

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA

LIBER AMICORUM
PROFESOR ANTONIO OJEDA AVILÉS

Juan Gorelli Hernández
Coordinador

53



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LIBER AMICORUM
PROFESOR ANTONIO OJEDA ÁVILÉS

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2014

© Los autores, 2014

ISBN: 978-84-616-9793-9

Imprime: ALP Impresores S.L.

Depósito Legal: SE 997-2014

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LIBER AMICORUM
PROFESOR ANTONIO OJEDA AVILÉS

Juan Gorelli Hernández
Coordinador

53



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO



Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
PRESENTACIÓN DEL HOMENAJEADO	15
GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ	
Los convenios colectivos en la II República Española	19
MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA	
La contrattazione collettiva nell'ordinamento dell'Unione Europea: un diritto da ricostruire	29
GIANNI ARRIGO	
La autonomía colectiva y la solución heterónoma del conflicto colectivo: el caso peruano	39
CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE	
The social purpose of EU law	49
ROGER BLANPAIN	
Negociación colectiva y arbitraje potestativo	55
GUILLERMO BOZA PRÓ	
Unas contradicciones del sistema de la negociación colectiva en Australia	61
ADRIAN BROOKS	
A comparative overview of the current status of collective bargaining	69
GIUSEPPE CASALE	

Il sogno ipnotico della flessibilità occupazionale e della riduzione delle tutele legali e contrattuali del lavoro come strumenti indispensabili per il rilancio dell'economia e dell'occupazione.....	79
UMBERTO CARABELLI	
An overview of collective bargaining in the United States (contribution to Liber Amicorum Prof. Antonio Ojeda).....	91
LANCE COMPA	
Representation of Workers' Interests outside Collective Bargaining.....	99
WOLFGANG DÄUBLER	
Ultraactividad agotada y aplicación empresarial selectiva del convenio fenecido.....	109
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL	
Los acuerdos de interés profesional de los <i>TRADE</i>.....	117
ANGEL LUIS DE VAL TENA	
Questioni problematiche sulle fonti del diritto del lavoro in Italia.....	129
ANTONIO DI STASI	
Mandato de igualdad de trato y prácticas de convenios colectivos en el trabajo temporal en Alemania.....	139
MAXIMILIAN FUCHS	
La negociación colectiva y su desaparición en Chile: entre neoliberalismo y neofeudalismo.....	147
SERGIO GAMONAL CONTRERAS	
Negociación colectiva, reforma laboral y participación institucional: a propósito de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.....	153
JUAN GARCÍA BLASCO	
Las comisiones en representación de los trabajadores que no tienen representación legal en la empresa o centro de trabajo a efectos de las consultas previas a los descuelgues previstos en el art. 82.3 ET.....	159
JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET	
Borrón y cuenta nueva en la ultraactividad. Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2013 (Nº 0149/2013).....	171
JORDI GARCÍA VIÑA	
L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo.....	179
EDOARDO GHERA	

La libertad sindical y las iniciativas voluntarias; el caso de Jerzees de Honduras	191
ADRIÁN GOLDIN	
El convenio colectivo aplicable en la transmisión de la empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma. La relevancia de la última reforma en materia de negociación colectiva	205
TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ	
El fin de la ultraactividad y efectos del vacío normativo convencional ...	215
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN	
El arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo	223
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
El deterioro de la negociación colectiva tras las últimas reformas	235
MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ	
The contritition of comparative law to understanding labour relations	243
BOB HEPPLÉ	
Auge y declive de la negociación colectiva en Venezuela	247
OSCAR HERNÁNDEZ ALVAREZ	
El deber de negociar de buena fe como límite a las facultades empresariales en la gestión de plantillas	255
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	
Decentralisation of collective bargaining and the financial crisis	265
ANTOINE JACOBS	
Sobre el contenido esencial del Derecho a la negociación colectiva	275
INMACULADA MARÍN ALONSO	
El conflicto entre autonomía colectiva y ley en la regulación del “descuelgue convencional”: ¿es el artículo 82.3 ET de “orden público económico-laboral”?	281
CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE	
La legitimación negociadora inicial en los convenios colectivos estatutarios	291
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo	309
ALFREDO MONTOYA MELGAR	

Negación de la negociación colectiva. La legislación y la práctica en Chile.....	325
EMILIO MORGADO VALENZUELA	
La prohibición de la UE contra la discriminación por edad y el papel de los agentes sociales.....	335
ANN NUMHAUSER-HENNING	
El papel y la eficacia de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en Italia después de las recientes reformas laborales.....	345
ANTONELLO OLIVIERI	
La “dissacrante” eredità di Gaetano Vardaro in tema di contratto collettivo.....	357
LUCA NOGLER	
El modelo desvirtuado de negociación colectiva del franquismo.....	365
MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ	
Negociación colectiva y arbitraje en el Perú.....	375
MARIO PASCO COSMÓPOLIS	
Sull'autonomia collettiva «evanescente»: variazioni critico-metodologiche.....	385
MARCELLO PEDRAZZOLI	
Los derechos sociales y la crisis económica mundial.....	397
ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO	
European and international social security law and collective agreements.....	403
DANNY PIETERS Y JORIS BEKE	
Breve repaso a la buena fe como garantía de la eficacia de la negociación colectiva.....	409
ROSA QUESADA SEGURA	
Intervención y autonomía en la negociación colectiva: una reflexión colectiva desde el modelo pluralista uruguayo de relaciones laborales.....	419
JUAN RASO DELGUE	
La negociación colectiva en tiempos de deudocracia.....	427
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
El procedimiento de negociación colectiva en los despidos colectivos.....	435
CARMEN SÁEZ LARA	

La negociación colectiva en los grupos de empresas.....	443
JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA Y JOSÉ LUIS GIL Y GIL	
La ultraactividad de los convenios colectivos.....	453
TOMÁS SALA FRANCO	
Negociación colectiva y excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos.....	471
CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	
Eficacia jurídica de los productos de la acción sindical transnacional...	479
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND	
La “ultraactividad” de los convenios y la Reforma Laboral de 2012.....	485
ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO	
De la negociación laboral de los negros y zambos del río Magdalena.....	501
MARCEL SILVA ROMERO	
Los euroacuerdos colectivos y el teletrabajo en la Unión Europea.....	511
ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ	
¿Hacia dónde va la negociación colectiva?.....	521
FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ	
In onore di Antonio Ojeda Avilés. Tecnocrazia versus democrazia nella Unione Europea? Invito per un dibattito.....	531
BRUNO VENEZIANI	
Grupos de empresas y negociación colectiva. Dos ejemplos de la evolución del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo fisiológico.....	537
ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO	
La dualización del mercado de trabajo y su impacto en los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva.....	545
HUMBERTO VILLASMIL PRIETO	
Perfiles jurisprudenciales del deber de negociar de buena fe durante el período de consultas del despido colectivo y su incidencia en la califica- ción del mismo: ¿Un divorcio entre la norma y su aplicación judicial?.....	553
CARMEN SOLÍS PRIETO	
Constitución, estructura y autonomía sindical en América Latina: el reino espurio de la Ley.....	561
ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS	

PRÓLOGO

Cuando hace unos meses se puso en marcha un libro homenaje a Antonio Ojeda con motivo de su jubilación, imaginé que coordinarlo sería una tarea agri dulce: de un lado el rechazo a la idea de que mi Maestro y mi amigo llegaba al final de una prolongada carrera académica; la tristeza ante la pérdida. De otro lado, la necesidad de festejar que esa persona ha venido desarrollando durante décadas la mejor de las tareas que imaginarse pueda: la de investigar, transmitir los conocimientos adquiridos y crear una escuela a su alrededor. Es cierto que Antonio ha cumplido de una manera ejemplar con sus funciones como Catedrático de Universidad, alcanzando los más altos niveles de calidad en la Universidad: ha sido y es uno de los pilares básicos de la doctrina laboral española, teniendo una proyección internacional que muy pocos docentes podremos alcanzar jamás. Se merece, por tanto, mucho más que este modesto homenaje.

Sin embargo, aún cuando haya razones más que sobradas para demostrar alegría por una labor tan fecunda como la que ha desarrollado Antonio, lo cierto, es que (debe ser mi naturaleza egoísta) cuando escribo estas líneas sólo me embarga un sentimiento: el de tristeza. Sinceramente es difícil asumir que la presencia benéfica de Antonio, se reducirá de una manera sensible en nuestra Facultad. He tenido la enorme fortuna de trabajar, codo con codo, con él durante 25 años. Durante este largo período de tiempo he tenido ocasión de conocerlo y de comprobar cómo nuestra relación personal ha ido evolucionando, desde la vinculación como Maestro, hasta llegar a ser mi amigo. En todo caso, no soy una excepción: a todos los discípulos de Antonio nos ha ocurrido lo mismo. Por eso, este maravilloso grupo de amigos y condiscípulos (al que jovialmente yo califico como “las niñas

de Ojeda”) sentimos el pesar y la tristeza de una cierta forma de pérdida. En estos años, he tenido la ocasión de vivir junto a él y al resto de compañeros, todo tipo de experiencias propias de la Universidad: a veces alegres, otras decepcionantes; pero Antonio siempre ha salido de ellas con una dignidad absolutamente envidiable: es el privilegio de ser una de las personas más íntegras y honestas que conozco.

Para quienes, como yo, somos sus discípulos, Antonio es un Maestro. Lo ha sido desde el principio. Su brillantez intelectual ha permitido iluminar nuestras vidas universitarias, ha sido siempre una guía que nos ha permitido desarrollar una fuerte actividad investigadora, a la que Antonio siempre ha concedido un lugar de privilegio entre los muy diferentes quehaceres del Profesor Universitario. El es un todoterreno del Derecho del Trabajo, pues ha cultivado todos los ámbitos de lo laboral. Así, es innegable su protagonismo en el Derecho Colectivo del Trabajo, donde negociación colectiva y libertad sindical son materias donde sus construcciones jurídicas están muy presentes; pero también ha cultivado el estudio de lo individual (la estabilidad en el empleo, la prevención de riesgos, el despido, etc); incluso ha protagonizado importantes estudios de Seguridad Social. Trabajar junto a un Maestro de estas dimensiones ha sido, a la vez, tanto un privilegio para poder formarnos, como un estímulo para intentar estar a la altura que él siempre nos ha exigido. Nos ha transmitido la necesidad de dedicación y esfuerzo, la curiosidad intelectual y la necesidad de convivir con la investigación como algo natural, como nuestro quehacer diario.

No ha sido nunca un Maestro monopolista, que ha pretendido limitar los contactos de sus discípulos con otros Maestros o escuelas. Al contrario, ha fomentado que seamos capaces de abrirnos a otros planteamientos y realidades. Nos ha animado a conocer más allá de lo que podía transmitirnos; y creo que en una Universidad como la nuestra (tan limitada por la pertenencia a una “escuela” –en la mayoría de los casos, una simple bandería de profesores–), esta es una de sus principales virtudes, que lo configura, no sólo como un verdadero Maestro, sino con un auténtico universitario: siempre dispuesto a analizar los planteamientos que vienen de fuera, aceptándolos sin considerar que ello sea una traición a ninguna de sus ideas.

Pero para nosotros, sus discípulos, Antonio es un amigo y nuestro compañero. Mucho más allá de una relación Maestro-discípulo, ha sabido integrarse como uno más en las vivencias de las personas con las que ha trabajado. Siempre ha sabido apreciar y recompensar el esfuerzo y la sinceridad. Recuerdo la primera vez que tuve ocasión de hablar con él, más allá del mero saludo respetuoso al Catedrático y Director del Departamento. Yo era un becario de colaboración o alumno interno del Departamento; estaba próximo a finalizar mis estudios de Licenciatura y barruntaba la posibilidad de quedarme en la Universidad. Debido a lo que hoy denominaríamos incremento de las necesidades productivas, el Departamento me solicitó que echase una mano con la organización de unos exámenes en lo que entonces era la titulación de Graduados Sociales, que se impartía en unas Aulas ce-

didias por la Facultad de Matemáticas. Acudí a la misma, y allí Antonio, en un receso, me preguntó mi opinión sobre un profesor que se presentaba como candidato a Rector de la Universidad de Sevilla. Le respondí en un sentido claramente crítico, señalando que la candidatura no me merecía mucha confianza, para lo que expuse diferentes razones. Pocos minutos después, un compañero que asistía a la conversación (y que nada hizo por desviarla, más aún, creo que disfrutó enormemente de la misma –miserias de la Universidad–), me informó de que Antonio formaba parte de esa candidatura. Como podrán imaginar, entendí que toda pretensión de quedarme en la Universidad y hacer una Tesis de Derecho del Trabajo se había evaporado. Sin embargo, al día siguiente Antonio me llamó a su despacho para plantearme que tenía interés por dirigirme la Tesis. Creo que la anécdota retrata muy bien a la persona. Por cierto, la candidatura perdió las elecciones.

Sin duda alguna Antonio se merece este homenaje. Por trayectoria y dedicación, por el derroche de energía en una institución que no siempre ha sabido agradecer sus esfuerzos. Por todo ello, sus amigos, le ofrecemos este volumen dedicado al estudio de la negociación colectiva. Se trata de un tema querido por Antonio, en el que tiene un papel protagónico; pero, además, es un tema de enorme actualidad. Al principio se trataba de un libro de unos pocos amigos, sobre todo sus discípulos. Sin embargo, apenas los colegas tenían conocimiento de la idea, se fueron multiplicando los que querían participar en el homenaje. Este dato evidencia el nivel de cariño que despierta Antonio entre la doctrina laboral; simpatía que alcanza a muchos lugares del globo: el lector encontrará aportaciones de amigos desde Sudamérica a Dinamarca; desde Finlandia hasta Australia, desde Estados Unidos hasta Italia. En todo caso, se que a Antonio le hubiese gustado contar con tres amigos, ya desaparecidos, pues tal como el propio Antonio ha tenido ocasión de señalar, los tres dejaron un importante poso en su corazón: me refiero a Gino Giugni (auténtico Maestro de Maestros), Massimo d'Antona y Ulrich Zachert. Estoy absolutamente convencido que de permanecer aún vivos, los tres hubiesen querido participar en esta obra; más aún, nada me hubiese extrañado si alguno de los tres hubiera tomado la decisión de ser quien organizarse este homenaje. Sirvan estas líneas para recordar a tres grandes laboristas que tanto incidieron en Antonio.

El elevado número de autores hizo que redujéramos las dimensiones de las aportaciones; pero creo que ha sido una buena idea optar por intervenciones cortas: se va al objeto de análisis de manera directa, sin tramas intermedias, facilitando la concreción de las ideas. De otro lado, aún teniendo como objeto el estudio de la negociación colectiva, existe una diversidad muy importante de aportaciones: encontramos tanto estudios centrados en la actualidad española, como trabajos históricos; también podemos encontrarnos intervenciones centradas en realidades jurídicas de países particulares; todo ello junto a estudios de la Unión Europea. Creo que el lector podrá disfrutar de la variedad de temas que ofrece este volumen. En todo caso, creo que este volumen tiene cosas muy buenas, todas ellas obra

de los coautores; si algo tiene de malo, es sólo imputable a quien suscribe este prólogo.

Es necesario dar las gracias a los autores, pues han realizado un notable esfuerzo de concisión, algo sumamente difícil para el profesorado de Universidad. También, gracias al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la persona de su Presidente, Don Ángel Javier Gallego Morales, que sin dudar un solo segundo, se sumó al homenaje en el mismo momento en que le pedí ayuda para la edición de este libro. Pero sobre todo, gracias a ti, Antonio; por todo lo que nos has dado. Con legítimo orgullo, tu discípulo, te da el mayor de los abrazos.

Juan Gorelli Hernández
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva
Discípulo de Antonio Ojeda Avilés

PRESENTACIÓN DEL HOMENAJEADO

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Conocí a Antonio Ojeda Avilés a mediados de la década de los sesenta del pasado siglo, cuando él culminaba con brillantez sus estudios de Licenciatura de Derecho y yo iniciaba, con la natural modestia inherente a la situación de un novel profesor ayudante, mi andadura en la carrera docente. En aquella ocasión, en la cual yo pretendía, no siempre con éxito, que los alumnos del último curso de Derecho Mercantil, captaran las ideas básicas que inspiran la inextricable disciplina de los títulos-valores, los principios a los que responde la regulación de las obligaciones y los contratos mercantiles y los trascendentales (calificativo que sin duda merecen en cuanto proyectan sus efectos sobre prácticamente todo el Ordenamiento) institutos concursales, Antonio evidenciaba ya unas excepcionales condiciones de jurista y una no común capacidad para captar el significado esencial de las normas y la repercusión de éstas sobre el complejo entramado de relaciones sociales en atención a las cuales vienen establecidas.

Los años de mi regreso a la Universidad de Maese Rodrigo dejando atrás dos de estancia en la *vecchia e dotta* de Bolonia fueron años de coexistencia con Antonio en el claustro de profesores de nuestra Facultad de Derecho, al cual el entonces joven profesor accedió muy tempranamente en condición de doctor como consecuencia del éxito obtenido en la defensa pública de una tesis redactada bajo la dirección de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y sometida a la valoración de un tribunal del cual formaron parte, junto a destacados laboristas, los profesores Alonso Olea, José Cabrera y el propio Miguel Rodríguez-Piñero (que a la sazón no estaban excluidos de los pertinentes tribunales los directores de las tesis cuyo enjuiciamiento les era encomendado), relevantes autoridades del Derecho Civil, los Catedráticos Juan Jordano y Alfonso Cossío, maestro éste, que por serlo mío quiero especialmente recordar, guía de generaciones de juristas, universitarios y letrados hispalenses y de toda España, figura ejemplar de la que cuantos hemos tenido el privilegio de recibir enseñanzas en las aulas y en la vida guardamos un recuerdo imborrable.

Fueron los que evoco años de grata memoria compartidos en el soberbio edificio de la Real Fábrica de Tabacos, a lo largo de los cuales nació y fructificó un mutuo afecto sin duda favorecido por el propicio marco de unos acogedores muros que, pese a su solemnidad, eran para nosotros familiares por su trato frecuente y de confianza, *entrañables* en una de las más hondas acepciones del término *familiar*: El especial apego de Antonio por aquella *Casa*, que por tal, por nuestra, la

titulábamos la mayor parte de los alumnos y de los profesores formados en ella, hogaño se ha puesto de relieve con ocasión del traslado de la Facultad a su actual sede de la Enramadilla, frente al cual ha librado una decidida y apasionada batalla para el mantenimiento en su tradicional morada de nuestro Centro, combate por desgracia a la postre estéril ante el cerrado criterio contrario sostenido a ultranza por las autoridades a cuya competencia venía atribuida la decisión final sobre el tema (y, por cierto, ¿quizá en la sucesiva ocupación por un Centro de estudios jurídicos de edificios en los cuales no resulta difícil encontrar un cierta conexión con el fuego se encierre algún secreto y último significado de estos estudios?).

Pero, aun cuando aquellos en los que nació lo que llegaría a ser una firme amistad fueron para él años de intensa participación en la vida de nuestra Universidad y, más allá de foso que antaño sirvió de cauce para el Tagarete, en la de nuestra sociedad toda, no lo fueron para Antonio de encierro en un ambiente localista, por universal que sea el de Sevilla, sino años en los cuales completó y compartió su formación como becario o profesor en Universidades e Instituciones científicas y sindicales de Roma, Madrid, Múnich, Huelva, Valladolid, California (Berkeley), Estocolmo (Arbetslivscentrum), Palermo, Trento, Bolonia (John Hopkins University), Florencia (Instituto Sindical Europeo),...

Por esas fechas los que habían venido siendo diarios o casi diarios encuentros entre nosotros se hicieron algo menos frecuentes, secuela inevitable de la *distantia loci* apreciable entre la Real Fábrica de Tabacos y el edificio de nueva planta construido en la Enramadilla, sobre un viejo solar anteriormente destinado a usos militares, para albergar a la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, de la que fui nombrado Catedrático y Decano. Pero ello no supuso de ningún modo, como tampoco lo supuso posteriormente mi desempeño de otros cargos académicos, particularmente el de Rector, o de funciones jurisdiccionales en el Tribunal Constitucional, obstáculo alguno para consolidar una amistad, basada en nuestra coincidencia esencial, no en una superficial uniformidad, sobre ideas y valores, en defensa de los cuales Antonio, conservando siempre sus propias e irrenunciables convicciones y posicionamientos ideológicos, me ofreció constantemente su valioso consejo y su leal apoyo.

Al corresponderme en los años de mi Rectorado asumir la Presidencia de la Junta de Gobierno del Hospital Universitario tuve ocasión de establecer una cordial relación con Teresa Florido, a cuya serenidad y buen sentido tanto debe Antonio. Ha sido ésta una relación que, por fortuna para mí, se ha conservado desde entonces, basada en un aprecio y un afecto recíproco; afecto que Teresa muchas veces me ha manifestado en su hospitalario hogar de Rota y que ha dado lugar en reciente fecha a la designación de una calle de Sevilla con mi nombre, lo cual representa una de las mayores distinciones otorgadas por nuestra Ciudad y que en mi caso constituye un honor que sin duda alguna debo directamente a la intercesión de la Concejal que promovió su concesión y mediatamente, ¿por qué no reconocerlo?, a la amistad de Antonio.

LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN LA II REPÚBLICA ESPAÑOLA

Manuel Álvarez de la Rosa
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

*Se fue en el viento,
volvió en el aire.*
(J.A. VALENTE, 2000, pág. 99)

1. EL FONDO COMÚN EUROPEO EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El estudio de los convenios colectivos pasa siempre por seguir el hilo azul de la esencia de su construcción jurídica. Esto es, su categoría jurídica siempre presente: la eficacia de lo convenido; o dicho de modo más exacto, la inderogabilidad del convenio frente a otros convenios o, singularmente, ante el propio contrato de trabajo. La reflexión sobre la eficacia del convenio continúa presente, en lo más vivo de la discusión, en la actual regulación española. Bueno será conocer los antecedentes de la estructura jurídica actual y, al tiempo, observar cómo en

su inicial conformación influyeron ideas aventadas en varios países europeos (Inglaterra, Alemania y Francia, en especial) y recogidas en la legislación española. De tal manera que el planteamiento de los problemas y sus soluciones están en la raíz, tienen que ver con lo resuelto en otros países lo que, una vez más, prueba el sustrato común que el Derecho del Trabajo tiene en toda Europa, en especial, con referencia al instrumento de composición del conflicto por medio de la negociación colectiva, que es producto de una dinámica evolutiva, a veces al margen de lo legislado. En todo caso, las relaciones colectivas de trabajo se desarrollan en relación directa con el impulso económico y con la propia industrialización. En toda Europa el contrato colectivo se presenta históricamente no solo como una mera regulación de las relaciones individuales de trabajo sino, muy especialmente, como señera manifestación de la libertad sindical, como expresión del ejercicio de la autonomía colectiva. El carácter evolutivo en que va concretándose el ejercicio de esa autonomía es, en esencia, la mayor dificultad a la hora de la búsqueda de la identidad jurídica del convenio. Fueron en verdad, infructuosos los esfuerzos de intentar adaptar, encajar, los pactos colectivos en categorías jurídicas predeterminadas tales como el contrato, el reglamento o una mezcla de ambos. No ha sido –ni lo es– fácil explicar las relaciones del convenio colectivo con la Ley ni su propia eficacia e inderogabilidad. El convenio, lo que aumenta si cabe las dificultades, es una institución siempre cercana, cuando no nuclear, al fenómeno sindical y a la propia regulación de la huelga. Será siempre útil distinguir en el seno del convenio las tres funciones que ya identificó H. Sinzheimer (Nogler, 1997, 25-28): la normativa, la obligacional y la jurídico social. Son partes inescindibles del convenio que actúan entre sí y que van desde la regulación expresa de las condiciones de trabajo a las relaciones entre los pactantes y a la observación de la influencia del convenio (de sus efectos) en las relaciones entre los propios componentes de cada organización firmante.

En España, la Ley de 27 de abril de 1931 (Gaceta del 28) fue la que primero reguló, de forma genérica, los pactos colectivos. Se promulgó en el bienio progresista de la II República española, entonces presidida por N. Alcalá Zamora, con M. Azaña de Presidente del Consejo de Ministros y como Ministro de Trabajo, F. Largo Caballero. La Ley de 1931 regula, con claridad y sistema, tanto el contrato individual de trabajo como los pactos colectivos. A estos los coloca, en el capítulo II, como una “limitación de la libertad contractual” individual, situándolos como el lugar donde la contratación de condiciones de trabajo puede darse con una mayor igualdad real. La Ley de 1931 también se refiere a otras manifestaciones de la negociación colectiva: a los denominados reglamentos de taller “elaborados de acuerdo con el personal interesado” (art. 64) y a las bases de trabajo y acuerdos de los Jurados mixtos, órganos de Derecho público de base profesional, donde las representaciones de empresarios y trabajadores regulan las condiciones generales de trabajo para oficios o profesiones determinadas e incluidas en grupos que clasifican la actividad productiva (arts. 9 y 11). En este trabajo solo me ocuparé

de los pactos colectivos de trabajo, aunque bien es cierto que tales pactos se desarrollaron encajados entre otras dos manifestaciones de la negociación colectiva, las bases de trabajo y los acuerdos circunstanciales intervenidos por autoridad pública que fueron utilizadas con mayor frecuencia que aquellos (Bayón Chacón, 1976, 77). Esta constatación no impide, antes al contrario, resaltar que la Ley de 1931 contiene una regulación de los convenios colectivos que encierra problemas y apunta soluciones entonces, y después, comunes en las regulaciones europeas de los Estados democráticos. Hasta tal punto que en España esa manera de regular los convenios desapareció en 1936 y volvió, con la democracia, cuarenta y cuatro años más tarde (Estatuto de los Trabajadores de 1980).

2. EL CONCEPTO DE PACTO COLECTIVO Y LA APARICIÓN DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

El artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 define al pacto colectivo de las condiciones de trabajo como *“el celebrado entre una Asociación o varias Asociaciones patronales con una o varias Asociaciones obreras legalmente constituidas para establecer las normas a que han de acomodarse los contratos del trabajo que celebren, sean estos individuales o colectivos, los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión a que aquellos y estos pertenezcan en la demarcación respectiva”*. Alcanzar esta fijación normativa fue producto de una larga maduración en la búsqueda de caminos, ensayados en otros países, pero acordes con la situación de renovación social, cultural y económica en la que se instalaba la II República española.

La legislación obrera española fue desde principios del siglo XX y en sus normas más sobresalientes, reconociendo pactos colectivos que las adaptaban a la realidad del sistema productivo. Así, la Ley de descanso dominical (Ley de 3-3-1904, Gaceta del 4), en su artículo 4, dio validez a los acuerdos bilaterales de los gremios o asociaciones que tengan existencia jurídica *“que adapten el descanso preceptuado”* (se repite en el art. 3 del Reglamento de 19/8/1904, Gaceta del 22). Por su parte, los artículos 2 y 6 de la Ley que regula la jornada mercantil de 4/7/1918 (Gaceta del 5) y los artículos 4 y 11 de su Reglamento provisional (RD 16/10/1918, Gaceta del 18), reconocen validez a los pactos colectivos que adapten o mejoren lo preceptuado por la norma. Son, claramente, manifestaciones de una nueva regulación de las condiciones de trabajo que coloca a los derechos de los trabajadores fuera del contrato de trabajo. No solo existieron en España pactos colectivos derivados de normas concretas, sino que desde la aprobación de la Ley de asociaciones de 1887 es posible observar un lento, pero continuo, desarrollo de soluciones negociadas en las comisiones paritarias que contaran con presencia de estructuras sindicales no anarquistas. Aparecen en la incipiente industria española (Gallart Folch, 1932, 183-189) y en el trabajo rural, en particular para finalizar

huelgas y para negociar en el seno de las Juntas Locales de Reformas Sociales (Rodríguez Labandeira, 1991, 225-240).

Aparece, pues, la regulación de la negociación colectiva con carácter genérico a partir de la referida Ley del Contrato de Trabajo de 1931. El pacto colectivo recae siempre sobre los derechos de una pluralidad de trabajadores que precisan dejar “la espontaneidad” para pasar a una estructura orgánica, de cierta permanencia, “el núcleo plural pactante” (Gallart Folch, 1932, 5). La ley de 1931 da un paso de gigante al reconocer como fundamento de la obligación de cumplir lo convenido no en cada trabajador o empresario afectado sino en el grupo pactante en sí mismo considerado, como una totalidad. Discurre la solución normativa por el camino de las corrientes entonces más modernas: se opta por no seguir anclados en la idea de que el único sujeto capaz de obligarse por un acto de voluntad es el individuo y se da el paso de reconocer al grupo sindical como representante capaz de negociar acuerdos en nombre de sus adheridos sin necesidad de la ratificación de estos. El trayecto que va de lo individual a lo colectivo no es inmediato ni lineal. El reconocimiento de la capacidad del grupo social para pactar sus condiciones de trabajo tiene siempre dos momentos; uno, referido al cese de la persecución del propio hecho sindical y, otro, a la aceptación social del pacto colectivo en sí mismo. En ambos momentos es precisa, necesaria, la presencia del Derecho para dar garantía y tutela a lo pactado. De esta manera la autonomía colectiva bilateralmente ejercida tiene la cobertura legal que permite al convenio manifestarse como norma reguladora de las condiciones de trabajo.

Resulta paradigmático que los pactos colectivos nacen, en la Europa continental, como solución a las huelgas planteadas. En especial, en Francia donde, en la historia misma del movimiento obrero, la huelga tiene un papel central. De tal manera que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo cumple la función de ser un camino, un puente, entre “el acuerdo de finalización de huelga” y “la convención sindical” que surja de lo negociado entre la patronal y el sindicato (C. DIDRY, 2001, 1281 y 2002, 74). De esta constatación se desprenden hechos sociales diferentes: el papel de la asamblea de trabajadores y el papel de los trabajadores organizados. Unir negociación con estructuras sindicales supone, no sólo la realidad misma de negociar condiciones de trabajo, sino también dotar a “lo sindical” de garantías y tutelas legales, en particular, la legitimación procesal para defender a los trabajadores en juicio. Así discurrió la historia de los convenios colectivos en Francia que cristalizó, como compromiso social posbélico, en la Ley de 4-3-1919 que formó parte del *Code du Travail* (Libro I, Título III, Capítulo IV bis, “*De la convention colective de travail*”) y que significó la entrada plena de lo colectivo en “un Estado de derecho capaz de dar una expresión pública a las luchas sociales” (DIDRY, 2001, 1282).

3. EFICACIA E INDEROGABILIDAD DE LOS PACTOS COLECTIVOS: SU REGULACIÓN EN LA LEY DE 1931

La anterior constatación evidencia que la primera cuestión debatida fue siempre la de la eficacia jurídica de lo convenido. Dejando a un lado la evolución conceptual que pasó de considerar lo pactado como contrato de mandato, gestión de negocios ajenos o estipulación a favor de terceros (Despax, 1966, 28-31), se llega a la consideración del “carácter normativo genérico” (Gallart Folch, 1936, pág. 151; la expresión del autor es fruto de su atenta lectura de la mejor bibliografía inglesa, francesa, alemana e italiana, Gallart Folch, 1932, 264-272). La regulación española de 1931 es producto de la cristalización de múltiples influencias que en la época eran moneda común en Europa y que merecen ser examinadas siquiera brevemente. Me refiero a los pioneros trabajos de los esposos WEBB, de Lotmar y de Sinzheimer más los avatares ya esbozados de la doctrina y legislación francesa.

Los esposos Webb, inaugurando, conscientemente, una nueva manera de realizar estudios sociológicos (Beveridge, 1948, 432), en el capítulo II de su famosa obra “*La democracia industrial*”, constatan la existencia de acuerdos que sobrepasan lo individual y regulan no solo “convenios de taller” sino, masivamente, las condiciones de miembros de un determinado oficio o de un sector industrial concreto, lo que supone “una pérdida de la libertad individual” y “una medida de obligatoriedad” que, inexorablemente, lleva a la sindicalización de estos acuerdos (S y B WEBB, 1897, 145-178). Los convenios colectivos (la autoría del nombre mismo se lo adjudica Beatrice Webb) no están considerados del mismo modo que un contrato, lo que no impide que sea un elemento básico para la decisión de una controversia que ha de dirimir el juez del *common law*. El convenio no desemboca necesariamente en un contrato, pero se incorpora a la regulación individual con un expediente judicial comprensible desde la óptica del Derecho inglés (Nogler, 1997, 5 y 6). La no consideración de los convenios colectivos como contrato tiene en Inglaterra mucho que ver con el método de negociación dinámica (*dynamic bargaining*; Palomeque López, Álvarez de la Rosa, 2013, 200). El efecto obligatorio se busca a través de considerar lo acordado como “una costumbre y práctica” (aplicación en suma) que es reconocido, como efecto automático, judicialmente (KAHN-FREUND, 1987, 223, 224, 242 y 246-248).

Sobre la eficacia del convenio, la aportación de P. Lotmar a principios del siglo XX es determinante. Este autor convierte en objeto de la ciencia jurídica al convenio colectivo. Así, el efecto del convenio (*Tarifvertrag*), su primera consecuencia, es la de integrarse en el contrato individual de trabajo, formando parte del mismo (Lotmar, 1900, 327-328). Significó tal reconocimiento el paso de un conjunto de normas que giran sobre algunas condiciones de trabajo y sobre los denominados “seguros sociales” a un derecho de base contractual (el nuevo contrato de trabajo)

y, al tiempo, a un derecho de los grupos sociales, a un Derecho colectivo del trabajo, solo posible cuando aparece la libertad de coalición, la libertad sindical. De tal forma que “las acciones comunes para la conclusión de un convenio colectivo son una manifestación vital de la coalición sindical” (Ramm 1984, 308). En suma, el derecho colectivo del trabajo se funda en un acuerdo al que llegan una pluralidad de sujetos (el sujeto sindical) con uno o varios empresarios cuyo carácter básico y esencial es que no puede ser derogado por el contrato individual del trabajo. Se centra, pues, toda la teoría del convenio colectivo en cómo buscar la eficacia que lo haga jurídicamente inderogable frente al contrato individual. Lotmar justificó la eficacia directa del pacto colectivo en el mandato con representación (o sin ella y luego ratificada), reconociéndole el carácter de inderogable por el contrato individual, ya de los actuales trabajadores ya el de los futuros del ámbito del convenio. El convenio colectivo es un contrato privado, pero no es un contrato de trabajo, ni un contrato preliminar ni una transacción. El convenio forma parte del contenido del propio contrato de trabajo (Lotmar, 1900, 362-376). Esta tesis la enriquece, en un brillante trabajo, el civilista italiano, G. MESSINA, que se pregunta por la naturaleza del *vinculum iuris* del pacto colectivo y lo busca en dos momentos, en el acuerdo interno de los componentes de la pluralidad sindical (*interna corporis*) y en la incorporación “física” de lo convenido colectivamente al contrato de trabajo (“se transfunde” en la contratación individual). La representación con la que actúan los sujetos pactantes dispensa de manifestar de nuevo su voluntad en cada contrato de trabajo. La incorporación del convenio al contrato mismo de trabajo supone que la reacción contra su incumplimiento, deberá atacarse con los remedios que tutelan al propio contrato de trabajo (MESSINA, 1904, 490, 491, 496, 498 y 503). Los convenios (la convención colectiva) van más allá de la propia idea de contrato, pero era precisa la intervención del legislador para establecer limitaciones a la libertad de contratar pues las “que no descienden de la Ley no pueden tener eficacia obligatoria”. Es preciso que la ley intervenga para dar eficacia automática a lo acordado (G. Messina, 1904, 513-514).

