualquer negociação coletiva.

A negociação, por sua vez, não é isolada, mas incorporada em uma teia corporativista. A maioria dos sindicatos pertence a uma

das três federações que têm assento na Fundação do Trabalho, uma instituição privada onde as federações sindicais e patronais se reúnem e consultam e dão recomendações conjuntas às suas organizações membros sobre políticas de fixação de salários, formação e emprego. Às vezes, um acordo central é negociado em um órgão de consulta privado para associações de empregadores e federações sindicais. Não existe uma base jurídica sólida para o sistema de relações de trabalho (por exemplo, não há regras de representação sindical).

Se comparado com a Alemanha, sua vizinha e considerado o país mais próspero dentro da União Europeia, podem ser aferidas semelhanças e diferenças entre os dois sistemas de negociação coletiva vigentes. Em comum, verifica-se a existência de um ordenado e compreensivo sistema de negociação coletiva; um duplo sistema de representação dos trabalhadores (sindicatos e conselho dos trabalhadores) e um baixo índice de greve, bem como de intervenção judicial no processo de deflagração. De outra parte, ambos os países divergem um do outro no tocante à existência do mecanismo de extensão “*erga omnes*” na Holanda, que é muito mais usado que na Alemanha; os conselhos de empregados possuem influência indireta na negociação coletiva, na Holanda; acordos coletivos intersetoriais são muito mais comuns que na Alemanha. Na Holanda, os sindicatos possuem um número muito baixo de associados se comparados com a Alemanha. *A contrario sensu*, os empregadores possuem um índice maior de associação e tendem a negociar mais que na Alemanha. Empregadores e sindicatos tendem a ser mais criativos em encontrar soluções para o dilema de diminuir os custos da mão de obra e ao mesmo tempo manter o alto nível de proteção social do que na Alemanha. Por derradeiro, o governo holandês não é tão relutante em intervir na economia, quando necessário.

7 CONCLUSÃO

Do acima exposto, salientando, novamente, que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, infere-se que na Holanda não se verifica claramente a prevalência do sistema negociado ou do legislado. Ao contrário, Estado, sindicatos e empregadores tendem a negociar soluções buscando um meio termo que possa convergir

interesses conflitantes. Os sistemas se complementam e suplementam em uma intrínseca e complexa rede de representação, bem como em razão da peculiaridade da extensão dos acordos coletivos firmados.

Seja em razão da dimensão territorial holandesa, seja em razão do nível de desenvolvimento, o que se denota é uma sociedade marcada pelo princípio da solidariedade social, competindo aos cidadãos a vigilante e constante cobrança de políticos, empresários e trabalhadores para a manutenção desse *status*. O povo holandês não admite a supressão desse princípio.

8 REFERÊNCIAS

ANDEWEG, R. B.; IRWIN, G. A. **Governance and politics of the Netherlands**. 4. ed. London: Palgrave Macmillan, 2014.

BACCARO, L.; SIMONI, M. Policy concertation in Europe: understanding government choice. **Comparative Political Studies**, 41(10), 1323-1348, 2008.

BEKKER, S.; WILTHAGEN, T. Europe's pathways to flexicurity: lessons presented from and to the Netherlands. **Intereconomics**, 43(2), 68-73, 2008.

CONNOLLY, H.; MARINO, S.; LUCIO, M. M. Trade union renewal and the challenges of representation: strategies towards migrant and ethnic minority workers in the Netherlands, Spain and the United Kingdom. **European Journal of Industrial Relations**, 20(1), 5-20, 2014.

DE BEER, P. The interplay between the legal regulation of minimum wages and the strategy of trade unions in the Netherlands. **The 23rd International Conference of Europeanists at Columbia University**, 2016.

DEKKER, E. **Corporatism and civil society**. August 30, 2016. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2832328>>.

DELSEN, L. **Exit polder model?**: socioeconomic changes in the Netherlands. Westport: Greenwood Publishing Group, 2002.

DEN BUTTER, F. A.; MOSCH, R. H. The dutch miracle: institutions, networks, and trust. **Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE**, 159(2), 362-391, 2003.

ESPING-ANDERSEN, G. **Social foundations of postindustrial economies**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

JACOBS, A. T. **Labour law in the Netherlands**. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

LEHR, A.; AKKERMAN, A.; TORENVLIED, R. Spillover and conflict in collective bargaining: evidence from a survey of dutch union and firm negotiators. **Work, Employment & Society**, 29(4), 641-660, 2015.

MUFFELS, R.; WILTHAGEN, T. Flexicurity: a new paradigm for the analysis of labor markets and policies challenging the Trade-Off between flexibility and security. **Sociology Compass**, 7(2), 111-122, 2013.

MUNDLAK, G. Organizing workers in centralized bargaining systems. **International Collaborative on Social Europe**, 5, 2007.

POSSENRIEDE, D. S.; PLANTENGA, J. Temporal and locational flexibility of work, working-time fit, and job satisfaction. **IZA Discussion Paper n. 8436**, 2014. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2502296>>.

POSSENRIEDE, D.; HASSINK, W. H.; PLANTENGA, J. Does temporal and locational flexibility of work increase the supply of working hours? Evidence from the Netherlands. **IZA Journal of Labor Policy**, 5(1), 16, 2016.

POUTSMA, E.; BRAAM, G. Corporate governance and labour management in the Netherlands: getting the best of both worlds? **Corporate Governance and Labour Management: An International Comparison**, 148-172, 2005.

REIN, M. The social policy of the firm. **Policy Sciences**, 14(2), 117-135, 1982.

REMERY, C.; VAN DOORNE-HUISKES, A.; SCHIPPERS, J. Labour market flexibility in the Netherlands looking for winners and losers. **Work, Employment & Society**, 16(3), 477-495, 2002.

SCHULTEN, T. **The significance of extension procedures for collective bargaining systems in Europe**, 2012. Disponível em: <<https://collective.etuc.org/sites/default/files/Schulten%202012%20Extension%20procedures%20in%20Europe.doc>>.

TIJDENS, K.; LIEON, S. **Kinderopvang in Nederland**: organisatie en financiering. Utrecht: Jan van Arkel, 1993.

TRAMPUSCH, C. Industrial relations and welfare states: the different dynamics of retrenchment in Germany and the Netherlands. **Journal of European Social Policy**, 16(2), 121-133, 2006.

TRAXLER, F.; BLASCHKE, S.; KITTEL, B. **National labour relations in internationalized markets**: a comparative study of institutions, change, and performance. Oxford: Oxford University Press, 2001.

VALKENBURG, B. Trade unionism in the Netherlands: back to the future? **Transfer: European Review of Labour and Research**, 1(1), 64-79, 1995.

VAN DER HEIJDEN, P. Post-industrial labour law and industrial relations in the Netherlands. **Labour law in the post-industrial era: essays in honour of Hugo Sinzheimer**. Aldershot: Dartmouth, 133-147, 1994.

VAN DER MEER, M.; VISSER, J. Doing together what is possible: social pacts and negotiated welfare reform in the Netherlands. In: POCHET, P. et al. **After the euro and enlargement:** social pacts in the EU. Brussels: ETUI, 251-279, 2010.

VAN DER VEEN, R.; TROMMEL, W. Managed liberalization of the dutch welfare state: a review and analysis of the reform of the dutch social security system, 1985-1998. **Governance**, 12(3), 289-310, 1999.

VAN DER VEEN, R.; YERKES, M. The transformation of welfare state solidarity. **The Transformation of Solidarity**, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2012.

VAN OORSCHOT, W. Balancing work and welfare: activation and flexicurity policies in the Netherlands, 1980-2000. **International Journal of Social Welfare**, 13(1), 15-27, 2004.

VAN VOSS, G. H. Deregulation and labour law in the Netherlands. **Bulletin of Comparative Labour Relations**, Deventer: Kluwer, 137-146, 2000.

VENN, D. Legislation, collective bargaining and enforcement: updating the OECD employment protection indicators. **OECD Social, Employment and Migration Working Papers**, n. 89, Paris: OECD Publishing, 2009. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1787/223334316804>>.

VIEBROCK, E.; CLASEN, J. Flexicurity: a state-of-the-art review. **REC-WP Working Papers on the Reconciliation of Work and Welfare in Europe**, n. 01, 2009. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1489903>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1489903>>.

VISSER, J. De wankele evenwichten van het corporatisme. **Beleid En Maatschappij**, 34(1), 6-22, 2007.

VISSER, J. **The ICTWSS database:** database on institutional characteristics of trade unions, wage setting, state intervention and social pacts in 34 countries between 1960 and 2007. Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies AIAS, University of Amsterdam, 2009.

VISSEER, J. What happened to collective bargaining during the great recession? **IZA Journal of Labor Policy**, 5(1), 9, 2016.

VISSEER, J.; EBBINGHAUS, B. When institutions matter-union growth and decline in western Europe. **European Sociological Review**. 15(2), 135-138, 1997.

VISSEER, J.; HEMERIJCK, A. **A dutch miracle**: job growth, welfare reform and corporatism in the Netherlands. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1997.

WILTHAGEN, T. Flexicurity: a new paradigm for labour market policy reform? **WZB Discussion Paper**, FS I 98-202, Berlin, 1998.

WILTHAGEN, T.; TROS, F. The concept of “flexicurity”: a new approach to regulating employment and labour markets. **Transfer: European Review of Labour and Research**, 10(2), 166-186, 2004.

YERKES, M. Childcare as a social risk in the Netherlands. In: KEMP, P. (Ed.) **Social Protection for a Post-Industrial World**. Oxford: Intersentia, 2010.

YERKES, M. Part-time work in the dutch welfare state: the ideal combination of work and care? **Policy & Politics**, 37(4), 535-552, 2009.

YERKES, M.; VAN DER VEEN, R. Crisis and welfare state change in the Netherlands. **Social Policy & Administration**, 45(4), 430-444, 2011.