Desde el advenimiento en Alemania de la República de Weimar, la búsqueda del objetivo de conciliar unas relaciones “plurales” entre el Estado y el movimiento obrero es consustancial al propio movimiento político de la socialdemocracia. El cambio fundamental se produce “con el reconocimiento de las organizaciones de empleadores y de trabajadores como factores de producción jurídica” (Kahn-Freund, 1932, 227). El poder regulador de las asociaciones de empleadores (o de un empleador) y los sindicatos viene concebido como delegación del Estado a tales sujetos que, a través de convenios colectivos, incidan en la regulación de sus relaciones de trabajo; se “igualan” pues, el poder colectivo de los trabajadores y el poder de dirección del empresario. El legislador de Weimar interviene para atribuir al contrato colectivo, en un ámbito limitado de aplicación subjetiva, la capacidad de regular a las partes individuales (empresarios y trabajadores concretos), derechos y obligaciones recíprocos (Nogler, 1997, 42-47). El poder normativo de los sujetos colectivos nace de una atribución de la ley que logra, de esta forma, la eficacia in-

mediata y la inderogabilidad del convenio colectivo. La Ley republicana de 1931 sigue el camino trazado por Weimar influido por las corrientes estatistas. Así, no será válido el contrato que en perjuicio del trabajador sea contrario a “los pactos colectivos celebrados por las Asociaciones profesionales acerca de las condiciones del trabajo en sus ramos, industria y demarcación” (eficacia inmediata, art. 9.3) y, por su parte, los pactos colectivos establecerán las normas a que han de acomodarse los contratos de trabajo que celebran... “los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión a que aquellos y estos pertenezcan en la demarcación respectiva” (inderogabilidad de los convenios, art. 12).

4. SUJETOS LEGITIMADOS, DURACIÓN DE LOS PACTOS Y DEBER DE PAZ

En la construcción jurídica de la Ley de 1931, los sujetos colectivos pactantes han de ser, por parte obrera y por parte patronal, “asociaciones profesionales” (art. 12). Desde la perspectiva de los trabajadores, se trata de una estructura sindical, construida bajo el principio de la libertad sindical (art. 39 de la Constitución de la II República), cuya personalidad jurídica está legalmente reconocida y solo estas “asociaciones profesionales” pueden “intervenir, a los efectos oficiales en la celebración de pactos o contratos colectivos” (arts. 2,4 y 19.8 de la Ley de 8 de abril de 1932, Gaceta del 14). Con referencia a la representación empresarial, la Ley de 1931 la radica, exclusivamente, en las “asociaciones patronales” (también reguladas por la Ley 8-4-1932) y nunca en un empresario individual, ya tenga forma de persona física ya de persona jurídica.

La Ley de 1931 establece “la inmutabilidad de las condiciones de trabajo pactadas en una convención colectiva normativa durante todo el plazo de su vigencia” (Gallart Folch, 1932, 244). De ahí la importancia de saber qué duración tiene una convención colectiva: la ley de 1931, no fija el periodo máximo y establece, sin embargo, una duración mínima de los pactos colectivos que “será la de dos años”. La Ley de 1931 (arts. 12 y 91) garantiza la vigencia de lo pactado durante todo el tiempo de duración fijado. Establecer un periodo mínimo de duración cumple otra función: garantiza durante esos dos años un deber de paz. En efecto, durante ese periodo las condiciones de trabajo pactadas “no podrán ser modificadas por huelgas o “lock-outs” (art. 12), de tal manera que si se plantease alguna de esas dos medidas de conflicto para “mejorar o empeorar” las condiciones pactadas, podrá rescindirse el convenio colectivo y dar lugar a indemnizaciones de daños y perjuicios, de tal suerte, remacha la norma, que “mientras el pacto colectivo se halla en vigor, no podrá obligar condiciones distintas de las anteriormente contratadas” (art. 91). Se refiere a un deber de paz implícito en el convenio muy propio de la dogmática alemana de entre guerras y que, de esta forma, constituye “la causa del convenio mismo” (Ramos Quintana, 1993, 25).

5. ACUERDOS DE INAPLICACIÓN DE LOS PACTOS COLECTIVOS

El artículo 92 de la Ley de 1931 establece, la necesidad (“deberá estipularse”) de acordar acerca de los efectos de los pactos; esto es, si su contenido, puede o no “ser suspendido temporalmente por causas no previstas ni imputables al patrono”. Solo a través de este expediente, la Ley de 1931 establece el mecanismo que haga posible la inaplicación de lo convenido, de tal forma que el incumplimiento de lo pactado por alguno de los miembros de las asociaciones que han firmado el acuerdo supone “la responsabilidad civil consiguiente a las infracciones individuales o colectivas” (art. 62, Ley de 21-12-1931 y art. 20, Ley 8-4-1932).

Por otra parte, la regulación legal tanto de la inaplicación como de la duración de los pactos colectivos responde a una “exigencia conceptual” que obliga a hacer constar en los convenios la duración y el sistema de denuncia de lo convenido; el mecanismo para sus posibles modificaciones y la necesidad de crear una comisión tanto como garantía del cumplimiento del convenio como para su interpretación (MESSINA, 1904, 490). Si a estas tempranas y lúcidas precisiones, se le añaden la forma escrita y el registro ante la autoridad laboral, exigidos por el artículo 12 de la Ley de 1931, aparece el marco indispensable para el reconocimiento como tal de un convenio colectivo o, como modernamente se dice, su contenido mínimo.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN CHACÓN, G.: “La evolución histórica de la contratación colectiva en España” en *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1976.
- BEVERIDGE, W.: “Obituary. Sidney Webb (Lord Passfield) (1859-1947)” en *The Economic Journal*, vol. 58, núm. 231, septiembre, 1948.
- DESPAX, M.: *Les conventions collectives*, T. 7 del *Traité de Droit du Travail* (dirigido por G.H. CAMERLYNCK), París, Dalloz, 1992
- DIDRY, C.: “La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919” en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, núm. 6, 2001.
- DIDRY, C.: *Naissance de la convention collective. Débats juridique et luttes sociales en France au debut XXeme siècle*, Paris, EHESS, 2002.
- GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Barcelona, Bosch, 1932, reimpresión, con estudio preliminar de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2000.
- GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del Trabajo*, Barcelona, Labor, 1936.

- KAHN-FREUND, O.: “Der Funktionswandel des Arbeitsrechts” en *Archiv für Sozialwissenschaft und Socialpolitik*, 1932; cito por su traducción italiana, “Il mutamento della funzione del diritto del lavoro” en AA.VV. *Laboratorio Weimar. Conflitti e Diritto del lavoro nella Germania prenazista* (a cura de G. ARRIGO y G. VARDARO), Roma, ed. Lavoro, 1982.
- KAHN-FREUND, O.: *Labour and the Law*, London, S. Maxwell. Ltd, 3º ed., 1983; traducción de J. GALIANA MORENO, Madrid, MTSS, 1987.
- LOTMAR, P.: “Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern” en *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 1900; cito por la traducción del GAETA, en *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 22, 1984.
- MESSINA, G.: “I concordati di tariffe nell’ordinamento giuridico del lavoro” en *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, V. II, parte prima, 1904.
- NOGLER, L.: *Saggio sull’efficacia regolativa del contratto collectivo*, Milán, Cedam, 1997.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 21 ed., R. Areces, 2013.
- RAMM, T.: “I contratti di tariffa di PHILIPP LOTMAR: Introduzione” (traducción de GAETA. L) en *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 22, 1984.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: *El deber de paz laboral (su regulación en la Ley y en el Convenio Colectivo)*, Madrid, Civitas, 1992.
- RODRÍGUEZ LABANDEIRA, J.: *El trabajo rural en España (1876-1936)*. Barcelona, Antropos, 1991.
- WEBB, Sidney y Beatrice, *Industrial Democracy* New York, A. M. Kelley reprints, 1965 (edición original, Londres 1898, 1902, 1920), traducción de M. Ángel SIMÓN, Madrid, Biblioteca Nueva-Fundación Largo Caballero, 2004

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA: UN DIRITTO DA RICOSTRUIRE

Gianni Arrigo
Università di Bari

1. Nel redigere queste brevi note mi è tornato alla memoria un commento di Antonio Ojeda a margine di un Seminario di studi sul dialogo sociale europeo, organizzato quasi vent'anni fa da Gino Giugni, il cui senso era il seguente: “il lavoro, nella sua dimensione collettiva, è un fenomeno così dinamico, ampio e complesso da non poter essere misurato con gli ordinari strumenti del diritto comunitario”. Il senso di quella frase percorre alcune delle opere più recenti del Maestro (Ojeda Avilés, 2004, 2010 e 2013) e mantiene attualità e vivezza se confrontato con le vicissitudini recenti dei diritti collettivi nel contrastato processo d'integrazione europea. Da tempo, infatti, i diritti sociali collettivi sono al centro della tensione (anzi, della *tenzone*) tra l'affermazione di un *modello sociale europeo* che abbia come parti integranti il sostegno all'autonomia collettiva e la “garanzia dei diritti sindacali a livello europeo e nazionale” (come opportunamente precisa la Confederazione europea dei sindacati; CES, 2012), da un lato, e, dall'altro, le libertà di carattere economico, che un'algida giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE (di seguito CGE) ritiene prevalenti sui primi, complice l'ambigua formulazione dei diritti in parola nei testi fondamentali dell'Unione. Invero, per

quanto riguarda il diritto di organizzazione sindacale, l'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nota come Carta di Nizza), secondo una lettura restrittiva, che ne privilegia la proiezione di libertà individuale, riconosce e tutela una mera libertà di associazione, mentre la menzione del fine sindacale (cioè "il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi") avrebbe una funzione esemplificativa, a differenza del più incisivo riconoscimento della libertà sindacale contenuto nelle Costituzioni nazionali del secondo dopoguerra e nelle fonti dell'Organizzazione internazionale del lavoro e del Consiglio d'Europa (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, o CEDU e Carta sociale). A sua volta, il diritto alla contrattazione collettiva trova nel Trattato sul funzionamento dell'UE (di seguito TFUE) e nell'art. 28 della Carta di Nizza nozioni e garanzie asimmetriche rispetto a quanto in materia dispongono gli ordinamenti nazionali e poco coerenti tra loro. Tanto da consentire alla CGE di affermare (nella sentenza *Erny*, 28 giugno 2012, causa C-107/12, punto 50), che: "[...] sebbene dall'art. 152, 1° comma, TFUE, risulta segnatamente che l'Unione europea rispetta l'autonomia delle parti sociali, resta il fatto che, come enunciato all'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro, o delle loro rispettive organizzazioni, di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, deve esercitarsi nel rispetto del diritto dell'Unione", prim'ancora, par che dica, delle legislazioni e prassi degli Stati membri. Il doppio e contestuale rinvio al diritto sovranazionale e a quello nazionale, se non correttamente inteso, finisce col legittimare la costruzione per via giurisprudenziale di limiti tali da non fornire un'adeguata protezione nel caso in cui l'esercizio del diritto in parola appaia in contrasto *non* con diritti essenziali della persona ma con i principi del mercato interno. Comprova tale processo quella giurisprudenza della CGE (v. *infra*), che sottopone l'autonomia e l'azione collettiva ad uno scrutinio di legittimità aberrante rispetto ai principi costituzionali nazionali e pertanto distorsivo della *ratio* stessa dell'art. 6, par. 3, TUE, secondo cui "i diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

2. Lo sbilanciamento a favore delle libertà economiche, che la CGE, nelle sentenze qui di seguito menzionate, considera prioritariamente tutelate da norme precettive, rispetto alle quali i diritti sociali possono costituire dei limiti al loro esercizio, è -come noto- ben più grave di quello rappresentato nella giurisprudenza anteriore della Corte. In effetti, nella sentenza *Albany* (21 settembre 1999, causa C-67/96) la CGE aveva escluso in radice che i contratti collettivi conclusi al fine di conseguire obiettivi di politica sociale rientrassero nell'ambito di applicazione delle regole del Trattato CE (TCE) in materia di concorrenza applicabili alle imprese, contenute nell'art. 85, TCE (ora art. 105, TFUE). Di converso, nelle sentenze *Rüffert* (3 aprile 2008, causa C-346/06) e *Commissione c. Lussemburgo* (19 giugno 2008, causa C-319/06), ma ancor prima in *Laval* (18 dicembre 2007, causa

C-341/05), la CGE ha ritenuto contrarie, per vari motivi, alla Direttiva n. 96/71, sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, e all'art. 49, TCE (ora art. 56, TFUE) condizioni di lavoro stabilite da contratti collettivi o dalla legislazione dello Stato di distacco dei lavoratori, migliorative (in rapporto a quelle vigenti nello Stato della sede dell'impresa) e "ulteriori" rispetto alle materie nelle quali l'art. 3 della Direttiva prescrive che lo Stato dove i lavoratori sono distaccati -quale che sia la legge regolatrice del rapporto di lavoro- assicuri l'applicazione della propria legge.

In particolare, la Corte non ha debitamente preso in considerazione il principio del *favor lavoratoris*, riaffermato dalla Corte nella sentenza *Koelzsch* (15 marzo 2011, causa C-29/10, punto 46) che pure è generalmente ritenuto principio di ordine pubblico internazionale nell'ambito dei conflitti di legge relativi ai rapporti di lavoro, che conduce all'applicazione delle norme contenenti le condizioni più favorevoli al lavoratore ed è espressamente sancito dall'art. 3, par. 7 della Direttiva n. 96/71. Nella sentenza *Commissione c. Lussemburgo*, in particolare, la Corte ha inteso l'ordine pubblico -invocato dal Lussemburgo per giustificare l'applicazione della propria legge relativa, nella specie, all'indicizzazione dei salari minimi- come limite alla libera circolazione dei servizi (come delle altre libertà proprie del mercato interno), invocabile in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività, minaccia ritenuta dalla Corte insussistente; in altri termini, come un'eccezione (da interpretarsi in maniera restrittiva) alle libertà economiche motivata dallo svolgimento di un'attività pericolosa o pregiudizievole per tali interessi fondamentali. Di converso, nel caso della Direttiva n. 96/71, l'ordine pubblico è richiamato dall'art. 3, par. 10, il quale dichiara che nulla preclude agli Stati di applicare, in materie diverse da quelle contemplate al par. 1, condizioni di lavoro e di occupazione laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico. Esse, dunque, non coincidono con l'eccezione dell'ordine pubblico utilizzata dalla CGE, ma s'identificano con il limite, tradizionale nel funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, dell'*ordine pubblico internazionale*. Quest'ultimo, comprende, relativamente ai rapporti di lavoro, il già richiamato principio del *favor lavoratoris*, con conseguente applicazione della legge dello Stato di distacco, se più favorevole al lavoratore rispetto a quella dello Stato d'invio (o, eventualmente, di un terzo Stato) applicabile ai rapporti di lavoro (Villani, 2012, 30).

Le suddette pronunzie hanno suscitato perplessità di vario ordine e sostanza in una folta schiera di giuristi europei; esse rivelano una tendenza alla giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale, oltretutto riconoscendo al solo giudice dell'UE il compito di interpretare le nozioni e le garanzie previste nel diritto primario dell'UE e nelle costituzioni nazionali, relativamente al bilanciamento fra diritto del lavoro, diritto della concorrenza e libertà di stabilimento, peraltro mediante un approccio da *common law* piuttosto che da *civil law*. È lecito temere,

a tal proposito, che l'utilizzo da parte della CGE della Carta di Nizza come parametro di giudizio produca letture svalutative delle costituzioni nazionali (e delle protezioni dei diritti ivi previste, come ad. es. il diritto di contrattazione collettiva e il diritto di sciopero), che non dovrebbero essere consentite dagli art. 52 e 53 della Carta di Nizza, nell'ottica del costituzionalismo *multilivello* che tali norme indicano come criterio di orientamento nella scelta degli strumenti processuali e sostanziali di garanzia dei diritti. Difatti, gli artt. 52 e 53 dovrebbero obbligare il Giudice costituzionale nazionale a far valere le garanzie dei "controlimiti", al pari di quanto si prevede per il rispetto delle identità nazionali, politiche e costituzionali (Gambino, 2012, 8).

Riguardo ai denunciati timori, giova ricordare che l'asimmetria tra la garanzia delle libertà economiche accolta nei Trattati europei e i diritti fondamentali sociali come garantiti nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è in larga parte imputabile alla stessa Carta di Nizza, con la sua classificazione dei diritti in categorie di valori che, dietro l'innovazione apparentemente progressiva della collocazione allo stesso livello dei diritti fondamentali, rende più difficile ricostruire i criteri di bilanciamento fra i medesimi. Difatti, poiché tutti i diritti sono posti allo stesso livello, e sono quindi tutti diritti fondamentali senza distinzione, diventa più complicato desumere dalla Carta, e dalla sua "combinazione" col Trattato, una gradazione fra diritti e, pertanto, individuare dei principi prevalenti e caratterizzanti l'ordinamento costituzionale (atteso che la Carta si atteggia a testo "a valenza costituzionale"). "Una volta perduto le proprie basi testuali e il relativo tessuto argomentativo, l'equilibrio potrà essere giustificato solo in base alle diverse enunciazioni dei diritti allineati uno dietro l'altro, tutti egualmente fondamentali [...] Ne risulterà così un equilibrio 'libero', nel quale i termini saranno definiti -fino ad essere in gran parte forgiati- dallo stesso giudice" (Azzariti, 2011, 5). Ne conseguirebbe la rinuncia del diritto dell'UE di dotarsi di una *legge superiore*, così rinviando ad un problematico "bilanciamento fra valori" rimesso al solo dialogo fra il giudice dell'Unione e il giudice nazionale. In tal modo si finirebbe "per assegnare alle Corti il ruolo decisivo di determinazione dei diritti in base al criterio giurisprudenziale della 'proporzionalità' [...] una 'proporzionalità', però, invertebrata, perché liberamente utilizzabile in assenza di prescrizioni di sistema che siano in grado di orientare il giudice" (Azzariti, 2011, 9).

3. La denunciata asimmetria -nel parametro positivo e nella connessa garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali sociali- fra ordinamenti costituzionali nazionali e sistema giuridico dell'Unione sollecita l'individuazione dei limiti da opporre alla pretesa piena primazia del diritto dell'Unione sul diritto costituzionale nazionale delle libertà e dei diritti, come previsti nelle costituzioni nazionali. Si consideri il caso dello sciopero, coinquilino forzato della contrattazione collettiva nell'angusta dimora dell'art. 28 della Carta di Nizza. Chi rilegga (ancora una volta) la sentenza *Viking* (11 dicembre 2007 causa C-438/05), non fatica a constata-

re che la CGE, invece di ricercare un equilibrio fra le disposizioni costituzionali nazionali e quelle dell'Unione, ha portato alle estreme conseguenze il criterio di proporzionalità nella parte in cui ha indicato al giudice del rinvio pregiudiziale di valutare la proporzionalità dello sciopero con la garanzia dell'esercizio di una libertà fondamentale dell'Unione, e quindi di accertare se il sindacato “prima di avviare l'azione in questione [...] avesse esperito” ogni mezzo alternativo, se cioè poteva ricorrere a una misura meno estrema dello sciopero. In tal modo la CGE conferisce al giudice nazionale un potere di controllo che tocca le strategie stesse del conflitto sindacale, col rischio di riformulare il diritto di sciopero nei termini di *extrema ratio* anche in quegli ordinamenti, come quello italiano, in cui tale principio non esiste (quantomeno nel settore privato). È superfluo aggiungere che al giurista italiano un'operazione di tal fatta appare come un declassamento del diritto di contrattazione collettiva e del diritto di sciopero (garantiti rispettivamente, dall'art. 39 e dall'art. 40 della Costituzione italiana) a meri ‘interessi’, meritevoli di tutela solo “se non eccedono i limiti stretti imposti al loro esercizio dai criteri di adeguatezza e di proporzionalità” (Giubboni, 2009, 124).

Nel procedere a un bilanciamento tra libertà economiche dell'Unione e diritti sociali costituzionalmente garantiti, la richiamata giurisprudenza della CGE incorre in un grave errore logico, con riferimento all'art. 6, par. 1 del TUE e all'art. 28 della Carta di Nizza, laddove non considera i diritti sociali al pari dei diritti dell'uomo, com'è invece avvenuto con le sentenze *Omega* (14 ottobre 2004, causa C-36/02) e *Schmidberger* (12 giugno 2003, Causa C-112/00). Giova inoltre sottolineare come nelle pronunzie *Laval*, *Rüffert* ed altre apparentate non è solo il mancato riconoscimento del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva a rilevare, quanto il tipo di equilibrio fra questi due diritti e il diritto di stabilimento sancito nel Trattato. Da un siffatto bilanciamento consegue la degradazione dell'effettività della garanzia costituzionale riconosciuta al diritto di contrattazione collettiva e al diritto di sciopero, che tocca il rapporto stesso fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo nella materia dei principi e dei diritti fondamentali. Questi ultimi erano finora sottratti al primato pressoché assorbente del diritto dell'UE sulla base di un'argomentata giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali, che il Trattato di Lisbona avrebbe positivizzato nei suoi contenuti di garanzia con l'art. 4, par. 2 del TUE.

L'uso del condizionale è d'obbligo. È certamente possibile sostenere che attraverso il riconoscimento, nell'art. 4 del TUE, del rispetto delle identità costituzionali, i *controlimiti* non sono più una rivendicazione esterna al processo di integrazione, promossa dalle Corti costituzionali nazionali, ma trovano una propria qualificazione giuridica all'interno dello stesso ordinamento “unionista”, in tal modo venendo europeizzati, con potenziali effetti sulla composizione delle antinomie tra diritto dell'UE e diritto interno. Questa tesi era stata accolta dalla Corte costituzionale tedesca, che, in particolare nel *Lissabon Urteil*, aveva fatto leva

sull'art. 4, par. 2, del TUE, per giustificare il potenziale scrutinio, da parte sua, della normativa europea lesiva dell'identità costituzionale tedesca. Tuttavia, la CGE, sin dalle prime sentenze sull'applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE (*Commissione c. Lussemburgo*, 24 Maggio 2011, causa C-51/08; *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, 22 Dicembre 2010, causa C-208/09; *Runevič-Vardyn e Wardyn*, 12 Maggio 2011, causa C-391/09) non sembra aver interpretato il rispetto delle identità degli Stati membri come un *limite esterno* (dunque assoluto) al processo d'integrazione ma come un limite relativo, ovvero come un *interesse legittimo* dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela. L'esigenza di rispettare le identità nazionali -talora esaminata come una deroga autonoma, altre, invece, sussumta all'interno della deroga sull'ordine pubblico- non ha goduto di un trattamento preferenziale rispetto alle altre giustificazioni in materia di mercato interno. La CGE, difatti, ha esteso alla deroga relativa al rispetto delle identità nazionali taluni principi che tradizionalmente caratterizzano l'applicazione delle deroghe alle fondamentali libertà del mercato. In primo luogo, la CGE ha affermato che la deroga va intesa in senso restrittivo (*Commissione c. Lussemburgo*, 2011, punto 36) e che può essere invocata solo a fronte di una minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività (*Ilonka Sayn-Wittgenstein*, punto 86). In secondo luogo, secondo la Corte, la portata della deroga non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri ma è soggetta al controllo delle istituzioni unioniste (*Ilonka Sayn-Wittgenstein*, punto 86). In terzo luogo, la CGE ha affermato che la restrizione alle libertà del mercato deve essere proporzionata all'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale (*Ilonka Sayn-Wittgenstein*, punto 81 e *Runevič-Vardyn e Wardyn*, punto 83). Infine, la Corte ha statuito che lo Stato membro invocante la deroga ha l'onere di provare che gli obiettivi perseguiti non possono essere raggiunti attraverso misure meno restrittive delle libertà fondamentali (*Ilonka Sayn-Wittgenstein*, punto 90, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, punto 88 e *Commissione c. Lussemburgo*, 2011, punto 124). Trattasi, come si vede, di un test di proporzionalità assai stringente. In merito alla protezione dei diritti fondamentali a livello dell'Unione la Corte ha ricostruito i principi fondamentali dichiarando di desumerli dalle tradizioni costituzionali nazionali ma, di fatto, rielaborandoli in modo autonomo per applicarli ai rapporti e alle situazioni rilevanti per l'ordinamento unionista. Questi precedenti fanno temere che anche il rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri potrebbe assumere configurazioni e bilanciamenti in tutto e per tutto interni all'ordinamento dell'Unione.

4. Passati in rassegna i nodi critici (invero molti e consistenti), occorre individuare le vie (invero poche) su cui far transitare un'interpretazione adeguatrice dei diritti sociali collettivi, che risulti cioè conforme alle norme costituzionali interne oltre che alle norme comunitarie (e quindi al principio della doppia conformità) e sia pertanto riparatrice dei danni finora prodotti dalla giurisprudenza della CGE.

Una prima strada passa attraverso una rilettura dell'art. 28 della Carta di Nizza

fatta alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, i quali, secondo il vigente art. 6, par. 3, TUE “*fanno parte* del diritto dell’Unione in quanto principi generali”, locuzione senz’altro più incisiva di quella contenuta nel Trattato di Nizza, che implicava solo il *rispetto* dei menzionati diritti fondamentali. Un bilanciamento meno “sbilanciato” del diritto di contrattazione collettiva (e del diritto di sciopero) dovrebbe basarsi sull’accentuato carattere “multilivello” della tutela dei diritti fondamentali. Sull’interpretazione e applicazione di tali diritti potrebbero riflettersi i benefici di un richiamo agli standard più elevati di protezione derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, oltre che dalle tradizioni costituzionali comuni. A tal fine un contributo importante può derivare dall’attesa adesione dell’Unione europea alla CEDU, che comporta un necessario raccordo della Corte di Lussemburgo con la Corte di Strasburgo, in un’epoca in cui quest’ultima sembra più attenta della CGE ai diritti sociali fondamentali (Palladino, 2011, 272). Il riferimento è alle pronunce della Corte di Strasburgo sul diritto di negoziare e concludere accordi collettivi (si v., in particolare, le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo *Demir e Baykara c. Turchia*, del 12 novembre 2008, caso n. 34503/97 e *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, del 21 aprile 2009, caso n. 68959/01). In queste decisioni la Corte di Strasburgo ha qualificato il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi come contenuto essenziale della libertà sindacale garantita dall’art. 11 della CEDU, con la conseguenza che una restrizione di tali diritti deve essere ridotta e proporzionata, ricadendo l’onere della prova di legittimità sul soggetto giuridico che intende limitarli. In sostanza, l’operazione di bilanciamento svolta dalla Corte di Strasburgo pone i termini di tale bilanciamento in posizione opposta a quella adottata dalla CGE. Infatti, a tacere del fatto che la verifica del margine di apprezzamento è solo l’ultima delle operazioni che la Corte di Strasburgo compie, quest’ultima, secondo una corretta interpretazione della CEDU, parte dal diritto da proteggere, e poi considera in quale misura esso possa subire delle limitazioni e a quali condizioni. La Corte di Lussemburgo, al contrario, individua il primo termine di paragone nella libertà economica prevista dal Trattato. Libertà che può essere limitata solo in presenza di superiori e giustificate ragioni di pubblico interesse (*Commissione/ Germania*, 18 luglio 2007, causa C-490/04), si tratti anche di proteggere un diritto fondamentale della persona.

Un lettore ottimista e fantasioso direbbe che se una vicenda analoga a quella nota come *Laval* fosse approdata alla Corte di Strasburgo, difficilmente si sarebbe conclusa nel senso delle legittimità, rispetto alla CEDU, di una compressione del diritto di azione collettiva, mancando nella fattispecie una base legale che espressamente prevedesse una limitazione del diritto di sciopero, o comunque di azione collettiva. Un osservatore più realista dell’esperienza europea può solo sperare che le affermazioni dei diritti sociali collettivi in ambito CEDU producano benefici

effetti sulla giurisprudenza della CGE¹ grazie al coordinamento che conseguirebbe all'adesione dell'Unione alla CEDU ed al vincolo interpretativo posto dal *cit.* par. 3 dell'art. 52 della Carta di Nizza. In questo modo, il dialogo tra la Corte CEDU e la Corte UE potrebbe valorizzare quel complesso di norme di rango primario contenute nei Trattati (TUE e TFUE) e nella Carta di Nizza che costituiscono il "mandato sociale" dell'Unione (come ricorda l'Avvocato generale Cruz Villalón al punto 52 delle conclusioni del 5 maggio 2010, in causa C-515/08, *Dos Santos Palhota e altri*), il quale non interessa solo l'ambito delle libertà individuali. L'adempiimento di quel mandato sociale potrebbe contribuire a liberare i diritti sociali collettivi dal letto di Procuste in cui sono costretti dalla loro improvvida connotazione come deroghe alle libertà economiche, e ad incrementare il grado di effettiva tutela dei diritti stessi, o quanto meno a scongiurare il rischio di un processo di destrutturazione dei diritti di azione collettiva che l'UE stessa pur accoglie -almeno formalmente- come parte del proprio patrimonio valoriale.

Tuttavia, proprio in considerazione dell'algido orientamento della Corte di Giustizia sui diritti collettivi, l'aspettativa di un loro progresso non può dipendere dall'evoluzione della sola giurisprudenza, che peraltro ha svolto un ruolo importante in altri settori del diritto sociale. Com'è noto, nella definizione delle politiche europee che rendono effettivo l'esercizio dei diritti in parola, le istituzioni europee e nazionali svolgono un ruolo primario, i cui risultati non sempre soddisfano sul piano del contenuto e del metodo, come non mancano di segnalare le Parti sociali, coinvolte nel processo normativo solo a certe condizioni e con vari limiti procedurali. Qui s'inserisce il dibattito sulla proposta di regolamento "Monti II" ("Proposta di Regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi": COM(2012)130 final, del 21.3.2012), opportunamente ritirata dalla Commissione nel settembre del 2012 per l'improbabilità che essa potesse trovare sufficiente consenso nel Parlamento e nel Consiglio europeo. Quella proposta, per l'approccio e il metodo adottati, interessa la stessa contrattazione collettiva e fornisce spunti utili alla nostra indagine. Ciò che si evince dalla fallita proposta è che un provvedimento di diritto derivato non può essere lo strumento utile a risolvere i problemi originati dal processo d'integrazione del mercato unico ed aggravati da una giurisprudenza della CGE socialmente apatica. Non lo è strutturalmente perché quei problemi trovano la loro origine nel testo dei Trattati e della Carta di Nizza. La sola via, certamente stretta e in salita, per risolverlo in modo da scon-

¹ Nel frattempo, è la Corte di Giustizia che tenta di ridimensionare la portata dei principi CEDU adattandoli ai propri parametri, come si evince da alcuni passaggi della sentenza *Heath c. BCE* (Tribunale della Funzione Pubblica, 29 settembre 2011, causa F-121/10, punto 121). Qui la CGE fornisce una lettura "combinata" dell'art. 11 della CEDU e dell'art. 28 della Carta di Nizza affermando che tanto l'art. 11 quanto l'art. 28 "se da un lato consacrano il diritto alla libertà di associazione, che include il diritto dei lavoratori di costituire dei sindacati per la difesa dei loro interessi economici e sociali, non comportano l'obbligo di instaurare una procedura di negoziazione collettiva o di conferire ai suddetti sindacati un potere di codecisione ai fini dell'elaborazione delle condizioni d'impiego dei lavoratori".

giurare una progressiva degradazione dei diritti sindacali passa per la revisione di quel testo in modo da riconoscere che il rapporto tra autonomia collettiva e libertà economiche non si configura nei termini di una loro equiparazione ma di una “primazia” della prima sulle seconde (Orlandini, 2012).

BIBLIOGRAFIA

- AZZARITI, G.: “Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell’Unione Europea”, *www.europeanrights.eu*. 2011,
- CES: “Risoluzione *A Social Compact for Europe* adottata dal Comitato esecutivo della Confederazione europea dei sindacati (Ces) nella riunione del 5-6 giugno 2012, in *EURONOTE*, 1 Ottobre 2013.
- GAMBINO, S.: “I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo”, in *federalismi.it* n. 24/2012
- GIUBBONI, S.: “Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato”, in *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea* (a cura di A. Andreoni e B. Veneziani), Ediesse, Roma, 2009.
- GUARINO G.: “Le novità del Trattato di Lisbona: art. 6.3 e integrazione dei sistemi. Suggestioni brevi per una riflessione critica”, in *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità* (a cura di Zanghi, C -Panella, C.), Giappichelli, Torino, 2010.
- OJEDA AVILÉS, A.: “Eficacia de los convenios colectivos europeos”, in *La negociación colectiva en Europa*, MTAS, Madrid, 2004.
- OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2010
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant Lo Blanch, 2013
- ORLANDINI, G.: “La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell’Europa post-Lisbona”, *www.europeanrights.eu*, 5 luglio 2012
- PALLADINO, R.: “I diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nell’ordinamento europeo: il ‘cittadino lavoratore’ tra logiche di mercato e tutela dei diritti sociali fondamentali”, in *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*” (a cura di Triggiani, E.), Cacucci, Bari, 2011.
- RAIMONDI, G.: “Diritti fondamentali e libertà economiche: l’esperienza della corte europea dei diritti dell’uomo”, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, (a cura di C. Salvi), Giappichelli, Torino, 2012
- VILLANI, U.: “La politica sociale nel Trattato di Lisbona”, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n° 1/2012.

LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y LA SOLUCIÓN HETERÓNOMA DEL CONFLICTO COLECTIVO: EL CASO PERUANO

Carlos Blancas Bustamante
Profesor Principal

Universidad Pontificia Católica del Perú

Una de las características singulares del Derecho del Trabajo, consiste en reconocer, al lado de los conflictos jurídicos o de derecho, la existencia de los conflictos económicos o de intereses. En estos, a diferencia de los jurídicos, la divergencia no se produce en relación a la aplicación o interpretación de una norma pues esta no existe, de modo que el conflicto gira en torno a los intereses contrapuestos de ambas partes, por lo cual su posible solución consistirá en que estas lleguen a un acuerdo, en cuyo caso crearán una norma que lo materialice (Alonso García 1981: 613).

Estos conflictos, típicos del Derecho Laboral, tienen, necesariamente, una dimensión colectiva pues lo que está en juego es la aspiración de los trabajadores, representados por los Sindicatos, de mejorar sus ingresos y condiciones de empleo para lo cual los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho a la negociación colectiva, el que, además, se encuentra amparado por el Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS ECONÓMICOS

Los conflictos colectivos económicos se expresan, y deben encontrar su solución natural, en la negociación colectiva. En la negociación colectiva se patentiza la divergencia de intereses que caracteriza las relaciones entre empresarios y trabajadores, por lo que la solución del conflicto debe encontrarse en la misma negociación, mediante el acuerdo de las partes o, de no ser posible este, acudiendo a otros procedimientos, que deben ser respetuosos del principio de autonomía colectiva en la cual aquella se basa, principio que se concibe como “(...) un fenómeno de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos” (Giugni 1983: 137), esto es el derecho de las partes sociales a regular sus propias relaciones sin la intervención del Estado.

Por ello, en el Derecho Laboral, se admiten dos formas de solución de los conflictos económicos, a saber:

- La AUTOCOMPOSICIÓN, basada en el arreglo directo del conflicto por las propias partes; y
- La HETEROCOMPOSICIÓN, por la cual el conflicto es resuelto por un tercero, ajeno a las partes, pudiendo distinguirse a su vez entre la heterocomposición forzosa y la heterocomposición voluntaria (Ojeda Avilés 1995: 564-566), según que la intervención del tercero se produzca por disposición de la ley o por acuerdo de las partes.

Para contribuir a la solución del conflicto, existe un elenco de procedimientos que la praxis social ha legitimado y que las normas internacionales y los ordenamientos nacionales fomentan. Estos son, básicamente, la conciliación, la mediación y el arbitraje. La conciliación y la mediación son mecanismos de autocomposición del conflicto en la medida que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución corresponde a las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, ambos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto coadyuvar a las partes a encontrar el acuerdo que no han podido lograr por sí solas, teniendo dicho tercero un mayor grado de intervención y protagonismo en la mediación que en la conciliación, pues en aquella puede llegar, incluso, a proponer fórmulas de solución.

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un típico mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto las partes someten a un tercero, ajeno y neutral, el diferendo para que este lo resuelva. En este caso, la decisión del árbitro es vinculante para las partes, que, por ello, están obligadas a acatar su laudo. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de “solución”, definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social.

En materia laboral, aplicando categorías comunes a otras ramas del Derecho, pueden identificarse tres clases de arbitraje: *el voluntario o facultativo, el obligatorio y el potestativo.*

a) El *arbitraje voluntario*, como en general en el Derecho privado, tiene como origen la común voluntad de las partes de someter la controversia a la decisión de un tercero y de decidir quién es ese tercero. Por ello, la legitimación de este para dictar una solución vinculante para las partes radica, precisamente, en la manifestación de voluntad de ambas, la cual lo inviste de la potestad de dirimir el conflicto, con efectos vinculantes para éstas.

En el Derecho Laboral, además del arbitraje voluntario *puro*, se admite el arbitraje *voluntario institucional* (Alonso Olea 2001: 1064). En el primero, las partes no sólo adoptan la decisión de someter el diferendo al arbitraje, sino que deciden qué persona o institución lo realizará, o la propia conformación del órgano arbitral (arbitraje unipersonal o colegio arbitral), tal como sucede en el derecho civil y comercial; mientras que en el arbitraje *voluntario institucional*, si bien las partes retienen la facultad de decidir someterse el conflicto al arbitraje, una vez tomada la decisión, el arbitraje, necesariamente, queda a cargo de un órgano arbitral preestablecido, de carácter público, el cual, según los ordenamientos, puede ser la Administración del Trabajo o Tribunales o cuerpos colegiados creados por el Estado para ejercer esta función, con el objeto de facilitar a las partes recurrir a este mecanismo al contar con órganos establecidos para ello (Ojeda Avilés 1995:565). En este tipo de arbitraje, de un lado, las partes carecen de la facultad de elegir y conformar el ente arbitral, pues este se encuentra ya constituido y, del otro, el arbitraje se presenta como un “servicio” estatal que se encuentra a disposición de los actores sociales.

b) El *arbitraje obligatorio* es aquel que se realiza prescindiendo de la voluntad de las partes —e, incluso, contra ésta—, pues una vez producido el desacuerdo definitivo de éstas, el conflicto es sometido *ex lege* al arbitraje, habitualmente a cargo de un autoridad pública o de un órgano arbitral público preestablecido. Esta modalidad obedece a la idea de que el Estado debe resolver el conflicto laboral, cuando las partes no lo han hecho, a fin de garantizar la paz social, siendo empleado, frecuentemente, en caso de huelgas prolongadas o que afectan sectores neurálgicos o servicios esenciales. No obstante, el Comité de Libertad Sindical de la OIT, considera que el arbitraje obligatorio sólo es admisible respecto de los conflictos laborales que tengan lugar en el marco de los “servicios esenciales”, que son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población. Fuera de este supuesto, el arbitraje obligatorio es considerado contrario al Convenio 98 de la OIT (OIT 2006:211). Con criterio más flexible, otro órgano de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, opina que en el caso de negociaciones “prolongadas e infructuosas” puede justificarse la intervención de las autoridades “cuando es obvio que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de las mismas” (OIT 1994: 124).

c) Finalmente, el *arbitraje potestativo*, al cual califica como *solución procedimental rogada* Alonso Olea (2001: 1000) es una clase de arbitraje que tiene lugar

a petición de una de las partes, por lo cual la otra queda vinculada al arbitraje. La lógica de esta modalidad, consiste en dar a los trabajadores o Sindicatos, la opción, una vez frustrada la negociación directa entre las partes, de optar por el ejercicio del derecho de huelga y, por esta vía, presionar al empleador para que efectúe concesiones que permitan solucionar el conflicto, o someter la controversia a un tercero. En este caso, también la necesidad de procurar la paz social y evitar situaciones de conflicto abierto, como la huelga, llevan a adoptar este mecanismo, el cual, en el peculiar contexto de las relaciones laborales, tiene una justificación que fuera de aquel no existe. Es necesario subrayar, al respecto, que, a diferencia de las contiendas civiles o comerciales, que afectan a un círculo limitado de personas naturales o jurídicas, los conflictos colectivos laborales tienen una trascendencia social, que supera el ámbito del grupo o sector laboral comprendido en aquel. Piénsese, por ejemplo, que la realización de una huelga, ante la falta de mecanismos de solución del conflicto termina, en muchos casos, por afectar a terceros ajenos a éste.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT considera que esta clase de arbitraje -a iniciativa de una de las partes- puede admitirse, por excepción, cuando se trata de la primera negociación entre las partes (OIT 1994: 123-124).

2. LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE LOS CONFLICTOS LABORALES Y EL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El Artículo 28° inciso 2 de la Constitución peruana señala que el Estado “Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.” Interpretando esta norma, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada.

En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje. (STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.35).

El hecho de que la Constitución indique que el Estado debe “promover” la solución pacífica de los conflictos colectivos, ha merecido, también, la interpretación del Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que:

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:

- *Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.*

- *Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.* (STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.35).

De este modo, el uso de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, tiene por objeto que los conflictos laborales no se mantengan abiertos durante largos períodos, afectando la paz social, y, asimismo, que las partes de la controversias satisfagan, cuando menos de forma parcial, sus pretensiones.

En este marco, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante TUO-LRCT) establece en su artículo 61° el arbitraje, como medio de solución de las controversias laborales relativas a la negociación colectiva. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de “solución”, definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción, subyacente en la Constitución, de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social. En tal sentido, es evidente que la posibilidad de que el arbitraje como medio de solución de la negociación también fracase debido al desacuerdo de las partes respecto a someter el conflicto a éste, resulta claramente contraria a lo establecido por el artículo 28.2 de la Constitución, que impone al Estado del deber de “promover la solución pacífica de los conflictos laborales”.

3. EL ARBITRAJE “POTESTATIVO” EN EL TUO-LRCT

Las normas que regulan la forma de someter el conflicto al arbitraje están recogidas en los artículos 61° a 63° del TUO-LRCT, los cuales indican que de no haberse llegado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, “podrán las partes someter el diferendo a arbitraje” (art. 61°), pero, sin embargo, se reconoce a los trabajadores la facultad de “alternativamente, declarar la huelga” (art. 62°), puntualizando, no obstante, que en el desarrollo de la huelga aquellos podrán proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje “en cuyo caso se requerirá la aceptación del empleador” (art. 63°).

A su vez, el Reglamento de la ley (Decreto Supremo N° 011-92-TR), ha precisado que conforme al artículo 61° de aquella “cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje”, salvo que los trabajadores opten por ejercer, alternativamente, el derecho de huelga (art. 46°); asimismo, establece que cuando los trabajadores en huelga soliciten someter el conflicto a arbitraje, se requiere la aceptación escrita del empleador, el cual debe dar respuesta dentro de 3 días, pues en caso contrario se entenderá que aceptó dicha propuesta. Para que se inicie el arbitraje la huelga debe ser depuesta.

Esto quiere decir que, fracasada la negociación la parte sindical debe optar entre: el arbitraje o la huelga, es decir, la solución pacífica o la solución de fuerza. No existe discusión alguna acerca de que la huelga es un derecho fundamental,

pues así lo reconoce el artículo 28° de la Constitución, por lo que la eventual opción de los trabajadores por la huelga representa el ejercicio legítimo de un derecho. Sin embargo, es obvio, que la huelga no forma parte del elenco de “soluciones pacíficas” del conflicto laboral a que se refiere el numeral 2 del precitado precepto constitucional, en la medida que significa el agudizamiento y radicalización del conflicto laboral, situación esta que, precisamente se quiere evitar al ofrecer a los trabajadores la posibilidad de someter el diferendo a una autoridad imparcial que pueda establecer una solución final del mismo. En forma alguna resulta posible interpretar, por consiguiente que cuando el artículo 28.2 de la Constitución establece que el Estado “*promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales*”, ello significa que, también debe “promover” la huelga. Es evidente que este deber promocional se circunscribe a los mecanismos conocidos de “solución pacífica”, esto, es, la conciliación, la mediación y el arbitraje, pues a tenor del juego entre la oración inicial y los tres incisos del artículo 28° de la Constitución se puede establecer lo siguiente:

- El Estado “*reconoce*” y “*garantiza*” la libertad sindical.
- El Estado “*reconoce*” y “*fomenta*” la negociación colectiva y “*promueve*” formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
- El Estado “*reconoce*” y “*regula*” el derecho de huelga.

De esta manera, el Estado reconoce el derecho de huelga, pero no lo promueve –sólo lo regula– precisamente porque no lo considera incluido dentro de las “*formas de solución pacífica de los conflictos laborales*”. Estas sí debe promoverlas, precisamente para evitar que los conflictos laborales se agudicen y radicalicen como sucede cuando se declara la huelga. Esto demuestra, entonces, que al atribuir al Estado el deber de promover “formas de solución pacífica de los conflictos laborales”, el constituyente pretende que se activen y ofrezcan todas las posibilidades conocidas de solución de éstos, sin llegar a la medida de fuerza en que la huelga consiste. Es una conclusión obvia, perfectamente razonable y que obedece al interés del Estado de fomentar la paz social.

De esto se debe concluir, que la posibilidad de recurrir a dichas “formas de solución pacífica” debe ser viable y eficaz, esto es, que tales mecanismos se encuentren a disposición de las partes y que estén dotados de la aptitud de resolver el conflicto. Ello es particularmente predicable del arbitraje, en cuanto en éste la solución del conflicto ya no depende de la voluntad de las partes –como en la conciliación o mediación– sino de un tercero, al cual se ha sometido la controversia.

Como se puede apreciar, el arbitraje, previsto para la solución definitiva de las negociaciones colectivas, –cuando estas no se solucionan en la negociación directa– posee características singulares, siendo la más importante de ellas, el hecho de que se presenta como una opción alternativa al derecho de huelga. En este sentido, corresponde a los trabajadores, elegir entre la huelga o el arbitraje cual es la vía más eficaz para resolver el conflicto. De optar por la huelga ya no podrán, en prin-

cipio, recurrir al arbitraje pues, como lo precisa el artículo 63° del TUO-LRCT, si luego de ejercer esta opción deciden someter el conflicto al arbitraje, esta decisión requiere la aceptación del empleador. En esta hipótesis, –es decir, en la del desistimiento de la huelga para optar por el arbitraje– la ley exige la expresión de la voluntad concurrente del empleador, por lo que no bastará que los trabajadores se desistan de la huelga y pidan el arbitraje para que este tenga lugar, sin la anuencia del empleador. Sin duda, en caso de aceptar éste, el arbitraje será voluntario.

Otra característica del arbitraje en la negociación colectiva, es que, como resultado de la interpretación sistemática de las normas de la ley (arts. 61° a 63°) especialmente la correlación entre los artículos 61° y 63°, aquel se configura como un arbitraje “potestativo”, en el sentido de que la decisión de someter el conflicto al arbitraje corresponde a cualquiera de las partes.

Este arbitraje es distinto, por consiguiente, del arbitraje “civil o comercial”, e incluso del previsto en el derecho laboral para la solución de los “conflictos jurídicos”, el cual requiere el acuerdo de partes. En la negociación colectiva, el arbitraje no es “voluntario” sino “potestativo”, lo que significa que basta que una sola de las partes lo solicite para que la otra se someta obligatoriamente a él, salvo que los trabajadores opten por la huelga.

Como lo explica Pasco Cosmópolis (1997: 179), el arbitraje regulado en el TUO-LRCT no es obligatorio ni, tampoco voluntario, sino potestativo: Así sostiene que: *“La figura se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio, y ha sido denominada como arbitraje potestativo en la medida en que confiere a una de las partes o a ambas la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece en el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patrones. La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento”*.

La razón de ser de este tipo especial de arbitraje se desprende del sistema establecido por el TUO-LRCT para la solución del conflicto laboral económico, que, como se ha señalado, permite a los trabajadores optar entre el arbitraje o la huelga para dar solución al conflicto.

En tal supuesto, si el arbitraje fuera voluntario, bastaría el rechazo del empleador para impedirlo, y con ello, frustrar la negociación colectiva pues, como es obvio, si se ha llegado hasta el momento en que los trabajadores han optado por solicitar el arbitraje, es debido a que tanto la negociación directa como los demás mecanismos de autocomposición –conciliación y mediación– han fracasado, quedando el arbitraje, como única –y última– posibilidad de “solución pacífica” del conflicto. Por tanto, el rechazo del empleador a éste determinaría el fracaso total de la negociación colectiva, salvo que los trabajadores opten por la huelga.

De este modo, el derecho a la negociación colectiva resultaría burlado. La sola negativa del empleador sería suficiente para convertir en letra muerta o va-

ciar de contenido aquel derecho fundamental. La autonomía colectiva pendería de la voluntad del empleador, capaz de impedir que esta se efectivice y produzca resultados.

Por otro lado, si los trabajadores, ante el rechazo por parte del empleador al arbitraje, decidieran declarar la huelga, al no tener otra opción, ello significará que, en la práctica, la norma tiene como efecto propiciar la huelga –y no la solución pacífica del conflicto– en sentido abiertamente contrario al que subyace al inciso 2 del artículo 28° de la Constitución. Hay que concluir, por tanto, que de aceptarse la tesis de que el arbitraje en la negociación solo puede ser voluntario –salvo los casos de excepción que admite el Comité de Libertad Sindical de la OIT y que la ley peruana recoge en su artículo 68° –, el no sometimiento del empleador al mismo, derivará, en la mayoría de los casos, en la huelga, efecto este que, obviamente, no es el deseado por la norma antes mencionado, sin que ello suponga, en modo alguno, discutir la legitimidad del derecho de huelga.

En cambio, si, por el contrario, el sindicato opta por el arbitraje, descartando la opción de la huelga, el empleador tiene que someterse a aquel. La renuncia del sindicato a la huelga prefiriendo una “solución pacífica” del conflicto no puede ser respondida con el rechazo del arbitraje, pues de ser así, la opción establecida por la ley entre huelga o arbitraje, carecería de sentido. Dejar en manos del empleador decidir si procede o no, el arbitraje, sería inducir a los sindicatos, a declarar huelgas, lo que, obviamente, no es lo que persigue el TUO-LRCT y sería contrario, además, al artículo 28.2 de la Constitución que señala que el Estado *“promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.”*

Esta interpretación de las normas del TUO-LRCT atinentes al arbitraje en la negociación colectiva, han sido confirmadas por la jurisprudencia del TC, la cual ha considerado que el arbitraje previsto en dicha norma es de carácter potestativo y no voluntario (vid. Resolución aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010 en la cual precisa los alcances de la sentencia N° 03561-2009-AA/TC a partir de la interpretación del artículo 61° del TUO-LRCT y STC N° 02566-2012-PA/TC).

Es necesario puntualizar que esta clase de arbitraje puede catalogarse como un supuesto de “composición privada de los conflictos colectivos” (Ojeda Avilés 1995: 584-586), pues si bien la ley obliga al empleador (o a los trabajadores si no optan por la huelga) a someterse al arbitraje solicitado por la otra parte, la decisión acerca del órgano arbitral (unipersonal o colegiado) corresponde a las partes, quienes conservan plena libertad para designar a los árbitros, sin que exista intervención alguna del Estado en la conformación de aquel.

Sin duda que esta solución no se ajusta estrictamente al principio de la autonomía colectiva, el cual prefiere la autocomposición del conflicto. Pero, por otro lado, el derecho fundamental a la negociación colectiva exige, en ocasiones, para no quedar vacío de contenido o ser fácilmente burlado, algún grado de interven-

ción del Estado –ciertamente limitada– para facilitar su realización. Por eso, el Comité de Expertos de la OIT reconoce la validez de esa intervención cuando se trate de la primera negociación o en caso de negociaciones “prolongadas e infructuosas”, lo que implica admitir que la negociación debe tener un resultado y no ser un ejercicio de diálogo inútil.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, M: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1981.
- ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M.E: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.
- GIUGNI, G: *Derecho Sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.
- OJEDA AVILÉS, A: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Libertad Sindical y negociación colectiva*, Ginebra, 1994.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Comité de Libertad Sindical, *La Libertad sindical*. Ginebra, 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, M: *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*, AELE, Lima, 1997.

THE SOCIAL PURPOSE OF EU LAW

Roger Blanpain
University of Tilburg, Emeritus Leuven.

1. THE EU AND SOCIAL DUMPING

Does the EU have sufficient competence to develop a fully-fledged European social policy? In answering this question, one needs to recall that the EU only has the competences which are transferred by the Member States to the EU and that these competences have to be exercised in the way indicated by the Treaty.

On this point, the European Social Model is extremely weak. Indeed, social 'core' issues are excluded from the EU competence, namely:

- pay, the right of association, the right to strike and the right to impose lock-outs (Article 153 (5) TFEU).

For other important matters, unanimity in the Council is needed, namely:

- social security and social protection of workers;

- job security;
- representation and collective defence of interests, including co-determination (Article 153 (2) TFEU).

Unanimity between 27 Member States on these issues is almost impossible.

Needless to say that the ESM, as far as competence is concerned, is almost non-existent. The catastrophe is that this will be a permanent feature as the Treaty can only be changed by way of unanimity, which will, as far as social policies are concerned, prove to be impossible.

Obviously, there are other ways of convergence in the social field, like the so called ‘enhanced co-ordination strategy’, as shown in the case of the employment guidelines, which lead to national action plans and to peer pressure for Member States to conform to the guidelines. This strategy, which is important, could be used in other fields.

But this does not avoid the EU being incompetent to enact binding measures on core issues such as a European minimum wage, to declare a collective wage agreement at EU level binding; on core issues such as social security, job security, collective bargaining and others, for which unanimity is required, binding European measures are absolutely unlikely.

The conclusion is clear: the EU lacks the essential competences which are needed to organise and establish a full-fledged ESM. Even worse is that the political will is lacking to socially integrate further and that the more countries become members of the EU, the more difficult it will be to muster such a political will.

Wage cost and taxes remain national matters, Member States are competing with each other on the level of wages and taxes in order to attract foreign investment. Multinationals love it. The EU organises social dumping between member states.

2. THE LAVAL CASE: ECONOMIC VERSUS SOCIAL RIGHTS. FREEDOM OF SERVICES VS. THE RIGHT TO STRIKE

2.1. The Laval Case

The workers of Laval came from the East, from Latvia, a new EU Member State. They were engaged by a Latvian company to build a school, near Stockholm in Sweden. Their Latvian trade union had concluded a collective agreement with their employer. They were going to make more money than by staying at home. How many they were we do not know.

Due to a boycott by a trade union of Swedish brother and sisters-workers their company became bankrupt and they lost their jobs. Whether they received any compensation from their bankrupt employer, we do not know either. Indeed, no one seems to care.

Most, if not all the attention, as well at national as at European level went to the action of the Swedish trade union, who wanted to impose its own tariff agreement, which was considerably more expensive than the Latvian collective agreement. In fact, Swedish unions were defending their own interests and those of their members, even if Latvian workers would suffer and loose their jobs.

The issues at stake before the Courts were social dumping by a cheaper labour force coming from an Eastern country and equal treatment – the right of workers to equal wages and conditions – the untouchability of the right to strike – a national prerogative – and the right for Sweden to impose its own industrial relations system.

And indeed, why would Latvian workers not be entitled to the same or similar wages and conditions as their Swedish brothers and sisters? Why would Swedish trade unions not be allowed to engage in the same industrial action regarding employers, regardless of the nationality of the workers they employ: equal treatment, why not? Why set up a double labour system in the same country? Why should the EU meddle in all this, especially since the EU Treaty clearly indicates that the EU is not competent to regulate remuneration, as well as freedom of association and strikes and lock-outs?

No wonder that quite a number of (older) EU Member States and especially all the trade unions were strongly pleading in this case for:

- equal treatment;
- the untouchability of the right to strike, as a fundamental human right;
- the right for a Member State to impose its own system of industrial relations.

2.2. Social Justice

How strong these points may sound, they are wrong, not only for legal reasons, but also for societal reasons, namely for reasons of social justice.

Indeed, there is, for more than fifty years now, a European common market, which provides for the right of EU citizens and employees to move freely in other Member States; start a business there, work permanently as well as the right to provide a service in another Member State. This common market has brought all of us of freedom, peace, more well-being and welfare. Although there are already twenty-seven Member States, still many want to join the European Union.

The freedom of services has not only economic but also social advantages. It creates jobs. Today some 70% of the jobs are service jobs. In order to create even more jobs we have to open the doors of the Member States, even more, so that workers have work, a more decent life and can contribute to the social security system in particular and overall welfare in general.

2.3. A Compromise

One of the toughest problems over all those years related to which wages and working conditions and the industrial relations to apply to employers and employees coming from other Member States, within the framework of freedom of services. A lot of case law was developed, also by the European Court of Justice, trying to provide answers to these pressing queries. But these answers were insufficient and not comprehensive enough to answer the basic question which kind of working conditions would have to be mandatorily applied to employers and workers from other Member States, providing services.

The problem was and is not easy. Let us take a simple example. If the city of Brussels wants to build a new hospital, it has to publish a public tender and all construction companies from the EU Member States can submit a proposal and indicate for how much money they will build the hospital.

If a Portuguese construction firm would submit a proposal, bringing with him Portuguese workers at Portuguese wages, the labour cost would be about 40% of that of the Belgian workers. In that case Belgian construction companies, having to pay Belgian wages, would be unable to compete. If we would ask the Portuguese construction firm to pay Belgian wages and conditions, that employer would be unable to compete, since on top of those wages, the Portuguese employer would have to pay travel expenses as well as housing for his Portuguese workers and he would not be able to compete, as costs would be exorbitant. So, what to do?

Consequently, the EU Member States looked for a compromise to solve this problem. It took them many years to agree on a solution. The agreement was reached in 1996, with the Directive of 16 December 1996, this is twelve years before Eastern European Countries joined the Common market.

The essence of Directive 96/71 is well known. It imposes a hard core of wages and conditions to be guaranteed to posted workers, such as minimum wages imposed by governmental rules or collective agreements, generally binding concerning building work. Workers can enjoy better conditions, which are provided by their home system. Receiving Member States can impose working conditions relating to (international) public order as well the core obligations, contained in generally binding collective agreements in sectors, other than the construction industry.

2.4. The Rule Of Law: Limit On The Right To Strike

This is the general framework in which the European Court had to deal with the Laval case, as well as the Viking and the Ruffert cases. There is freedom of services and posted workers are only guaranteed the minimum wages, which are generally binding. Fact is that this is not the case in Sweden. Sweden does not know a system of extending collective agreements to all enterprises of a given sector. In Sweden, the strong trade unions rely on their strength to impose the conditions they consider to be just and fair: this means practically the same as for Swedish workers.

Was the industrial action, namely the boycott of Laval by the Swedish unions compatible with the freedom of services? The Court said no, and rightly so. The boycott was contrary to the Directive 96/71, trying to impose conditions beyond the 'core' foreseen in Article 3, 7. Moreover, if the Court would have judged otherwise, freedom of services from Eastern European countries would have practically have come to an end, as too expensive.

In doing so, the Court put certain limits to the right to strike: the right to strike has to respect the freedom of Latvian workers to work at the conditions, they negotiated at home and in line with the 96/71 Directive. If Sweden wants to make its minimum wages binding for posted workers, it had to extend its collective agreements or provide for a minimum legal wage.

The EU is still too much a region of nation states, without a lot of solidarity between them, neither between employers, and neither between workers. Everyone is fighting for his own job. Pushing the European market, also the EU market of services would create more jobs for everyone. It's time to work for more European solidarity across borders, because in most cases workers pay the price of this lack of solidarity, usually the weakest ones, like the Laval case showed. The European Court took the right decision.

BIBLIOGRAPHY

Blanpain Roger, *European labour Law*, 13th revised edition, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2012, 1006 p.

Swiatowski Andrzej M, & Blanpain Roger, "The Laval and Viking Cases, *Bulletin of Comparative labour Relations*, Kluwer law International, 2009, nr; 69, 248.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y ARBITRAJE POTESTATIVO

Guillermo Boza Pró
Profesor Principal

Pontificia Universidad Católica del Perú
Discípulo de Antonio Ojeda Avilés

El resultado natural, ideal de una negociación colectiva es el acuerdo de partes, con mayor razón si esta es abordada por las partes conforme al postulado de buena fe, es decir, con el ánimo de hacer los esfuerzos que resulten necesarios para arribar a un convenio colectivo: una suerte de *fair play*, como nos recuerda Ojeda Avilés, que va más allá de recoger esa “regla consabida e implícita en todo el Derecho de contratos” (2012, 397), porque supone, en el ámbito de la negociación colectiva laboral, el deber de negociación misma, el deber de informar a la contraparte y la prohibición de medidas que busquen entorpecer o dilatar el normal desarrollo de la negociación. Pero no siempre será posible llegar a buen puerto y, en tal caso, los sujetos negociadores –fundamentalmente los trabajadores, que son quienes normalmente toman la iniciativa negocial- se encontrarán en la disyuntiva de acudir a una medida de conflicto (por ejemplo, la huelga) o de someter la controversia a algún mecanismo de composición (conciliación, mediación o arbitraje). Difícilmente la opción será por mantener el conflicto abierto, pero esto

podría ocurrir si no se llega a una solución final en virtud de alguna de las dos alternativas antes señaladas.

En un contexto como el descrito, el ordenamiento laboral peruano ha sufrido, hace un par de años, una reforma de cara a dar viabilidad al arbitraje ante el fracaso de la negociación colectiva directa. Concretamente, el reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante el Reglamento), fue modificado (o quien sabe, precisado) en el año 2011, instituyéndose el arbitraje potestativo en determinadas circunstancias. Son dos las normas que se dieron en ese sentido, el Decreto supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR. Desde la entrada en vigor de la LRCT en el año 1992 se discutió la naturaleza voluntaria o potestativa del arbitraje y las posturas de los sujetos laborales sobre el particular estuvieron claramente definidas desde el principio: para los empleadores el arbitraje era necesariamente voluntario mientras que los trabajadores lo concebían como potestativo. Por su parte, la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) apostó inicialmente por un arbitraje de carácter potestativo (pueden verse las resoluciones del 14 de junio de 1994 y 5 de setiembre de 1994 recaídas en los Expedientes N° 751-93 -Papeleras Especiales S.A.- y N° 983-93 -Editora Perú S.A.-, respectivamente), pero esta postura tuvo muy corta duración pues al poco tiempo dio un giro en favor del arbitraje voluntario (véase la resolución del 6 de febrero de 1995, recaída en el Expediente N° 414-94 -Avícola Esquivel S.A.-), posición que ha mantenido hasta la fecha y que, con carácter general, no se entendería superada por la aludida reforma normativa.

En efecto, el nuevo artículo 61-A del Reglamento establece los supuestos en los que se faculta a las partes a interponer el arbitraje potestativo en el marco de una negociación colectiva, lo que hace pensar que, salvo esos casos, el arbitraje no sería potestativo sino voluntario. Los supuestos señalados en la indicada norma son dos: a) cuando las partes, en la primera negociación, no se pongan de acuerdo en la determinación del nivel o no arriben a un convenio colectivo; b) si en el proceso de negociación del pliego de peticiones se advierten actos de mala fe que tengan por objeto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

¿Pero, cuál es la naturaleza del arbitraje como medio alternativo de controversias laborales? Para la OIT, siguiendo la pauta de una negociación libre y voluntaria, el arbitraje debería gozar de similar consideración, es decir, la opción por el arbitraje debería seguir también la ruta de la voluntariedad, tal como lo señala la Recomendación N° 92 de la OIT de 1951, sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios: su artículo 6 establece que “Si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, *con el consentimiento de todas las partes interesadas*, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lockouts mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral”. (el énfasis es nuestro). No obstante, en el ámbito de las relaciones laborales es posible identificar, esencialmente, según su exigibilidad, tres clases

de arbitraje: voluntario, obligatorio y unilateral. El arbitraje *voluntario* es aquél en que las partes deciden, de común acuerdo, someter la controversia a un tercero designado por ellas mismas. El arbitraje obligatorio, por su parte, es aquél impuesto a las partes por el Estado, debiendo aquellas acudir necesariamente a un tercero para la solución del conflicto. Finalmente, el arbitraje unilateral (también conocido como potestativo o voluntario vinculante) es aquél por el cual una disposición (heterónoma o autónoma) faculta a una de las partes la posibilidad de someter el conflicto a un tercero, quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento.

Se suele confundir el arbitraje unilateral o potestativo con el obligatorio, porque no existe el consenso de las partes, sino únicamente la decisión (vinculante) de una de ellas al momento de someter la controversia a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes, cuando el conflicto no ha sido resuelto por ellas mismas; mientras que en el arbitraje unilateral o potestativo no hay una imposición automática, porque siempre queda la posibilidad de que la parte facultada para someter el conflicto a un tercero, no lo haga. ¿Es este último tipo de arbitraje el que ha sido recogido por la LRCT? Considero que sí, y es más, creo que se trata de una posición con claro sustento constitucional. Veamos porqué.

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce a los trabajadores el derecho de negociación colectiva, proclamando el fomento de la misma y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Esto último se refiere a los medios alternativos de solución de conflictos, tanto autónomos o de negociación asistida (conciliación y mediación) como heterónomos (arbitraje). Al respecto precisa Blancas Bustamante (2011, 447) que: “Por su ubicación sistemática, debemos asumir que la expresión conflictos laborales, está referida a los conflictos colectivos y, dentro de estos, a los de intereses o económicos, porque tanto los conflictos individuales como los conflictos colectivos de aplicación son de índole jurídica y, por consiguiente, cuentan con cauces jurisdiccionales específicamente establecidos para su solución”. ¿Pero, qué supone en estricto que el Estado deba promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales?

Desde mi punto de vista, un análisis conjunto de los numerales 2 (derecho de negociación colectiva y promoción de medios alternativos de solución de conflictos) y 3 (derecho de huelga ejercido en armonía con el interés social) del artículo 28 de la Constitución, supone una apuesta clara y contundente del constituyente por la necesidad de componer el conflicto antes que dejarlo abierto; tal vez porque, como señala Ojeda Avilés (1995, 391), a partir de “las ideas cristianas de armonía y fraternidad dominantes durante siglos”, nuestra “cultura jurídica profesa una irreprimible veneración por el orden y por la armonía social en todas sus manifestaciones, un amor por la «composición de intereses» que parece dejar escaso margen al conflicto”. Pero supone también considerar la posibilidad de acudir a la huelga, en tanto medio de fuerza o expresión abierta del conflicto, como última

ratio. Como afirma Blancas Bustamante (2011, 450), el fundamento “de este mandato constitucional reside en el rechazo del Estado a la prolongación indefinida de los conflictos laborales”. Por eso, para este autor, el arbitraje potestativo es “una fórmula adecuada al campo de las relaciones laborales, porque si ha de depender de la voluntad del empleador aceptar o no el arbitraje, la posibilidad de dar solución al conflicto queda en sus manos, es decir, subordinada a sus intereses, por lo que en el caso de negarse a aceptar el arbitraje el conflicto permanecerá abierto y, muy probablemente, la consecuencia de ello será obligar a los trabajadores y sus organizaciones a adoptar medidas de presión o de fuerza”. Se impone entonces en este contexto al Estado un mandato claro y clave de promover mecanismos que permitan establecer una solución definitiva del conflicto colectivo.

De opinión similar es Gorelli Hernández (2011, 243) -refiriéndose a la LRCT-, cuando afirma que la regulación peruana “parece pretender evitar que se acuda a medios de solución directos o agresivos, como la huelga, ante la falta de acuerdo durante la negociación colectiva”. Esto no significa, por cierto, desconocer el reconocimiento del derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores. Estos serán siempre los llamados a decidir, en cada oportunidad y con arreglo a ley, si declaran la huelga u optan por el arbitraje. En este último caso, la decisión adoptada por los trabajadores debería vincular a la contraparte empresarial. Para Ugaz Olivares (2012, 277), si bien el arbitraje –a partir de su función primigenia de componedora de un conflicto- podría verse como un límite del derecho de huelga y, en esa medida, su uso debería ser restringido, merece la pena rescatar del mismo una función “más decisiva y valiosa”, complementaria y fortalecedora de la negociación colectiva. Señala el citado autor que, en “un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación”.

Diversos preceptos de la normativa infraconstitucional apuntan en esta dirección. En primer lugar, la LRCT señala en su artículo 61° que, ante el fracaso de la negociación directa, “podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”. Este dispositivo legal se complementa con el primer párrafo del artículo 46° del Reglamento, el mismo que establece que, al término de la negociación directa o de la conciliación, de ser el caso, “cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga”. Esta última precisión resulta lógica, pues no sería admisible que la opción del empleador por el arbitraje termine vinculando a los trabajadores cuando estos decidan ir a la huelga, ya que ello equivaldría a vaciar de contenido el indicado derecho constitucional. Finalmente, no puede dejar de mencionarse lo señalado por el artículo 63° de la LRCT, según el cual en el caso que los trabajadores hubiesen optado por ejercer el derecho de huelga, para someter el diferendo a arbitraje se requerirá la aceptación del empleador, la que podrá ser expresa o tácita. No

cabe duda que en este último caso nos encontramos ante un arbitraje voluntario, pero es precisamente lo establecido en este precepto, contrastado con el artículo 61 antes citado, lo que permite afirmar que, como regla, la LRCT y su reglamento consagran un arbitraje potestativo, pues en caso contrario carecería de sentido establecer la misma figura jurídica (arbitraje voluntario) en dos artículos, a pesar de que actúen en dos momentos diferentes, o más propiamente, “esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61° [...] no requiere de dicha aceptación” (Resolución del TC del 10 de junio de 2010, aclaratoria de la STC del 17 de agosto de 2009, recaídas en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC.).

Esta es la postura, a mi parecer, que indubitablemente ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, a partir de un análisis de los medios alternativos de solución de conflictos colectivos de trabajo como preferentes al ejercicio del derecho de huelga, cuando esta fuese la opción de los trabajadores, resultando vinculante dicha decisión para la parte empresarial. Ya en la sentencia del 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, el Alto Tribunal había establecido como justificación del mandato dirigido al Estado ex artículo 28.2° de la Constitución, de un lado, la consolidación de la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica, lo cual no es posible asegurar si el desacuerdo de las partes se prolonga indefinidamente en el tiempo; y del otro, la necesidad de otorgar a ambas partes, por la vía pacífica, una adecuada satisfacción a sus pretensiones en conflicto (Cfr. STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC).

Posteriormente, en la resolución del Tribunal Constitucional aclaratoria de la sentencia de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC, se señala que el reconocimiento del derecho de huelga en el artículo 28° de la Constitución “en modo alguno implica el deber de promoverla”, por el contrario, recuerda el Tribunal Constitucional, el mandato constitucional es por la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Por tanto, “si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto”. Salvo, como ya se ha señalado, cuando los trabajadores opten por ejercitar su derecho de huelga. Finaliza el Tribunal señalando que una interpretación contraria a la expuesta “llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover

y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental” (En la misma línea se pronuncia la reciente STC del 16 de julio de 2013, recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC).

En conclusión, el fundamento normativo del arbitraje potestativo como medio alternativo de solución de conflictos colectivos de trabajo lo encontramos en el artículo 28.2 de la Constitución. En ese sentido, las interpretaciones que entienden que tanto la LRCT como su reglamento recogen el arbitraje unilateral o potestativo tienen pleno fundamento constitucional, o para decirlo en otros términos, ni el Reglamento es ilegal, ni este ni la LRCT resultan inconstitucionales por establecer un arbitraje de dicha naturaleza. Por el contrario, lo que termina siendo controvertido es que el arbitraje potestativo se circunscriba únicamente a los supuestos de determinación del nivel de negociación o a las negociaciones realizadas en contravención al principio de buena fe, porque a la luz de lo expresado en el presente trabajo resulta inconsistente considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “Procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos”, en: Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada. Autores Varios, José Luis Monereo (director), Granada, Editorial Comares, 2011.
- MORALES CORRALES, Pedro. “Problemas del arbitraje en la negociación colectiva”. En: Derecho & Sociedad, núm. 30, Lima, 2000.
- OIT. Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición (revisada), 2006.
- OJEDA AVILES, Antonio. Compendio de Derecho Sindical, Madrid, Editorial Tecnos, 2da edición, 2012.
- OJEDA AVILES, Antonio. Derecho Sindical, Madrid, Editorial Tecnos, 7ma edición, 1995.
- UGAZ OLIVARES, Mauro. “La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje potestativo”. En: V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social, Tendencias y perspectivas laborales: juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario, Lima, SPDTSS, 2012.

UNAS CONTRADICCIONES DEL SISTEMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN AUSTRALIA

Adrian Brooks
Universidad de Sidney, Australia

1. INTRODUCCIÓN

El punto de vista australiano sobre la negociación colectiva es bastante diferente del europeo. Me parece que en Europa, desde el principio del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, el sistema de la negociación colectiva era esencialmente una manera de dar derecho a los sindicatos para que representen a los trabajadores en las negociaciones con sus empresarios. Sin embargo, en Australia, hasta finales de los ochenta, la negociación colectiva no tenía estatus jurídico. Desde 1988 hasta 1993, se introdujeron unas enmiendas de las leyes que tenían atisbos propios de un sistema de negociación colectiva, pero fueron eclipsadas por unos cambios más dramáticos que —aunque crearan un sistema basado fundamentalmente en la negociación colectiva— instituían en su esencia un ataque conservador contra los derechos de los sindicatos.