YERKES, M.; VISSER, J. Women’s preferences or delineated policies? The development of part-time work in the Netherlands, Germany and the United Kingdom. In: BOULIN, J.-Y.; LALLEMENT, M.; MESSENGER, J. C.; MICHON, F. (Eds.). **Decent Working Time**, 235-261, Geneva: ILO, 2006.

A LEGISLAÇÃO E A FLEXIBILIDADE DOS DIREITOS AO SALÁRIO-MÍNIMO, AO LIMITE DE JORNADA E ÀS LICENÇAS NO DIREITO TRABALHISTA NORTE-AMERICANO

APARECIDO, Jane Kelli*

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico norte-americano difere do sistema brasileiro, pois este último segue a doutrina do direito civil, enquanto o primeiro segue a *common law*. Essa diferença indica que no Brasil existe uma maior prevalência do texto escrito da lei codificada, enquanto nos Estados Unidos os precedentes, ou seja, as interpretações do poder judiciário sobre casos anteriores são mais prevalentes na resolução dos casos levados à justiça. Nos Estados Unidos, as leis ou estatutos existentes tendem a ser mais sintéticos e menos detalhados, deixando muitos aspectos abertos para a interpretação do judiciário. Essas interpretações são consideradas leis e vinculam tanto quanto a legislação escrita. O Direito Trabalhista também segue essas regras no sistema jurídico norte-americano, contudo, é uma área com grande número de leis escritas, estatutos e regulamentos.

Neste artigo, o item 1 inclui essa introdução e, em seguida, o item 2 trata das várias formas de regulamentação do Direito Trabalhista norte-americano, como, por exemplo, as leis federais e estaduais, as negociações coletivas, os regulamentos, as decisões judiciais e os contratos trabalhistas. No item 3, o artigo se debruçará sobre alguns dos direitos trabalhistas mais comuns e mais litigados: o limite de jornada, o salário-mínimo e as licenças. No item 4, será analisado o nível de flexibilidade dos direitos estudados no item 3, tanto por meio de exceções existentes nas leis escritas quanto por meio de outras formas de legislação e formas de negociação. Por fim, se chegará

*Advogada formada pela PUC-Campinas. Mestrado em Direito Internacional e Comparado pela The Ohio State University Moritz College of Law.

à conclusão, no item 5, de que as leis norte-americanas que regem os direitos do trabalhador determinam, em grande parte, o mínimo de proteção possível e são bastante flexíveis, pois possuem um grande número de exceções ao mínimo protegido, e são afetadas por outras formas de regulamentação e formas de negociação trabalhista. Crises econômicas não só aumentam a vulnerabilidade dos direitos frente a mudanças não favoráveis ao trabalhador, como também impedem o desenvolvimento de regras mais favoráveis.

2 O DIREITO E A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NOS ESTADOS UNIDOS

Se faz necessária a diferenciação de alguns termos utilizados no sistema jurídico norte-americano na área do direito aqui discutida. Nos Estados Unidos, *employment law* é a área do direito que trata da relação entre o empregador e o empregado individual, e assuntos como jornada, salário, discriminação e especificidades do contrato de trabalho são mais discutidos. *labor law* é a área do direito que rege a relação entre empregador e um grupo organizado de trabalhadores, como os sindicatos, por exemplo, e assuntos como eleição de sindicatos, direito de associação e negociações coletivas são os mais recorrentes. Nesse artigo, se falará brevemente sobre algumas leis importantes em *labor law* e sobre a força das negociações coletivas na determinação de alguns direitos do trabalhador, mas o foco serão assuntos e direitos em *employment law*, que aqui será referida apenas como Direito Trabalhista.

O Direito Trabalhista nos Estados Unidos é uma delicada interconexão entre estatutos federais e estaduais, decisões jurídicas vinculantes (*common law*) e regulamentos advindos de agências regulatórias. Outros documentos importantes são as decisões em negociações coletivas e o contrato de trabalho individual. Abaixo, trataremos resumidamente de cada uma dessas formas de regulamentação e negociação da relação entre empregador e empregado.

2.1 Leis federais

Um número razoável de leis federais governa as leis trabalhistas norte-americanas. Nesse artigo mencionaremos com

frequência a **Fair Labor Standards Act** (FLSA), lei de 1938, que determina padrões considerados justos para alguns direitos do trabalhador como a jornada de trabalho, contudo, não são todos os trabalhadores que são protegidos por essa lei devido a exceções e exclusões. Outra lei federal importante é a **Family and Medical Leave Act** (FMLA), de 1993, que trata dos tipos de licenças e ausências ao trabalho permitidas e, mais uma vez, não alcança a todos os trabalhadores, apenas àqueles que preenchem certos requisitos. Quanto à atuação de sindicatos e regras sobre negociações coletivas, a **National Labour Relations Act** (NLRA), de 1935, é a lei mais abrangente e é estudada no ramo chamado de *labor law*. Propostas que violem o disposto nas leis federais, como a NLRA ou FLSA, por exemplo, **não podem ser discutidas em negociações coletivas**¹, fato que já demonstra a prevalência que algumas leis escritas, principalmente federais, têm no sistema jurídico norte-americano.

2.2 Leis estaduais

Os estados nos Estados Unidos não são apenas autônomos, eles são soberanos, parte do federalismo americano. Dessa forma, os estados têm maior liberdade na redação de suas leis e no poder das suas decisões judiciais. Comumente, leis federais, quando de acordo com a Constituição Americana, têm prevalência sobre as leis estaduais, contudo, os estados podem legislar mais detalhadamente sobre assuntos diversos que lhes tocam, por exemplo, leis penais, de família e contratuais são mais amplamente discutidas em leis estaduais e, muitas vezes, diferem de estado para estado. Em relação aos direitos trabalhistas,

[...] em caso de conflito entre lei federal e lei estadual, a lei que estabelecer a norma mais benéfica prevalece. No caso de conflito que não pode ser resolvido pela aplicação da norma mais benéfica, a lei federal prevalece sobre a estadual.²

¹Collective Bargaining. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/collective_bargaining>. Acesso em: 4 jan. 2017.

²Cornell University ILR School. U.S. Employment Law for Global Employers, p. 4. Disponível em: <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=lawfirms>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

Nos capítulos 3 e 4, veremos um exemplo desse caso com relação à aplicação do salário-mínimo, pois alguns estados têm disposições que divergem da lei federal sobre o assunto.

2.3 Regulamentos de agências reguladoras

Agências reguladoras são órgãos do governo geralmente responsáveis pelas *secondary laws*, ou seja, normas que determinam procedimentos para aplicação de leis que determinam direitos, *primary laws*. Essas agências, portanto, têm o poder de codificação de normas nas áreas nas quais se especializam. Elas lançam documentos interpretativos e também propostas de modificação de leis federais. Nesse artigo, mencionaremos com frequência o **U.S. Department of Labor** (DOL), principalmente sua **Wage and Hour Division**, divisão que lida com salário e jornada. O DOL tem a missão de:

[...] adotar, promover e desenvolver o bem-estar dos assalariados, dos que procuram por emprego, e dos aposentados dos Estados Unidos; melhorar as condições de trabalho; favorecer oportunidades de emprego rentável; e assegurar benefícios e direitos trabalhistas.³

Quando uma agência reguladora é levada ao judiciário, recebe deferência devida a sua especialização, a menos que tenha ido além de seu escopo; regra advinda da *common law*⁴.

2.4 Decisões judiciais

Como mencionado anteriormente, o sistema jurídico dos Estados Unidos é o da *common law*, ou seja, os precedentes e decisões das cortes e tribunais são vinculantes e têm a mesma importância das leis escritas. A origem da *common law* nos Estados Unidos se dá com a

³United States Department of Labor. Our mission. Disponível em: <<https://www.dol.gov/general/aboutdol/mission>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

⁴Chevron USA, v. Natural Resources Defense Council, Inc. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/467/837.html>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

colonização britânica, onde a *common law* também é o sistema jurídico. Contudo, os Estados Unidos têm adaptado o sistema e aderido a alguns pontos do direito civil⁵, ao aumentar a codificação de suas leis. No Direito Trabalhista, tanto *labor law* quanto *employment law*, existem várias leis e regulamentos escritos a serem seguidos. As decisões judiciais podem mudar a forma como uma lei, tanto federal quanto estadual, pode ser interpretada, e podem, inclusive, criar novas leis. Tribunais defendem que sua flexibilidade, maior do que a dos códigos, permite uma adaptação melhor às mudanças de circunstâncias e condições sociais (ABEMATHY, 2006, p. 40).

2.5 Negociações coletivas

Negociações coletivas consistem em conversas, discussões e negociações entre o empregador e um grupo de empregados, geralmente representado por um sindicato, sobre as condições de trabalho (HARRIS, 2013, p. 579). As regras quanto às negociações coletivas estão dispostas em legislação federal, a **National Labor Relations Act** (NLRA), de 1935. A agência responsável pela execução das determinações da NLRA é a **National Labor Relations Board** (NLRB), que organiza regulamentos e também resolve litígios. Nos Estados Unidos a “obrigação de negociar” está determinada na *Section 8(b)(3)* da NLRA⁶. O resultado dessas negociações deve respeitar as leis federais e as estaduais, e os regulamentos da NLRB. Aqui também cabe a questão mencionada acima sobre a deferência que agências regulatórias recebem, no caso a NLRB, aos serem levadas ao judiciário.

2.6 Contratos trabalhistas

Nos Estados Unidos, apesar de raramente existir um contrato escrito em uma relação de trabalho, os contratos trabalhistas são considerados como qualquer outro, ou seja, ambas as partes são

⁵The Robbins Collection. The common law and civil law traditions. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁶National Labor Relations Board. National labor relations act. Disponível em: <<https://www.nlrb.gov/resources/national-labor-relations-act>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

consideradas no mesmo patamar de negociação e são livres para contratar e descontratar quando quiserem. Assim, na falta de um acordo coletivo ou contrato trabalhista que disponha o contrário, um empregador pode despedir um empregado a qualquer hora e sem justa causa, e, por sua vez, o empregado também pode deixar o trabalho quando quiser. Trata-se da teoria do *employment-at-will*. Em um caso do tribunal de apelação de Ohio, um empregado dispensado reclamou que havia um contrato empregatício com determinações que haviam sido ignoradas. Foi decidido que a linguagem do documento era indefinida em relação a termos essenciais, como salário e duração do emprego, de forma que não poderia prevalecer sobre a presunção daquela ser apenas uma relação de *employment-at-will*.