Desde entonces, en Australia, había habido una pugna por ganar terreno en este campo de batalla por parte de los partidos más importantes: el conservador *Liberal/National Coalition* y el social/demócrata *Australian Labor Party*. A causa

de la naturaleza fuertemente política del asunto, la lucha no se centra en la naturaleza esencial de negociación colectiva sino en los detalles de las limitaciones y restricciones incluidas en el sistema promulgado. Abajo ofrezco un resumen breve y muy simplificado para apoyar mi tesis sobre el tipo de negociación colectiva introducida en Australia desde 1990.

2. MARCO HISTÓRICO

El carácter federal del sistema gubernamental y la precisión de las competencias legislativas que la Constitución otorga al gobierno nacional complican el derecho laboral en Australia. Sin embargo, aunque haya sistemas de derecho del trabajo en los estados paralelos con el sistema nacional, este último es más importante dado que opera en todos los estados. En este apartado, me centro en el sistema nacional.

Desde 1904 hasta el final de los años ochenta, Australia no tenía un sistema de negociación colectiva; tenía, en cambio, un sistema para la resolución de conflictos laborales y para el establecimiento de las condiciones de empleo por arbitraje. La Constitución de Australia da al Parlamento nacional, por s. 51(XXXV), competencia para legislar sobre “conciliación y arbitraje para la prevención y la resolución de conflictos laborales que se extiendan más allá de las fronteras de cualquier estado”. Esta sección es la única que menciona las relaciones laborales y apreciamos que las leyes hechas como ejercicio de esta competencia se limitan a la conciliación y arbitraje; por lo tanto, no pueden intervenir directamente en las relaciones laborales. La ley de 1904 (*Commonwealth Conciliation and Arbitration Act*) creó un *Conciliation and Arbitration Court* (dividido después en una *Conciliation and Arbitration Commission* y un *Arbitration Court*; en 1988, el *Arbitration Court* cambió su nombre otra vez por el de *Industrial Relations Court*). La *Conciliation and Arbitration Commission* hizo arbitrajes que establecían la condiciones de empleo que la *Commission* ordenó después de considerar, tanto las reivindicaciones de los sindicatos, como las negativas o contra-exigencias de los empresarios. La función del *Arbitration Court* era ejecutar la ley y los arbitrajes hechos por la *Commission*. En consecuencia, no era un sistema de negociación —empresarios y sindicatos alrededor de una mesa, elaborando un acuerdo— sino un sistema de confrontación, con los interesados situados en los dos extremos distintos de una misma sala, y con los comisionados eligiendo las cláusulas de un arbitraje de entre las propuestas contradictorias de los interesados. Quiero ampliar seis puntos relacionados con este sistema:

Primero, los sindicatos tenían una posición imprescindible en el sistema porque solo podían acceder a la *Commission*, en relación con un conflicto: empresarios (o asociaciones de empresarios) por un lado, y sindicatos por el otro.

Segundo, los sindicatos en Australia están restringidos por ‘cláusulas de pertenencia’ —es decir, un sindicato representa a personas desempeñando una ocupación particular. Obviamente en la mayoría de puestos de trabajo había personas realizando una variedad de ocupaciones, y por eso había varios sindicatos con afiliados allí. Un sindicato podía solicitar un arbitraje solo para aquellos trabajadores que representaba. En consecuencia, en cada puesto de trabajo podían operarse muchos arbitrajes.

En los años ochenta y a principios de los noventa, había muchas uniones de sindicatos animadas por el gobierno social-demócrata; previamente había habido muchos sindicatos pero también muchos con una afiliación pequeña que no podían ayudar adecuadamente a sus afiliados. Sin embargo, aún después de las uniones, los sindicatos continuaban estando restringidos por las mismas ‘cláusulas de pertenencia’.

Tercero, y muy importante, el Alto Tribunal de Australia proclamó que un “conflicto laboral” dentro de s. 51(xxxv) no necesitaba ‘acción’ —como huelga, cierre patronal o huelga de celo. Un “conflicto” en s. 51(xxxv) está compuesto por la reivindicación de una parte y la negativa de esa reivindicación por la otra. De hecho, el Alto Tribunal decidió asimismo que una negativa podía presentarse o como una contraexigencia o como simplemente una ausencia de respuesta; tal ausencia sería interpretada como una contraoferta del *statu quo*. Después de esta decisión empezó un proceso de ‘conflictos de papel’, ésto es, un sindicato preparaba una Lista de Peticiones presentando todas las condiciones de empleo que exigía para los trabajadores que representaba. Y el empresario daba una ‘negativa’. Todo ello constituía un conflicto dentro de la competencia de la *Commission*; el sindicato le notificaba la existencia de un conflicto, y la *Commission* citaba a las partes.

Un resultado del sistema de ‘conflictos de papel’ era que cualquier sindicato podía conseguir fácilmente que un arbitraje operara para todas las partes de la industria relevante. Solo era necesario que el sindicato presentara una copia de la Lista de Peticiones a cada empresario que tuviera trabajadores del tipo a que refería su cláusula de pertenencia.

El **cuarto** punto está relacionado con la doctrina de ámbito. Esta también resultó por la interpretación de las diecinueve palabras de s. 51(xxxv). La *Commission* tenía competencia para poner en sus arbitrajes cualquier condición de empleo (sobre el salario, las horas, los días de vacaciones, etc.) siempre que la cantidad (de dinero, de horas etc.) se encontrara entre la cantidad exigida por el sindicato y la ofrecida por el empresario (que sería el *statu quo* en caso de un fallo de respuesta). Si la *Commission* ordenaba una cantidad dentro de esos límites, el conflicto —según el Alto Tribunal— continuaba vivo, y la *Commission* tenía competencia de aumentar dicha cantidad hasta que el arbitraje mandara la de la reivindicación original. La ventaja de esta interpretación era que los sindicatos podían regresar a la *Commission* para pedir aumentos del arbitraje sin tener que establecer un nuevo

“conflicto laboral” dentro de la implicación de s. 51(xxxv). Al final, empezó una costumbre de presentar todas las demandas en una Lista de Peticiones de una manera muy exagerada, para conseguir un ámbito muy amplio y permitir enmiendas durante un período de años. Empresarios, en su turno, presentaban sus contraofertas de una manera exageradamente tacaña. A modo de ejemplo, en un momento en que el salario semanal era de 500 dólares, un sindicato exigiría un salario de 5.000 dólares, y el empresario ofrecería 5 dólares por semana.

Quinto, y como continuación del cuarto punto, un arbitraje continuaba en vigor hasta que una nueva Lista de Peticiones introducía un nuevo “conflicto laboral” (de naturaleza constitucional) para ser solucionado por un nuevo arbitraje.

Sexto, no hubo un derecho a la huelga en Australia hasta los años noventa. Una huelga era una infracción del contrato de empleo de cada trabajador, pero estas infracciones no resultaban en procedimientos legales y había muchas huelgas. Por otro lado, como la *Commission* citaba rápidamente a los sindicatos en huelga y hacía arbitrajes, las huelgas que ocurrían, eran normalmente muy cortas, normalmente no involucraban a empresas enteras ni a industrias enteras. Así, el número total de huelgas era grande, pero el número de jornadas laborales perdidas, y la disminución de producción o ganancias, era de menor importancia.

3. BENEFICIOS Y DETRIMENTOS

El sistema que he descrito, que se llamaba ‘el Sistema de Arbitraje’, brindaba a los trabajadores muchos beneficios significativos. Asimismo brindaba beneficios importantes al gobierno y a la comunidad en su conjunto, proporcionando un clima de paz laboral —aunque los conservadores creían que el país era ‘propenso a la huelga’ y ‘regido por los sindicatos’. Desde el punto de vista de los trabajadores, el sistema ayudaba a proporcionar sueldos altos y buenas condiciones laborales durante el período del final de la Segunda Guerra Mundial hasta los años ochenta. En relación con la paz laboral, el hecho de que las huelgas no involucraban a muchos trabajadores en total, y que duraban normalmente solo unos días, evitaba las confrontaciones largas y destructivas: en las que una empresa entera estaba paralizada durante meses y en las que los trabajadores estaban meses sin sueldo (a menos que el sindicato pudiera pagarles un ‘sueldo de huelga’). En dichas circunstancias el intento de pagar un ‘sueldo de huelga’ durante un período largo podría destruir al sindicato.

En los años ochenta, sin embargo, se veían, a su vez, detrimentos. Estos resultaban de cambios en la manera de organizar las empresas, de procesos de trabajo más sofisticados, de la diversificación de la industria pesada hasta el sector servicios y de lo que empezaba a denominarse como la producción ‘de la manera de *boutique*’.

Mientras que el trabajo se hacía en grandes centros de producción, con un horario relativamente uniforme, con procesos relativamente simples en los que grandes grupos de trabajadores realizaban tareas más o menos semejantes, sin variación apreciable en las cosas producidas, un sistema de arbitraje era eficaz. Sin embargo, cuanto mayor era la variación en los procesos de trabajo, en las 'líneas' producidas y en el volumen de unidades en cada línea, así como en los tipos de destrezas requeridas y la regularidad de necesidad de tales destrezas, era más necesario que los arbitrajes tuvieran una complejidad cada vez más grande, con más y más páginas de detalles, creando más y más presión por parte de los empresarios para asegurar que estuvieran conformes. Al mismo tiempo, tales arbitrajes restringían gravemente la capacidad de los empresarios para reaccionar con flexibilidad a cambios en la demanda, a variaciones de temporada en la producción, y a repuntes y bajadas en el volumen global de comercio. A todo ello, se le unía la rapidez de los cambios tecnológicos y, consecuentemente, la reducción del número de trabajadores necesario para obtener los mismos resultados productivos.

También, a causa de los cambios sociales en la segunda parte del siglo XX, era necesario adaptar el día y la semana laboral a las diferentes necesidades de las familias. Cuanto más numerosas las familias con ambos padres trabajando, cuanto más numerosos los padres sin parejas, más necesario era escalonar las horas laborales para acomodarlas a las necesidades de los trabajadores y para dejar que estos pudieran trabajar en casa cuando les fuera posible; todo ello gracias al ordenador. Con la rapidez del cambio tecnológico aumentaba la necesidad de que los arbitrajes detallaran las estipulaciones sobre un proceso continuo de la formación de los trabajadores.

Debido a todos estos factores, el sistema de arbitraje empezó a parecer un tanto voluminoso, por lo menos en relación a muchas industrias. En la segunda mitad de los años ochenta, en la comunidad del Derecho del Trabajo, en los sindicatos y en los partidos de la Izquierda, la gente empezó a considerar maneras de adaptar el sistema de Arbitraje a un mundo cambiante. Muchos de los académicos del Derecho del Trabajo miraban a los sistemas europeos de negociación colectiva como un mecanismo que conseguiría una flexibilidad aumentada al mismo tiempo que protegería el derecho de los trabajadores a ser representado por sus sindicatos.

4. PRIMEROS CAMBIOS PARA AUMENTAR LA FLEXIBILIDAD

En 1992, el Gobierno social-demócrata enmendó la *Commonwealth Industrial Relations Act* 1988 (que sucedió a la *Conciliation and Arbitration Act* 1904) para permitir la certificación de acuerdos hechos entre un empresario (en una sola empresa) y los sindicatos representando a los trabajadores de la misma empresa. Tales acuerdos, una vez certificados, suplirían los arbitrajes anteriormente en vigor en la empresa. La enmienda de la ley mandó que la *Commission* se negara a

certificar un acuerdo siempre que creara una desventaja a cualquiera de los trabajadores de la empresa, en relación con las condiciones laborales proporcionadas en los arbitrajes anteriormente en vigor allí. En efecto, la enmienda de 1992 no era sobre “conciliación y arbitraje...”, en palabras de s. 51(xxxv) de la Constitución sino, sobre otros de los poderes legislativos del Parlamento federal: el poder para legislar en relación con el comercio en s. 51(ii) y el poder en relación con asuntos exteriores en s. 51(xx). En el caso de esta última, se justifican leyes hechas para dar efecto a las previsiones de tratados y acuerdos internacionales firmados por Australia —incluyendo los Convenios de la O.I.T.

Más tarde, enmiendas adicionales permitieron que los acuerdos pudieran ser certificados a pesar de que los trabajadores de una empresa no eran representados por un sindicato en la negociación; con la salvedad de que, si cualquiera de los trabajadores estaba afiliado a un sindicato y pedía que su sindicato lo representara, el empresario debía admitir al sindicato a la mesa de negociación, con derechos completos.

La ley enmendada continuaba en la situación de antes sobre la acción laboral: no se legalizaba pero tampoco se castigaba, excepto en unas circunstancias limitadas.

El gobierno preveía que en el futuro la mayoría de los empleados trabajarían sujetos a tales acuerdos certificados, con solo unos pocos arbitrajes en vigor para proporcionar una red de seguridad a aquellos trabajadores más vulnerables.

5. LA POSICIÓN CONSERVADORA

La posición conservadora en Australia sobre relaciones laborales siempre ha estado fuertemente en contra del sindicalismo. El punto de vista básico es que los empresarios y sus trabajadores se llevarían bien y arreglarían todo bien mientras no hubiera sindicatos ni otros modos organizados para que los trabajadores negocien con la dirección. Debido a ello, a los conservadores nunca les había gustado el sistema de Arbitraje porque proporcionaba un papel importante a los sindicatos.

No obstante, podemos decir que —hasta mediados de los años ochenta— la oposición conservadora al sistema de Arbitraje no tenía mucha base intelectual. Era más una reacción intuitiva que un argumento razonado. Entonces, en la segunda mitad de los años ochenta, esa oposición ganaba el apoyo de unos académicos que habían estudiado el sistema de negociación colectiva de Los Estados Unidos, entre ellos unos que habían elegido el enfoque ‘neo-conservador’. Este grupo introdujo en los partidos conservadores, a nivel federal y a nivel de los estados, la idea de desvincular el proceso de hacer acuerdos del sistema de Arbitraje, también separarlo de los sindicatos. Esta perspectiva se basaba en priorizar acuerdos de empresa hechos sin participación sindical. Unas variaciones de este modelo apa-

recieron en unos estados en los últimos años de los ochenta y principios de los noventa: *New South Wales Industrial Relations Act* 1991; *Queensland Industrial Relations Act* 1990; *South Australian Industrial Relations Act* 1972, en vigor desde 1/2/1993; *Tasmanian Industrial Relations Amendment (Enterprise Agreements and Workplace Freedom) Act* 1992; *Victorian Employee Relations Act* 1992; y en la ley federal de 1996 (*Commonwealth Workplace Relations Act*).

Al principio, era visto como poco aconsejable prohibir totalmente la participación de los sindicatos; debido a ello, las leyes conservadoras de los estados crearon un sistema de dos niveles de acuerdos: (1) acuerdos entre el empresario y los trabajadores y (2) acuerdos entre el empresario y los sindicatos —siendo el primero más preferido por las leyes conservadoras y el segundo, menos. La ley federal de 1996 creó un tercer nivel, aún más preferido —que se llamaba *Australian Workplace Agreements* (o *AWAs*: acuerdos de puestos de trabajo australianos).

Estos *AWAs* efectivamente cambiaron el contrato de empleo en un acuerdo certificado entre un empresario y un trabajador. Al mismo tiempo aislaron al empleado de cualquier beneficio ganado por los trabajadores organizados —con los sindicatos o sin ellos. En efecto, la idea de los *AWAs* era un retroceso, es decir, suponía volver al período anterior a los arbitrajes, a la legalización de sindicatos y la negociación colectiva. Obviamente, un trabajador que negocia individualmente con su empresario está en una situación muy vulnerable.

Al pie de la escalera, estaba el arbitraje, limitado a tratar con una lista de veinte asuntos muy básicos.

Las leyes conservadoras restringieron gravemente las posibilidades de negociación. Había un “período de negociación” para hacer un acuerdo, y en este período era legal la huelga o el cierre patronal, siempre y cuando, se avisara con tres días de antelación. Ese período podía continuar hasta que una parte o la otra se diera por vencida, o hasta que el *Industrial Relations Court* actuara para terminarlo —un resultado que conllevaba dificultades. Sin embargo, durante el período de vigencia del acuerdo (normalmente tres años) cualquier huelga conllevaría una multa grave, y los empresarios podrían reclamar daños y perjuicios. Todo el sentido del sistema era que, en el período entre los acuerdos, las partes lucharían hasta que la última en pie fuera declarada vencedora. En el supuesto que hubiera un conflicto entre un sindicato poderoso y un empresario pequeño, significaría que el empresario tendría que ceder o declararse en quiebra. Sin embargo, el ejemplo más revelador de la operación del sistema de la ley de 1996 fue el conflicto en 1997 entre el CMFEU (el sindicato de Construcción, Silvicultura, Minas e Ingeniería —una de las uniones mencionadas antes) y el gigante minero ConZinc-Río Tinto, en relación con la mina *Hunter Valley No. 1* en Nueva Gales del Sur. Después de meses, este conflicto dio como resultado el fin del período de negociación y un arbitraje muy desventajoso, tanto para los trabajadores como para el sindicato que sufrió una enorme pérdida financiera (cuando la *Commission* ordenaba la finali-

zación de un período de negociación, tenía que hacer un arbitraje sobre las condiciones de los trabajadores; tal arbitraje estaba sujeto a limitaciones muy severas: s. 170MX de la ley de 1996).

Quizás la ironía más amarga de esta ley fuera que proporcionó, por primera vez, un derecho aparente de huelga. Solo era ‘aparente’ porque la ley limitaba el derecho de tal manera que la huelga legal sería un arma muy peligrosa para los trabajadores, e introducía castigos feroces en caso de huelgas ilegales. En consecuencia, la posición de los trabajadores en huelga era mucho peor después de la ley que les daba el ‘derecho’ de hacerlo.

En resumen, parecía que un motivo conservador de la legislación nueva era paralizar los sindicatos, y eliminar su papel de incitador de la negociación de las condiciones laborales.

6. AHORA Y EL FUTURO

En 2007, el gobierno conservador —que había introducido la ley de 1996— perdió las elecciones generales, y había, una vez más, un gobierno social-demócrata. En 2009 fue legislada la ley *Commonwealth Fair Work Act*. Esta ley intentaba deshacer varias de las partes más anti-sindicalistas de la ley de 1996. Ahora, con la victoria de los conservadores en las elecciones generales de septiembre de 2013, podemos predecir que regresarán a una versión más fuerte del sistema de 1996, siempre y cuando, consigan el apoyo de una mayoría del Senado.

Desde 2007, no ha existido ninguna consideración sobre los méritos fundamentales de un sistema de Arbitraje por un lado, y de un sistema de acuerdos de empresa, por el otro. Todos los esfuerzos han sido dirigidos a los detalles. Es verdad que es necesario resistir al intento de expulsar a los sindicatos, pero me parece una lástima que no hayamos tenido tiempo para pensar con tranquilidad sobre el sistema idea —y por lo tanto para buscarlo. Es posible que sea mejor que Australia cambie totalmente a un sistema de negociación colectiva del tipo europeo. Cuanto más se especialice y se sofistique el trabajo, serán menos necesarios los arbitrajes globales, y más ámbito habrá para acuerdos entre grupos pequeños de trabajadores y sus empresarios. Sin embargo, sospecho que mientras haya trabajadores vulnerables y perjudicados, continuará existiendo la necesidad de tener arbitrajes protectores. Además, y obviamente, bien los arbitrajes fijen las condiciones laborales, o bien lo hagan los acuerdos colectivos, es imprescindible la disponibilidad del apoyo de los sindicatos a los trabajadores en sus negociaciones, como una barrera contra los desequilibrios de poder. Por ello, tendremos que vigilar de cerca cualquier cambio en las leyes.

A COMPARATIV OVERVIEW OF THE CURRENT STATUS OF COLLETIVE BARGAINING

Giuseppe Casale
Director LAB/ADMIN, ILO, Geneva
Secretary-General, ISLSSL

Collective bargaining plays an important role in many countries in governing employment relations, determining wages and working conditions, balancing the needs of workers with that of employers and determining the distribution of productivity gains.

Collective bargaining occurs at several levels: national (inter-sectoral), sectoral and enterprise level. The most prevalent type is multilevel bargaining, which involves national, sectoral and enterprise level bargaining (with variations across countries).

Collective bargaining covers fewer than 20 per cent of workers in paid employment in about 60 per cent of ILO member States. (ILO, Dialogue, 2012) Trends in coverage by collective agreements have diverged both geographically and over time. Over the last decade, coverage has remained relatively stable in some coun-

tries in Europe (for example, Austria, Belgium and France) and expanded in a few countries in Latin America (for instance, Argentina and Uruguay). Collective bargaining appears to be on the increase in some transition economies in Asia (such as Cambodia, China, Indonesia and Vietnam). However, some countries are showing a decline in the proportion of wage earners covered by collective agreements. This sometimes follows deregulation of collective agreements, decentralization of bargaining structures and roll-back in policy support for collective bargaining. Declines can also occur in the context of restructured economies or the State's withdrawal from business activities, especially privatization of previously government-owned enterprises.

In countries with highly segmented labour markets, where large numbers of workers fall outside the purview of labour market regulation, collective bargaining may cover a significant number of formal wage earners but not workers in the informal economy. The weakness of collective bargaining and limited coverage of collective agreements in these countries place an onus on the State and on resource-constrained statutory institutions to extend coverage and monitor wages and working conditions in the informal economy.

1. THE IMPACT OF THE GLOBAL CRISIS

Countries adopting wide-ranging austerity measures included reforms on the grounds of facilitating wage adjustment and ensuring that wage bargaining takes account of regional and enterprise differences in productivity (Portugal, for instance). In some countries, reforms were introduced that allow enterprise agreements to deviate from higher agreements and even statutory regulations – for example, Greece (Law 3899, 2010) and Spain (*Real Decreto ley de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*, of 10 June 2011). Others reformed extension provisions, such as Slovakia (Act No. 557, 2010 amending the consolidated Act No. 2, 1991 on collective bargaining, December 2010) and Italy (*Accordo interconfederale fra Confindustria e CGIL, CISL e UIL*, of 28 June 2011). Some governments took steps to review the representativeness criteria for social partners and a few raised thresholds in recognition procedures, such as Greece, Hungary, Italy, Portugal, Romania, Slovakia and Spain.

These measures stand in contrast to the recent experience of some countries with well-developed collective bargaining mechanisms, where labour and management developed solutions with benefits for both sides and helped to facilitate adjustment and mitigate the effects of the crisis on workers and firms. In these instances, social partners negotiated packages that responded to the economic uncertainty; met the interests of employers to reduce costs and of workers to prevent layoffs and protect earnings; and reduced the impact of the crisis on work inequalities.

Employment security was at the top of the bargaining agenda when trade-offs were frequently made on wages (such as flexible/scaled implementation of increases or moderating, freezing or cutting wages) and working time (such as short-time work, greater use of flexible working time measures and/or voluntary or temporary layoffs). Some of the more innovative agreements also sought to use the down time to upgrade the skills of workers. (Glassner V. and Keune M., 2010). In some countries, including Argentina and Austria, collective bargaining played an important role in mitigating the effects of the crisis on employment and protecting real wages and purchasing power, which in turn sustained private consumption and helped to mitigate the contraction of GDP. (Hermann C., 2011).

One crucial issue is whether collective bargaining will be used to distribute productivity gains when recovery comes, or to continue moderating wages. There is growing concern that stagnating wages, widening income inequality and a declining wage share in many countries' GDP is a result of, among other things, declining unionization and the erosion of collective bargaining. (ILO, 2013) Needless to say, the strengthening of collective bargaining is key to achieve an equitable recovery, but will require policy support by governments to promote and reinforce the role that collective bargaining plays in wage formation and in strengthening the link between wage and productivity growth.

2. THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

The determination of the employment relationship constitutes an additional challenge for labour relations. For example, “non-standard” forms of employment differ from the “standard” model of full-time permanent employment with a single and clearly defined employer, recognizing that the latter is no longer “standard” in many countries. “Non-standard” employment is also variously referred to as “atypical”, “non-regular” or “contingent” employment depending on the national context. These forms refer to employment relationships in which workers are not employed directly by the user company, but by a subcontractor or temporary work agency; employment relationships in which workers are directly employed, but under various types of short-term contracts; and part-time work and home work. (ILO, 2012) Non-standard workers often face limitations on their ability to organize, engage in collective bargaining and access institutions and processes of social dialogue. Indirect or “triangular” employment relationships for workers recruited, for instance, through employment agencies can have the effect of excluding workers from bargaining units.

While non-standard forms may in some cases create greater choice and facilitate mutually agreed flexibility, they have also led to more insecurity and vulnerability for many of the growing number of workers who are in such relationships by necessity, not by choice. The increase in non-standard forms of employment,

when national laws do not adequately regulate them, raises questions over the full exercise of fundamental principles and rights at work. Young workers and women are particularly affected. Collective bargaining has been used to achieve desired outcomes for non-standard workers in a number of countries. Negotiations have achieved parity in employment by requiring equal pay for work of equal value regardless of contract status (as in France and Germany); by facilitating the transition to secure employment (for example, France, Germany, India, Japan and South Africa); or by preventing further segmentation through, for instance, negotiating limits on the period during which a worker may be temporarily employed (for example, Belgium, France, South Africa and Sweden) or the limits on the number of temporary workers that can be hired (United States). Collective bargaining has also produced agreements to address specific needs of non-standard workers including skills development opportunities (as in Indonesia, Italy, Japan and South Africa) and equal access to skills development. Multi-employer bargaining arrangements, which extend the terms of collective agreements to all employees within a sector, appear to be particularly effective in protecting those in non-standard employment and facilitating parity in employment (as seen in Germany, Italy, Luxembourg, Netherlands and South Africa). (Casale G., 2011)

3. VARIETIES ACROSS REGIONS

How collective bargaining is evolving shows wide regional diversity. In Africa, despite some legislative progress, collective bargaining is still generally weak. Tripartite institutions have been set up in some countries, such as Ghana and Senegal, playing a role in providing minimum conditions and reinvigorating collective bargaining.

A slight shift has been observed in some French-speaking African countries from inter-professional to sectoral collective regulation of employment relations and conditions of employment. In Burkina Faso, for example, collective agreements in the transport and financial services sectors were transposed into collective Conventions in 2011. In Niger, collective agreements have been reached in the banking, transport and hospitality sectors.

Institutional frameworks for industrial relations are at very different stages across Asia and the Pacific. At one end of the spectrum are countries in which labour relations are well developed, such as Australia, Japan, New Zealand and Singapore. At the other, in countries such as Cambodia, China, Mongolia, Nepal and Viet Nam, the legal framework for collective bargaining has evolved significantly and the practice of collective bargaining is developing.

Enterprise-level bargaining is the predominant structure in most countries in the region. Notable exceptions include sectoral agreements in clothing and textiles

in Cambodia, banking, health and metals in Korea and plantations in Sri Lanka. In Japan, workers' organizations are revitalizing the mechanism of Shunto, or coordinated wage settlements, for the purpose of reducing wage disparity among those hired by large firms and SMEs as well as those who work under regular and non-regular employment arrangements.

China has seen many changes over the last decade. The Government and social partners have sought to promote collective bargaining as an objective in a broader socio-economic policy of boosting domestic consumption – hence workers' incomes – and ensuring industrial harmony. The quality of the process and the agreements appears to be improving.

Regional and sectoral bargaining has also recorded a steady increase, moving from exclusively enterprise-based traditional labour relations. Europe, too, has seen wide-ranging changes. Many countries in Central and Eastern Europe strengthened the legal foundations for collective bargaining in the 1990s, although the practice is still weak. Collective bargaining in some Western European countries has become much more decentralized – from national or sectoral multi-employer agreements to enterprise bargaining – following austerity-related measures and structural reforms in, for example, Greece, Ireland, Romania and Spain. In countries such as Austria, Denmark, France, Germany, Italy, Netherlands and Sweden, the sectoral level still dominates collective bargaining. Exceptions are Belgium, where an inter-sectoral agreement establishes general developments on wages and working conditions, and Finland, where a landmark tripartite agreement in 2011 on wages and working conditions marked a return to a more co-ordinated approach. This kind of agreements often set the parameters for subsequent sub-level negotiations (the so-called articulation of collective bargaining).

Enterprise bargaining remains the dominant approach in the Americas, particularly in Central America and the Andean sub-region. This is mainly due to legislative barriers that hinder collective bargaining processes at sectoral level. Exceptions are in Argentina and Uruguay, with sharply stronger collective bargaining at sectoral level. In Colombia, the Government in 2011 took steps to regulate employer practices of using direct agreements with non-unionized workers, in order to forestall their use to undermine workers' organizations.

In many Caribbean countries, collective bargaining is mandatory by law and remains at enterprise level, with Barbados an exception where collective bargaining also takes place at the inter-sectoral level. In North America, most collective bargaining remains at enterprise level, although multi-employer bargaining has been traditional for some crafts, and city- or region-wide collective bargaining is carried out in some service industries.

As far as public sector collective bargaining in the United States and Europe is concerned, the impact of the financial, economic and fiscal crises has weakened

public sector collective bargaining, despite its earlier relative strength and density (ILO, 2010). For example in Europe, many countries have made significant cuts in employment, wages and expenditure in the public sector. The process has been most marked in those countries with high public debt (for example, Greece, Ireland, Portugal, Romania and Spain) but has also been significant in the Baltic States, Hungary, Italy, United Kingdom and elsewhere. The cuts have led to a rapid deterioration of wages and working conditions in the public sector, especially in education, health and public administration. A new phenomenon of low pay in the public sector has emerged. Preliminary evidence also highlights the negative effects to be expected on the future quality of public services in these sectors. The cuts have sometimes been decided with scarce social dialogue, as in Greece (ILO, 2012bis) and initial tripartite agreements have not been respected in other countries. In Spain, an agreement not to cut wages for 2010 was broken by the Government, which then unilaterally imposed a 5 per cent reduction. In contrast, the Irish social partners reached an agreement on the public service in 2010 (the Croke Park Agreement, 2010–14), which aims at no more pay cuts for public servants in return for industrial peace, reform of bonus payments, a recruitment freeze in health and education, and new pay and conditions for new entrants to the public service. Importantly, the majority of cost reductions in the public sector, to reduce the pay bill, are via voluntary redundancies.

Some countries have also restricted existing collective bargaining mechanisms. In Latvia, the crisis led to a weakening of the rules on collective bargaining. In Croatia, attempts to reduce the scope of collective agreements generated trade union mobilization and thus withdrawal of proposed changes. In Romania, a new law on social dialogue abolished the collective agreement at national level and dismantled the automatic extension of collective agreements at sectoral level, effectively limiting the scope of collective bargaining. The law also tightened the representativeness requirements, making trade union action harder.

Some of the reductions in pay, benefits or scope of bargaining were part of larger packages of austerity measures negotiated with the European Central Bank (ECB), the European Commission (EC) and the IMF. Measures also included changes in the retirement age and pension entitlements. In some cases these moves were met with strikes and public opposition. Subsequent changes in government leadership in some countries were attributed at least in part to public and trade union opposition to these measures. (ILO, 2013bis).

4. THE SCOPE OF COLLECTIVE AGREEMENTS

The scope of the collective bargaining agenda has, however, expanded in many parts of the world. Beyond wages, themes that frequently appear on the agenda are work organization, vocational training, work–family balance, skills development and enterprise performance.

This expansion has enabled social partners to find trade-offs and negotiate integrative agreements that combine the interests of enterprises for enhanced flexibility with those of workers for income and employment security, contributing to a better work–family balance.

In countries with well-developed collective bargaining structures and high levels of coverage, for example, the focus has shifted from negotiating the length of the working week to negotiating flexible working time regimes. These may set out a broad framework at the sectoral level with the details worked out at enterprise level. Innovative agreements manage to balance enterprise interests with workers' interests (Lee S. and McCann D., 2011, 55-56).

Related to control over time use is the bargaining agenda's widening scope to include gender concerns such as paid maternity leave and policies promoting gender equality. Women are still under-represented in most bargaining structures, however, and their issues still receive too little attention. Although some countries, like Finland, have launched gender impact assessments of collective bargaining agreements, data on gender equality in collective bargaining are few. A forthcoming ILO study on how gender issues are incorporated in 210 collective bargaining agreements in Central America and the Dominican Republic concludes that most of the measures in the agreements to promote gender equality (84 per cent) are innovative and go beyond what is required by law. Some countries have made progress in using collective bargaining to close the gender pay gap and achieve pay rises in predominantly female branches of employment such as retail trade, hotels and restaurants, and cleaning enterprises (Sweden, for example) and at enterprise level. Social partners' agreements on minimum wages can be important for equal remuneration where women are over-represented in low-paid work. Such negotiations are often initiated by law, as in Australia, China and France.

Collective bargaining on youth employment is also rare and is mainly in Europe. A recent review of developments (for both single- and multi-employer collective bargaining) revealed some agreements on policies and measures to encourage the hiring of young workers, such as internships and apprentices (examples are France and Germany); stabilization of employment for disadvantaged workers, including youth (Germany, Italy and Poland); improvements in employment terms for young workers, such as the abolition of a youth pay rate or sub-minimum wage and increased pay and benefits (Australia, Canada and Denmark); and training (Sweden). (ILO, 2012 ter)

A growing number of collective agreements in Europe include clauses on skills development. Similarly, innovative labour–management partnerships are being concluded, which may transform adversarial labour relations into constructive efforts to address issues such as quality, production targets and sharing in productivity gains. Studies indicate that changes in work organization negotiated with workers' representatives can help to improve a firm's performance. Such is-

sues were debate during the International Labour Conference (ILC) of the ILO in June 2013 on the recurrent discussion on social dialogue, and most of the issues and concerns of the debate were captured in the “Conclusions concerning social dialogue” and adopted unanimously by the ILC. (ILC, 2013)

Conclusions

Many countries have made significant cuts in employment, wages and expenditure in the public sector, especially countries with high public debt such as Greece, Italy, Portugal, Romania and Spain. The cuts have led to a rapid deterioration of wages and working conditions. Preliminary evidence highlights the negative effects to be expected on the future quality of work. The cuts have sometimes been decided with scarce social dialogue, as in Greece and initial tripartite agreements have not been respected in other countries. Moreover, collective bargaining has suffered from the non- commitment by the public authorities in promoting it. In fact, some countries have restricted existing collective bargaining mechanisms. In particular in Europe, some of the reductions in pay, benefits or scope of bargaining were part of larger packages of austerity measures negotiated with the European Central Bank (ECB), the European Commission (EC) and the IMF. Measures also included changes in the retirement age and pension entitlements. In some cases these moves were met with strikes and public opposition. Subsequent changes in government leadership in some countries were attributed at least in part to public and trade union opposition to these measures. The scope of the collective bargaining agenda has, however, expanded in many parts of the world. Beyond wages, themes that frequently appear on the agenda are work organization, vocational training, work–family balance, skills development and enterprise performance. This expansion has enabled social partners to find trade-offs and negotiate integrative agreements that combine the interests of enterprises for enhanced flexibility with those of workers for income and employment security, contributing to a better work–family balance. In countries with well-developed collective bargaining structures and high levels of coverage, for example, the focus has shifted from negotiating the length of the working week to negotiating flexible working time regimes. There is a tendency in adapting the sectoral framework with the details worked out at enterprise level and innovative agreements try to balance enterprise interests with protection of workers.

BIBLIOGRAPHY

- Arrigo, G., Casale, G., Glossary of labour law and industrial relations, ILO, Geneva, 2005.
- Casale G.: *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, Hart Publishing, Oxford, ILO, Geneva, 2011.
- Glassner V. and Keune M.: *Negotiating the crisis? Collective bargaining during*

- the economic downturn, ILO, Dialogue WP No. 10, Geneva, 2010.
- Hermann C.: Collective bargaining and balanced recovery: the case of Austria, ILO, Dialogue WP No. 23, Geneva, 2011.
- ILC: Conclusions concerning the recurrent discussion on social dialogue, 102nd Session, Geneva, June 2013.
- ILO, Dialogue: Trade union density and collective bargaining coverage, data, www.ilo.org/ifpdial/information-resocues-eng/index.htm.
- ILO: The sectoral dimension of the ILO's work: update sectoral aspects regarding the global economic downturn. Public administration, GB, 309th session, Geneva, Nov. 2010.
- ILO: Fundamental principles and rights at work: from commitment to action, Report VI, ILC, 101st session, Geneva, 2012.
- ILO: Report of the CFA, GB, 316th session, Geneva, Nov. 2012bis.
- ILO: The youth employment crisis. Time for action, Report V, ILC, 101st session, Geneva, 2012ter.
- ILO: Global Wage Report 2012/13, Wages and equitable growth, Geneva, 2013.
- ILO: Social Dialogue, Report VI, ILC, 102nd Session, 2013bis.
- Lee S. And McCann D.: Negotiating working time in fragmented labour markets: Realizing the promise of “regulated flexibility”, in Hayter S. (ed.): The role of collective bargaining in the global economy, ILO, Geneva, 2011.
- Ojeda Avilés A.: Compendio de Derecho Sindical (segunda edición), Tecnos, Madrid, 2012.
- Ojeda Avilés A. Derecho Transnacional del Trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

II SOGNO IPNOTICO DELLA FLESSIBILITÀ OCCUPAZIONALE E DELLA RIDUZIONE DELLE TUTELE LEGALI E CONTRATTUALI DEL LAVORO COME STRUMENTI INDISPENSABILI PER IL RILANCIO DELL'ECONOMIA E DELL'OCCUPAZIONE

Umberto Carabelli
Professore Ordinario
Università Aldo Moro, Bari. Italia

Ben presto scoprii di essere entrato in una strana tribù. Erano pochi gli accademici (inclusi parecchi dei miei insegnanti) che avevano profondamente a cuore le tematiche che mi avevano condotto a questa scelta, la maggior parte non si preoccupava delle disegualianze; la scuola dominante idolatrava (senza averlo compreso) Adam Smith, inchinandosi al miracolo dell'efficienza dell'economia di mercato. Io pensavo che se quello era il migliore dei mondi possibili, volevo costruire un mondo diverso in cui vivere (J. Stiglitz)

1. LA CRISI DI SISTEMA

Come può un sistema economico depresso e in crisi come quello italiano ritrovare la strada per tornare ad assicurare stabilmente produzione di ricchezza e abbondanza di

lavoro? La risposta più diffusa negli ultimi anni si è fondata sui tre elementi costitutivi del titolo di questo contributo. Alimentata dalle affermazioni di saccenti e rassicuranti esperti di orientamento neo-liberista, essa è stata fatta propria da molte forze politiche (perfino di orientamento pro *labour*: cfr. Sansonetti, 2013), trovando sponda anche in importanti sigle sindacali. Ripetuta, inoltre, acriticamente dalla maggioranza dei media - particolarmente sensibili alle pressioni dei poteri forti del sistema economico-finanziario nazionale ed internazionale, i quali non possono che essere favorevoli all'affermazione di modelli di liberalizzazione totale e incontrollata dei mercati - tale risposta si è trasformata in uno slogan, un vero e proprio 'mantra', che ha generato un sonno, e relativo sogno, ipnotico dal quale sono stati avvolti tanti ignavi ed innocenti giovani e non più giovani, colpiti dalla crisi del lavoro derivante dalle profonde trasformazioni dei sistemi produttivi nell'era della globalizzazione.

Molti di costoro hanno infatti confidato in buona fede nella veridicità di quella risposta così tanto diffusamente affermata e autorevolmente sostenuta, e si sono così assuefatti ad una progressiva mutazione delle regole legali e contrattuali in materia di lavoro, che si è tradotta nella contrazione delle preesistenti tutele legali, nella definizione contrattuale di trattamenti economico-normativi peggiorativi, nella incontenibile diffusione del lavoro precario. Fiduciosi nella promessa che al sacrificio dell'oggi sarebbe seguito un domani di piena espansione produttiva ed occupazionale e di nuova sicurezza del lavoro - quantunque con caratteristiche differenti dal passato (la rinomata *flexicurity*) - essi hanno creduto nella ragionevolezza di scelte politiche e sindacali che, è corretto sottolinearlo, trovavano piena corrispondenza nelle strategie perorate, con altrettanta sicumera scientifica e radicalismo ideologico, dagli organismi politici e monetari dell'Unione europea e mondiali.

A partire dalla crisi della fine dello scorso decennio, in questa vasta parte della popolazione quel sentimento di paziente sopportazione e attesa si è trasformato - come rilevato da sondaggi di varia origine - in profonda delusione per gli insuccessi delle politiche legislative e contrattuali praticate e in una sorta di cupa rassegnazione. Una rassegnazione alimentata soprattutto dalla constatazione della evidente incapacità delle forze politiche di governo, ma anche di (buona parte di) quelle sindacali, di individuare e proporre strategie innovative che diano risposte nuove alle aspettative di una crescente massa di persone - soprattutto, ma non solo, quelle di giovane età - prive di occupazione continuativa, e di una non meno numerosa massa di lavoratori afflitti dal ricatto permanente tra perdita di occupazione e accettazione di condizioni di lavoro di minor favore rispetto a quelle in atto. Il rischio politico è emblematicamente rappresentato dai risultati delle ultime elezioni italiane che - sia per il crescere dell'astensionismo, sia per la destinazione del voto a partiti che contestano *in toto* il sistema, fino a propugnare l'uscita dell'Italia dall'Euro, se non addirittura dall'UE - danno il segnale evidente di un disagio sociale preoccupante per la stabilità democratica del Paese.

D'altronde si deve pure riconoscere che le ricette degli ultimi tre governi italiani, guidati rispettivamente da Silvio Berlusconi, Mario Monti e Enrico Letta,

non sono state molto diverse tra loro e da quelle dei precedenti governi, essendo state, tra l'altro, 'ispirate' (in realtà di fatto imposte) dagli organismi politici dell'Unione europea, preoccupati per i drammatici effetti moltiplicativi che la crisi finanziaria ha scatenato nel nostro Paese, afflitto, tra l'altro, da un debito pubblico di enorme dimensione. Tali ricette si sono tradotte in interventi legali che, *da un lato*, hanno ampliato gli spazi di utilizzo flessibile della forza lavoro, in particolare in materia di lavoro a termine (solo con qualche temperamento in materia di collaborazioni a progetto) (Voza, 2013, 75; De Michele, 2013, 19) e depotenziato il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi (Barbieri, 2013; Carinci F., 2013, n. 172; Carinci M.T., 2013). *Dall'altro lato*, hanno previsto - a fini di riduzione della spesa previdenziale - il trattenimento al lavoro di grandi quantità di lavoratori, attraverso l'innalzamento dell'età pensionabile e l'eliminazione del pensionamento di anzianità, con un conseguente rallentamento del *turn-over* generazionale a danno dei nostri giovani inoccupati (Cinelli, 2013, 393). *Dall'altro lato ancora*, hanno attribuito alla contrattazione aziendale e territoriale (c.d. 'di prossimità') la possibilità di derogare *in pejus* 'liberamente' (salvo un vincolo relativo ai soggetti stipulanti, e qualche altro, di scarso peso, di tipo procedurale, contenutistico e di scopo), la disciplina degli istituti del rapporto di lavoro contenuta nella legge o nei contratti collettivi, tramite accordi ai quali - in sprezzo dell'impedimento costituzionale rappresentato dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. seconda parte (nella quale è disciplinata l'unica procedura che consentirebbe di pervenire alla stipulazione di contratti collettivi ad efficacia generale) - per la prima volta nell'esperienza legislativa post-costituzionale è stata *formalmente* riconosciuta l'efficacia *erga omnes* (art. 8, L. n. 148/2011) (Bavaro, 2012; Carabelli U, 2012, 539; Carinci F. (a cura di), 2012; Lecce, 2012, 479).

2. GLI SVILUPPI DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Per il vero, nemmeno le scelte degli ultimi anni sul versante della contrattazione collettiva sono apparse meno critiche. A parte le difficoltà relazionali tra le tre grandi organizzazioni dei lavoratori (CGIL, CISL e UIL) - esplose in modo virulento in occasione della vicenda FIAT, ma latenti già dagli inizi del nuovo secolo (Bavaro, Liso e Sciarra, 2011, 312; Carinci, 2011;) -, i contratti collettivi di categoria ed aziendali, spesso separati, cioè sottoscritti solo da alcuni sindacati (e quindi caratterizzati dalla mancata firma di importanti sigle sindacali, solitamente riconducibili alla CGIL), hanno in larga misura assecondato la domanda di flessibilità delle imprese, aprendo generosamente a queste ultime gli spazi di agibilità che la normativa legale consentiva loro di concedere. Nel contempo, dopo un lungo periodo di stagnazione della contrattazione salariale - causata dagli squilibri di forza negoziale obiettivamente derivati dalla lunga fase di riorganizzazione e ristrutturazione dei sistemi produttivi - l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (poi integrato da quello del 31 maggio 2013, in relazione alle questioni della

rappresentanza e rappresentatività sindacale) (Carinci, F., 2013, n. 179), frutto di un ritrovato intento unitario del sindacato comunque apprezzabile, si è mosso verso un decremento controllato dei trattamenti economico-normativi.

Più specificamente, tale Accordo ha disegnato un sistema negoziale nel quale alla contrattazione aziendale è stata conferita la facoltà di disporre delle tutele previste dal CCNL, così assecondandosi (quantunque a determinate condizioni) quel fenomeno di aziendalizzazione della regolamentazione delle condizioni di lavoro fortemente voluto dal legislatore del 2011, che ha legittimato la derogabilità *in pejus* delle tutele legali (e contrattuali) da parte della contrattazione di prossimità. Si tratta di un fenomeno che, per la sua portata generale, appare non soltanto deleterio per il sistema economico italiano nel suo complesso - in quanto apre la strada a spesso ingiustificati differenziali di tutela sul territorio nazionale, e quindi favorisce una concorrenza incentrata sulla riduzione del costo del lavoro - ma anche, a mio avviso, in contrasto con la costruzione di un equilibrato sistema di democrazia industriale, ormai auspicato anche dal fronte sindacale italiano come una delle scelte necessarie per favorire l'uscita dalla crisi in modo equo e solidale (v. *infra*).

Inoltre, questo nuovo sistema negoziale, per quanto ancora formalmente fondato sulla centralità del Contratto nazionale di categoria (CCNL), ne esalta sempre di più la funzione meramente 'tutoriale' nei confronti della contrattazione decentrata relativa agli incrementi di produttività (come confermato dall'accordo unitario 24 aprile 2013, sulla detassazione degli aumenti retributivi correlati a questi ultimi, seguito a quello 'separato' del 21 novembre 2012) (Barbieri, Cella, Dell'Aringa, Tronti, 2013, 273; Campanella, 2013). La loro remunerazione viene prevista, infatti, non come integrativa, ma come totalmente sostitutiva di incrementi tabellari uguali per tutti, storicamente garanzia della conservazione del potere di acquisto dei salari e di competenza del CCNL. Anche intorno a questa scelta si può argomentare in senso assai negativo (v. *infra*).

3. IL FALLIMENTO DELLA FLEXICURITY

Di questo quadro fortemente depressivo cominciano, dunque, ad essere coscienti quei poveri derelitti che, risvegliandosi dal sonno indotto dalle sirene neo-liberiste, mettono adesso a fuoco - con amarezza, sofferenza e preoccupazione, in quanto ne sentono i terribili effetti sulla pelle propria e dei propri familiari - il disastro prodotto da vent'anni di politiche economico-sociali restrittive e dalla adozione di un modello di sviluppo economico-sociale incentrato sullo scambio tra totale liberalizzazione della circolazione di capitali, lavoro, beni e servizi e flessibilizzazione dell'uso della forza lavoro, da un lato, e (mere) promesse di sicurezza economico-occupazionale (se si preferisce: 'esistenziale'), dall'altro.

Si tratta di un modello in larga misura ispirato a quello della *flexicurity*, concepito e attuato nelle esperienze politiche più avanzate del centro-nord Europa,

ma che soprattutto da noi ha assunto alcune peculiarità che lo hanno reso del tutto inefficace, ed anzi fallimentare (Zoppoli, 2012; AA.VV., 2013 n. 3, 479). Ci si riferisce all'incapacità politica e all'impossibilità finanziaria di dare soddisfazione alle necessità di *security* scatenate da una implementazione spinta della *flexibility*, con il conseguente drammatico abbandono di inoccupati e disoccupati totali o parziali alla solitaria, disperata ricerca di occasioni di lavoro alternative in un mercato sostanzialmente privo di efficaci servizi per l'occupazione pubblici e privati, e alla mercé di un crescente, incalzante rischio di varcare le soglie della povertà relativa ed assoluta (anche sotto forma di *working poors*), stante la penuria di risorse da destinare a tutela del reddito.

Queste critiche, d'altro canto, prescindono da una ancor più radicale contestazione dello stesso modello della *flexicurity*, che in verità viene sempre più sollecitata dai drammatici sviluppi di questi ultimi mesi. Ed infatti, in primo luogo appare sempre meno scontata l'idoneità di questo modello ad essere applicato in modo 'automatico' a tutti i sistemi economico-sociali europei, dovendo esso fare i conti - come era stato segnalato in tempi non sospetti da varie componenti del mondo politico, sindacale e scientifico europeo e come, alla buon'ora, viene adesso riconosciuto anche in ricerche ufficiali promosse dalla Commissione europea (cfr. *Flexicurity in Europe, Administrative Agreement JRC N°31962-2010-11 NFP ISP - Flexicurity 2, Final Report*) - con una serie di variabili storiche, geografiche, demografiche, politiche, economiche e sociali, idonee ad alterarne in profondità il funzionamento.

Ma soprattutto è da dire che la struttura concettuale di questo modello si fonda su una visione compromissoria - quella, sopra descritta, connotata dallo scambio tra piena libertà di mercato e massima flessibilità del lavoro *vs/* sicurezza, *se e dove possibile* - che risulta, a ben vedere, di tipo prettamente *conservatore* (nel senso meno nobile della parola) e *difensivo*. Sotto il primo profilo, infatti, tale visione appare essere stata fatta propria e sostenuta dai governi degli Stati europei e della stessa Unione europea - più che in virtù di una convinta e democratica condivisione dei popoli - sulla base del sostanziale appoggio dei potentati economico-finanziari mondiali ed europei, interessati a conservare gli assetti di potere capitalistico esistenti, nonostante la drammatica implosione sistemica conosciuta con la crisi del 2008, e a resistere all'adozione di strategie di sviluppo economico/sociale alternative rispetto a quelle in atto, meno agevolmente controllabili (cfr. Gallino, 2013), affidando il contenimento del disagio sociale ad un *welfare* di tipo quasi-assistenzialistico. Sotto il secondo profilo, invece, il modello si sposa con una visione obiettivamente riduttiva del ruolo che il nostro Paese può essere in grado di ricoprire nel prossimo futuro nell'economia (nonché nella politica) tanto europea che globale. Infatti, assecondando un mercato del lavoro totalmente destrutturato e precarizzato e una decrescita delle tutele del lavoro previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva, a fini della riduzione o comunque del contenimento del costo del lavoro, si contribuisce ad indebolire fortemente la propen-

sione del capitale all'investimento in innovazione tecnologica e modernizzazione strutturale e produttiva, e si incentiva, piuttosto, la conservazione di uno *status quo* privo di futuro. Uno *status quo* connotato, come si dirà tra breve, da un'assoluta mancanza di politiche industriali ed economiche mirate a stimolare e indirizzare l'attività privata (il cui effetto collaterale più grave è senza dubbio rappresentato dalla rinuncia a sostenere in modo ampio e sistematico la ricerca nelle Università e nel mondo della produzione di beni e servizi), in una fase in cui l'abbattimento delle barriere alla libera circolazione dei capitali ha messo l'intero sistema produttivo nazionale in competizione con quello dei paesi emergenti.

Una recente ricerca in ambito economico ci racconta tutto di un fiato questo disastro tipicamente italiano (Tridico, 2013): *«semplici esercizi econometrici dimostrano la validità della direzione di causalità ipotizzata. In particolare, appare chiara una forte diminuzione del livello della domanda aggregata italiana causata da una diminuzione drammatica dei consumi che a sua volta è generata dalla sensibile riduzione della quota dei salari sul Pil, dalla marcata diminuzione del salario indiretto, vale a dire la spesa pubblica, in particolare nelle dimensioni sociali, dall'aumento della disuguaglianza e dalla pressione sul lavoro e sui salari causata da una forte flessibilità del lavoro e dalla conseguente creazione di posti di lavoro precari. Il calo della domanda aggregata è la causa principale della riduzione del PIL e, più generalmente, della recessione»*. Per chi ne volesse ancora, si suggerisce la lettura degli ultimi dati relativi al progressivo restringimento della base produttiva del nostro sistema economico, con la scomparsa delle medie e grandi imprese (o con il loro assorbimento da parte di grandi gruppi stranieri), e con le altre imprese relegate - salvo alcuni casi di eccellenza, dislocati nelle nicchie dell'altissima qualità - a svolgere un ruolo servente e/o marginale nei mercati internazionali. Ovvero dei recenti dati OCSE, da cui emerge che, a fronte dei primi segnali di ripresa, l'Italia è oggi l'unico Paese che resta in piena, totale recessione. Oppure delle strabilianti (ovviamente in senso negativo) percentuali della disoccupazione giovanile in Italia, soprattutto nel Mezzogiorno, e della inarrestabile 'auto-delocalizzazione' di giovani cervelli italiani alla ricerca di lavoro serio ed affidabile nel mondo, che sta impoverendo le potenzialità della nostra futura società. O, infine, delle preoccupanti statistiche riguardanti lo scavalco della soglia di povertà da parte di una sempre più ampia fascia sociale, composta da soggetti un tempo appartenenti alla piccola e media borghesia impiegatizia ed operaia, che si accompagnano a quelle della grave ed ingiusta concentrazione della ricchezza nazionale nelle mani di pochi (Carabelli, 2009).

4. I LIMITI DELLA CONTRATTAZIONE DEROGATORIA E SULLA PRODUTTIVITÀ

Tralascero, d'ora in poi, riferimenti puntuali ai profili dell'incremento progressivo della flessibilizzazione (meglio: precarizzazione) dei rapporti di lavoro e

del peggioramento del sistema delle tutele del lavoro verificatisi per effetto di una serie di leggi emanate nel corso degli anni da Governi di varia composizione, per concentrarmi su quelli relativi agli ultimi sviluppi del sistema contrattuale di cui si è detto più sopra.

Guardando anzitutto al tema degli incrementi della produttività e della loro remunerazione, a me pare che gli Accordi del 28 giugno 2011 (spec. § 8) e del 24 aprile 2013, che del primo appare come logica propaggine operativa, portino dentro di sé le prove evidenti delle contraddizioni in cui ancora oggi si muove il movimento sindacale, privo di chiare strategie generali d'azione per fronteggiare la difficilissima crisi in atto. Che la maggiore produttività del lavoro sia un elemento essenziale per migliorare la competitività delle imprese è fatto ovvio e notorio; ma è altrettanto notorio - salvo a chi, per evidenti motivi ideologici, pretenda di ignorare la rigorosa elaborazione scientifica sviluppatasi in campo economico in materia di produttività - che detti incrementi sono correlati non (sol)tanto all'impegno e al sacrificio del personale, quanto soprattutto alla estremamente diversificata qualità organizzativa, strutturale e produttiva delle singole imprese, e dunque all'efficienza degli investimenti in innovazione e modernizzazione, che non è evidentemente nella disponibilità dei lavoratori, bensì del capitale (Costabile, 2009, 175). E che la propensione all'investimento delle imprese - specialmente quelle piccole e medie, che, come si è detto, rappresentano la parte più significativa del sistema produttivo italiano - sia stata, e sia tutt'oggi, assai scarsa è un dato ben risaputo. Posta la questione in questi termini, pensare di concentrare quasi esclusivamente sulla produttività del lavoro, e sulla relativa retribuzione corrispettiva, la strategia di attacco per l'emersione dalla crisi appare a dir poco 'minimalista', e soprattutto foriero di ulteriori differenziazioni di trattamento basate sullo sfruttamento del lavoro, la cui potenziale 'ingiustizia', derivante dalle ragioni appena espresse, è accresciuta dal blocco della contrattazione nazionale in materia di salario base.

D'altronde si tratta di una strategia che rappresenta, in buona sostanza, null'altro se non la prosecuzione logica di quella fondata sul sostegno delle capacità concorrenziali dell'impresa operato per il tramite della contrattazione aziendale flessibilizzante e derogatoria. Tanto nella logica legale dell'art. 8, l. n. 148/2011, quanto in quella contrattuale dell'Accordo del giugno 2011, quest'ultima viene, infatti, concepita come strumento generale per agevolare la sopravvivenza dell'impresa nel mercato grazie ad un ribasso/contenimento del costo del lavoro; il che corrisponde all'apertura di una *race to the bottom*, di cui diventa difficile vedere il punto terminale.

Ebbene, è amaro, ma doveroso e urgente prenderne coscienza: tali strategie, se non sono inserite all'interno di una più generale, ambiziosa, prospettiva di riforma del sistema economico e sociale e di quello di relazioni industriali, finiscono per collocare al centro del ragionamento il lavoro, inteso peraltro non come risorsa essenziale del processo produttivo, da coinvolgere, promuovere e valorizzare in-

sieme agli (e prima ancora degli) altri fattori della produzione - in una moderna visione fondata sull'apporto individuale stabile, motivato e partecipato all'impegno di innovazione e modernizzazione della propria impresa - bensì come puro costo da comprimere, come mero strumento produttivo da sfruttare. Da questo punto di vista va detto che ben altra prospettiva d'azione emerge, ad esempio, dal Piano del lavoro della CGIL del gennaio 2013, dove, all'interno di una più ampia descrizione delle politiche per lo sviluppo economico e occupazionale auspicata da questa Confederazione, si individua correttamente nel primo senso la centralità che deve essere riconosciuta al lavoro nella società del futuro. Ma il documento è e resta al momento solo tale, tra l'altro come espressione della riflessione politico-sindacale di un'importante organizzazione di interessi; nella realtà operativa ciò che appare evidente è, malauguratamente, soltanto quanto descritto più sopra.

5. IL BISOGNO DI PARTECIPAZIONE DEMOCRATICA

Il fatto è (per dirla con l'ormai storico enunciato di un Maestro del Diritto del lavoro, Federico Mancini) che 'la contrattazione collettiva può molto, ma non tutto'; e questo è uno dei momenti della storia del nostro Paese in cui occorrono grandi cambiamenti, prendendo atto che pretendere di gestire la difficile fase attuale attraverso il mero strumento contrattuale è del tutto insufficiente. Seppure la contrattazione derogatoria può - purché costruita secondo un modello fondato sul consenso democratico espresso da tutti coloro che devono essere destinatari dei suoi effetti (v. *infra*) - accompagnare utilmente i primi passi di un'impresa nascente, o le fasi difficili di un'impresa che, per superare la crisi, innova, riorganizza, ristruttura, riconverte, è pur vero che essa è invece destinata a risultare del tutto inadeguata come strumento generale per uscire dalla crisi, in quanto funzionale ad una prospettiva meramente *difensiva*, nel senso prima indicato. Né ragionamento molto diverso può farsi per la contrattazione in tema di produttività, per le ragioni prima enunciate.

In realtà, sono necessari approcci diversi e profondamenti nuovi.

Sul piano politico non si dice nulla di nuovo se si afferma anzitutto la necessità che Governi culturalmente più aperti e meno schiacciati sui calcoli meramente contabili dei referenti politici europei - tornino a progettare e attivare *nuove politiche economiche ed industriali* mediante le quali vengano dati al sistema delle nostre imprese l'indirizzo strategico ed il sostrato amministrativo, economico e finanziario su cui poggiare per ricollocarsi nei mercati internazionali, favorendo innanzi tutto l'investimento in ricerca e sviluppo, e più in generale in cultura (AA. VV, 2013 n. 2, 225). Nuove politiche che si sposino altresì: a) con *politiche del lavoro* mirate a restituire centralità al lavoro subordinato tendenzialmente stabile (quantunque flessibile nella sua gestione) e a valorizzare la formazione professionale - oltre che come strumento di transito dall'istruzione scolare al mondo del

lavoro (tirocinio, apprendistato) - come fattore di emancipazione permanente delle competenze individuali in un'impresa intenda competere nei mercati internazionali sul piano della qualità; b) in secondo luogo con *politiche della sicurezza sociale* estese e lungimiranti, non fondate soltanto, in modo prevalente, sull'approccio riduttivo di un intervento CIG (sia esso regolare o in deroga) meramente protettivo del reddito di lavoratori a rischio di licenziamento, ma che valorizzino quella funzione di sostegno all'occupazione, alla quale la riforma Fornero, mediante l'introduzione dell'ASPI e della mini-ASPI ha dato una solo embrionale ma ancora povera e del tutto insufficiente risposta (Treu, 2013, 1; Ferraro, 2013).

Ma soprattutto è necessario, dal lato non tanto della politica quanto del mondo sindacale e delle imprese, un profondo cambiamento culturale, che porti le organizzazioni del mondo della produzione a concepire, accettare e praticare relazioni industriali meno conflittuali e più partecipative. A dar vita, cioè, ad un sistema relazionale nel quale, è bene dirlo oramai con parole non criptiche, il conflitto di interessi non si esprima solo ed esclusivamente attraverso lo scontro duro e puro - con vincitori e vinti che si leccano volta a volta le ferite (vedi caso FIAT), ma anche con il rischio di una permanente sconfitta del sistema economico nazionale nel suo complesso -, bensì si ricomponga sulla base di un patto tra le forze produttive per la condivisione delle scelte gestionali. A quel modello puramente conflittuale fino ad oggi imperante, che dal punto di vista giuridico potremmo dire essersi basato sul combinato disposto degli art. 39, co.1, e art. 40 Cost. (nei modi in cui essi sono stati interpretati ed attuati dalla giurisprudenza, specie costituzionale, e dalla dottrina), dovrebbe, insomma, sostituirsi un nuovo modello, basato sull'art. 46 Cost., cui si affianchi altresì una bilanciata disciplina legale della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva ad efficacia generale (con eventuale modifica meramente adattativa dell'art. 39, parte seconda, Cost.), nonché, inevitabilmente, un'accorta e moderata regolazione del diritto di sciopero a fini economico-produttivi, fondata primariamente sulla regolazione autonoma delle parti collettive (come consentito dall'art. 40 Cost.). Anche rispetto a questi passaggi occorre un salto di qualità, posto che, adottando un paradigma dell'azione di tutela degli interessi del mondo del lavoro di tipo essenzialmente partecipativo, cioè basato soprattutto sul «diritto dei lavoratori a collaborare ... alla gestione delle aziende» (secondo il dettato letterale dell'art. 46 Cost.), appare coerente e conseguenziale l'accettazione di un modello di relazioni sindacali in cui la conflittualità classica venga stemperata, ferma restando l'essenziale riconoscimento del *coinvolgimento democratico* dei lavoratori nell'assunzione di tutte le decisioni che li riguardano.

Quanto alla questione della partecipazione dei lavoratori (ovviamente tramite proprie rappresentanze) alle decisioni relative alla gestione delle imprese - alla quale lo stesso Trattato europeo fa importanti riferimenti (cfr. art. 153, par. 1, lett. f, TFUE) -, ad essa è stata fino ad oggi dedicata un'attenzione marginale da parte delle forze sociali e del legislatore (v. in particolare la recente normativa delega

contenuta nella L. n. 92/2012: Leone, 2013, 737; in precedenza AA.VV., 2006). E tuttavia, se si vuole davvero avviare un processo rigenerativo del sistema di relazioni sindacali ed economiche, essa deve adesso essere 'presa sul serio' anche da coloro che fino ad oggi l'hanno guardata con diffidenza, di modo che alle parole - come quelle pronunciate qualche settimana fa dalla Segretaria Generale della CGIL, in una recente intervista ad un quotidiano - seguano fatti concreti.

Parallelamente, sempre l'elemento della partecipazione democratica dovrebbe permeare le scelte legislative sul piano della riforma della rappresentanza e della contrattazione collettiva: in particolare, non appare oggi concepibile che rinunci (anche parziali) a diritti della persona, come i diritti al lavoro, alla retribuzione proporzionata e sufficiente, alla propria professionalità, possano essere determinate da decisioni assunte solo dai rappresentanti sindacali, per quanto eletti democraticamente. Da questo punto di vista, una legge sindacale dovrebbe andare oltre quanto previsto dagli Accordi del giugno 2011 e del maggio 2013 (in forza dei quali il *referendum* per l'approvazione di un contratto aziendale destinato ad avere un'efficacia generale è obbligatorio soltanto se il contratto stesso non sia stato approvato a maggioranza da una Rappresentanza sindacale unitaria eletta dai lavoratori, ma dalle RSA presenti in azienda e vi sia una richiesta in tal senso di almeno una organizzazione firmataria dell'Accordo interconfederale o del 30% dei lavoratori dell'impresa), assicurando sempre ed in ogni caso l'effettuazione di *referendum* aperti a tutti i lavoratori, iscritti e non iscritti, ai fini dell'accettazione di decisioni che ricadono direttamente sulle loro spalle.

Parafasando un'espressione passata alla storia per aver sinteticamente rappresentato la presa di coscienza politica della centralità del problema dello sviluppo economico all'inizio degli anni '90 da parte del *Democratic Party* di Clinton - all'epoca risultato vincente nello scontro con il *Republican Party* di George H.W. Bush - potremmo oggi dire, con buon cipiglio, *it's the democracy, stupid*, al fine di sottolineare il radicale cambiamento culturale e politico necessario per dar vita a un 'nuovo Rinascimento italiano'. Ciò vale per la politica, ma anche, per quanto più qui ci riguarda, il mondo delle relazioni industriali.

Concludendo, è bene sottolineare come il patto tra produttori per queste riforme dovrebbe essere indiscutibilmente chiaro e lineare. Più specificamente, non ci dovrebbero essere tempi differenziati per l'intervento legislativo riformatore - come è avvenuto in tema di *flexicurity*, rispetto alla quale si è attuato uno 'sporco' scambio: quello della 'flessibilità tutta e subito', senza alcun corrispettivo successivo sul piano della *security* -, ma si dovrebbe giungere subito alla definizione, condivisa dalle principali forze sindacali (nonché di quelle politiche, cui spetta la definizione delle regole legali), di tutti i vari tasselli regolativi del sistema.

Una cosa è certa: pure per queste riforme occorre far presto, perché non c'è molto tempo per evitare che il declino del nostro Paese diventi irreversibile; ed esse potrebbero essere determinanti per la rinascita.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.: *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese* (Atti delle Giornate di Studio dell'AIDLASS, Lecce 27-28 maggio 2005), Giuffrè, Milano 2006.
- AA.VV.: "Per un'Europa politica e sociale", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2 (2013).
- AA.VV.: "Flessicurezza e precarietà", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3 (2013).
- Barbieri, M. e Dalfino, D.: *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari 2013.
- Barbieri, M., Cella, G.P., Dell'Aringa, C. e Tronti, L.: "L'accordo sulla produttività del 2012", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 138 (2013).
- Bavaro, V.: *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari 2012.
- Bavaro, V., Liso, F. e Sciarra, S.: "I nuovi scenari delle relazioni sindacali alla Fiat", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 130 (2011).
- Campanella, P., "Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro".
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20131024-050014_campanella_n185-2013itpdf.pdf.
- Carabelli, U., "Diritto sociale e lavoratori poveri" (2009).
<https://www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Rapporto-ItaliaLavoratoriPoveri.pdf>.
- Carabelli, U.: "I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi da esso previsti", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3 (2012).
- Carinci, F., "Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore". http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20111124-121142_carinci_n133-2011itpdf.pdf.
- Carinci, F. (a cura di): *Contrattazione in deroga*, IPSOA, Milano 2012.
- Carinci, F.: "Ripensando il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori", http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20130527-054013_carinci_n172-2013itpdf.pdf.
- Carinci, F.: "Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione 'costituzionale' dell'art. 19, lett. b) St.)".

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20130726-085155_carinci_n179-2013itpdf.pdf

Carinci, M.T.: “Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e *flexi-curty* ‘all’italiana’ a confronto”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 136 (2012);

Chieco, P. (a cura di): *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari 2013.

Cinelli, M., Ferraro, G. e Mazzotta, O. (a cura di): *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino 2013.

Cinelli, M.: *Il welfare tra risparmio e razionalizzazione. Gli interventi di riforma 2011-2012 su pensioni e ammortizzatori sociali*, in Cinelli, M., Ferraro, G. e Mazzotta, O. (a cura di), 2013.

Costabile, L.: “Glossario dell’economista per il giuslavorista”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, vol. 60, n. 2 (2009).

De Michele, V.: *Il contratto a tempo determinato*, in Cinelli, M., Ferraro, G. e Mazzotta, O. (a cura di), 2013.

Ferraro, G.: “Crisi occupazionali e tecniche di tutela”.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20131106-014337_ferraro_n189-2013itpdf.pdf

Gallino, L.: *Il colpo di stato di banche e governi*, Einaudi, Torino 2013.

Leccese, V.: “Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 136 (2012).

Leone, G.: “La partecipazione dei lavoratori nella legge delega”, in Chieco, P. (a cura di), 2013.

Sansonetti, P.: *La sinistra è di destra?*, BUR-Rizzoli, Milano 2013.

Treu, T.: “Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 137 (2013).

Tridico, P., “La flessibilità del lavoro e la crisi dell’economia italiana”, *Economia Politica* 2013, <http://www.economiaepolitica.it/index.php/lavoro-e-sindacato/la-flessibilita-del-lavoro-e-la-crisi-delleconomia-italiana/#.Uh9qixb7pLw>.

Voza, R.: *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in Chieco, P. (a cura di), 2013.

Zoppioli, L.: *Flex-insecurity*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

AN OVERVIEW OF COLLECTIVE BARGAINING IN THE UNITED STATES

(contribution to Liber Amicorum Prof. Antonio Ojeda)

Lance Compa
Cornell University

1. HISTORICAL BACKGROUND

Collective bargaining has a long history in the United States, although it was not enabled and protected by legislation until the 20th century. A famous 1806 case studied by all labor law students is the *Philadelphia Cordwainers* case (*Commonwealth v. Pullis*, Philadelphia Mayor's Court (1806)).

Skilled shoemakers in Philadelphia combined to set a price for their labor. They refused to work for any employer who did not pay their desired wage. The court ruled that their combination to raise wages was a criminal conspiracy to inflict harm on the public. The court said that collective action was an “unnatural” means of fixing their salary, compared with the “natural” means of supply and demand.

The idea of collective bargaining as a criminal conspiracy persisted for much of the 19th century. But this did not prevent workers from trying to form unions and bargain collectively. In some states, judicial authorities began to look more favorably on workers' efforts to defend themselves through collective bargaining. In another famous case in 1842, the Massachusetts Supreme Court ruled that as

long as collective action remained peaceful, it was not an unlawful conspiracy. (*Commonwealth v. Hunt*, 45 Mass. 111 (1842)).

Throughout the 19th century, judicial doctrine moved away from the criminal conspiracy theory of collective bargaining. However, many state courts remained hostile to trade unions and collective bargaining. They enjoined strikes and jailed union leaders because of supposed *potential* for violence, with no evidence that violence occurred and no opportunity for trade union representatives to present evidence to the court that their activities were peaceful. (Frankfurter and Greene 1930). They allowed employers to require newly hired employees to sign a contract promising never to join a union. (Rowan 1931). Even where they did not impose such a requirement, employers were free to dismiss workers if they joined a union and wanted to bargain collectively. (Bernstein 1960).

Of course, this did not prevent labor conflict. Workers continued to suffer oppression and took collective action to defend their interests. Many strikes erupted throughout the 19th century and into the early 20th century, especially in the railroad, mining, and manufacturing sectors. Police and National Guard forces often violently suppressed them. So did private security forces hired by employers, such as the Pinkerton Detective Agency. (Montgomery 1987).

During this entire period, no federal legislation governed labor organizing, collective bargaining and strikes. They were matters of state common law on contracts and torts. This meant that state courts were the ultimate arbiters of workers' collective action. State courts in most of the United States were anti-labor and anti-union, except for a few states with more sympathetic attitudes toward trade unions, such as Massachusetts and New York. (Forbath 1991).

2. TWENTIETH-CENTURY LEGISLATION

In the early 20th century, American society began looking to federal legislation to address continuing labor conflict and to develop a unified national policy with regard to collective bargaining in the private sector. Regulation of public sector collective bargaining came later, in the second half of the 20th century.