Após essa análise quanto aos documentos que regulamentariam uma relação trabalhista nos Estados Unidos, seguiremos para o estudo de alguns dos direitos trabalhistas mais litigados naquele país. São eles: a jornada de trabalho e o salário-mínimo, ambos dispostos na lei federal já mencionada, a **Fair Labor Standard Act** (FLSA), e as licenças ou ausências ao trabalho, determinadas na lei federal também já citada, a **Family and Medical Leave Act** (FMLA). Entender algumas das determinações nessas leis ajudará na verificação do quanto sintéticos e flexíveis são os direitos trabalhistas legislados nos Estados Unidos.

3 SALÁRIO-MÍNIMO E LIMITE DA JORNADA DE TRABALHO DISPOSTOS NA FAIR LABOR STANDARD ACT (FLSA) E LICENÇAS TRABALHISTAS DISPOSTAS NA FAMILY AND MEDICAL LEAVE ACT (FMLA)

3.1 Salário-mínimo e jornada de trabalho na Fair Labor Standard Act (FLSA)

A **Fair Labor Standard Act** (FLSA), de 1938, buscava incentivar empregadores, após a Grande Depressão, a contratar mais trabalhadores. Em geral, todos os trabalhadores norte-americanos

⁷50th Annual Midwest Labor and Employment Law Seminar, OSBA CLE Reference Manual. D. Price v. Kaiser Aluminum Fabricated Prods., LLC, 2013-Ohio-2420, 5th District. Volume 13-088B, Ohio State Bar Association, 2013, p. 13.8.

são cobertos por essa lei, salvo ocupações especificamente excluídas e exceções. Violações à FLSA são tipicamente sobre o não pagamento ou pagamento a menor de salários. Essas violações ocorrem devido à falha de contabilização de horas trabalhadas ou ao erro na classificação do trabalhador como isento ou não isento, ou seja, como um empregado que não tem controle de jornada e não está limitado ao salário-mínimo por hora, ou como um empregado que tem controle de jornada e, portanto, recebe horas extras, além de estar sujeito ao salário-mínimo por hora. Essas diferenciações serão vistas de forma mais detalhada no item 4.

A única determinação federal quanto ao limite da jornada de trabalho nos Estados Unidos está descrita da FLSA. A *Section 207 (a) (1)* determina que nenhum empregado deve trabalhar além de 40 horas semanais, a menos que receba horas extras 1.5 acima do valor de sua hora regular⁸. Contudo, essa determinação alcança apenas trabalhadores considerados não isentos. A FLSA cria uma categoria de empregados considerados isentos que, portanto, não estão limitados a trabalhar 40 horas semanais e, se trabalharem a mais, não terão direito a horas extras. Os trabalhadores considerados isentos são aqueles considerados de confiança em funções executivas, administrativas e profissionais e estão previstos na *Section 213 (a)(1)*⁹. A lei também menciona outras exceções, que serão mais à frente detalhadas.

Quanto ao salário, a legislação federal, FLSA, determina que o salário-mínimo nos Estados Unidos seja de \$ 7.25 por hora (*Section 206(1)(C)*)¹⁰. Aqui também a regra alcança apenas os trabalhadores considerados não isentos, pois os isentos, indicados na *Section 213(a) (1)*, são excluídos. Esse tipo de empregado tem determinações próprias quanto a seus salários que não estão dispostas na FLSA, mas sim em regulamentos da agência reguladora desses assuntos, o **Department of Labor** (DOL), como veremos adiante. Além da existência de trabalhadores isentos, a lei também menciona outras funções excluídas da determinação quanto ao salário-mínimo.

⁸Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

3.2 Licenças trabalhistas na Family and Medical Leave Act (FMLA)

A **Family and Medical Leave Act** (FMLA), de 1993, requer que empregadores com mais de 50 empregados ofereçam aos funcionários elegíveis, explicados abaixo, até 12 semanas de licença, não remunerada¹¹. Não existe lei federal sobre nenhum tipo de licença remunerada. A FMLA foi criada para “equilibrar as demandas do trabalho com as necessidades das famílias, para promover a estabilidade e segurança econômica familiar, promover o interesse nacional de preservação da integridade familiar” de forma a “acomodar os interesses legítimos dos empregadores”¹².

A lei prevê que as 12 semanas mencionadas acima sejam para as cinco ocasiões determinadas no *Chapter 39a00(a)(1)a*: a) nascimento de uma criança e cuidado com o recém-nascido dentro do primeiro ano; b) adoção e cuidado de uma criança dentro do primeiro ano de colocação; c) para o cuidado de membro da família gravemente doente (cônjuge, pais ou filhos); d) empregado incapacitado para suas funções essenciais devido a grave condição de saúde; e) por causa de exigências relacionadas a um membro da família ativo nas forças armadas (cônjuge, filhos ou pais)¹³. O *Chapter 39a00(a)(1)b* traz uma opção de 26 dias de licença dentro do período de um ano para cuidado com membro da família militar com grave ferimento ou doença (cônjuges, filhos, pais, os parentes na linha de sucessão)¹⁴.

Para ser elegível aos direitos previstos na FMLA, o empregado precisa preencher os seguintes requisitos: a) trabalhar para um empregador coberto pela FMLA (ou seja, que emprega 50 ou mais pessoas no comércio ou indústria, para cada dia durante 20 ou mais semanas); b) estar empregado pelo empregador por pelo menos 12 meses; c) ter realizado pelo menos 1.250 horas de trabalho para o empregador

¹¹Family and Medical Leave Act. Chapter 39a02. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

¹²Family and Medical Leave Act. Chapter 39a. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

¹³Family and Medical Leave Act. Chapter 39a. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

¹⁴Family and Medical Leave Act. Chapter 39a. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

em 12 meses; d) estar empregado num lugar com 50 ou mais empregados ou dentro de 75 milhas do local de trabalho¹⁵.

Um fato interessante no caso da licença-maternidade, é que existem apenas seis países no mundo que não possuem licença-maternidade paga, são eles: Lesoto e Suazilândia, na África; Mongólia, Nova Zelândia e Papua Nova Guiné, na Ásia/Pacífico e os Estados Unidos, na América¹⁶.

4 EXCEÇÕES PREVISTAS NA FLSA E NA FMLA E A FLEXIBILIDADE QUANTO À INTERPRETAÇÃO E MUDANÇAS DOS DIREITOS NELAS PREVISTOS POR MEIO DE OUTRAS FORMAS DE REGULAMENTAÇÃO E DE NEGOCIAÇÃO

No capítulo anterior tratamos das disposições quanto à jornada de trabalho e ao salário-mínimo existentes na lei federal **Fair Labor Standards Act** (FLSA) e quanto a licenças trabalhistas dispostas na lei federal **Family and Medical Leave Act** (FMLA). Percebe-se que as disposições quanto a esses três temas são bastante sintéticas, trazendo apenas a determinação de limites mínimos. A seguir, analisaremos a grande quantidade de exceções existentes, principalmente na FLSA, quanto aos trabalhadores protegidos pelos direitos mínimos nela estabelecidos. Veremos, também, o poder legislativo dos estados para determinar valores mínimos diversos daqueles estabelecidos em lei federal e estudaremos a importância de agências reguladoras para delinear pontos apenas indicados pelas leis federais. Ainda, veremos como o poder judiciário tem ajudado na interpretação dos direitos mencionados acima e, por fim, discutiremos o poder que negociações coletivas e contratos de trabalho individuais têm para flexibilizar ou modificar as determinações das leis federais.

¹⁵Family and Medical Leave Act. Chapter 39a. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

¹⁶International Labour Organization. More than 120 nations provide paid maternity leave. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008009/lang--en/index.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

4.1 Exceções nas leis federais Fair Labor Standards Act (FLSA) e Family and Medical Leave Act (FMLA)

A **Fair Labor Standards Act** (FLSA) dispõe sobre a existência do salário-mínimo de \$ 7.25 por hora (*Section 205(a)(1)(C)*) e sobre a jornada de trabalho de 40 horas semanais, salvo horas extras que devem ser pagas com o adicional de 1.5 vezes o valor da hora normal trabalhada (*Section 207(a)(1)*). Como mencionado no capítulo anterior, apenas os empregados considerados não isentos, contudo, têm esses diretos protegidos. Empregados considerados isentos não têm determinação de salário-mínimo por hora e tampouco limitação de jornada de trabalho. Empregados isentos são aqueles descritos na FLSA (*Section 213 (a)(1)*) como de confiança em funções executivas, administrativas e profissionais (EAPs). São citados como exemplos: pessoas empregadas em administração acadêmica ou professores, vendedores externos, empregados de estabelecimentos recreativos, religiosos ou ONGs; pescadores e marinheiros, agricultores, jornalistas e repórteres, operadores de telefonia, investigadores criminais, analistas de computadores, maquinistas, pilotos, entregadores, taxistas, entre outros¹⁷.

Os exemplos acima podem ser adicionados de outras funções consideradas pelo empregador, agência reguladora ou tribunais, como adequados à descrição de funções EAP, aumentando ainda mais a lista de empregados excluídos da proteção da FLSA. Além da exclusão dos trabalhadores isentos, a FLSA traz outras exceções, analisadas abaixo.

Quanto ao salário-mínimo: a) empregados recém contratados e de até 20 anos de idade não precisam receber o valor do salário-mínimo durante os primeiros 90 dias consecutivos de emprego (*Section 206(g)(1)*); b) entregadores de jornais (*Section 213(d)*); c) estudantes (*Section 214(b)*); d) deficientes físicos (*Section 2014(c)*¹⁸.