Today the United States has three distinct regimes of collective bargaining: one for the railroad and airline industries, one for the rest of the private sector, and one for the public sector. However, this last is really 51 distinct systems, because the federal government and the 50 states each has its own collective bargaining law for public employees.

A. The Railway Labor Act of 1926

It was only natural that the first important national legislation on collective bargaining arose in the railroad industry. The industry was vital to the national econ-

omy. To prevent labor conflict, Congress enacted the Railway Labor Act of 1926 (RLA). In 1936 Congress applied the RLA to the airline industry. Airlines were seen as analogous to railroads, a national transportation system in which strikes could have a disruptive effect on the nation's economy. Today, 500,000 airline employees and 250,000 railroad employees are covered by the RLA. Collective agreements cover 60 percent of airline employees and 90 percent of railroad employees.

The RLA creates an elaborate system of bargaining, mediation, conciliation, fact-finding, arbitration, "cooling-off" periods and other measures designed to prevent strikes in the two industries covered by the Act. The system is controlled by a federal agency called the National Mediation Board (NMB), whose three members are appointed by the President.

No strike can occur unless the NMB "releases" the parties from the mediation and arbitration process. This decision is entirely at the discretion of the NMB. This means that in practice, the process sometimes can take years to reach a conclusion.

An important element of the RLA is that it requires the existing terms and conditions of employment to remain unchanged while the process is underway. This often gives a strategic advantage to trade unions facing demands for wage and benefit concessions, especially in the airline industry where market conditions are volatile. The unions are content to let the process continue for years, while employers press the NMB to "release" them.

Even if the NMB releases the parties and a strike occurs, the President has the authority to declare a national emergency and order strikers back to work. Congress then has the authority to legislate the terms and conditions of a collective agreement. This happens rarely, but when it does, it is often an orchestrated event in which trade unions *want* the President to order them back to work. They believe they will get a better deal from Congress than the one offered by employers.

B. The National Labor Relations Act of 1935

In 1935 Congress adopted the National Labor Relations Act (NLRA) covering most private sector workers outside the railroad and airline industries. It also created the National Labor Relations Board (NLRB) to administer the Act.

The NLRA created a collective bargaining system marked by these cardinal features:

Unfair Labor Practices

The NLRA defines and prohibits five "unfair labor practices": 1) *interference* with employees' concerted activity; 2) employer *domination* of a labor organization; 3) *discrimination* against workers for union activity; 4) *retaliation* against workers for filing unfair labor practice charges or giving testimony in NLRB proceedings; and 5) *refusal to bargain*.

Bargaining Unit

A linchpin of the NLRA is the “appropriate bargaining unit,” a group of employees in a workplace who meet the legal test of “sufficient community of interest” to be represented by the union. The NLRA empowers the NLRB to define such a bargaining unit if the employer and the union disagree. Managers and supervisors are excluded from any bargaining unit.

Majority Rule

Under the NLRA, only a union that demonstrates majority support in an appropriate bargaining unit can be certified as the collective bargaining representative. A secret ballot election is often the means of confirming majority status, but in some circumstances unions can show majority support by signed membership cards, petitions and other methods. Correspondingly, the NLRB will not certify minority unions.

Certification

By certifying a union as the bargaining agent for workers in a bargaining unit based on majority status, the NLRB confers certain protections for the employees and their union. The union represents all employees in the bargaining unit. The employer must “recognize” the union and negotiate in good faith with the union. Refusal to bargain is an unfair labor practice.

The union’s representative status and bargaining rights are insulated for one year against challenge by another union or a move by anti-union employees to decertify the union. This gives time to reach a collective agreement without the distracting fear of de-certification or challenge from another union.

Exclusive Representation

In many European countries, multiple trade unions represent employees at a single workplace. In Spain, for example, employees who labor side-by-side in the same occupation might be represented by the CC.OO, UGT, or another union. In the United States, however, the NLRA makes a certified union the exclusive representative of all employees in the bargaining unit. A dissident minority is represented by the certified union, at least until they can convince their co-workers to create a new majority in favor of a different union or in favor of de-certifying the union.

Duty to Bargain

When a union is certified, the NLRA compels the employer to the bargaining table with a legal obligation to bargain in good faith. The law requires meeting at reasonable intervals and exchanging proposals on wages, hours and working conditions affecting represented employees.

Courts have defined the “good faith” bargaining obligation as “an obligation . . . to participate actively in the deliberations so as to indicate a present intention to find a basis for agreement . . . a sincere desire to reach an agreement.” If an employer fails to meet this legal obligation, the union can file an unfair labor practice charge alleging bad-faith bargaining.

At the same time, the NLRA does not require the employer to agree to any union proposal. The employer is entitled to engage in “hard bargaining” for proposals unpalatable to the union, as long as he does not engage in “surface bargaining.” Surface bargaining means going through the motions of bargaining – meeting, trading proposals etc. – with a hidden goal of never reaching an agreement. Employers who engage in surface bargaining often hope that employees will vote to decertify the union when they become frustrated with the lack of progress in bargaining.

Written agreements for a specified term

The NLRA requires employers and unions to express their collective agreement in a written contract. The law does not specify any length of time for a labor contract, but in practice, all collective agreements have a specified length. The normal term of a contract is three years, although in recent years many contracts have moved to longer terms, four or five years, for example.

Voluntary Mediation

The NLRA establishes the Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS). Employers and unions must notify the FMCS when they approach the end of a contract term. But the FMCS can only intervene if *both* parties agree to request its service. In sharp contrast to the RLA, the NLRA does not require mediation or arbitration. The parties can bargain, strike, lock out etc. without ever invoking mediation services.

Impasse

Collective bargaining can end with an agreement. It can also end with each party making final offers without coming to an agreement. When such an “impasse” is reached, the employer is allowed to unilaterally implement its final offer. Workers must then live with the imposed terms, or strike to obtain their own proposal (or whatever resolution might result from the strike).

The impasse doctrine is not contained in the NLRA. It was elaborated by the courts. Again, note the contrast here with the Railway Labor Act, which does not allow employers to make unilateral changes upon an impasse in bargaining. Instead, parties in the railroad and airlines industries must turn to mediation, conciliation, arbitration and other mechanisms of the RLA, leaving unchanged the terms and conditions of employment under the prior collective agreement.

Strikes and lockouts

Whether or not impasse has been reached in bargaining, upon the expiration of a prior collective agreement workers can strike or employers can “lock out” workers in a test of economic strength to achieve their bargaining goals. Workers can withhold their labor and set up picket lines outside the workplace, but they cannot prevent the employer from continuing operations.

Employers have many options for continuing operations during a strike. In many workplaces managers and supervisors can maintain activity. As long as em-

ployers do not use threats to coerce them or promises to entice them, they are legally permitted to try to persuade workers not to join strikes or to cross picket lines and return to work.”

Striker replacements

Most important, employers may hire replacements for striking workers. This, too, is a result of judicial decisions, not legislation. Replacement workers can be temporary, leaving the worksite when the strike ends. But management may also hire them as permanent replacements, leaving workers who exercised the right to strike jobless. The strikers are not dismissed; they remain on a recall list to return to work only when a job is vacated by a replacement worker. After one year, an NLRB election to decertify the union can be held, with strikers not eligible to participate in the vote.

The striker replacement doctrine applies when workers engage in an “economic” strike over terms and conditions of employment. If they engage in an “unfair labor practice” strike motivated by the employer’s violation of the NLRA, workers cannot be permanently replaced.

C. Current extent of private sector collective bargaining

The high point of collective bargaining in the United States came in the 1950s, when one-third of the labor force was covered by collective agreements. Since then a steady decline has taken hold. Today about 7 percent of private sector workers – about 8 million – are covered by collective agreements. (U.S. Department of Labor 2013).

But this decline bears further analysis. The United States is a big country. Collective bargaining coverage is in many ways a regional phenomenon. In New England, around the Great Lakes, on the West Coast, and in other states, collective bargaining is still deeply rooted in transportation, communications, food processing, health care, manufacturing, retail, service, entertainment, hospitality, and many other sectors.

Most collective bargaining in the private sector takes place at the level of the individual firm. Unlike Europe, the United States does not have sectoral bargaining between peak-level social partners. Instead, unions usually bargain with management at the enterprise level. For large national groups like General Motors or General Electric, bargaining takes place at the national level on a “master agreement,” followed by “supplemental agreements” at the company’s different facilities.

Where unions have not been certified to represent employees, employers have complete freedom to act unilaterally as long as they comply with basic labor legislation such as minimum wage, overtime pay, non-discrimination etc. Employers’ desire for such flexibility and control explains why union organizing is so difficult in the United States. Where workers in a non-union workplace try to form a union, management typically launches an aggressive campaign to frighten them into voting against union representation, with implicit threats that the company will close the workplace if the union wins the election. (Human Rights Watch 2000).

3. COLLECTIVE BARGAINING IN THE PUBLIC SECTOR

Collective bargaining for public employees began to take root in the 1960s. Before then, rights of assembly under the First Amendment to the Constitution allowed public employees to form associations that could lobby legislatures for improved salaries and working conditions. But genuine collective bargaining between trade unions and public authorities did not exist.

The first legislation granting public employees the right to collective bargaining took effect in the state of Wisconsin in 1960. In years that followed, as public employees' associations became more politically active, other states enacted collective bargaining laws for state employees and for employees of subordinate jurisdictions such as counties and municipalities. However, this trend was not universal. Today, 31 states permit some level of collective bargaining for public employees, while 19 states prohibit it. (Congressional Research Service 2011).

At the federal level, a 1962 executive order by President John Kennedy established collective bargaining for federal government employees. The executive order was later transformed into federal law during the presidency of Jimmy Carter in 1978. It allows collective bargaining over working conditions and disciplinary procedures, but it prohibits bargaining over economic issues such as salaries and benefits.

In the federal sector and in most states that allow collective bargaining, strikes are prohibited. Legislation creates various procedures for mediation, conciliation, fact-finding, recommendations etc. If they still fail to yield an agreement at the bargaining table, mandatory arbitration sets terms and conditions of employment.

About 7 ½ million public sector employees are union members, approximately the same absolute number as that of private sector workers. On a percentage basis, however, public employee union membership is five times greater: 36 percent, compared with 7 percent in the private sector. This brings the overall level of union membership in the United States to 11.3 percent – again, however, with large regional differences. New York, California, Pennsylvania, Illinois and other states have union membership approaching or exceeding twice the national average, while Texas, Florida, North and South Carolina, and other states had less than half the national average. (U.S. Department of Labor 2013).

4. CONCLUSION

American history reflects a long cycle of trade union decline and growth. Analysts routinely predict the death of the labor movement. (Yeselson 2012). Heralds of labor's demise often argue that unions were needed in the past, but modern, enlightened management and the need for economic competitiveness make them obsolete. (Troy 1999). But then, workers fed up with employers' exploitation de-

cide to find new ways to defend themselves.

In 1932 George Barnett, the incoming president of the American Economics Association, said that he saw “no reason to believe that American trade unionism will so revolutionize itself . . . as to become in the next decade a more potent social influence than it has been in the past decade.” Instead, the labor movement tripled in size in the next decade. (Porter 2012).

History does not repeat itself, and conditions now are not the same as those spurring the great organizing drives of the 1930s and ‘40s. Still, American workers have shown deep resourcefulness over long cycles of trade union growth, decline and regeneration. Workers’ need for “somebody to back me up” in the face of employer power never disappears. The labor movement built by workers in the United States over the past century is still a strong base for working class advances and strengthening of collective bargaining in years to come.

BIBLIOGRAPHY

- BERNSTEIN, I.: *The Lean Years: A History of the American Worker, 1920-1933*, New York, Houghton Mifflin (1960).
- Congressional Research Service: “Collective Bargaining and Employees in the Public Sector” (March 30, 2011).
- FORBATH, W.: *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Harvard University Press (1991).
- FRANKFURTER, F. and GREENE, N.: *The Labor Injunction*, New York, Mac-Millan 1930.
- Human Rights Watch: *Unfair Advantage: Workers’ Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards* (2011).
- MISHEL, L. et. al.: *The State of Working America* (2012), Table 4.33.
- MONTGOMERY, D.: *The Fall of the House of Labor: The Workplace, the State, and American Labor Activism, 1865-1925*, Cambridge University Press (1987).
- PORTER, E. “Unions’ Past May Hold Key to Their Future”, *New York Times* (July 17, 2012).
- ROWAN, C.: “The Yellow Dog Contract”, *Marquette Law Review* 15:110 (1931).
- TROY, L.: *Beyond Unions and Collective Bargaining*, New York, M.E. Sharpe Publishers (1999).
- U.S. Department of Labor: “Union Membership in the United States 2012” (January 23, 2013).
- YESELSON, R.: “Not With a Bang, But a Whimper: The Long, Slow Death Spiral of America’s Labor Movement”, *The New Republic* (June 6, 2012).

REPRESENTATION OF WORKERS' INTEREST OUTSIDE COLLECTIVE BARGAINING

Wolfgang Däubler
University of Bremen

1. INTRODUCTION

The importance of collective bargaining is decreasing all over Western Europe. Unions lose members and become unable to conclude collective agreements in more and more fields of the economy. Despite its well-established economic position, Germany may serve as an example. The number of unionized people went down from 11.3 millions in 1993 to 6.2 millions in 2012 (retired persons included both times). In the sixties and still in the eighties of the last century, 90 % of the workers were protected by collective agreements; now this number has decreased to 59 %.

It would be misleading to regard exclusively the quantity of agreements and of workers covered by them. In most of the sectors, the level of protection has gone

down, too. Between 2000 and 2010, the real wages decreased in the whole German economy by 2.5 % (considering taxes, contributions to the social security and the inflation rate). As there is no minimum wage (except in certain sectors) one can find collective agreements providing from three to four Euros an hour. That is the case e. g. for agricultural workers, employees in hairdressers' shops and some temporary agency workers.

All this concerns the formal sector of the economy. Informal workers and illegal immigrants are not covered by these figures. Normally they are in a worse position – still some steps down the ladder.

There are many lawyers supporting the unions in their fight to keep at least some domains of their traditional fields of collective bargaining. In the countries of Southern Europe as well as in France, their efforts have a very limited impact considering the clear decisions of the legislature which follow the councils of the “troika” or other comparable instances. The weakness of trade unions is no more counterbalanced by a “*legislazione di sostegno*”. On the contrary, the law creates obstacles to an effective representation of workers' interests.

What can labour lawyers do in such a situation? Reduce the big evil by interpretation – an effort which will under good circumstances lead to a smaller evil? Why not? If everybody is in a certain way helpless seeing no perspective for a better future, even the smallest attempts to improve the situation are welcome.

Despite the special interests of Antonio Ojeda Avilés in collective bargaining, I will try to

offer a different contribution. Which are the possibilities to represent workers' interests outside the system of collective bargaining? Could we perhaps compensate some losses in the field of collective bargaining in using some new means of pressure? Is collective bargaining not quite useful for the employers' side and for the stability of the political system, too? Would spontaneous actions even of small groups of workers not disturb the production much more than a strike announced or at least foreseeable within the framework of collective negotiations? What about public campaigns against firms which treat their employees as pure objects of exploitation? It will perhaps be useful to look for examples in countries with no well developed bargaining system: In the U.S. only a small part of perhaps 5 % of the workers in the private sector is covered by collective agreements, and in China an observer will find no bargaining process in the European sense: There are other mechanisms to increase wages and improve working conditions.

I hope that Antonio will appreciate this excursion to a foreign field outside traditional labour law thinking. He is now a person celebrating a jubilee (what will not come into your mind if you meet him) but I am sure he will continue to participate very actively in new developments.

2. REDUCING THE QUALITY OF PERFORMING WORK

Traditional industrial work as well as delivering services requires motivated workers. They have to identify themselves with what they are doing; this is an elementary condition for productivity. Assembly-line work may be an exception where the attitude of the worker plays a minor role, but it is nowadays restricted in Europe to very small parts of the economy. The dominating form of work is today delivering services – even within the industrial sector; and services require at least a positive approach of the worker to what he has to do.

There is no perfect way to bring workers to this attitude. As far as I see, acceptable working conditions and a certain stability of the labour relationship are of high importance. “Working conditions” imply a good behaviour of the boss who has to respect the personality and the performance of the workers. “Stability” means that you can be sure not to be dismissed without a sufficient reason from one day to the other. If there is in your factory or your office a “hire-and-fire” system – why should you try to improve the quality of your work, propose a better organisation or treat customers friendly even if they are annoying you? According to national traditions and national culture, the sensibility for “unjust” conditions may be quite different. Managers who do not pay attention to this, may come into serious difficulties.

Let me give you some experiences I collected during different stays in China. In a small firm owned by a German investor the only driver was the person with the highest seniority. A new boss coming from Germany did not know it and treated him the same way as other people; according to Chinese informal rules he had to be asked the first if there was a problem to be discussed. He was angry and looked into his contract of employment. His working hours were described there as well as the nature of his job – but there was no requirement to understand or speak foreign languages. From one day to the other he only understood Chinese. When the new boss was on tour with him the communication was somehow difficult: The boss had to phone to his secretary to tell her that he wanted to stop for going to the toilet; then he handed over the mobile phone to the driver and the secretary told him in Chinese what the boss wanted. After some time the boss was told why the driver did no more understand any English; as he was an intelligent person he changed his behaviour and the driver slowly remembered his English key phrases.

Another case may be of special interest for lawyers. In Russia I had heard that nobody goes to court. The reason is probably that there will be no judgement if the judge did not receive a considerable sum of money before but nobody mentions this obstacle explicitly. One day I asked the Russian employee of a German foundation whether she would go the labour court if she would be dismissed. “No” she said, “this is for nothing. Judges do not really pay attention to what happens

to ordinary people.” Well, I insisted, if you would have a male boss and if he would want you to go to bed with him and if you would refuse and be dismissed afterwards - would you go to court at least in such an extreme case? No, she said, I would not. But in such a situation I would have three good friends. Each of them would take a baseball bat and wait for the boss coming out of the office in the evening. He would never forget this encounter during his whole life. This was obviously a fall-back to fist-law. Some years later, I asked the same question to a Chinese girl. The point of departure was the same: Courts are not useful for ordinary people. But what would happen if it was not only a dismissal but a dismissal under the described ugly conditions? Well, she told me, before leaving the office or the factory, I would tell the story to everybody. By this way, the boss would get into a very bad situation. Nobody would give him all necessary information he needs (or the wrong ones), from time to time one would forget wishes he had expressed, papers important to him could no more be found, files would disappear. After some months he would give up. The punishment would be as severe as the Russian one but the “style” would be different.

The examples may show different things.

The first one is that especially in the sector of services workers have possibilities to express their dissatisfaction. Even individuals can reduce productivity to a considerable extent. If there is a boss who can be considered to be “guilty” it is probably much easier to use these methods. In an economic crisis where nobody knows exactly who is responsible (the bankers? the capitalist system? greedy managers?) it may be much more difficult to practice it. But resistance is possible – without running a considerable risk.

The other thing is that this form of disobedience does not depend on formally democratic structures and the existence of trade unions who define themselves as representatives of workers’ interests. The Chinese unions are in their big majority organisations which see their task in finding a compromise if a conflict breaks up and in re-establishing afterwards harmony in the enterprise. Their vocation is mediation and not struggle for the interests of the workers. In Germany, you can find works councils and unions whose practical function (not their programmes and theories) is quite similar.

But will two cases be sufficient to draw conclusions? I could add some two or three more cases from China, and another one from Brazil, too. But it will be unjustified to tell “this is the way”, “resistance is possible everywhere, even without trade unions”, because there may be hundreds of cases where such actions would be impossible. The message is therefore much more modest: There are possibilities of struggling for workers’ interests, the tina-principle (“there is **no** alternative”) is wrong. It would perhaps be useful to study the conditions in a concrete country how to improve the readiness of workers to use their potential power.

3. GOOD EMPLOYER – BAD EMPLOYER

Let's shift from China to the U.S. Day labourers are precarious workers who have big difficulties to plan their lives. To organize them seems to be extremely difficult if not impossible. Without stable social relationship with colleagues and friends in a comparable situation, how could individuals join a union?

In the U.S., you can find the “National Day Laborer Organizing Network” with member organisations in many states of the U.S. with a core area in California. I had the chance to have a long conversation with its general secretary giving me a lot of information. Some points seem to be of general interest.

The “union” has a specific structure. Traditional unions resemble often an industrial plant with its hierarchic setting: There is a CEO and a board of directors at the top, there are department leaders and group leaders, and there are normal collaborators. Like in big enterprises, new ideas have a difficult position: Would they not create a lot of work? Would they perhaps have an adverse effect? Are they really compatible with the principles laid down in the general programme? Could their realization change the balance between different departments? There are so many questions without any clear answer. Would it not be reasonable to renounce to such a hazardous game? The description refers to some German experiences which hopefully cannot be generalized. Nevertheless sociologists agree that the traditional structure is not adequate if you need innovation. Enterprises have changed a lot for the same reason, too.

The day workers are organised in a “network”. There are contact persons in different parts of the town. They tell the members how much is paid for a certain activity and who is a good employer and who is a bad one. The bad one will, of course, be avoided. If many people ask the contact person the bad one will have big difficulties to find day workers at all. The union gives information which can lead to a kind of boycott. We can find the same principle in the movement of the “travelling journeymen” (called in German “Gesellenbewegung”) which existed in Central Europe since the 13th century. Bad employers i. e. (at that time) craftsmen were formally “discredited”; no journeyman could conclude a contract with them without being discredited, too. The boycott replaces in a certain way the strike and other forms of collective actions.

Can this form of organization gain importance in nowadays Europe, too? There are some advantages of a network in comparison with traditional forms of the labour movement.

The involved persons have a clear objective and a well defined role. The information given to a member (or even to other persons) is obviously useful and can therefore justify a small fee the person has to pay monthly.

Repression against a network is difficult. Meetings between two or three persons cannot be controlled by the authorities, the contact can easily be declared to be of a private nature.

Ideological differences play no role. The fulfilment of the function does not depend on the political conviction of the persons involved. The collaboration requires only the conviction that the situation of day workers should be improved. Whether it comes from a Christian, a socialist or a communist view of society is without any interest.

New ideas coming from a contact person may be realized at once. Each collaborator can try to fulfil his tasks in a better way – there is no hierarchy that has to give its approval.

The network solution is no universal solution. It is confronted with the problem of instability – the value of the information given may be doubtful, people do no more come seeking information elsewhere. But there is one argument difficult to refute: A lot of lawyers being on the side of the workers live in networks: In big towns you will find one or several law firms of this kind and they are normally in contact to comparable law firms in other towns. There is even a network all over Europe. It would be very difficult to bring these people together in the same political party; but collaboration in the interest of workers is possible. In this field you will even find people who kept their political position from the seventies and the eighties whereas unions often gave it up without replacing it by a new perspective.

4. MOBILIZING PUBLIC OPINION

Schlecker, a German retail chain, had a very specific reputation since a lot of years. During a long time, they had trouble with their works council whose rights were often neglected. The press wrote about it the majority of newspapers supporting the works councils who were in the position of an underdog. Eventually Schlecker fully recognized the legal situation; the discussion calmed down. But the story continued. Schlecker had economic difficulties and restructured a lot of shops especially putting smaller ones together. Workers were dismissed. During the period of notice, they received a “kind offer” to come to a firm called “Meniar” which was an abbreviation for “bringing people into jobs” (“Menschen in Arbeit”). Meniar was a temporary employment agency and a 100 % branch of Schlecker. Workers were offered new contracts with wages more than 35 % below the former level. Those who accepted were sent to a shop quite near to the place that had worked; sometimes it was the same shop. They had to perform the same kind of work as before, but for much lower wages.

Trade unions protested but were not able to organize a strike. Press and television gave critical reports. The majority in the population was on the side of the workers; some lawyers tried to prove that the way of treating them was a circum-

vention of the law which guarantees acquired rights in cases of transfer of enterprises and plants. But this was not decisive. The volume of sales went down and it seemed possible that this was a consequence of the public campaign. The owners decided to close down Meniar, their temporary employment agency, improving by this way their reputation and getting back their customers. Workers got their previous salaries again.

The story is told here because it shows some features which are never dealt with in labour law. Let's assume that in the shops of Schlecker there were a union density of 80 %. The union would have decided to fight against the intended decrease of wages demanding that Meniar should go out of business. Of course, Schlecker would have refused, the union would threaten the workers going to strike. What would be the consequence? Schlecker would get an injunction against the union at the labour court. The strike would be prohibited because of its illegal aim: To continue or not to continue a business is a so-called entrepreneurial decision which must not be an object of a collective agreement or a strike. One could organize a strike for better working conditions at Meniar – but it is still doubtful whether workers not affected by the measures could participate in a kind of solidarity strike. All these legal obstacles do not exist if press and television advocate the end of the temporary employment agency and if some consumers go to another firm. Leaving the sphere of collective bargaining becomes an advantage for the workers. Dear labour law colleagues – please bear it in mind!

What is possible in Germany may happen in China, too. On January 1st 2008 the new labour contract law came into force. One of its provisions contained the rule that after ten years of service with the same employer a fixed-term-contract was transformed automatically into an open-ended-contract. Huawei, an IT-firm, had a lot of employees who fulfilled this condition. The enterprise “asked” them to cancel the employment contract in October or November 2007. In the beginning of January they would get a new fixed-term-contract with the conditions they had before. Legally it was as doubtful as Schlecker's strategy, but it is difficult for a worker who wants to continue with the employer to go to court. However, the press intervened: It seemed to be obvious that the new rule was circumvented. Huawei gave in and granted open-end-contracts to all workers concerned.

Using the route of labour law would have been quite risky, too. It was quite unclear how the courts would decide: if it would be clear that Huawei pressed workers to sign a cancellation contract, the court would probably have decided in favour of the workers. But what would happen if the pressure could not be proven? The worker had asked for unpaid leave – why not? There is no necessity to use the suspension of the employment contract; an interruption of the contractual relationship is admissible, too.

Why can the public opinion get such results? The first thing you need is the personal commitment of some critical journalists and a political framework that

permits such a kind of reports. A possible private owner of the newspaper will normally not be opposed as long as the articles will be read and the newspaper often quoted. The second thing is that a lot of people share social values thinking that over-exploitation is unacceptable and immoral. That is still the case in Germany as well as in France or in Spain; whether it will be the same in the United States seems to be more doubtful. In China, capitalist exploitation is still considered as a transitional phenomenon; to criticize excesses will be accepted by the big majority of the people. To share certain values is a much lower threshold than engaging in trade union activity or in a strike. Even boycotting certain goods does not require a high degree of courage. Public pressure can therefore be organized much easier than traditional collective actions.

On the other side, most of the enterprises are quite sensitive as to their public reputation. They never know if some newspaper articles will have a negative impact on their volume of sales. The risk to lose customers on the market seems to be much more important than the reduction of wage costs which is normally the reason for socially unacceptable measures. The sensitivity is very high at retail firms which have a direct contact to the consumer, but it is less developed with heavy industry which sells its products to the state (weapons!) or exclusively to other enterprises.

Criticizing the behaviour of undertakings does not always deal with obvious facts like in the Schlecker or the Huawei case. It may happen that the enterprise denies the accusation affirming that everything is o.k. It may go to court in order to get an injunction giving it the right to publish a counterstatement. If the information comes from an employee we are confronted with the problems of a whistleblower whose position is quite ambiguous balancing between betrayer and hero. The European Court of Human Rights has strengthened the position of such a person who can invoke the freedom of opinion even in cases in which the facts cannot be proven. The limits of this fundamental right are passed only if the facts are wrong and the whistleblower has acted with gross negligence.

What was said for press and television is also valid for the internet. Whether a blog can replace in a certain way a newspaper and become a starting point of a campaign depends on the actual role of the internet in the country. In the near future it will be everywhere a decisive forum for public opinion. The difference to press and television is its more democratic character: one does no more need critical “journalists”; some critical bloggers can fulfil the same function. In Twitter and other social media popular persons can have many “followers” who receive automatically all their declarations. If the Chilean students’ leader Camila Vallejo has 700.000 followers this is an equivalent to the power of a big newspaper. The internet can in a certain way give more possibilities to individuals than other media before. If some few people give a good and convincing evaluation of an event, that can be the starting point of a campaign against socially unacceptable behaviour of enterprises and managers.

5. COLLECTIVE ACTION IN THE INTERNET

More and more, work is done in the internet. One can use the internet to support collective actions in the "real world" and one can disturb the working process in the internet.

As to the first alternative, I would like to mention the collective actions workers and their friends had realized with IBM Italy. Like in other countries, there is the internet platform "Second life". Each person can create a virtual human being ("avatar") giving him certain good and certain bad qualities. In 2007, about 3000 persons from more than 30 countries "played" the collective bargaining process at IBM Italy adding some important modifications to the reality: Hundreds of pickets were present, big demonstrations occurred and a meeting of the board of directors could not continue because many strikers entered the room. The decision-makers were highly impressed; could it not be possible that the actions in the game could become reality? The next day an agreement was found in which IBM renounced to all intended income reductions. The situation is similar to the public campaign: Unlike in a strike, the individuals did not run any risk. For some of them, the participation may have been even a funny thing bringing some new accents into the routine of everyday life.

IT-technology can be disturbed. In 2002, there was a new form of collective action against the German Lufthansa. The company had collaborated with the government bringing back people to their home countries, people who had tried to get political asylum in Germany but were refused. It was clear that many of them would go to prison after they arrived in their country, some of them would be tortured or brought to death. An initiative of citizens protested against this practice; they developed the slogan: Three classes with Lufthansa - economy class, business class, deportation class. The conflict escalated when a Nigerian citizen arrived dead in his country despite being accompanied by two German policemen. The initiative decided to block the Lufthansa booking system by sending so many e-mails to it that it would break down. They developed a specific software which sent three e-mails every second to the Lufthansa computer. During some hours the Lufthansa was off-line but then found a way out in using other computers. One of the members of the initiative was prosecuted for duress but was acquitted by the court of appeal of Frankfurt.

Other forms are considered to be illegal sabotage. A computer scientist was dismissed and should be replaced by a private firm. He installed a very sophisticated computer virus which blocked the whole system two days after he left his job. He was the only person able to find out where the virus was and how it could be dealt with. So he was asked every week to come back and help until by accident his method was discovered. Another computer scientist changed the main passwords of his employer before leaving; so the firm was paralyzed during several

days. Another story is spread concerning a system administrator: He modified the programmes in a way that everything was deleted if in his personal file the words “dismissed by the employer” would appear.

6. PERSPECTIVES

The decline of collective bargaining is not the end of defending workers' interests. Labour lawyers will perhaps be forced to look into other fields of law like freedom of the press, internet communication and consumers' activities. In the medium and long term this way of action can even be more efficient than traditional collective bargaining. Would it not be a good advice for employers to tell them: Defend collective bargaining? You will be better off! This can (and should) be an object of further discussion.

ULTRACTIVIDAD AGOTADA Y APLICACIÓN EMPRESARIAL SELECTIVA DEL CONVENIO FENECIDO

Luis Enrique de la Villa Gil
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid.
Presidente Honorario de la Asociación Española de DTSS
Abogado, socio de Roca Junyent

... en esa hora en que el almanaque no sirve para nada ...
Juan Sierra (Sevilla, 1901-1099), *Trafalgar*.

1. ULTRACTIVIDAD AGOTADA Y ELEMENTOS CORRECTORES DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL SOBREVENIDO

1. Con la lucidez que caracteriza sus obras, escribió el homenajeado en su momento que ... *“no siempre la ultraactividad favorece a los trabajadores con el mantenimiento de la eficacia de los convenios vencidos : en general puede decirse que les favorecerá cuando el trend económico y legal sea a la baja, y los empresarios quieran negociar convenios concesivos, mientras que favorecerá a*

éstos cuando la tendencia sea al alza y el próximo convenio pretenda subidas muy fuertes. Se ha visto en los meses anteriores y posteriores a la reforma de 1994 : en los anteriores, los sindicatos querían negociar y los empresarios se resistían, esperando los recortes legales; en los posteriores se invirtieron los términos, pues los empresarios querían volcar en los convenios todos los recortes obtenidos, hallando la cerrado oposición de los sindicatos” (Ojeda, 2003, 707). Y, años después, escribió que ... “una profunda, amplia y chirriante reforma de la situación de ultraactividad vino acometida por el RDL 7/2011 mediante la modificación de los artículos 86 y 89 ET” (Ojeda, 2012, 358).

Ese justo calificativo, de *chirriante*, bien puede extenderse a la reforma de la Ley 3/12, de 6 de julio, prescribiendo en el art. 86.3, párrafo cuarto ET que ... “*transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*”.

El 8 de julio de 2013 quedaron sin vigencia ultractiva numerosos convenios colectivos. Seguramente habría podido evitarse una situación tan inconveniente para millones de trabajadores y miles de empresas (CCNCC, 40, 1), pero la CEOE y los sindicatos CC.OO y UGT no quisieron o no pudieron traspasar el umbral de las recomendaciones, en tanto que el Gobierno prefirió mirar para otro lado, dos actitudes que, supongo, causarán pocas sorpresas.

2. El final de la vigencia ultractiva del convenio tiene lugar cuando no concurre alguno de estos dos presupuestos: i) la inclusión en el convenio fenecido de cláusula en la que apoyar la continuidad de la vigencia ultractiva, una cláusula similar a la valorada por la Sala Social de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 23 de julio de 2013 (Poced. 205/13); o, ii) el pacto impeditivo del fin de la ultractividad, en sus diversas manifestaciones posibles. Cuando no aparece ninguno de los dos, el final del efecto ultractivo abre una fase de vacío normativo convencional, con una doble consecuencia negativa sobre el proceso productivo y sobre los derechos de los trabajadores.

El proceso productivo queda herido gravemente cuando la empresa ha de funcionar sin las referencias establecidas en el convenio colectivo. La doctrina se refiere, por ejemplo, a las remisiones legales a los convenios colectivos (arts. 23, 24 y 34), que, de no existir aquellos, de un día para otro, se convertirían en remisiones a la nada (DUQUE, 2013, 5, 19), lo que también ocurre, muy señaladamente, con el art. 58 ET. Y todavía es más grave en aquellos supuestos en los que la prestación de los trabajadores no puede llevarse a cabo sin la regulación convencional, por ejemplo en las compañías aéreas, cuyos convenios de empresa combinan los derechos y las obligaciones de los trabajadores, erigiéndose en verdaderos reglamentos para la actividad y los descansos aéreos. De otro lado, el drástico descenso de las condiciones de trabajo, aparte de su dramática proyección social, supone la inopinada ruptura del

equilibrio de prestaciones y contraprestaciones y, por tanto, la desnaturalización de la sinalagmaticidad y de la conmutatividad de los contratos de trabajo.

Ante este panorama, la propia ley ha establecido factores de relativización de las consecuencias del vacío normativo, enunciándose como tales i) el estímulo de nuevo pactos colectivos en sustitución total o parcial del fenecido; ii) el dictado de un laudo vinculante o, incluso, de una propuesta de mediación mutuamente acogida; y, iii) la existencia de un convenio de superior ámbito al fenecido.

Junto a esos elementos correctores ordinarios, la doctrina ha ideado algunos remedios extraordinarios para suplir, si tal ocurriera, el fracaso de aquellas vías legales, proponiéndose, entre algunos otros menos relevantes : i) la supresión de los límites temporales impuestos al efecto ultractivo, deducida de la negociación empresarial de mala fe, ya sea en el concierto de un nuevo convenio o en el sometimiento a un procedimiento de composición; ii) la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio fenecido, en los contratos de trabajo a los que aquel se aplicaba durante su vigencia; iii) la presunción de vigencia pese al final de la ultractividad; iv) la aplicación analógica de un convenio colectivo vigente en una similar unidad de negociación; y, sobre todo, v) la fuerza de la Constitución, de los tratados internacionales y del régimen común de las obligaciones y contratos.

Los dos primeros elementos correctores disponen ya de un amplio apoyo doctrinal (AA.VV, 2013; Ballester, 2014), así como el quinto (Molina, 2014), pero muy limitado todavía el tercero y el cuarto (De la Villa, 2012). Y a la espera de la interpretación jurisprudencial futura, la dispersión de las sentencias de los Juzgados y Tribunales relativiza el interés de su comentario.