Quanto ao limite de jornada de trabalho: a) empregados sobre os quais houve acordo resultante de negociação coletiva, empregados por empresa local independentemente administrada, controlada e

¹⁷Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁸Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ligada a distribuição de produtos de petróleo (*Section 207(b)(1)(2)(3)*); b) empregados por um contrato individual ou por acordo coletivo que assim decidir, se as funções exigirem horas irregulares de trabalho (*Section 207(f)*); c) empregado que, conforme accordado com o empregador, receba salário por peça produzida (*Section 207(g)*); d) empregados de estabelecimentos de varejo e serviços (*Section 207(i)*); e) empregados de hospitais ou estabelecimentos de cuidado de doentes e idosos, conforme accordado com o empregador (*Section 207(j)*); f) empregados pelo poder público para execução da lei e proteção quanto ao fogo (*Section 207(k)*); g) empregados da indústria do tabaco (*Section 207(m)*), entre outros¹⁹.

Cada exceção aqui descrita possui condições e outras estipulações, mas chama a atenção o fato de existirem tantas exceções especificadas em lei, de forma que a própria lei diminui, consideravelmente, a proteção nela descrita. Como no caso dos empregados isentos, algumas exceções possuem descrições genéricas, de forma que, decisões judiciais podem, dependendo da interpretação, adicionar ainda outras funções que considerarem se adequar aos exemplos mencionados.

A **Family and Medical Leave Act** (FMLA) não possui muitas exclusões e exceções a suas disposições, desde que todos os requisitos necessários estejam preenchidos tanto pelo empregador quanto pelo empregado. Algumas poucas exceções estão no *Chapter 39b06*, que determina que militares não são cobertos pela lei, no *Chapters 39l* e *39m*, que trazem algumas limitações para datas de licenças em escolas e linhas aéreas²⁰.

4.2 Poder das leis estaduais

Sabemos que a FLSA prescreve o valor de \$ 7.25 por hora como salário-mínimo e 40 horas semanais como jornada limite adicionadas de horas extras quando superior. Contudo, a lei permite que estados possam estabelecer leis com padrões melhores,

¹⁹Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁰Family and Medical Leave Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

conforme a *savings clause* (218(a))²¹. Portanto, o que não é permitido é o estabelecimento de um salário-mínimo abaixo do previsto pela FLSA ou uma jornada superior, pois suas determinações não podem ser renunciadas ou reduzidas e, se isso ocorrer, a lei do estado é ignorada e a FLSA é aplicada²².

Leis estaduais que dispuserem por um salário-mínimo maior, que tenham lista de isentos menor ou menor jornada de trabalho (*Section Sec 207(4)*)²³, prevalecerão sobre a lei federal, porque são mais benéficas ao trabalhador²⁴. O mapa abaixo, por exemplo, mostra os estados e como eles estabeleceram o salário-mínimo²⁵:



²¹50th Annual Midwest Labor and Employment Law Seminar, OSBA CLE Reference Manual. Litigation tactics in complex wage and hour cases: a perspective from the defendant's and plaintiff's bar. Volume 13-088B, Ohio State Bar Association, 2013, p. 20.3.

²²50th Annual Midwest Labor and Employment Law Seminar, OSBA CLE Reference Manual. Litigation tactics in complex wage and hour cases: a perspective from the defendant's and plaintiff's bar. Volume 13-088B, Ohio State Bar Association, 2013, p. 20.3.

²³Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/regs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁴Cornell University ILR School. p. 24.

²⁵United States Department of Labor. Wage and hour division. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/minwage/america.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Os estados em cor verde são os que estabelecem salários-mínimos mais altos do que a FLSA e, portanto, prevalecem. Os estados em cor azul claro são os que estabeleceram o mesmo que a FLSA. Os estados em cor azul escuro são os que não têm lei sobre o assunto e, dessa forma, se aplica a FLSA. Percebe-se que os poucos estados que tentaram estabelecer salários-mínimos abaixo do determinado pela FLSA, em cor lilás, têm suas determinações ignoradas, e a FLSA é aplicada.

Quanto à FMLA, muitos estados a adotaram ou criaram regras ainda mais estritas²⁶. São Francisco, por exemplo, é um dos poucos estados norte-americanos que prescreve a licença remunerada para casos de doença em sua legislação²⁷.

Dessa forma, **os estados federados têm liberdade para legislar sobre os assuntos dispostos da FLSA e na FMLA desde que seja de forma a aumentar os direitos nelas contidos e não reduzi-los e excluí-los.**

4.3 Poder das negociações coletivas

Vimos que depois que os empregados tenham escolhido um sindicato para representá-los, o empregador e o sindicato devem se encontrar para negociar, de boa-fé, assuntos como salários, jornada, férias, medidas de segurança e outras matérias obrigatórias²⁸. Os Estados Unidos não são um país com forte organização sindical, e apenas cerca de 7% do setor privado é sindicalizado²⁹. Nessas negociações é possível estabelecer um salário-mínimo mais alto, uma jornada de trabalho mais baixa, ou pagamento mais alto por horas extras do que o estabelecido na FLSA. **Não podem, contudo, negociar a renúncia ou redução da proteção da FLSA³⁰.**

²⁶Cornell University ILR School. p. 24.

²⁷Cornell University ILR School. p. 28.

²⁸National Labor Relations Board. Employer/Union rights and obligations. Disponível em: <<https://www.nlrb.gov/rights-we-protect/employerunion-rights-and-obligations>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

²⁹Employment and labor law in the U.S. Disponível em: <<http://lexology.com/library/detail.aspx?g=be0919e1-8039-4d98-aa93-31769bc093dd>>. Acesso em: 4 ja. 2017.

³⁰Department of Labor. Wage and hour division. Disponível em: <https://www.dol.gov/whd/overtime/fs17a_overview.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Por outro lado, percebemos na FLSA que, em alguns casos, é possível a determinação de jornada de trabalho maior do que 40 semanais aos empregados não isentos se houver um acordo coletivo entre as partes, como por exemplo: empregados por empresa local independentemente administrada, controlada e ligada a distribuição de produtos de petróleo (*Section 207(b)(1)(2)(3)*) e empregados com funções que exigirem horas irregulares de trabalho (*Section 207(f)*).

A **National Labor Relations Act** (NLRA) reconhece que:

[...] [a] desigualdade do poder de barganha entre empregados que não possuem liberdade de associação ou liberdade real de contratar e empregadores que são organizados na corporação ou em outras formas de associação de propriedade penalizam e afetam o desenvolvimento do comércio, e tendem a agravar as crises, ao diminuir os salários e o poder de compra na indústria; e previnem a estabilização de salários competitivos e condições de trabalho dentro e entre indústrias. (*Section 1, § 151*).³¹

Existe um sistema de verificação de acordos nessa área. A primeira forma seria pelo **Department of Labor** (DOL), que supervisiona negociações (29 USC, Sec 216(c)) e a segunda, a aprovação de um tribunal de primeira instância (**Lynn's Food Stores v. United States**, 679 F2d 1350, 1353, 11th Cir. 1982). No geral, o tribunal determinará se o acordo foi justo e razoável.

4.4 Poder das decisões jurídicas

Como citado acima, tribunais podem verificar acordos coletivos, individuais e arbitrais para verificar se o estabelecido por eles foi justo e razoável. Os tribunais podem anular esses acordos quando eles tendem a atacar os objetivos da lei³².

³¹National Labor Relations Board. Employer/Union rights and obligations. Disponível em: <<https://www.nlrb.gov/rights-we-protect/employerunion-rights-and-obligations>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

³²Litigation tactics in complex wage and hour cases, p. 20.25.

O judiciário pode revisar decisões arbitrais sobre direito do trabalho (*employment law*) e, inclusive, anular a decisão arbitrada se houver corrupção e fraude (NOLAN, 2007, p. 380-381).

Uma questão da FLSA recentemente colocada para o judiciário foi aquela relacionada aos empregados considerados isentos. Empregados isentos, conhecidos como EAPs, exercem funções executivas, administrativas ou profissionais. Durante debates quanto ao assunto, empregados focam no fato de que, como isentos, eles podem acabar trabalhando por mais do que 40 horas semanais, sem receber horas extras. Empregadores, por sua vez, focam no fato de que isentos podem acabar trabalhando menos de 40 horas semanais e ainda assim receber um salário cheio.

O que aumentou as discussões quanto a esse assunto foi a descoberta de que empregadores fraudavam o sistema ao descreverem seus empregados com função de gerência para assim serem considerados isentos e não receberem pagamento por hora extra, quando, na realidade, esses empregados realizavam atividades comuns e deveriam ser considerados não isentos³³.

Para resolver ou diminuir as fraudes acima citadas, em 2014, o então Presidente Obama determinou ao **Department of Labor** (DOL) que revisasse as regulamentações sobre os EAPs. A regra, até então, previa um teste de 3 partes para verificar se um empregado era isento: 1) o empregado deveria receber um salário fixo que não fosse sujeito a reduções devido à qualidade ou quantidade do trabalho (teste da base salarial); 2) o salário deveria ser de no mínimo \$ 23,660 anual (teste do nível salarial); e 3) as atividades deveriam ser executivas, administrativas ou profissionais (teste das funções exercidas). Posteriormente, foram adicionados aos empregados isentos os chamados “empregados altamente pagos”. Após a revisão pedida por Obama, em 2016, o DOL publicou a nova regra que aumentava o nível salarial para \$ 47,476, entre outros detalhes, o que estenderia o direito a horas extras a 4.2 milhões de trabalhadores até então excluídos³⁴.

³³Situação bastante similar ocorre na realidade brasileira em relação à aplicação do art. 62 da CLT.

³⁴Department of Labor. Wage and hour division. Fact sheet: final rule to update the regulations defining and delimiting the exemption for executive, administrative, and professional employees. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/overtime/final2016/overtime-factsheet.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

Contudo, uma decisão da **U.S. District Court of Texas**, juiz Amos Mazzant, foi a favor do mandado impetrado por 21 estados norte-americanos e grupos de empresários para estancar a nova regra. A decisão menciona que a nova regra iria contra a FLSA, pois estaria ignorando o teste das funções exercidas e utilizando apenas o teste do nível salarial³⁵. O DOL apelou, mas até a data desse artigo, não havia atualizações sobre o caso³⁶. Meios de comunicação norte-americanos entendem que após a presidência ter sido assumida por Donald Trump, as chances da nova regra idealizada por Obama seguir em frente são ainda menores.

Nos parágrafos acima, percebemos o poder dos tribunais para interpretar as leis federais. Vimos também, mesmo que indiretamente, o poder das agências reguladoras, no caso o DOL, para determinar detalhes não previstos em lei, afinal, a FLSA apenas prescreve que empregados EAPs não são protegidos pelo limite de 40 horas da jornada e, portanto, não recebem horas extras, mas o DOL instituiu todo o teste de três fases para verificação de quais empregados são isentos e, inclusive, determinou valores de salários-mínimos para eles. Mais interessante ainda foi um exemplo em que a deferência dos tribunais a agências reguladoras (instituída pela *common law* no caso **Chevron**) falhou: no caso, a nova regra lançada pelo DOL foi bloqueada pelo judiciário, levando a um embate entre o poder executivo e o judiciário nessa questão trabalhista específica.

4.5 Poder dos contratos trabalhistas

As duas formas de se modificar contratos são por meio da *pre-existing duty rule* ou pelo *Restatement of Contracts*. A regra da “atividade pré-existente” determina que fazer o que já se é obrigado a fazer não é uma “contrapartida” ou “contraprestação” (*consideration*) para uma mudança de contrato. *Consideration*, no direito norte-americano, é um

³⁵State of Nevada, *et al v. United States Department of Labor, et al.* Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AW97-CWZS6MJ:www.txed.uscourts.gov/d/26042+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

³⁶Department of Labor. Wage and hour division. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/overtime/final2016/litigation.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

ato ou pagamento exigido de ambos os lados para que um contrato possa ser realizado. Assim, para que um contrato trabalhista existente seja modificado, seria preciso que houvesse uma “contrapartida” ou “compensação” do empregador e do empregado. A regra do *Restatement (Second) of Contracts* (uma compilação das leis contratuais existentes), é mais leniente com relação a mudanças unilaterais. A Seção 89 prevê que:

A promessa modificando uma atividade em um contrato, não completamente realizado, por qualquer uma das partes vincula se a modificação é justa e equitativa [...].³⁷

No âmbito da FLSA, em regra, o empregador pode reduzir o salário por hora do empregado, desde que não seja abaixo do mínimo estipulado pela FLSA. Pode reduzir as horas trabalhadas pelo empregado também, como pudemos ver nas exceções indicadas na FLSA: empregados por um contrato individual se as funções exigirem horas irregulares de trabalho (*Section 207(f)*); empregado que, conforme acordado com o empregador, receba salário por peça produzida (*Section 207(g)*); e empregados de hospitais ou estabelecimentos de cuidado de doentes e idosos, conforme acordado com o empregador (*Section 207(j)*)³⁸.

Quanto aos empregados isentos, ou seja, aqueles que não recebem horas extras e não estão sujeitos ao salário-mínimo por hora, os empregadores podem reduzir seus salários, desde que: a) de forma permanente, b) aplicado a todo um grupo ou classe de empregados, e c) não diretamente ligado à redução de horas. Ou seja, se o empregador fizer a redução de forma temporária, porque os negócios não vão bem, por exemplo, isso poderá mudar o *status* dos trabalhadores, que poderão ser considerados não isentos e, portanto, cobertos pela FLSA. Por essa razão, os empregadores são aconselhados a apresentar a diminuição de salário como algo permanente³⁹.

³⁷Employment and labor law in the U.S. Disponível em: <<http://lexology.com/library/detail.aspx?g=be0919e1-8039-4d98-aa93-31769bc093dd>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

³⁸Fair Labor Standard Act. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁹Labor Law Center. Exempt employees salary reduction regulations. Disponível em: <<https://www.laborlawcenter.com/education-center/exempt-employees-salary-reduction-regulations>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

No âmbito da FLMA, sabemos que não há especificações quanto a férias, por exemplo. Portanto isso fica à discreção e senso comum do empregador, com ou sem a existência de um contrato escrito de trabalho. O comum é que empregadores ofereçam pelo menos algum tipo de férias a seus empregados, geralmente, 2 semanas por ano⁴⁰. Para os não cobertos pela FMLA, o empregador também decide o número de *sick leaves*, em caso de doença, e outras faltas que não necessitam especificação que, em média, são cerca de 5 dias no ano.

5 CONCLUSÃO

As leis trabalhistas norte-americanas são mais sintéticas do que as brasileiras devido ao sistema jurídico dos Estados Unidos ser o da *common law*. Contudo, a área trabalhista tem uma quantidade razoável de legislação e regulamentação escrita. Há leis federais que determinam direitos como salário-mínimo, jornada de trabalho e licenças trabalhistas, como a **Fair Labor Standard Act** (FLSA) e a **Family and Medical Leave Act** (FMLA) que, muitas vezes, estabelecem apenas limites básicos para que esses direitos sejam protegidos e, outras vezes, parecem se automitigar devido às inúmeras exceções que trazem aos direitos nelas determinados.

A flexibilidade dos direitos trabalhistas previstos nas leis federais pode ser notada quando se analisa o poder dos estados em legislar sobre os mesmos direitos, contudo, apenas para estabelecer padrões mais favoráveis aos trabalhadores e, quando se verifica o poder dos tribunais norte-americanos não só de interpretar leis, mas também de criar leis que vinculam tanto quanto as leis escritas, no sistema da *common law*. Ainda, a importância de agências reguladoras no direito trabalhista é grande, pois elas também criam regras a serem seguidas por empregados e empregadores e determinam limites, exceções e isenções não previstas nas leis. Por fim, a flexibilidade também pode vir por meio de negociações coletivas e acordos individuais de trabalho, que sempre poderão estabelecer preceitos mais favoráveis aos trabalhadores ou ainda, em certas situações ou condições previamente previstas pelo ordenamento estatal, restringir alguns de seus direitos ou garantias.

⁴⁰Cornell University ILR School, p. 27.

Em comparação com o direito trabalhista brasileiro, percebe-se que os empregados norte-americanos têm uma variedade muito menor de direitos protegidos em lei escrita e estão mais à mercê de mudanças não favoráveis advindas principalmente de agências reguladoras e contratos individuais de trabalho, que não consideram em toda a sua plenitude a hipossuficiência do trabalhador. De qualquer maneira, percebe-se que trabalhadores norte-americanos estão mais vulneráveis com relação a seus direitos trabalhistas, mesmo quando o país não passa por crises econômicas, mas, por sua vez, crises econômicas e mudanças políticas podem retardar melhorias.

6 REFERÊNCIAS

ABERNATHY, Charles. **Law in the United States**. St. Paul, MN: Thomson/West, 2006.

BAKER & MCKENZIE. **U.S. employment law for global employers**. Cornell University ILR School, 2011. Disponível em: <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=lawfirms>>.

FIND LAW. United States Supreme Court. **Chevron USA. v. Natural Resources Defense Council (1984)**. [S. d]. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/467/837.html>>.

HARRIS, Seth *et al.* **Modern labor law in the private and public sectors**: cases and materials. New Providence, NJ: LexisNexis, 2013.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **More than 120 nations provide paid maternity leave**. Geneva, 1998. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008009/lang--en/index.htm>.

LABOR LAW CENTER [Amelia Figueroa]. **Exempt employees salary reduction regulations**. Santa Ana, CA, 2016. Disponível em: <<https://www.laborlawcenter.com/education-center/exempt-employees-salary-reduction-regulations>>.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE (LII). Cornell University Law School. **Collective Bargaining**, Ithaca, NY. [S. d]. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/collective_bargaining>.

NOLAN, Dennis R. **Labor and employment arbitration in a nutshell**. St. Paul, MN: Thomson/West, 2007.

OGLETREE DEAKINS [Brian L. McDermott and Gray I. Mateo-Harris]. **Employment & labor law in the USA**. Lexology Navigator, 2016. Disponível em: <<http://lexology.com/library/detail.aspx?g=be0919e1-8039-4d98-aa93-31769bc093dd>>.

OHIO STATE BAR ASSOCIATION. **50th Annual Midwest Labor and Employment Law Seminar**. OSBA CLE Reference Manual. D. Price v. Kaiser Aluminum Fabricated Prods., LLC, 2013-Ohio-2420, 5th District. Volume 13-088B, Columbus, OH, 2013.

THE NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD. **Employer/Union rights and obligations**. Disponível em: <<https://www.nlrb.gov/rights-we-protect/employerunion-rights-and-obligations>>.

THE NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD. **National Labor Relations Act NLRA (1935)**. Disponível em: <<https://www.nlrb.gov/resources/national-labor-relations-act>>.

THE ROBBINS COLLECTION. **The common law and civil law traditions**. School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley, CA, 2010. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>>.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR. Wage and Hour Division. **Fact sheet #17A:** exemption for executive, administrative, professional, computer & outside sales employees under the Fair Labor Standards Act (FLSA). Washington, DC, 2008. Disponível em: <https://www.dol.gov/whd/overtime/fs17a_overview.htm>.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR. Wage and Hour Division. **Fact sheet:** final rule to update the regulations defining and delimiting the exemption for executive, administrative, and professional employees. Washington, DC, 2016. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/overtime/final2016/overtime-factsheet.htm>>.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR. Wage and Hour Division. **Family and Medical Leave Act FMLA (1993).** Washington, DC. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR. Wage and Hour Division. Minimum wage laws in the States. January 1, 2017. Washington, DC. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/fmla/>>.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR. Wage and Hour Division. The Fair Labor Standards Act of 1938, as Amended. WH Publication 1318, Revised May 2011. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whdregs/statutes/FairLaborStandAct.pdf>>.