2. EL SUPUESTOS DE AL APLICACIÓN EMPRESARIAL SELECTIVA DEL CONVENIO COLECTIVO FENECIDO

1. Los apasionantes aspectos jurídicos que han quedado expuestos, y alguno otro más vinculado a ellos, han de quedar, sin embargo, fuera de este breve estudio, porque el supuesto de hecho elegido para su tratamiento se produce cuando, finalizado el efecto ultractivo por el transcurso del tiempo legal máximo, sin concurrencia de ninguno de los presupuestos neutralizadores de aquel resultado, el empleador o los empleadores sigue/n aplicando, fáctica y selectivamente el convenio colectivo fenecido. La motivación de una semejante conducta empresarial apenas importa, aunque bien puede asegurarse que no suele buscar la conservación del pretérito nivel de protección conseguido por los trabajadores bajo el anterior convenio, ya que en ese caso no se hubiera llegado a una situación tan extrema. Por el contrario, un comportamiento tal, inconsecuente en apariencia, goza de una justificación difícil de ocultar en los casos en que, sin las regulaciones que el convenio incorpora, se resentiría intensamente el proceso productivo, hasta el punto de hacerlo inviable. En otras palabras, lo que la parte empresarial persigue en estos casos reales, es mantener

el proceso productivo sin graves oscilaciones y perjuicios, privando a la vez a los trabajadores y/o a sus representantes, de una parte significativa de los derechos que les aseguraba el convenio ultractivo. En un supuesto planteado ante los tribunales, la decisión del empleador ha consistido en aplicar el convenio en la mayor parte de sus cláusulas, pero con excepciones muy reveladoras, por ejemplo las relativas a los derechos sindicales de los representantes de los trabajadores, a los que se respetan únicamente las garantías dispuestas en la Ley 11/1985, de 2 de agosto, Orgánica de Libertad Sindical. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2014 (Proced. 503/113), no considera que vulnere la libertad sindical el hecho de que la empresa inaplique los derechos y garantías sindicales del convenio fenecido, si tampoco aplicaba unas regulaciones más del mismo. Un fallo, como casi todos los que se van conociendo, sujeto a la revisión casacional.

2. Abstracción hecha de lo que los tribunales puedan resolver en su momento -declarando contraria o conforme a Derecho la aplicación unilateral y selectiva de un convenio colectivo ya fenecido-, procede analizar la naturaleza y los efectos jurídicos de la situación creada por tan peculiar ejercicio del poder de dirección empresarial, lo que obliga a revisar críticamente cuatro posibles opciones: la opción de la prórroga tácita de la ultractividad (a), la opción de la condición más beneficiosa y de la liberalidad empresarial reversible (b), la opción del pacto colectivo tácito (c) y la opción de los pactos individuales tácitos (d).

a) La opción de la prórroga tácita de la ultractividad

1. Una primera opción es interpretar que la decisión empresarial de seguir aplicando, fáctica y selectivamente, las cláusulas normativas del convenio fenecido, implica establecer una recuperación, mediante su prórroga, del efecto ultractivo de las cláusulas correspondientes. En esta teoría, el mantenimiento de ciertas cláusulas convencionales opera sin solución de continuidad, puesto que a la vigencia de las cláusulas convencionales *ex lege*, sigue en el tiempo la vigencia de las cláusulas por la voluntad empresarial. Dicho sea, naturalmente, respecto de las cláusulas que el empleador aplica y no de aquellas otras que, por interés propio, decide no aplicar.

2. Sin embargo hay que descartar esta explicación jurídica porque, salvo acuerdo interpartes, no se conoce en el derecho español la figura de la ultractividad selectiva de las cláusulas normativas del convenio colectivo, aunque sí sea legal la aplicación de las cláusulas normativas y la no aplicación de las cláusulas convencionales, sin entrar aquí en la evolución reductiva que se ha producido respecto de las segundas, dejándolas en nada, salvo en lo relativo a la renuncia del ejercicio del derecho de huelga (art. 86.3, párrafo segundo, inciso primero ET). Pero, además, porque si ha finalizado técnicamente, por imperio de la ley, la situación de ultractividad, sin pacto impeditivo de las partes, las cláusulas legalmente derogadas no podrán ser rehabilitadas por una decisión empresarial unilateral. Cabe que el empleador aplique a sus trabajadores ciertas cláusulas del antiguo convenio colectivo -como ciertamente está ocurriendo en la práctica- pero ese efecto no será el propio de una situación de ultractividad sino de alguna otra figura jurídica.

Dicho esto, si dialécticamente se admitiera que la conducta empresarial de referencia supone la continuidad del efecto ultractivo del convenio, la consecuencia sería inevitable: la duración de ese efecto habría de considerarse indefinida, hasta tanto se celebrase un convenio sustitutivo, se aceptase una propuesta mediadora o se acatase un laudo arbitral. Porque el límite del plazo de un año para negociar, o sujetarse a un procedimiento de mediación o arbitraje, solo se impone en la ley para la ultractividad legal pero no para cualquier otra modalidad de la ultractividad pactada.

b) La opción de la condición más beneficiosa y de la liberalidad empresarial reversible

1. Una segunda opción es interpretar que la decisión empresarial de seguir aplicando, fáctica y selectivamente, el convenio fenecido, supone el establecimiento empresarial de una condición más beneficiosa a favor de los trabajadores sujetos al ámbito personal de aquel convenio. Es esta una tesis que no encaja en absoluto en la configuración jurisprudencial de la condición más beneficiosa, exigente de la concurrencia de los siguientes tres requisitos : i) un acto inequívoco de atribución empresarial [SS.TS (S) de 20 de diciembre de 1993 (RJ\1993\9974), 8 de julio de 1996 (RJ\1996\5761) ...], sea individual, sea plural, o un contrato de trabajo o un uso continuado en el tiempo, referidos siempre a un beneficio singular o a un pequeño conjunto de ellos, y no a la regulación sistemática de la relación de trabajo; ii) la voluntad empresarial de incorporar la condición más beneficiosa al nexo contractual de cada trabajador destinatario de la misma (SS.TS (S) de 21 de febrero de 1994 (RJ\1994\1216), 31 de mayo de 1995 (RJ\1995\4012) ...), lo que se traduce en su eficacia *ad personam* o *intuitu qualitatis personae*; y, iii) la inmunidad a la voluntad sobrevenida del empleador [S.TS (S) de 16 de septiembre de 1992 (RJ\1992\6789), 21 de noviembre de 2006 (RJ\2007\752) ...], y también al principio de modernidad del convenio colectivo (arts. 82.4 y 86.4 ET) y a las reformas legales *in peius*, sin perjuicio de la posible neutralización del beneficio, a través de la técnica de la compensación/absorción, salvo respecto del exceso sobre los niveles legal y convencional (art. 26.5 ET).

2. No obstante si, como mera hipótesis, se aceptara esta teoría de la condición más beneficiosa, la consecuencia no podría ser otra que la de admitir la contractualización individual de los derechos contenidos en las cláusulas aplicadas por el empleador, las cuales se mantendrían en el futuro como derechos individuales inmunes a las regulaciones menos favorables que pudieran pactarse en convenio colectivo o que resultaran de los procedimientos de composición a los que se sometieran las partes, con la excepción compensatoria anteriormente anotada y, en su caso, con la excepción del resultado de un procedimiento de modificación sustancial e individual de condiciones de trabajo (art. 41 ET).

3. Menos todavía cabe interpretar que la decisión empresarial de seguir aplicando, fáctica y selectivamente, el convenio fenecido, coincide con un acto

de liberalidad reversible a voluntad de quien la concede, porque tales actos solo significan situaciones singulares toleradas que, además, no revelen la voluntad empresarial de reconocer una condición más beneficiosa [S.TS (S) de 28 de junio de 2007 (RJ\2007\7373)]. El obstáculo insalvable de considerar que la aplicación selectiva del convenio colectivo es un acto de liberalidad reversible, se halla en la excepcionalidad de ese mismo efecto en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social, informados ambos por la pauta de que aquello que no es obligatorio para el empleador, puede este otorgarlo o no otorgarlo, y puede además hacerlo de un modo abierto y no reglado. Pero si el beneficio o la mejora se concede efectivamente, adquiere la naturaleza de derecho irreversible por imperio de la ley [art. 3.1, c) ET, art. 192, párrafo segundo LGSS, y jurisprudencia social, por ej. S.TS (S) de 11 de mayo de 1992 (Rº 1918/91)], conclusión que no se desnaturaliza por el hecho de posibles alteraciones derivadas de los procedimientos mencionados en el número anterior.

c) La opción del pacto colectivo tácito

1. Una tercera opción es interpretar que la decisión empresarial de seguir aplicando, fáctica y selectivamente, el convenio fenecido, significa una oferta a los representantes de los trabajadores, cuya necesaria aceptación, para que se perfeccionara el concierto bilateral, se desprendería del hecho de no manifestar oposición alguna a la actuación empresarial. Sin embargo esa conformidad de los representantes de los trabajadores con la selección empresarial de las cláusulas normativas del convenio, fraccionando totalmente los derechos y las garantías inicialmente pactadas, no puede imaginarse, ni, aunque se imaginara, podría superar el test de indisponibilidad respecto de derechos y garantías amparadas por el orden público y el derecho necesario. En los casos conocidos, las cláusulas excluidas suelen ser las que perjudican el ejercicio de los derechos sindicales, ante lo cual los representantes se manifiestan en contra de la segmentación arbitraria, sin entrar en la actitud y en la situación obtenida por los trabajador⁴es individuales. Consecuentemente, ni hay pacto colectivo tácito ni puede haberlo siquiera conforme a las exigencias del derecho imperativo.

2. Si, en un caso distinto al que se toma como objeto de estudio en este trabajo, el empleador aplicara unilateralmente el convenio fenecido en su totalidad, sin oposición de, ni negociación con, los representantes de los trabajadores, se produciría sin duda un pacto colectivo tácito, al coincidir oferta y aceptación colectivas, cuyos efectos no quedarían sujetos a límite temporal alguno, ni abrirían la potestad empresarial a introducir, unilateral e informalmente, modificaciones sobrevenidas. Solo un pacto colectivo posterior y expreso, o el sometimiento de las partes a un procedimiento de composición, o la instancia del procedimiento formal modificatorio de las condiciones colectivas (art.82.3 ET), podrían alterar el contenido del pacto colectivo tácitamente celebrado.

d) La opción de los pactos individuales tácitos

1. Una cuarta y última opción es interpretar que la decisión empresarial de seguir aplicando, fáctica y selectivamente, el convenio fenecido, constituye una oferta destinada a cada uno de los trabajadores afectados por el convenio, cuya aceptación se presta por el hecho de beneficiarse, singularmente, de las condiciones de trabajo reconocidas. Carece de trascendencia jurídica en este caso que el fraccionamiento empresarial lesione o recorte derechos de los trabajadores, uno a uno considerados, pues se genera entonces una nulidad parcial resuelta por el mecanismo de la sustitución de cláusulas contractuales nulas (art. 9.1 ET), conforme al cual las cláusulas nulas no contaminan a las cláusulas válidas, sino que han de completarse con los preceptos jurídicos adecuados, cuya exigencia podrá ser objeto de reclamación contenciosa a través del proceso social ordinario, con la sola reserva de no invadir el campo de las acciones que requieren legitimación colectiva para su ejercicio. Todo ello sin perjuicio de constituir una infracción a los derechos constitucionales de libertad sindical y de negociación colectiva, al quedar desplazados ambos por una estrategia empresarial de negociación individual en masa.

2. El pacto individual perfeccionado de esa manera no es unilateralmente reversible por el empleador, pues el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del Código Civil). Tiene, pues, duración indefinida, como si el convenio colectivo mantuviera su eficacia originaria o su eficacia ultractiva, en tanto no se sustituya por un nuevo convenio colectivo, por el resultado de un procedimiento de composición, por un pacto individual de orden inverso o por el resultado del procedimiento legal de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET).

Tampoco se produce en este caso un fenómeno de contractualización de condiciones de trabajo, si por tal se entiende la trasposición de los derechos normativos del convenio colectivo, al nivel no normativo del contrato de trabajo, pues en el supuesto analizado en este trabajo los derechos de los trabajadores individuales son exigibles porque el convenio que los establecía externamente continúa aplicándose por la fuerza del pacto individual concertado entre el empleador y cada uno de sus trabajadores, sin transposición alguna de sus cláusulas al vínculo contractual. Es muy claro que el pacto individual no es un pacto “directo” de fijación de condiciones de trabajo, sino un pacto para la aplicación “indirecta” de las condiciones de trabajo del convenio colectivo.

Sirva esta observación para dudar fundadamente de la prosperabilidad judicial del remedio de la contractualización preconizado por un sector de la doctrina para atajar las consecuencias del fin de la ultractividad, ya que, en buena técnica jurídica, hay que defender la repulsa entre la contractualización de las condiciones de trabajo y el convenio colectivo, en cuanto equiparable a la norma legal, que, por ello mismo, desarrolla sus efectos desde fuera del contrato y exige que este

respete sus cláusulas normativas, durante su vigencia, de la misma manera que ha de respetar los preceptos legales. Lo que equivale a afirmar que la eficacia del convenio colectivo no precisa .. “*del auxilio de técnicas de contractualización, ni necesita el complemento de voluntades individuales*” [S.TC. 58/85 (BOE. 5 de junio de 1985)]. El hecho de que la reforma legal de la ultractividad sea ciertamente criticable por sus consecuencias nocivas para los derechos de los trabajadores, no asegura la viabilidad de una teoría jurídica tan heterodoxa.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos en la reforma del 2012”. *Revista de Derecho Social*, 2013, 61, 11.
- BALLESTER LAGUNA, F.: “El final de la ultractividad y la doctrina de la incorporación al contrato de trabajo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (www.instel.com)*, 2014, n° 38.
- COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, *Observatorio de la negociación colectiva*. Boletín, 2013, n° 40.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: “Negociación colectiva”. *Laboral. Suplemento de Derecho&Sociedad*. Despacho Roca Junyent, Madrid, 2012, n° 03, 8.
- DUQUE GONZÁLEZ, M.: “La limitación de la ultractividad del convenio colectivo”. *Revista de Información Laboral*, 2013, 5, 6.
- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La vigencia de los convenios colectivos: las modificaciones al régimen jurídico del artículo 86 ET”, AA.VV. (coord. J.Gorelli Hernández e I.Marín Alonso”), *El nuevo derecho de la negociación colectiva*. Técno, Madrid, 2013.
- MERINO SEGOVIA, A.: *La negociación colectiva tras las reformas de 2012*. Bomarzo, Albacete, 2012.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Escenarios de “pos-ultractividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre”. Bomarzo, Albacete, 2012.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho sindical*. Técno, Madrid, 8ª ed. 2003.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho sindical*. Técno, Madrid, 3ª ed. 2014.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Técno, Madrid, 1975.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Ultractividad de los convenios colectivos: estado de la cuestión en el ámbito judicial”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Thomson Renters Aranzadi. Cizur Menor, 2014, n° 161, 223.

LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL DE LOS *TRADE*

Ángel Luis de Val Tena
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

“Nuestra aportación presente al Derecho del Trabajo, pienso, no consiste en vivir al día y en lamentar la fragmentación del patrimonio común del trabajo dependiente, que con tanto esfuerzo se conquistó, sino, mejor, en llegar a conocer el signo de estos nuevos tiempos y en defender los valores personales y los medios jurídicos que garantizan la libertad y dignidad de los trabajadores en la sociedad civil y en la economía, para intentar, así, que las normas conjuguen la lógica de la racionalidad económica con la protección de aquéllos, sin aceptar un compromiso incuestionado con la ideología de la técnica y de la competencia empresarial como valores supremos”.

Juan Rivero Lamas, en “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80, 1996, pág. 991.

1. INTRODUCCIÓN

El profesor Antonio Ojeda Avilés, en su *Compendio de Derecho Sindical*, dedica el último capítulo al análisis de los acuerdos de interés profesional concertados entre las asociaciones o sindicatos que representan a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante, TRADE) y las empresas para las que ejecutan su actividad (Ojeda Avilés, 2012, 475-479). Aunque el título del capítulo, siendo más amplio, incluye la negociación colectiva de los trabajadores autónomos, lo cierto es que el colectivo de trabajadores por cuenta propia no tiene reconocido, ni en la Constitución Española ni en la legislación ordinaria, un derecho singular o propio a la negociación colectiva.

El texto constitucional establece que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva *laboral* entre los representantes de los trabajadores y los empresarios” (art. 37.1 CE). Se insiste, así, en el carácter laboral –término que debe interpretarse de un modo restringido, referido sólo al trabajo por cuenta ajena (STC 35/1982, de 14 de febrero)– de la negociación colectiva que se reconoce como derecho, lo que significa, al menos, “un recordatorio de la condición genuina de la institución y del ámbito propio de su actuación, cual es la relación de trabajo asalariado” (Palomeque López y Álvarez de la Rosa, 2013, 201), además de determinar el objeto de la negociación colectiva que se extiende a toda materia relativa a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones profesionales conexas con las relaciones de empleo (Monereo Pérez, 2002, 633). Corrobora esta interpretación el legislador ordinario cuando desarrolla la garantía de este derecho específico de los trabajadores por cuenta ajena en el Título III –“De la negociación colectiva y de los convenios colectivos”– del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET).

A nivel legal y en el ámbito del trabajo autónomo, la única manifestación próxima a la negociación colectiva laboral son los acuerdos de interés profesional, si bien su naturaleza y, consecuentemente, su eficacia, además de su limitado alcance personal, son radicalmente distintos a los atribuidos *ex lege* a los convenios colectivos estatutarios e, incluso, a los reconocidos a los convenios colectivos extraestatutarios. A continuación se expone el régimen jurídico de los acuerdos interés profesional, que se contiene en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA).

2. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INTERÉS PROFESIONAL

Como fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes –aquellos que realizan una actividad económica o pro-

fesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales (art. 11.1 LETA)– se reconocen los acuerdos de interés profesional (art. 3.2 LETA), lo que “no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito”, sino simplemente reconocer “la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo” (Exposición de Motivos LETA).

Cuando el legislador enumera los deberes profesionales básicos de los trabajadores autónomos, incluyendo –entre otros– “seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios” [art. 5.b) LETA], parece que está imponiendo a los trabajadores autónomos la obligación de cumplir lo dispuesto en los convenios colectivos o en cualquier otra norma de naturaleza colectiva, aplicables en la empresa donde presten servicios. Sin embargo, esa primera interpretación no encaja con las fuentes propias del régimen profesional del trabajador autónomo, por cuanto –como se afirma– “el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente” (disp. final primera LET y art. 3.3 LETA). En conclusión, aquella referencia al cumplimiento de las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios no supone la aplicación de los convenios colectivos laborales; tano solo, en su caso, de los acuerdos de interés profesional, que son únicamente aplicables a los TRADE, respecto de los que sí conforman su régimen profesional, estableciendo las condiciones generales de la contratación y, en particular, de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad profesional (art. 13.1 LETA).

Su regulación jurídica se expone en los artículos 3.2 y 13 LETA. En primer lugar, el legislador introduce los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora del régimen profesional de los TRADE. Congruentemente, no los incluye en el primer apartado de aquel precepto, separándolos del resto de fuentes que son aplicables a todos los trabajadores autónomos. Su régimen jurídico se concreta, posteriormente, en el artículo 13 LETA, al desarrollar el régimen profesional de los TRADE, donde se abordan aspectos como los sujetos legitimados para negociar, la forma, el contenido y la eficacia y límites de estos acuerdos profesionales.

3. SU NATURALEZA JURÍDICA: ACUERDOS PROFESIONALES DE EFICACIA LIMITADA Y VOLUNTARIA

Al margen de la regulación específica de este tipo de acuerdos, debemos destacar la remisión expresa al derecho común de las obligaciones y de los contratos. Se dice literalmente que “los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo

de las disposiciones del Código Civil” (art. 13.4 LETA); así, son claramente contratos de derecho privado (Aguilar Martín, 2013, 1007), sometidos con carácter general a la legislación civil, siendo fuente de derechos y obligaciones (arts. 1091 y 1278 CC). Dichos pactos se sitúan en la esfera de las categorías jurídicas de la contratación civil, de manera que por sí solos “no podrán lograr el plus de eficacia jurídica otorgado por la legislación laboral a los convenios colectivos *strictu sensu*, ni sería viable otorgarles eficacia inderogable frente a sucesivos acuerdos individuales, ni mucho menos eficacia *erga omnes*” (Cruz Villalón, 2003, 46).

Como fuente del régimen profesional del TRADE, el lugar que corresponde ocupar a los acuerdos de interés profesional en la jerarquía de fuentes será el anterior y precedente a los pactos individuales, siempre que se cumplan las exigencias previstas para ser de aplicación, puesto que toda cláusula del contrato individual de un TRADE “será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento” (art. 3.2, párrafo segundo, LETA). Aparentemente, se supeditan los contratos individuales a los acuerdos de interés profesional, pero ello es únicamente así cuando el TRADE cumpla el requisito de prestar el consentimiento para su aplicación; de ahí que “el punto central del régimen profesional de los TRADE va a residir en los contratos individuales, a cuyo filtro supedita la LETA la eficacia de los acuerdos” (Ojeda Avilés, 2012, 475).

Por tratarse de una fuente de carácter contractual, la eficacia personal de estos acuerdos de interés profesional es limitada y voluntaria (Ojeda Avilés, 2012, 479). En efecto, como determina el legislador, la eficacia de dichos acuerdos “se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello” (art. 13.4 LETA), es decir, sólo serán de aplicación si se cumplen dos condiciones (art. 3.2, último párrafo, LETA):

- Que el TRADE esté afiliado al sindicato o asociación de trabajadores autónomos que ha intervenido como parte en la firma del acuerdo.
- Que el TRADE haya prestado expresamente su consentimiento favorable a la aplicación del acuerdo de interés profesional.

Respecto de la afiliación, se plantean dudas sobre si debe mantenerse durante todo el tiempo de la relación con su cliente o sólo se exige en un momento determinado. En principio, puesto que la afiliación es un requisito para la aplicación del acuerdo de interés profesional, se debe mantener durante todo el tiempo que dure la vinculación jurídica con el cliente principal o, al menos, mientras el TRADE pretenda que se le aplique dicho acuerdo (Aguilar Martín, 2013, 1014). Así, el acuerdo interés profesional de la empresa Panrico recoge que “aquellos transportistas que pierdan la condición de afiliados de las Organizaciones y Asociaciones

firmantes del presente acuerdo de interés profesional o adheridas a él, quedarán excluidos del ámbito personal del mismo, quedando desde ese momento su prestación de servicios sometida por las estipulaciones contenidas en su contrato de transporte y en la LETA y su normativa de desarrollo”.

Tampoco el legislador especifica la forma y el momento en el que debe prestarse el consentimiento. No aclara la Ley, en efecto, cómo debe prestarse el consentimiento, por lo que dicho consentimiento expreso podrá expresarse de forma oral o escrita (art. 1262 CC). Ni se dice si el consentimiento puede ser previo a la negociación o debe prestarse una vez negociado el acuerdo. Aun no siendo lo habitual, el consentimiento podrá ser previo si cuando se afilia al sindicato o asociación no está negociado tal acuerdo, pero el TRADE otorga un apoderamiento negociado a favor de la asociación o del sindicato que lo representa; en este supuesto, automáticamente se le aplicará lo concertado en el acuerdo de interés profesional por la empresa cliente, una vez entre en vigor (Martínez Barroso, 2008, 10), sin que obligatoriamente se exija dar la conformidad explícita al acuerdo concreto con posterioridad a su perfeccionamiento jurídico y una vez conocido su contenido concreto (en contra, Cruz Villalón, 2008, 412; Baz Rodríguez, 2011, 92; Guerrero Vizueté, 2012, 93). De lo que no cabe duda es de la validez de una adhesión a dicho acuerdo, tanto si el TRADE se afilia con posterioridad al sindicato o asociación que lo ha negociado, como si presta el consentimiento posterior, estando ya afiliado.

Una vez prestado el consentimiento por parte del TRADE, éste es irrevocable, garantizándose así la inderogabilidad *in peius* de los acuerdos de interés profesional durante su período de vigencia y la irrenunciabilidad a las ventajas previstas en los mismos a favor de los TRADE, que previamente hubieran aceptado su aplicación (Roqueta Buj, 2012, 25). Ante la ausencia de una regulación expresa sobre la posible revocabilidad o no del consentimiento por parte de los TRADE, cabe llegar a la misma conclusión aplicando el principio *pacta sunt servanda*, de modo que si para aplicar un acuerdo de interés profesional a un trabajador concreto se requiere su aceptación, anterior o posterior a su suscripción, el TRADE no puede desvincularse unilateralmente de ella sin causa legal que lo justifique, aun cuando se desvincule del sindicato o asociación que suscribió el acuerdo (González Biedma, 2007, 105-107).

Por todo ello, el alcance de los acuerdos de interés profesional es limitado y sólo obliga, por un lado, a los TRADE que han prestado voluntariamente su consentimiento de adhesión y que están afiliados al sindicato o asociación que lo ha negociado y, por otro, al cliente principal, a éste sin necesidad de ninguna otra manifestación de voluntad, pero no a ningún otro cliente con el que mantenga también un vínculo contractual para la prestación de servicios. Por consiguiente, y respecto de los TRADE, la eficacia de los acuerdos queda supeditada a una manifestación positiva de su voluntad individual.

4. LA LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Los sujetos legitimados para concertar un acuerdo de interés profesional son “las asociaciones o sindicatos que representen a los TRADE y las empresas para las que ejecuten su actividad” (art. 13.1 LETA), de manera que tanto uno como otro sujeto colectivo pueden celebrar este tipo de pactos, sin estar condicionados por una negociación o iniciativa previa. No cabe una interpretación excluyente, puesto que ello supondría en la práctica que la prioridad en la iniciativa negocial o en la propia negociación cerrarían el paso a otro sujeto colectivo que, potencialmente, pudiera celebrar el acuerdo (Sirvent Hernández, 2007, 56).

Al respecto, la representación de los TRADE se otorga a tres tipos de organizaciones (art. 19.1 LETA): los sindicatos, las asociaciones empresariales y las asociaciones específicas de trabajadores autónomos. Todos estos sindicatos y asociaciones de trabajadores autónomos son los titulares del derecho a concertar acuerdos de interés profesional para los TRADE afiliados a ellos [art. 19.2 b) LETA].

Las posibilidades de negociación son muy variadas, al tiempo que flexibles (Aguilar Martín, 2013, 1011). En hipótesis, una empresa puede negociar, sucesivamente con varios sindicatos o asociaciones, diversos acuerdos de interés profesional. Además, nada impide negociar simultáneamente con varios de ellos en una misma mesa de negociación, firmando un único documento por parte de todas partes negociadoras. Como también cabe aceptar la adhesión de un sindicato o una asociación a un acuerdo ya negociado por la empresa con otra parte, si así lo acepta dicha empresa (Fernández Avilés, 2009, 268).

En suma, a los sujetos legitimados para negociar se les atribuye no sólo la representación de los intereses de estos trabajadores, sino también un poder regulador, que no normativo (Vicente Palacio, 2007, 281), a ejercer en nombre de sus representados y frente a la contraparte en los contratos civiles, mercantiles o administrativos.

5. LOS ÁMBITOS (PERSONAL, FUNCIONAL Y TEMPORAL) DE LOS ACUERDOS

Los acuerdos de interés profesional son, sin duda, una modalidad particular de pactos colectivos de eficacia subjetiva limitada y voluntaria, que contribuyen a la regulación de condiciones de empleo y trabajo de los TRADE, cuyo ámbito personal de aplicación “se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello” (art. 13.4 *in fine* LETA). La dependencia económica de los TRADE, más intensa cuanto más acotada sea la actividad profesional ejercida por el trabajador autónomo, le coloca en la posición del contratante

débil, lo que reclama, a fin de alcanzar un cierto reequilibrio, la introducción de medidas de tutela jurídica (Valdés Dal-Ré, 2008, 13), siendo los acuerdos de interés profesional un instrumento útil para conseguir dicho objetivo.

Se han planteado dudas sobre cuál puede ser el ámbito funcional de la negociación, en concreto si la empresa es el único ámbito de negociación posible o si, además de éste, también sería válida una negociación multiempresarial o supraempresarial. En este sentido, existen opiniones divergentes, pues para un sector doctrinal la ley, al señalar a “las empresas para las que ejecuten su actividad”, deja abierta la posibilidad de negociación en un ámbito más amplio que la empresa singular (González Biedma, 2007, 90), mientras otro sector doctrinal sostiene que los acuerdos de interés profesional han de suscribirse necesariamente a nivel empresarial, por excluir la LETA, de forma tácita, la posibilidad de celebrarlos para varias empresas, a nivel de grupo o de sector (Goerlich Peset y Guamán Hernández, 2011, 382-383; Guerrero Vizuete, 2012, 104); y ello porque no se contempla la hipótesis de lo que un acuerdo “sectorial” de interés profesional, sino que la Ley ha deseado restringir, en principio, los acuerdos de interés profesional a los de ámbito empresarial (Cruz Villalón, 2008, 391). En esta línea, se ha justificado tal postura restrictiva por la necesidad de garantizar la integridad de las normas *antitrust*, puesto que los acuerdos de interés profesional supraempresariales entrañarían, en todo caso, la concertación de voluntades de varios empresarios y restringirían, de alguna manera, la competencia económica en un determinado sector de actividad, al fijar condiciones de trabajo de obligado cumplimiento para todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación (Roqueta Buj, 2012, 20).

Hasta el momento, todos acuerdos de interés profesional publicados en los boletines oficiales o en las páginas web de algunas asociaciones y sindicatos (AIP Panrico SLU, DSV Road Spain SAU, Lozano Transportes SAU, Sertrans Catalunya, SA) han sido concertados a nivel de empresa y, en todos los supuestos, dichas empresas contaban con un volumen importante de TRADE prestando su actividad profesional en sus centros de trabajo, por lo que la regulación colectiva de las condiciones de trabajo se imponía como una necesidad para estabilizar las reglas de la prestación de la actividad, de seguridad para ambas partes y, en definitiva, de paz social. Un caso particular es el acuerdo de interés profesional suscrito por los Árbitros Españoles de Baloncesto Asociados (AEBA) para la prestación del servicio de arbitraje deportivo en las competiciones organizadas por la Asociación de Clubs de Baloncesto (ACB) para las temporadas 2010/2011 a 2013/2014, de 31 de agosto de 2010.

Por último, la Ley nada establece sobre la vigencia de los acuerdos de interés profesional, por lo que serán las partes negociadoras, en los propios acuerdos de interés profesional, las que fijen su duración o extensión temporal. Más que por la fecha de entrada en vigor, su aplicación a los TRADE estará condicionada por la aceptación del acuerdo mediante la expresión del consentimiento. Con respecto a la finalización de tales pactos, los negociados han previsto alguna cláusula para que,

mientras cualquiera de las partes no se manifieste en contra, puedan ser prorrogados por periodos determinados. En todo caso, establecida la vigencia temporal del acuerdo, dicho elemento constituye un dato relevante para la aplicación del mismo.

6. PROCEDIMIENTOS DE NEGOCIACIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO

Como ya se ha dicho, los acuerdos de interés profesional “se pactarán al amparo de las disposiciones de Código Civil” (13.4 LETA). En consecuencia, durante todo el proceso de negociación rigen las normas sobre obligaciones y contratos, en particular los artículos 1088 a 1093 y 1254 y siguientes del Código Civil.

Iniciado el proceso de negociación, tras reconocerse las partes capacidad y legitimación, lo que prima durante en todo el *iter* negocial es la voluntad conjunta de las mismas, guiada por la buena fe y limitada por el respeto a las leyes, la moral y el orden público. No existen unas reglas preestablecidas sobre la convocatoria, el plazo mínimo o máximo de negociación, el número de representantes e intervinientes, ni siquiera es obligatoria la paridad en los bandos negociadores. Por supuesto, tampoco las partes están obligadas a llegar a un acuerdo.

La única obligación formal es redactar el acuerdo por escrito (art. 13.2 LETA), siendo la forma escrita un requisito *ad solemnitatem* para su validez. El resto de aspectos procedimentales y formales son totalmente adaptables según la voluntad de las partes legitimadas para negociar. El requisito de la forma escrita confiere al acuerdo de interés profesional unas mínimas garantías de seguridad jurídica para las partes, puesto que de otro modo sería muy difícil conocer su contenido y garantizar su cumplimiento.

No se exige la publicación del acuerdo de interés profesional, por lo que, una vez firmado, las partes no tienen la obligación de registro, depósito o publicación del mismo, a diferencia de los contratos de los TRADE o, en general, de los convenios colectivos estatutarios laborales. Con todo, algunos acuerdos de interés profesional han sido publicados en el Diario Oficial de la Generalitat (Empresa Lozano Transportes, SAU y Empresa Sertrans Catalunya, SA).

7. CONTENIDOS

El contenido de los acuerdos de interés profesional puede ser muy amplio, en función del sector profesional y, sobre todo, de los intereses de las partes. La LETA no establece un contenido mínimo para este tipo de pactos colectivos. Únicamente dispone que “podrán establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contrata-

ción” (art. 13.1 LETA). A esta previsión general, se unen otras remisiones legales, como el régimen de descanso semanal, festivos o jornada (art. 14 LETA), la cuantía de la indemnización (art. 15 LETA), las causas y el régimen de interrupción justificada de la actividad (art. 16 LETA) o los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos (art. 18 LETA), entre otros.

En el momento de fijar el contenido de los acuerdos de interés profesional, las partes disponen de un amplio margen para negociar, sujeto a dos límites *ex lege*: por un lado, se “observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia” (art. 13.1 LETA); por otro, “se entenderán nulas y sin efectos las cláusulas de los acuerdos de interés profesional contrarias a disposiciones legales de derecho necesario” (art. 13.3 LETA).

A estos límites expresos se suman otros que se deducen de la propia definición del TRADE y que son, sin duda, más importantes, dado que los acuerdos de interés profesional deben respetar el derecho del TRADE para organizar libremente su actividad y a ejecutar la actividad de manera diferenciada al resto de trabajadores asalariados de la empresa cliente, principalmente (Aguilar Martín, 2013, 1018).

8. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS: COMPETENCIA JUDICIAL Y MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Señala el legislador que “los órganos jurisdiccionales del orden social serán también los competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia” (art. 17.2 LETA). Por lo tanto, cualquier conflicto derivado de la aplicación o interpretación de un acuerdo de este tipo será resuelto por los órganos judiciales del orden social de la Jurisdicción, como ocurre con otras cuestiones que le afectan al TRADE, salvo que se trate de una materia relacionada con la legislación de defensa de la competencia, en cuyo caso la competencia se traslada a los Juzgados de lo Mercantil (disp. adic. primera Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia).

De otra parte y sin perjuicio de la tutela jurisdiccional, se reconoce a las asociaciones de trabajadores autónomos y a los sindicatos el derecho a “participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional” [art. 19.2.d) y 4 LETA], abriéndose así la posibilidad de solucionar las controversias colectivas de TRADE a través de los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos, con órganos específicos, siempre que el propio acuerdo de interés profesional lo contemple (art. 18.1 LETA).

9. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La LETA, aunque ha favorecido la intervención colectiva, no ha extendido el ámbito de aplicación de la negociación colectiva al “trabajo profesional”, lo que verdaderamente hubiera significado un avance notable en la conformación del *status* jurídico del trabajador autónomo (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2004, 39). Menos aún, el legislador ha previsto la negociación en común para todos los trabajadores, como una vía eficaz para satisfacer de las reivindicaciones de mejora de las condiciones de trabajo de los autónomos, posibilitando la reducción de la distancia entre los niveles de protección de éstos y de los trabajadores subordinados (Ojeda Avilés, 2000, 711).

Como novedad, se articula un “sistema propio de contratación colectiva” (Cruz Villalón, 2003, 45), cuyo resultado será, de alcanzar un pacto los sujetos legitimados para negociar, un acuerdo de interés profesional, reconocido como fuente del régimen profesional de los TRADE, cuya eficacia personal se limita a las partes firmantes y a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello. Estos acuerdos quedan regulados por lo dispuesto en la LETA y por el derecho común, en concreto por las disposiciones del Código Civil.

Los titulares del derecho colectivo a concertar acuerdos de interés profesional para los TRADE son, de una parte, los sindicatos o asociaciones empresariales ya constituidas de ámbito general o bien las asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos, junto con las empresas, de otra parte. Tan amplia legitimación facilita la celebración de acuerdos de interés profesional.