UNITED STATES DISTRICT COURT. Eastern District of Texas, Sherman Division. **State of Nevada, et al v. United States Department of Labor, et al.** Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AW97-CWZS6MJ:www.txed.uscourts.gov/d/26042+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>>.

UN SISTEMA DE INDISPONIBILIDAD PÉTREA, PERO CON EXCEPCIONES

ARESE, César*

Abstract: I. El orden público en general es irrenunciable e indisponible aun por vía de la negociación colectiva y constituye, en el caso de Argentina uno de los pilares esenciales del sistema jurídico. Sólo en casos puntuales, existe delegación legislativa expresa en la negociación colectiva. II. La disponibilidad colectiva *in peius* de derechos laborales, es admitida excepcional y expresamente a través de la autorización de instrumentos temporarios de negociación de crisis de empresa. Ello merece un primer análisis. III. El debate más encendido surge en el curso de la sucesión de normas convencionales. El sistema normativo no la permite en caso de sucesión convencional de distintos ámbitos, pero la acepta implícitamente en caso de que se renueve un convenio colectivo del mismo ámbito. En este punto, la jurisprudencia y la doctrina se enfrentan entre sectores más permisivos y más restrictivos. No existe una respuesta, pero sí la posibilidad de enunciar condiciones básicas para su análisis. IV. La negociación colectiva de concesión o de disponibilidad plantea la posibilidad de impugnaciones individuales y colectivas, el surgimiento de la acción normativa convencional por fuera de los ámbitos tradicionales y la eventual generación de nuevas unidades de negociación no contenidas positiva o negativamente por una unidad de acuerdo renuente a cualquier alternativa de contención y adaptación. V. Excepcionalmente, la legislación admite que determinados institutos legales puedan ser dispuestos parcialmente por la negociación colectiva o individual.

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, postdoctorado y profesor de grado y de postgrado por la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba. Ex camarista del trabajo.

1 LA INDISPONIBILIDAD INDIVIDUAL, PLURIINDIVIDUAL Y COLECTIVA Y ORDEN PÚBLICO LABORAL

El diseño normativo parte del principio de protección admitido a texto expreso en el art. 14 bis de la Constitución Nacional: “El trabajo en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes (...).” Ese punto de partida, es a la vez, una regla general que monta una estructura fuerte de derechos de orden público laboral establecidos en leyes, estatutos profesionales, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo, explícitamente irrenunciables e indisponibles inclusive para el propio trabajador.

Conforme el sistema positivo establecido en art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT)¹, inclusive ratificado por el art. 12 del Código Civil y Comercial vigente desde 2015², los convenios particulares no pueden suprimir derechos indisponibles. Es una característica central del sistema jurídico laboral que consolida o petrifica los derechos incorporados a los contratos individuales de trabajo por la vía heterónoma, autónoma colectiva e individual. Es más, las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo son nulas, así como cualquier forma de fraude y se considerarán substituidas de pleno derecho por éstas (arts. 13 y 14 LCT).

Es un sistema duro de protección que no admite declinaciones de derechos si no es por vía administrativa o judicial. Son los casos de acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios para los que se deben reunir tres requisitos: a) intervención de la

¹Art. 12. “Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

²Art. 12. Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

autoridad judicial o administrativa; b) mediar resolución fundada; c) que se verifique una justa composición de los derechos e intereses de las partes (art. 15 LCT).

El sistema de relaciones de trabajo de Argentina descansa, como ocurre en otros países, en el trabajo conjunto y paralelo del la producción normativa estatal, por un lado, y autonómica por otra. De hecho, es expresamente consagrado en la Constitución Nacional en el mismo art. 14 bis cuando se establece una especie de código constitucional de derechos individuales, pero a párrafo seguido se garantiza a los gremios “concertar convenios colectivos”, es decir, a legislar profesionalmente.

De todos modos, e igualmente como regla, la actividad autonómica trabaja de modo suplementario, complementario, reglamentario o en materias no consagradas en el orden público general, a diferencia de otros sistemas que conceden márgenes, menores o mayores, según los casos a la capacidad y voluntad autónoma.

2 EL SISTEMA DE CONTROL DEL ORDEN PÚBLICO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El sistema de negociación colectiva está reglamentado esencialmente, por la Ley 14.250 de Negociación Colectiva aplicable predominantemente al sector privado y la Ley 24.185 para la administración pública. Se aclara que existe una mayor complejidad en las normas y áreas de negociación colectiva y sus productos³.

La primera de esas normas impone condiciones estrictas de vigencias de las convenciones colectivas:

a) será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general (art. 4);

³La negociación colectiva a nivel nacional, posee además otros subsistemas como la negociación de docentes en general y profesores y no docentes de universidades; empresas y entidades autárquicas del Estado comprendidas en la Ley 14.250 de negociación colectiva. Argentina es un país federal y por lo tanto la materia de negociación colectiva de provincias y municipios, a su vez, está reglamentada por normas propias.

b) las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultarán más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general (art. 7);

c) las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio de los trabajadores (art. 8);

d) la aplicación de las convenciones colectivas no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo (art. 8).

Estas prescripciones obstan a la validez de cláusulas *in peius* respecto del orden público laboral general, aun pactadas colectivamente y, colocadas para su homologación ante el Ministerio de Trabajo como autoridad de aplicación.

La Ley 24.185 del Estado no incluye reglas destinadas al cotejo entre negociación colectiva y orden público general, pero tampoco se registran casos de disponibilidad de reglas convencionales por las partes o decisión legal.

3 EXPERIENCIAS DE RENUNCIAS INDIVIDUALES

Sin embargo, se registran con mayor o menor intensidad según las épocas, experiencias de novaciones pluriindividuals respecto de mejoras pactadas colectiva o de igual manera con grupos de trabajadores en forma personal. La negociación peyorativa desató tiempo atrás una polémica doctrinaria cuyo eje rotó sobre la interpretación de los alcances del principio de irrenunciabilidad desde una mayor admisibilidad cuando se trata de derechos que superan los mínimos legales o convencionales inderogables, pasando por la posición que supone una imposición ilegal salvo prueba en contrario y la que sostiene su total rechazo.

No parece haber dudas que la instalación del negocio individual o multiindividual peyorativo, aún indemnizado, no obstante que logre salvar el examen administrativo, debe estar bajo revisión judicial a los fines de evaluar ajuste a los arts. 12 y 15 de la LCT.

Esta modalidad puede ser caratulada como **novación peyorativa compensada o indemnizada**. Se las denominó eufemísticamente “reingeniería de personal” o “reestructuración productiva”. En algunos casos se extrajo del CCT a determinados trabajadores ofreciéndoles mejoras. El resultado final fue la desvitalización de los usos, acuerdos y convenios colectivos a manos de la negociación pluriindividual. Ello merece el reproche de mala fe en la negociación colectiva y una práctica desleal manifiesta, máxime si está acompañada de alguna **propuesta alternativa de despido** (arts. 4 inc. “e”) Ley 23.546 y art. 53 inc. “g” Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales).

Es de apreciar que el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo que permite una acción sumaria contra las modificaciones peyorativas de los contratos de trabajo y la corriente jurisprudencial revisora de los acuerdos transaccionales homologados en sede administrativa, han venido poniendo límites a estas perdidas de derechos. El contrapeso es que también son evidentes los acuerdos sobre despidos y reclamos diversos y desistimientos judiciales de las acciones y derechos, que implican derrames, no siempre explícitos ni claros, de derechos individuales y pluriindividuales y que adquieran carácter de cosa juzgada.

4 DISPONIBILIDAD COLECTIVA DE CRISIS

La disponibilidad colectiva no es una novedad normativa. La legislación de distintas vertientes con incidencia en la negociación colectiva reunió un variado menú de posibilidades de afectación desmejorativa directa de condiciones de los contratos individuales de trabajo insertas en las convenciones colectivas, mediante el imperio directo de la ley o la habilitación para que se acepte autónomamente.

Sintéticamente admiten o al menos, habilitan o posibilitan la disponibilidad colectiva los regímenes de caducidad o renegociación de CC en caso de concurso de empresa y quiebra del empleador (art. 20 y 198 Ley 24.522), convenios de crisis en Procedimiento de Reestructuración Productiva y Procedimientos Preventivos de Crisis (Ley 24.013, Título III, Capítulo VI) y disponibilidad colectiva en pequeñas empresas (arts. 90, 91 y 93 Ley 24.467).

Inclusive, la Ley de Negociación colectiva N. 14.250 admite, dentro del sistema formal de negociación colectiva, la posibilidad de un

“descuelgue convencional” de empresa, con una consecuente baja en las condiciones de trabajo respecto de las empresas del sector:

La exclusión de una empresa en crisis del convenio colectivo que le fuera aplicable, sólo podrá realizarse mediante acuerdo entre el empleador y las partes signatarias del convenio colectivo, en el marco del procedimiento preventivo de crisis previsto en el Título III, Capítulo VI de la Ley N. 24.013. El convenio de crisis deberá instrumentarse por un lapso temporal determinado.

En todos los casos se exige la participación del sindicato representativo del sector, el acuerdo conjunto con la parte empresaria y la homologación de la autoridad de aplicación, el Ministerio de Trabajo de la Nación.

Es de acotar que los procedimientos colectivos de crisis han tenido aplicación muy importante en la historia laboral, particularmente durante la crisis de los años 2001 y 2002 y, hasta el presente, se repiten olas de estos procedimientos. La disponibilidad colectiva que es de carácter temporal, requiere en todos los casos la aceptación sindical, alcance temporal y la homologación por parte la autoridad administrativa de trabajo, suele comprender suspensiones, reducciones de salarios o beneficios sociales.

5 DISPOSIBILIDAD COLECTIVA Y SUCESIÓN CONVENCIONAL

El art. 19 de la Ley de Negociación Colectiva N. 14.250 establece como única hipotética alternativa de disponibilidad, la vía de sucesión de convenios colectivos articulados de igual ámbito articulados. La niega por el contrario en caso de convenios de distintos ámbito.

La cuestión de la alteración peyorativa o las caídas de los CCT y su incidencia en los contratos individuales de trabajo mediante procesos de negociación colectiva admite multiplicidad de consideraciones y, por supuesto, soluciones. Por supuesto que

es un tema difícil de **desideologizar** porque mucho depende de la postura valorativa que se adopte. El tema trasciende además los derechos nacionales porque es uno de los tópicos esenciales de la flexibilización laboral e integra el menú de debate en toda reforma laboral. La controversia sobre los derechos adquiridos, incorporados o consolidados en los contratos de trabajo (*droit acquis, diritti quae siti, vested rights*) es un tema trasversal que la cultura laboral trata de explicar de diversidad de maneras y con diversidad de argumentos.

Bajo el riesgo de realizar una enunciación excesivamente paritaria, se ha extraído de la doctrina y la propia cosecha el siguiente cuadro de posiciones al respecto:

1 Posición permisiva de la disponibilidad colectiva

Los argumentos o tesis permisivas, se asientan en la necesaria de mutabilidad normativa convencional, la transitoriedad y temporalidad de la convención, la aplicación del principio de modernidad, la inexistencia de supervivencia formativa cuando es modificada por los sujetos colectivos, la superioridad de lo colectivo sobre lo individual, la imposibilidad de admitir la existencia de duplicidad y pluralidad convencional de derechos derogados e incorporados según la situación convencional individual, la admisibilidad de casos de excesiva onerosidad de la convención vigente y la primacía de la realidad de la negociación (crisis, por ejemplo), el reconocimiento y la necesidad de la libertad negocial en todos los sentidos y la autonomía de la fuente convencional, el freno a la negociación que significa no poder disponer normas y la posibilidad de que exista un mandato explícito para la negociación en cualquier sentido;

2 Posición restrictiva de la disponibilidad colectiva

Los fundamentos que aseguran la tesis restrictiva de la negociación hacia “abajo” son la incorporación, inderogabilidad y condición más beneficiosa contractual individual de la norma o beneficios convencionales, la posible variación abusiva de una reforma peyorativa, la teoría de la individualización de las cláusulas formativas de las convenciones colectivas una vez aprobadas conformando el nuevo contrato individual de trabajo; la imposibilidad de la renuncia

a derechos, la imposibilidad del vacío formativo o la ultraactividad convencional, el principio de progresividad laboral incorporado al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la evidencia de equilibrios negociales;

3 Búsqueda del punto de equilibrio

La visión varía según el punto de vista que se adopte desde lo ideológico y la posición de intereses. Una es la que se sitúa sobre la autonomía de partes y de la propia naturaleza de la CCT, es decir la sindical colectiva y la óptica individual.

En plano del **sujeto colectivo** la negociación opera como microlegislatura paritaria preparada constitucional (art. 14 bis, segundo párrafo) y legalmente (arts. 4 y 8 Ley 14.250) para crear leyes **profesionales** y, se supone, de carácter progresivo. El primer límite, está dado por el respeto a los derechos fundamentales indicados en la propia constitución, al orden público general o afectación significativa de la situación económica general o sectorial o deterioro de las condiciones de vida de los consumidores (art. 4 Ley 14.250), el orden público laboral (art. 7) y las condiciones más favorables estipuladas en sus contratos individuales de trabajo (art. 8).

La segunda valla se encuentra en que la actividad legisferante navega sobre claras fuentes materiales: los propósitos de protección y mejoramiento y progreso social, por una parte; por otra, la realidad temporal de una rama, profesión o empresa a la que se adaptan esos objetivos (costos, crecimiento, recesión, transformación tecnológica, etc.). Si se puede legislar también se puede alterar y suprimir el producto normativo conforme lo que, ciertamente, la relación de fuerzas y la realidad indique dentro de las fronteras constitucionales y legislativas impuestas.

De esta manera la libertad de los grupos no se ve limitada por lo alcanzado o concedido por cualquiera de las partes ya que de no poder disponerse de lo pactado en un acuerdo posterior, balanceando intereses, objetivos, negocios orgánica y funcionalmente considerados, la propia negociación se vería sino estrangulada al menos condicionada. La negociación colectiva atiende a intereses globales y abstractos de los trabajadores de una rama, profesión o empresa, pero incide en los contratos individuales de manera concreta.

Así como lo colectivo supone una actividad de promoción y mejoramiento social e individual, no puede descartarse que lo que en oportunidades fueron logrados como beneficios o conquistas para el conjunto o parte de los beneficiarios de un convenio, pueda ser negociable para la totalidad o parte de la colectividad comprendida en otro momento de la negociación.

Claro que lo que desde la **altura o visión panorámica** de lo colectivo parece claro, no lo es desde la óptica personal o individual. Hay aquí tensión. Ingresan en esta turbulencia el clásico intercambio o transacción entre conservación de empleos y condiciones salariales o de trabajo o la supresión o modificación de determinada condición de trabajo compensada con mejoras en un *dos ut des* pero que en el marco global de la negociación conforma a las partes. Toda negociación puede implicar concesiones. Negarlas es negar la existencia de la negociación misma.

En esta tesis, debe primar la **teoría del resultado convencional más favorable** según el cual importa que el producto final de la negociación sea conveniente para las partes y globalmente progresivo o más favorable para los trabajadores aun cuando haya importado desmejoras puntuales a cambio de mejoras o preservación de posiciones convenientes analizadas institucionalmente.

La **visión individual**, en cambio, atiende a otros intereses y señala derechos subjetivos o individuales sobre las pautas contractuales colectivas ya conocidas y operadas. Es una visión pedestre, pero contundente. Una desmejora individual es difícil de explicar. Su punto de comparación son las cláusulas de las que gozaba o estaban incorporadas y operando y aún las que estaban en expectativa y se ven esfumadas o relativizadas. Toda interpretación al respecto no debe olvidar la centralidad del hombre y su condición vital y social a la hora de resolver el problema.

6 IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL

Habilitado el camino de la negociación concesiva en la unidad de negociación o frente a las naturales discrepancias, puede igualmente manifestarse el **disenso individual** frente a la actividad del sujeto colectivo que, obviamente, puede también llegar

a conocimiento judicial desautorizando el actuar colectivo. **¿Se puede repudiar singularmente el CCT peyorativo? O, por el contrario, ¿El trabajador carece de acción para cuestionar el resultado de la negociación colectiva?**

Se deberían verificar, para la admisión de estos planteos, las siguientes hipótesis:

a) el sindicato que suscribe el CCT tiene la representación por detentar la personería gremial, pero sólo afilia a una minoría poco significativa de trabajadores⁴;

b) se excluye de la negociación a entidades habilitadas o a entidades realmente representativas o que son simplemente inscriptas y han sido bloqueadas en su intento de obtener tal certificación de personería gremial y de negociar colectivamente;

c) ausencia de mandato para la suscripción del convenio conforme los estatutos sociales de los negociadores;

d) falta de ejercicio del derecho de representación de los trabajadores (defectos de democracia sindical);

e) el acuerdo en el que no ha existido buena fe en la negociación y se ha priorizado la obtención de ventajas para la organización (o peor, sus dirigentes) antes que a los trabajadores que la componen;

f) los representados son privados de participación en las decisiones, desconocen el contenido del CCT y sólo llegan a enterarse por la prensa o porque el nuevo CCT se comienza a aplicar;

g) el planteo de disidencia de trabajadores no afiliados al sindicato de empresa frente al convenio suscripto y no homologado administrativamente y que han formalizado su disidencia con lo pactado sin haber sido atendidos o consultados;

h) establecimiento de cambios normativos convencionales con afectación de los contratos individuales de trabajo sin que los derechos afectados provengan de un CCT sino de la ley heterónoma.

Dirimir la cuestión significa que se impliquen las instituciones de la democracia sindical, el sistema de atribución de

⁴Existen sindicatos cuya afiliación es ínfima porque los trabajadores han optado por huir de sus filas, pero pueden negociar (por su personería gremial y el efecto *erga omnes* de los CCT) para toda una actividad o profesión.

representación sindical, los límites del orden público laboral, las potestades estatales y su poder de policía, la actuación jurisprudencial en el ámbito de las relaciones colectivas y hasta el conjunto del sistema de negociación colectiva. Hasta ahora, la protección del trabajador individual frente a la negociación colectiva concesiva, no ha tenido un amplio debate, aunque tiene tratamiento en la jurisprudencia. Se ha exigido en algún caso la ratificación personal de los trabajadores afectados.

En otros casos, se ha desestimado la personería individual del trabajador para cuestionar la constitucionalidad de un acuerdo homologado que modificó un rubro salarial al que se le quitó este carácter:

Las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo no parecen susceptibles de ser tachadas de inconstitucionales, pues su naturaleza es la de un contrato nacido de la concurrencia de voluntades de entidades que el diseño de la Ley 14.250 prevé sean suficientemente representativas de los sectores obreros y empresarios de la actividad y no constituyen ley en sentido formal.

Se agregó:

La impugnación de un convenio colectivo de trabajo debidamente formalizado, ratificado y homologado debe realizarse en el ámbito administrativo, mediante la interposición de los recursos pertinentes y tan solo luego de agotada dicha instancia, ser objeto de revisión judicial.

Adentrarse en estas especulaciones es difícil por herir susceptibilidades especialmente en el ámbito sindical cuando se cuestiona el modelo sindical y los procedimientos internos de configuración de la voluntad negocial colectiva. Sólo incipientemente suele abordarse tales posibilidades y no obstante que la OIT se ha ocupado del tema de la normativa sindical argentina.

En definitiva, la cuestión deberá ocupar a los sujetos negociadores en el futuro a los fines de evitar la litigiosidad de los trabajadores disconformes con el negocio colectivo. Sus antídotos son practicar más democracia y más participación en la negociación y la revisión la rigidez del modelo sindical argentino en cuanto a admitir la posibilidad de generación de nuevas y variadas formas de representación, intervención y participación.

7 IMPOSIBILIDAD DE DISPONER CONVENCIONALMENTE DE REGLAS DE ORDEN PÚBLICO

La Corte Suprema de Justicia de Argentina declaró, en el fallo “Díaz, Paulo Vicente c/Quilmes SA y Maltería”, 4.6.2013, la invalidez una cláusula de un convenio colectivo del sector de trabajadores cervecero mediante la cual se pactó el “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”, con carácter de “no remunerativo”. Basta con leer los boletines oficiales donde se publican las resoluciones de la Secretaría de Trabajo de Trabajo de la Nación para advertir la dimensión y continuidad que adquirió la inclusión de “no remunerativos” en el texto de los acuerdos salariales de los últimos años. Con el tiempo, comenzó a plantearse su inconstitucionalidad, nulidad o ilegalidad, según los casos y a verificarse su descalificación jurisprudencial⁵.

Se trató de un rubro pactado mediante el sistema de negociación colectiva con homologación por parte del MTESS. Vale decir, que medió la autonomía colectiva para su implementación y la normativa de las convenciones colectivas que opera en el plano de las relaciones laborales sobre la base de la habilitación constitucional a los actores sociales (arts. 14 bis 2do. párrafo). Los productos de ese

⁵Ver S. VII, CTCBA: “Jiménes Marta Isabel C/ Corujo, Analía Verónica” del 31.10.2011 y S. IX, CNAT, “Robles, Cintia Ada Raquel c/Citytech SA”, 29.2.2012 referidos a los no remunerativos pactados en el marco del CCT 130/75 para empleados de comercio (DT, Año LXXII, Nro. 6. P. 1544); S. VII, CTCBA, “Ludueña Jorge Damián c/ Libertad 150 SA”, 5.6.2012, sobre el CCT 389/04 de Gastronómicos, Rama Hoteles y Restaurantes y “Brizuela Carlos Alejandro c/ Italgas SA”, 20.11.2012, sobre las Res. 1010 y 1399 de la Secretaría de Trabajo que homologó los remunerativos pactado en el marco del los CCT Nro. 572/2007 y Nro. 592/2010 del para el personal de gas envasado.

actuar colectivo que se desliza sobre la base de la libertad sindical, producen acuerdos y convenios colectivos que se convierten en fuente del contrato individual de trabajo (arts. 1 inc. c LCT) e integran el orden público laboral irrenunciable e indisponible y sus reglas interpretación y aplicación (arts. 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15 y conc. LCT).

El dictamen de la procuradora de la Corte Suprema Marta Beiró de Gonzalvez del 20.10.2009, colocó correctamente los ejes argumentativos para resolver el caso “Díaz”. La supuesta disponibilidad de las partes en el ámbito colectivo se encuentra impedida por las normas legales (art. 7 de la LCT). Agregó:

Las disposiciones de las convenciones colectivas deben ajustarse a los preceptos que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de aquellas instituciones resulten más favorables a los trabajadores (art. 7º de la Ley de Convenciones Colectiva de Trabajo, N. 14.250).

La negociación colectiva implica conquistas y concesiones mutuas, avances y retrocesos. La cuestión de ingresos es el núcleo de las tratativas porque significa el elemento central de la distribución de ingresos en la actividad o profesión en que se negocia. Las pujas entre las partes, inclusive las relaciones de conflicto, llevan a que se arribe a fórmulas transaccionales en materia salarial. Es más, implican soluciones que evitan el conflicto y logran incrementos de los ingresos de los trabajadores. En este punto, no puede sospecharse que los sindicatos sean pasibles de imposiciones o decisiones unilaterales por parte de los empleadores como podría ocurrir en el caso de los vales alimentarios. Aquí actúa la autonomía colectiva aceptando una fórmula de acuerdo para mantener o restablecer la paz social y elevar los ingresos “de bolsillo” de los trabajadores representados en el sindicato que negocia.

Sin embargo, esa actividad alentada, loable y necesaria dentro del sistema de negociación colectiva y solución de conflictos socio laborales, encuentra un límite en el orden público laboral y de la seguridad social, el marco necesario de esta actividad autónoma. Concretamente, el rubro “asignación no remunerativa” no obtiene

respaldo ni es admisible desde las normas imperativas generales. En efecto, se trata de incrementos salariales que no cambian la naturaleza de contraprestación dineraria por el trabajo dependiente integrativa del sistema de protección del trabajador, especialmente en materia alimentaria dada la índole del salario, pero también y sin menor realce, en cuanto a los cálculos de los resarcimientos establecidos frente al despido y otros beneficios como las vacaciones, el sueldo anual complementario y el cálculo de las indemnizaciones por despido.

Tal como lo ha remarcado la CS el Convenio 95 de la OIT define el salario, como:

[...] la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo...debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.⁶

Este concepto debe ser analizado a la luz del art. 103 LCT que remarca una definición amplia, como toda “contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo”. La propia LCT establece las posibles excepciones en los arts. 103 bis en su redacción actual y 105 LCT. Las asignaciones o rubros “no remunerativos” no aparecen en tal enumeración ni siquiera por vía de una posible delegación o habilitación a la negociación colectiva.

La actividad estatal de control de legalidad y oportunidad se patentiza en una “homologación” que no cambia la sustancia autonómica ni la necesidad de que las CCT respeten el orden público laboral general. En concreto, no pueden transgredir el art. 7º Ley 14.250. La actividad homologatoria del MTESS no consiste en **heteronomizar** las reglas autónomas convencionales ya que ello significaría convertirlas en legislativas profesionales y esta función la detentan sindicatos y empresarios (art. 14 bis CN). Los productos de los conflictos colectivos,

⁶La referencia debe ser analizada conforme las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, según lo remarca la CS.

los acuerdos y convenios colectivos, pueden recibir el visado o control estatal, pero condicionado por las reglas del art. 7 Ley 14.250. Siempre queda la posibilidad del control de aplicabilidad y ejecutividad de las CCT como cuando, por ejemplo, afectan condiciones más favorables establecidas en los contratos individuales de trabajo, según lo indica el art. 8 de ese régimen⁷.

8 DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

De manera excepcional y explícita, la legislación puede delegar en la negociación colectiva disponer reglamentariamente sobre determinadas instituciones en particular.

A) Porcentaje de contratos de trabajo a tiempo parcial

El art. 92 ter de la LCT reglamenta de forma restrictiva y con mucho detalles los casos en que el empleador puede instrumentar contratos de trabajo a tiempo parcial, al que define:

[...] aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad.

Con una remuneración proporcional al trabajador de tiempo completo, no se pueden realizar horas extraordinarias.

Esa disposición indica:

Los convenios colectivos de trabajo determinarán el porcentaje máximo de trabajadores a tiempo parcial que en cada establecimiento se desempeñarán bajo

⁷ARESE, César. Derecho de la Negociación Colectiva, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2008 y Derecho de los conflictos colectivos, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2011.

esta modalidad contractual. Asimismo, podrán establecer la prioridad de los mismos para ocupar las vacantes a tiempo completo que se produjeren en la empresa.

Es un área de negociación más de disposición y en el marco de una reglamentación rigurosa.

B) Viáticos

En el art. 106 LCT se incluye esta norma:

Los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.

Sobre esta base, el convenio N. 422/05 suscripto entre el Sindicato único de Vigilancia y Seguridad Comercial, Industrial e Investigaciones Privadas de Córdoba (SUVICO) y la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad de Córdoba (CES) y la Cámara Argentina de Empresas Transportadoras de Caudales indica:

Cuarto. ‘Viáticos: De conformidad con el art. 106 de la LCT se establece la suma mensual de pesos doscientos (\$200) que equivale a la suma de pesos ocho (\$8.-) por día trabajado sobre una base estimada de veinticinco días por mes quedando el trabajador eximido de acreditar sus gastos con comprobantes’.

La validez de esta cláusula establece que un trabajador recibe una suma de dinero, no rinde cuentas y, sin embargo, no se considera remuneración a los efectos indemnizatorios, por ejemplo. La Sala Séptima de la Cámara del Trabajo de la Ciudad de Córdoba, en fallo del 19.3.2015 en “Contreras, Mauricio Cayetano c/ Securitas Argentina

S.A. - Ordinario - Despido - Expte. N. 234835/37”, consideró válida tal posibilidad desestimando su nulidad planteada por el trabajador despedido.

C) Prestaciones no remuneratorias especiales por crisis

El art. 223 bis de la LCT admite excepcionalmente, la aplicación de prestaciones no remuneratorias, con homologación de los pactos individuales o colectivos:

Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente u homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes N. 23.660 y 23.661.

Esta regla es coherente con los procedimientos de negociación colectiva de crisis y se aplican también, en algunos casos en que acuerda para los trabajadores a los que les restan años para acceder al beneficio previsional.

9 CONCLUSIÓN

La síntesis de lo expuesto es que el sistema de relaciones de trabajo se ha estructurado sobre la irrenunciabilidad y la indisponibilidad de derechos de orden público laboral de carácter general. A su vez, la negociación colectiva constituye un sistema de generación normativa complementario, suplementario o reglamentario, y no dispositivo

o sustitutivo de la legislación general indisponible. Los márgenes de disposición de normas convencionales prácticamente no existen en la práctica, aunque teóricamente se admitan en la teoría normativa. Solamente la negociación colectiva de crisis ha delegado la posibilidad de disponer temporariamente y mediante homologación administrativa de determinados derechos consagrados en convenio colectivo y, aunque puntual y excepcionalmente, la legislación concede márgenes de disposición a la negociación colectiva.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

APARECIDO, Jane Kelli.....	65
ARESE, César.....	86
BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel.....	7
GARMENDIA ARIGÓN, Mario.....	18
PEDRASI, Teresa Cristina.....	40

The background of the image features a minimalist abstract design. It consists of several concentric, curved bands that overlap each other. The colors used are light grey, black, and a vibrant red. These bands are positioned in two main groups: one group on the left side of the image and another group on the right side. The curves are smooth and create a sense of depth and motion.

ISBN 978-85-93326-02-8