Pero, por más que las normas sobre legitimación favorezcan la celebración de acuerdos de interés profesional, su eficacia personal limitada y muy condicionada es el punto débil de su régimen jurídico, en tanto se limita a las partes firmantes y a sus afiliados, siempre que estos hayan prestado expresamente su consentimiento. La eficacia es exclusivamente contractual, obligando al TRADE solo si acepta que se le aplique lo convenido. Ahora bien, una vez prestado el consentimiento por el TRADE afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos firmante del acuerdo de interés profesional vigente, cualquier cláusula del contrato individual de ese autónomo será nula si contraviene lo dispuesto en dicho acuerdo colectivo.

Los contenidos o materias reguladas en un acuerdo de interés profesional pueden ser muchas, gozando las partes negociadoras de una deliberada y reforzada libertad de contratación. Por supuesto, son nulas las cláusulas de los acuerdos de interés profesional contrarias a las disposiciones legales de derecho necesario, incluidas las normas que tengan ese carácter en la propia LETA o en la legislación civil, mercantil o administrativa que sea aplicable a la prestación de servicios profesionales de que se trate y, en particular, también son nulos los acuerdos que

no respeten los límites y condiciones establecidos en la legislación especial de defensa de la competencia; sobre todo, si los acuerdos ocultan prácticas contrarias a la libre competencia en cualquier sector de actividad.

Son muy pocas, en fin, las experiencias negociadoras que se conocen, pese al relevante papel que pueden jugar los acuerdos de interés profesional, articulando y adaptando el régimen profesional de los TRADE a cada empresa. Quizá por la situación de crisis económica que se mantiene desde la aprobación de la LETA, pero también, en alguna medida, por características de esta figura contractual colectiva, los esfuerzos de los sindicatos, de las asociaciones de trabajadores autónomos y de las empresas no se han dirigido, con la intensidad esperada, a concertar acuerdos de interés profesional. Si bien pueden proponerse algunas modificaciones de su regulación jurídica, a modo de mejoras, lo cierto es que la intención acertada del legislador ha sido otorgar a las partes una amplia libertad de negociación, lo cual debería ser un estímulo para la desarrollar la autorregulación colectiva del régimen profesional de los TRADE, superando la individualización de la condiciones de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR MARTÍN, M^a. C.: “Los acuerdos de interés profesional como parte de la negociación colectiva”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: “La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 149, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, *Fundación alternativas*, Documento de trabajo 17/2003.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Los acuerdos de interés profesional”, en VV.AA., CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RE, F. (Dirs.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2009.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 13. Acuerdos de interés profesional”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.): *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Comares, Granada, 2009.
- GOERLICH PESET, J. M^a. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: “Normas laborales y defensa de la competencia en España. Los escenarios del conflicto”, en

- VV.AA., GOERLICH PESET, J. M^a. (Dir.): *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E.: “Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo”, en VV.AA., DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- GUERREROVIZUETE, E.: *El trabajador autónomo dependiente económicamente*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2012.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes”, *Documentación Laboral*, núm. 73, 2005.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R.: “La concertación de acuerdos de interés profesional”, *Diario la Ley*, núm. 7082, diciembre de 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la negociación colectiva”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.): *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La función de la autonomía colectiva en el escenario postindustrial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Iustel)*, núm. 5, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentarios a la Ley 20/2007, de 11 de Julio*, Civitas, Pamplona, 2007.
- OJEDA AVILÉS, A.: “La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos”, *Aranzadi Social*, T. V, 2000.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, 2^a ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 21^a ed., CEURA, Madrid, 2013.
- ROQUETA BUJ, R.: “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional”, *Temas Laborales*, núm. 114, 2012.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 296, 2007.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2008.
- VICENTE PALACIO, A.: “Comentario al artículo 13”, en VV.AA., GARCÍA NINET, J. I. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, CISS, Valencia, 2007.

QUESTIONI PROBLEMATICHE SULLE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO IN ITALIA

Antonio Di Stasi
Università Politecnica delle Marche. Italia

1. PREMESSA. IL TRADIZIONALE ASSETTO DELLE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO

Il sistema delle fonti del diritto del lavoro in Italia, come in altri paesi latini, si è caratterizzato sin dalle origini (in controtendenza rispetto all'esperienza anglosassone di non ingerenza da parte dei pubblici poteri nei rapporti tra privati) per la preminente importanza riconosciuta all'intervento legislativo con finalità di contrasto allo sfruttamento del lavoro, specialmente femminile e minorile.

Sotto il regime fascista al diritto del lavoro è stato dedicato il Libro V del codice civile del 1942, tuttora in vigore, e viene introdotto il principio del c.d. *favor prestatoris*, con speciale riguardo al rapporto tra fonti regolative del rapporto di lavoro in modo che la contrattazione collettiva garantisca un trattamento uniforme e favorevole ai lavoratori, con la possibilità per il contratto individuale di derogare soltanto in senso migliorativo rispetto alle pattuizioni collettive.

Il principio del *favor prestatoris* è rafforzato con l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, che ha individuato il fondamento della Repubblica democratica nel lavoro, introdotto principi diretti ad assicurare una tutela ampia del lavoratore (art. 35 Costituzione), anche dal punto di vista retributivo, della durata della giornata lavorativa, del diritto al riposo e alle ferie annuali (art. 36 Costituzione), del lavoro femminile e minorile (art. 37 Costituzione), previdenziale (art. 38 Costituzione). Inoltre, con l'esplicito riconoscimento della libertà sindacale e del diritto di sciopero ha posto le basi affinché l'autonomia collettiva – soprattutto con la stipula del contratto collettivo nazionale di categoria – perseguisse il compito di migliorare le condizioni dei lavoratori (artt. 39 e 40 Costituzione).

L'ordinamento lavorista italiano ha dunque tradizionalmente avuto nella legge statale e nel contratto collettivo le due fonti preminenti con la funzione di stabilire *standard* minimi e uguali su tutto il territorio nazionale, tanto che da un lato eventuali previsioni difformi dei contratti individuali devono considerarsi «sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo», salvo qualora «contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro» (art. 2078 codice civile), e dall'altro vanno considerate invalide le rinunzie e transazioni (art. 2113 codice civile) che abbiano ad oggetto «diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti» di lavoro.

Questo è in estrema sintesi il tradizionale assetto delle fonti su cui il diritto del lavoro italiano ha vissuto fino agli inizi degli anni Duemila quando ha conosciuto tre novità normative (la riforma del Titolo V della Costituzione, il decreto legislativo n. 276 del 2003 di riforma del mercato del lavoro e l'art. 8 della legge n. 148 del 2011) che ne hanno intaccato le fondamenta tanto da rendere praticabili processi di decostruzione dei diritti sociali e del lavoro, in linea con una certa tendenza internazionale (Ojeda Aviles, A., 2010).

2. L'EROSIONE DELLA POTESTÀ LEGISLATIVA STATALE A PARTIRE DALLA RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

Se la riforma del Titolo V della Costituzione, ad opera della legge n. 3 del 2001, si proponeva di aumentare le materie nelle quali le Regioni hanno potestà legislativa con una prospettiva di miglioramento degli *standard* stabiliti dalla legge nazionale (in particolare nelle materie in cui hanno una competenza concorrente) in realtà con il nuovo assetto istituzionale si è avuta una complicazione dell'universo mondo del lavoro ed è stata intaccata l'idea di una visione unitaria del diritto del lavoro (DI STASI A., 2004). La riforma costituzionale in verità non è chiara nel tracciare una linea di demarcazione sul riparto di competenza in quanto i “temi” lavoristi in parte sono riconducibili all'interno delle materie dell'*ordinamento civile*, della *previdenza sociale* e della *determinazione dei livelli essenziali*

delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di competenza esclusiva dello Stato; in parte sono riconducibili all'interno della *tutela e sicurezza del lavoro* (come la disciplina del mercato del lavoro e il c.d. diritto amministrativo del lavoro) e della *previdenza complementare e integrativa*, di competenza concorrente di Stato e Regioni; in parte, infine, alla *formazione professionale*, di competenza esclusiva regionale, pur con alcune distinzioni a seconda che essa venga fornita all'interno o all'esterno dell'azienda (Corte costituzionale n. 21 del 2007 e n. 176 del 2010).

Il riparto delle competenze, invero complesso, che esce dalla riforma del Titolo V, oltre ad aprire criticità dal punto di vista della individuazione degli enti titolari di potestà legislativa, con le conseguenti ricadute relativamente al coordinamento tra discipline e livelli normativi diversi, può produrre una diversificazione dei trattamenti tra le legislazioni regionali che rischia di indebolire il vincolo della solidarietà nazionale, nonostante, per evitare tale esito, sia stato introdotto un meccanismo di perequazione all'art. 117 comma 2 lettera *m*) della Costituzione secondo cui la legge statale deve determinare i livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali da garantire sul territorio nazionale. Più in generale, non è dato individuare con precisione il confine tra le materie di competenza statale, concorrente e regionale, così che anche laddove sia certa la titolarità della potestà legislativa da parte delle Regioni, non sfugge che in esse si riflettono la disciplina dei rapporti e gli interessi regolati con i contratti di lavoro.

Nonostante le diverse interpretazioni del trasferimento di alcune importanti competenze dallo Stato alle Regioni, secondo alcuni ancora eccessivamente sbilanciate in senso centralista, secondo altri troppo vicine ad una visione federalista, è indubbio che la riforma costituzionale del 2001 abbia ribaltato il rapporto tra competenza legislativa statale e competenza legislativa regionale, dal momento che quest'ultima è da considerarsi come sussistente in via generale, salvo che una determinata materia non venga espressamente riservata alla legislazione statale (art. 117 comma 4 della Costituzione).

Il dato che non può sfuggire è quindi la perdita, seppur tendenziale - considerato che la giurisprudenza della Corte costituzionale è stata alquanto restrittiva nel riconoscere spazi legislativi alle Regioni (cfr. Sentenze della Corte costituzionale n. 50 del 2005; n. 384 del 2005; n. 21 del 2007; n. 29 del 2007; n. 151 del 2010) - della tradizionale centralità della legislazione statale, sia nel senso che la competenza legislativa regionale acquista maggiori spazi di intervento, sia nel senso che i vincoli derivanti dal diritto internazionale e dell'Unione europea, sanciti a livello costituzionale come limite all'esercizio della potestà legislativa statale, assegnano agli stati uno spazio di intervento minore e dipendente dal rispetto di politiche e vincoli economici stabiliti a livello comunitario.

3. LA NEO-CENTRALITÀ DEL CONTRATTO INDIVIDUALE DI LAVORO

Il contratto individuale di lavoro è stato considerato, sin dagli albori del diritto del lavoro, una fonte dalla quale il lavoratore avrebbe dovuto essere tutelato e ciò spiega la norma contenuta all'art. 2077 del codice civile, che stabilisce la prevalenza delle disposizioni del contratto collettivo su quello individuale, a meno che quest'ultimo contenga condizioni di maggior favore per i prestatori di lavoro.

Ciò evidentemente implica un *favor* per i prodotti della contrattazione collettiva ritenuti maggiormente idonei a tutelare i lavoratori di quanto non siano i contratti individuali sulla considerazione che nella contrattazione individuale si registra il massimo squilibrio di potere sociale e contrattuale tra capitale e lavoro (ferma l'ipotesi in cui il lavoratore, ad esempio per l'elevata professionalità o per una prolungata attività a servizio del datore di lavoro, ottenga nel contratto individuale un trattamento migliore rispetto a quello previsto in sede collettiva).

La tradizionale centralità del contratto collettivo è stata messa in discussione in Italia dalla riforma del mercato del lavoro delineata dalla legge n. 30 del 2003 ed attuata con il decreto legislativo n. 276 del 2003 che, nel realizzare le linee guida tracciate dal c.d. *Libro bianco* del Ministro del lavoro del 2001, da un lato hanno ridotto la legittimazione democratica della contrattazione collettiva di rinvio che per essere valida necessiterebbe non più della sottoscrizione da parte "dei sindacati comparativamente più rappresentativi" ma anche soltanto "di [alcuni] sindacati comparativamente più rappresentativi", e dall'altro hanno attribuito al contratto individuale un ruolo di prima importanza nella regolamentazione delle tipologie contrattuali atipiche introdotte dallo stesso decreto legislativo.

Per avere un'idea della funzione assunta dalla disciplina contenuta nel contratto individuale, ulteriore ed opposta a quella migliorativa tradizionalmente riconosciuta basti pensare a quanto contenuto nell'art. 67 del d.lgs. n. 276 del 2003 ove si prevede che nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto le parti possano stabilire nel contratto individuale di lavoro causali o modalità, incluso il preavviso, per il recesso prima della scadenza del termine, diverse da quelle previste dalla legge, con conseguente possibilità per il datore di lavoro di imporre al lavoratore ipotesi di estinzione del contratto ulteriori rispetto a quelli legali o previsti dal contratto collettivo.

Un'altra tipologia contrattuale atipica per la quale si è previsto che il contratto individuale possa efficacemente e validamente stabilire condizioni peggiorative per il lavoratore rispetto alle previsioni di legge o di contratto collettivo è il lavoro intermittente, nell'ambito della cui disciplina l'art. 36, comma 5, del decreto legislativo n. 276 del 2003 ha previsto che, qualora in caso di malattia o di altro evento che renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata, il lavo-

ratore che si sia obbligato a rispondere non informi tempestivamente il datore di lavoro perde il diritto alla indennità di disponibilità «salva diversa previsione del contratto individuale», così che quest'ultimo potrebbe stabilire un trattamento *in peius* per il lavoratore.

Secondo la medesima logica, il comma successivo stabilisce che le parti, in mancanza di previsioni collettive, possono determinare nel contratto individuale la misura del «congruo risarcimento del danno» nel caso in cui il lavoratore contrattualmente obbligato a rispondere alla chiamata del datore di lavoro si rifiuti ingiustificatamente di rispondere.

Anche nell'ambito della tipologia contrattuale del lavoro ripartito il contratto collettivo costituisce una fonte normativa di prima importanza, che può disciplinare diversamente il vincolo di solidarietà, il regime di responsabilità dell'adempimento dell'intera obbligazione lavorativa, le conseguenze delle dimissioni o del licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati sull'estinzione dell'intero vincolo contrattuale, così che anche in tal caso è evidente la tendenza alla valorizzazione della funzione regolativa del contratto individuale.

4. L'ART. 8 DEL DECRETO LEGGE N. 138 CONVERTITO IN LEGGE N. 148 DEL 2011: UN CAPOVOLGIMENTO DELLA GERARCHIA DELLE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO?

La rottura dell'unità di azione fra le confederazioni sindacali storiche (Cgil, Cisl e Uil) ha prodotto nell'ultimo decennio uno strappo nel tradizionale sistema di relazioni sindacali con il proliferare in importanti categorie (come quella dei metalmeccanici o del terziario e commercio) di contratti collettivi nazionali di lavoro non firmati da sindacati molto rappresentativi (come ad esempio la Fiom-Cgil) con una serie di problemi sulla successione ed efficacia dei prodotti dell'autonomia collettiva.

L'uscita del Gruppo Fiat dal sindacato delle imprese industriali (la Confindustria) ha anche portato alla firma di un contratto collettivo specifico soltanto per il settore dell'auto (anch'esso non firmato dalla Fiom-Cgil) che ha introdotto condizioni di lavoro peggiorative rispetto al contratto collettivo applicato in precedenza ai lavoratori della Fiat.

A fronte di relazioni sindacali e fattispecie contrattuali nuove, per la storia repubblicana italiana, è stato emanato l'art. 8 della legge n. 148 del 2011 che, nelle intenzioni del legislatore, vorrebbe proprio dare un sostegno agli esiti della c.d. contrattazione separata e della contrattazione nel Gruppo Fiat - che viene identificato come "sistema Marchionne" (dal nome dell'Amministratore delegato) - con l'evidente conseguenza di "decostruire" attraverso l'attività negoziale il diritto del lavoro, la rappresentanza e lo stesso sistema contrattuale (Tosi, P., 2010).

Il contenuto di questa disposizione ha lo scopo di trasformare in “legge” gli accordi sindacali territoriali ed aziendali derogatori *in peius* non soltanto di quanto previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro, ma anche da norme di legge (De Michele, V., 2012) attribuendo efficacia generalizzata agli accordi collettivi sottoscritti dalle società del Gruppo Fiat negli stabilimenti di Mirafiori e Pomigliano (De Luca Tamajo, R., 2011).

La norma di cui all’art. 8, intervenuta autoritativamente dopo l’Accordo interconfederale sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il 28 giugno 2011 che già prevedeva un sistema di deroghe, ma soltanto con riferimento alle previsioni del contratto nazionale (Scarpelli, F., 2011), è stata presentata come un’innovazione legislativa chiesta e voluta dall’Unione europea, che avrebbe dovuto misurare l’affidabilità dell’Italia nell’adempimento dei suoi obblighi di tenuta “in equilibrio” dei conti pubblici, con un tentativo di legittimazione “dall’alto” che è sembrato propagandistico (Perulli, A., Speciale, V., 2011).

I pungoli del legislatore sarebbero stati, come confermato dall’allora Ministro del lavoro, la volontà di offrire un fondamento giuridico alla stipula di accordi collettivi in deroga all’art. 18 della legge n. 300 del 1970 (c.d. Statuto dei diritti dei lavoratori), che prevedeva allora, prima della modifica ad opera della legge n. 92 del 2012 (c.d. legge Fornero di riforma del mercato del lavoro), la tutela reintegratoria in ipotesi di licenziamento dichiarato illegittimo nelle aziende di maggiori dimensioni, e quella di garantire una copertura normativa al c.d. “sistema Marchionne”, attribuendo efficacia generalizzata agli accordi collettivi sottoscritti in alcuni stabilimenti (Pomigliano e Mirafiori) e approvati con *referendum* (Scarpelli, F., 2011).

Il potere derogatorio introdotto dall’art. 8 capovolgerebbe il sistema delle fonti del diritto del lavoro (Romagnoli, U., 2012), costruito attorno al principio generale in base al quale il contratto collettivo, ai vari livelli, potrebbe derogare alla legge solo *in melius*, essendo la deroga peggiorativa consentita esclusivamente nelle ipotesi tassativamente specificate dalla fonte primaria.

Quindi, con la previsione della derogabilità da parte dei contratti collettivi aziendali o territoriali alla legge e al contratto collettivo nazionale di lavoro, l’art. 8 amplia enormemente i poteri dell’autonomia collettiva ai livelli di regolazione più vicini all’impresa, dove i sindacati e i lavoratori sono più deboli.

È noto che l’inderogabilità peggiorativa della legge da parte del contratto collettivo si giustifica con il fatto che l’autonomia privata dei sindacati, per ragioni di debolezza contrattuale, in situazioni specifiche non riesce a tutelare i diritti dei lavoratori e che l’inderogabilità *in peius* persegue uno specifico interesse pubblico di rilevanza generale che dovrebbe prevalere sugli interessi settoriali rappresentati dalle organizzazioni sindacali.

Con l’art. 8, invece, è evidente il rovesciamento completo nel rapporto tra le fonti del diritto del lavoro (Ianniruberto, G., 2011), che ora sarebbero nella piena

disponibilità dei datori di lavoro e delle «associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda».

La norma in discorso oltre a determinare una sorta di privatizzazione della legge e del contratto collettivo nazionale di lavoro (Piccinini, A., 2011), sancendo il passaggio da un diritto “forte” a un diritto “debole” per il mantenimento degli *standards* protettivi del lavoratore (Gagnoli, E., 2012), pone questioni di ampia portata con riferimento ai temi della rappresentanza, della rappresentatività e del ruolo ablativo di diritti della contrattazione collettiva, così che sembrerebbe frantumarsi l’idea di un ordinamento sindacale strutturato.

Vengono titolate a stipulare intese territoriali o aziendali le associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, secondo un concetto già utilizzato, con molteplici profili di problematicità, dal legislatore, ai quali si aggiungono l’omessa indicazione dei criteri per l’individuazione dell’ambito territoriale (Romei, R., 2011) e la connessa questione dell’utilizzabilità degli elementi di verifica della rappresentatività per la contrattazione collettiva nazionale di categoria previsti dall’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

L’art. 8 abilita all’attività negoziale in deroga anche le «rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011»; poiché tali accordi sono quelli stipulati dai sindacati Cgil, Cisl e Uil, le intese di cui all’art. 8 possono essere stipulate dalle associazioni nel cui ambito siano state costituite rappresentanze, aderenti a tali organizzazioni, oltre che dai sindacati che abbiano sottoscritto accordi interconfederali in materia di rappresentanze sindacali aziendali. Un elemento di particolare novità è inoltre costituito dalla previsione del criterio maggioritario riferito alle rappresentanze sindacali, che dovrebbe garantire un bilanciamento democratico della rappresentanza.

Sul piano costituzionale, la previsione dell’efficacia *erga omnes* dei contratti stipulati a livello aziendale o territoriale (c.d. “di prossimità”) suscita dubbi sulla compatibilità dell’art. 8 con l’art. 39 della Costituzione, che detta i principi relativi alla registrazione dei sindacati per l’efficacia generalizzata di tutti i contratti collettivi, nazionali e non.

Critica appare anche la previsione delle materie nelle quali è ammessa la contrattazione in deroga, che riguardando «l’organizzazione del lavoro e della produzione» concernono tutti i profili di maggiore importanza del rapporto di lavoro come le forme di controllo a distanza, l’esclusione del riconoscimento della qualifica superiore in caso di svolgimento della mansioni corrispondenti, la non necessità della sussistenza di esigenze temporanee per la stipula dei contratti a termine, l’esclusione della conversione del contratto a tempo determinato in contratto a

tempo indeterminato in ipotesi di apposizione illegittima del termine, la modifica della disciplina dell'orario, della collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto.

D'altro canto il comma 2 *bis* dell'art. 8 dovrebbe costituire una norma di bilanciamento, in quanto le deroghe alla legge e ai contratti collettivi nazionali di lavoro devono rispettare la Costituzione, i vincoli dell'Unione europea e le convenzioni internazionali in materia di lavoro (Perulli, A., Speziale, V.).

A ben vedere, dunque, dal momento che l'art. 8 autorizza ad una deroga generalizzata alla legge seppur nel rispetto dei principi costituzionali e poiché ogni norma di legge del diritto del lavoro sarebbe pur sempre riconducibile ai precetti della Costituzione, essa costituirebbe un "non senso" sia dal punto di vista logico, che giuridico, con la conseguenza che un tale ribaltamento del sistema delle fonti andrebbe considerato un fuor d'opera meritevole del vaglio di legittimità da parte della Corte costituzionale.

BIBLIOGRAFIA

- DE LUCA TAMAJO R., *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano: opinioni a confronto*, in *Diritto e relazioni industriali*, 2, 2011, p. 363 ss.
- DE MICHELE V., *L'art. 8 d.l. n. 138/2011 e i contratti a tempo determinato: la genesi probabile e la ratio possibile della norma derogatoria*, in PUTATURO DONATI F.M. (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'Accordo del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria*, Atti del convegno nazionale Agi tenutosi a Napoli il 28-29 ottobre 2011, ESI, Napoli, 2012, p. 227 ss.
- DI STASI A., *Il diritto del lavoro nelle Regioni a statuto ordinario*, in DI STASI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 39 ss.
- DI STASI A., *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012.
- GRAGNOLI E., *Il sindacato in azienda, la titolarità dei diritti sindacali e la crisi del modello dell'art. 19 St.lav.*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2012, p. 591 ss.
- IANNIRUBERTO G., *L'altalena della contrattazione collettiva*, in PUTATURO DONATI F.M. (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'Accordo del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria*, Atti del convegno nazionale Agi tenutosi a Napoli il 28-29 ottobre 2011, ESI, Napoli, 2012, p. 3 ss.
- OJEDA AVILES A., *La deconstruccion del Derecho del trabajo*, Madrid, 2010.

- PERULLI A., SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del diritto del lavoro*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 132, 2011.
- PICCININI A., *2011: anno zero della contrattazione?*, in PUTATURO DONATI F.M. (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'Accordo del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria*, Atti del convegno nazionale Agi tenutosi a Napoli il 28-29 ottobre 2011, ESI, Napoli, 2012, p. 169 ss.
- ROMAGNOLI U., *Con il referendum torna la politica*, in *Il Manifesto*, 14 settembre 2012, p. 1.
- ROMEI R., *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, in *Nel merito*, 9 settembre 2011, p. 1 ss.
- SCARPELLI F., *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 27, 2011.
- TOSI P., *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, p. 1089 ss.

MANDATO DE IGUALDAD DE TRATO Y PRÁCTICAS DE CONVENIOS COLECTIVOS EN EL TRABAJO TEMPORAL EN ALEMANIA

Maximilian Fuchs
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Eichstatt-Ingoldstadt

1. EL DESARROLLO DEL TRABAJO TEMPORAL EN LA UE

El Profesor Antonio Ojeda Avilés – al cual dedico este breve ensayo – es uno de los grandes expertos europeos del derecho del trabajo colectivo. Por este motivo he elegido un tema sobre esta materia que ha causado un debate apasionado en la doctrina alemana. Se trata de los convenios colectivos concluidos en el sector del trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Y con esto llamo la atención sobre otro tema al que el homenajeado ha dado mucha importancia. Pienso en los problemas que ofrecen los empleos atípicos y me acuerdo de un pasaje muy hermoso en una de sus obras (escrita junto a Gorelli-Hernández) donde se lee (Ojeda Avilés y Gorelli-Hernández, 2006, 22.): “Hace mas de 25 años que se

produjo en nuestro país el final del principio de la estabilidad en el empleo y la aparición del principio de flexibilidad. Hasta entonces el principio consistía en lo que por algunos autores se entendía también como conservación del contrato o continuidad de la relación, algo tan típico y específico del derecho del trabajo que se erigía en principio general del mismo ... Como en todo Europa, el desarrollo económico sostenido había propiciado una continuidad de las empresas y los contratos laborales, que se vería rota con la crisis del petróleo provocada por el cartel OPEC a finales de los 70 ... (en 1976) comenzará el experimento de la contratación temporal de jóvenes y de parados como vehículo expreso de política de empleo e implícito de liberalización del mercado de trabajo. A partir de ahí comienza una carrera galopante para dismantelar el principio”.

El trabajo en régimen de cesión por empresas de trabajo temporal plantea, ciertamente, el problema más apremiante y, al mismo tiempo, más difícil que se presenta en el ámbito de la regulación jurídica de las relaciones laborales atípicas. La opinión respecto de esa forma de relación laboral ha cambiado fundamentalmente. Los tiempos de completa prohibición ya son pretéritos; datan de hace más de 40 años. El trabajo en régimen de cesión por empresas de trabajo temporal es visto como un elemento positivo por las políticas de empleo. Pero se está muy alejado de una posición y valoración clara del trabajo en régimen de cesión tanto a nivel nacional como europeo (Sobre la utilización del trabajo en régimen de cesión en varios países europeos cfr. las ponencias nacionales en “Transnational Labour Regulation. A Case Study on Temporary Agency Work”, P.I.E. Peter Lang, Bruselas et al., 2008.).

Los interlocutores sociales europeos (UNICE, CES, CEEP) decidieron en mayo de 2000 abrir negociaciones sobre el trabajo temporal después de que acordasen un convenio básico sobre el trabajo a tiempo parcial y los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, no se llegó a ningún acuerdo con respecto al principio de igualdad de trato (Vid. Barnard, 2006, 482.). Esto fue motivo para la Comisión (Europea) para hacer el 20.3.2002 una propuesta sobre una directiva comunitaria relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (COM(2002) 701 final. Sobre esta propuesta vid. Zappala, 2003.). No obstante este borrador no obtuvo la aprobación de los órganos legislativos europeos. Uno de los puntos principales de discusión fue el nivel de las condiciones laborales del trabajador temporal. El Consejo se puso de acuerdo en una propuesta de la directiva comunitaria en junio de 2008. La propuesta entró en vigor el 19.11.2008 en la directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal con las enmiendas del Parlamento (BO 2008, L 327/9. Sobre la Directiva vid. Frenzel, 2010, 127; Contouris y Horton, 2009, 333.). Hasta el 05.12.2011 ésta debía ser transpuesta al derecho nacional.

Flexibilidad y trabajo temporal cualitativo son los elementos centrales que deben ser llevados a cabo con la directiva comunitaria. El elemento central del art. 5 de la directiva es la consolidación del principio de igualdad de trato que

sirve para la protección del trabajador. Según el párrafo 1 durante la misión en una empresa usuaria las condiciones laborales esenciales de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal (ETT) deben corresponderse como mínimo a las condiciones que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para el mismo puesto de trabajo. De este modo se establece el principio de igualdad de empleados fijos del prestatario y los trabajadores temporales. Por lo que concierna la remuneración: el art. 5, apartado 2 permite a los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, excepciones al trato igual cuando los trabajadores cedidos, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones. El art. 5, apartado 4 contiene una reglamentación especial para los estados comunitarios sin sistema de declaración de eficacia general.

El art. 5, apartado 3 contiene, en el margen de esta contribución, la reglamentación excepcional más importante. Según este párrafo los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1.

“Contra esta concepción del mandato de igualdad de trato que paso por paso ha sido aguado en el artículo 5 un autor sueco de buena razón ha formulado su crítica en estas palabras: “As it stands now, it leaves no room for approximation of laws. ... [T]he directive is as hollow as Swiss cheese. It reads more like some kind of a framework directive trying to find individual solutions for countries that have voiced objections. It thus provides one solution for Germany, another one for Sweden and a third one for the UK. ... I prefer the directive to compare to a chunk of Swiss cheese, where different labour market solutions tailored for individual member countries can be found in the separate hollows of the cheese flesh.” (Eklund, 2009, 156.)

A continuación se muestra cómo se ha desarrollado el principio de igualdad de trato en el derecho alemán.

2. LA INTRODUCCIÓN DEL MANDATO DE IGUALDAD DE TRATO EN LA LEY DE CESIÓN DE TRABAJADORES

Con la ley para la reglamentación de cesión de trabajadores profesionales (AÜG) del 7 de agosto de 1972 se creó una base jurídica para el trabajo temporal. La reglamentación sobre las condiciones de una autorización para la gestión de

trabajo temporal a través de la ETT en § 3, apartado 1, n° 1 y 2 AÜG que expresa el afán de protección de los intereses de los trabajadores, está mantenida en texto hasta hoy. Esta reglamentación no se debe cumplir si la ETT no posee la fiabilidad necesaria para el cumplimiento del trabajo, sobretodo porque no cumple el reglamento del derecho de la seguridad social, la legislación de protección laboral o las obligaciones jurídico-laborales.

La primera ley para servicios remunerados modernos en el mercado laboral (El nombre de la ley es idéntico al título del informe que ha elaborado una comisión bajo la dirección de Peter Hartz instaurada por el canciller de entonces, Gerhard Schröder. Este informe formaba la base ideológica de la Agenda 2010, con la cual se ha reformado el derecho del trabajo de la seguridad social para fomentar el mercado de trabajo en 2003. Véase sobre esta Agenda Fuchs, 2013.) del 23.12.2002 ha implementado casi uno a uno las ideas con respecto al mandato de igualdad de trato contenidas en el proyecto de ley de la Comisión (Sobre esta ley vid. Fuchs, 2012.). El mandato de igualdad de trato se estableció en dos niveles diferentes. Por una parte sirve como criterio de decisión esencial durante el control del permiso para la cesión de trabajadores. Si la empresa de trabajo temporal no cumple durante la duración del contrato las condiciones laborales esenciales de los trabajadores temporales – que deben corresponderse como mínimo a las condiciones que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para el mismo puesto de trabajo – y estos hechos acreditan esta suposición, el permiso no está justificado según el § 3, apartado 1, n° 3 AÜG. El segundo nivel concierne el contenido de los acuerdos entre la ETT y el trabajador. Según el § 9, n° 2 AÜG los acuerdos no tienen validez si las condiciones laborales esenciales de los trabajadores temporales no se corresponden como mínimo a las condiciones que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para el mismo puesto de trabajo o comparable.

Ambos preceptos contienen una excepción significativa. Un convenio colectivo de la imperatividad de igualdad de trato puede permitir derogaciones según § 3, apartado 1, n° 3 AÜG. Según la ley las derogaciones pueden ser *in melius* al igual que *in peius* del trabajador. La misma reglamentación se encuentra en el § 9, n° 2 AÜG en cuanto a la invalidez de acuerdos entre la ETT y el trabajador temporal. Estas disposiciones reflejan una opinión muy común según la cual el establecimiento ilimitado del mandato de igualdad de trato, junto al encarecimiento a través de empresas de trabajo temporal, se conduzca a una disminución del empleo. Pero esta opinión no está justificada. Se debe apreciar que la remuneración que la empresa usuaria paga a la empresa de trabajo temporal se compone del salario pagado por la ETT al trabajador cedido y por una retribución por la “cesión” del trabajador. La empresa usuaria está, en principio, preparada para pagar una remuneración por la utilización del trabajador cedido que puede ser incluso mayor que el salario de un trabajador fijo. Se ahorra, por el uso de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, los costos de transacción (costos administrativos

de la contratación de trabajadores, costos por enfermedades del trabajador, costos de despido (Cfr. De Graaf-Zijl y Berkhout, 2008.)).

El legislador tiene la intención de posibilitar a las partes del convenio colectivo de estructurar las condiciones de trabajo de forma flexible y más extensa. En el ámbito de aplicación de un convenio colectivo los empresarios y los trabajadores que no están vinculados al convenio colectivo vigente pueden acordar la aplicación de la reglamentación del convenio colectivo según el § 3, apartado 1, n° 3, AÜG. Este precepto se explica con el hecho de que – por regla general – los trabajadores temporales no están organizados en sindicatos. Consecuentemente los convenios colectivos no se aplicarían en gran parte según el principio contenido en el § 4, apartado 1 de la ley sobre los convenios colectivos (TVG) según el cual la aplicación del convenio colectivo depende de la afiliación de los empresarios y los trabajadores a las organizaciones pactantes. La reglamentación en el § 3, apartado 1 n° 3 AÜG permite la posibilidad para que la aplicación del convenio colectivo se alcance a través de su incorporación en el contrato de trabajo individual.

Con la transposición de la directiva, el legislador ha establecido un límite a las partes negociadoras en las derogaciones del mandato de igualdad de trato con un salario mínimo según el § 3a AÜG. Desde el 01.11.2012 es válido un salario mínimo de 8,19 € por hora en los antiguos estados federales alemanes y 7,50 € en los nuevos estados federales según el decreto sobre un salario mínimo que se llevó a cabo en el § 3a AÜG. Solamente la introducción de un salario mínimo no corresponde a las condiciones del art. 5, párrafo 3 de la directiva respecto el cumplimiento de la protección global de los trabajadores cedidos. Según el art. 3, apartado 1, letra f) de la directiva, el principio del mandato de igualdad de trato se refiere no sólo a la retribución sino también a la duración de la jornada laboral, horas extraordinarias, descansos, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos.

Una restricción más en la derogación del principio de igualdad de trato ocurre por las disposiciones del § 3, apartado 1, n° 3 y § 9, n° 2 AÜG. En el pasado las empresas despidieron a sus trabajadores para a continuación contratarlos a través de una ETT. Así les daban sus previos puestos de trabajo pero con condiciones visiblemente peores que antes. Para evitar este abuso la ley no permite una derogación del principio de igualdad de trato para aquellos trabajadores temporales que hayan trabajado en dicha empresa hasta seis meses antes de prestar servicios a la ETT.

3. EL DESARROLLO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN EL TRABAJO TEMPORAL

La Confederación de los Sindicatos Alemanes (DGB) y la Federación de trabajo temporal y prestación de servicios (BZA) acordaron el 20.02.2003 primeras

posiciones fundamentales comunes ante la introducción del principio de igualdad de trato. Ambas partes del convenio colectivo llegaron al acuerdo en este caso especialmente en una jornada semanal de 35 horas, un salario mínimo de 8,40 € para trabajadores temporales cualificados y no cualificados incluyendo un salario mínimo correspondiente de 6,85 € por hora el cual sería aplicable por ejemplo para trabajadores temporales con impedimentos de colocación. El 24.02.2003 se acordó a través de la Federación de ETT del norte de Baviera (INZ) y el Sindicato cristiano (CGZP) el primer convenio colectivo en todo Alemania sobre el trabajo temporal. El cual, en comparación con las primeras posiciones fundamentales anteriormente mencionadas, contiene visiblemente condiciones peores y desventajas para el trabajador temporal. En este caso hay que destacar el sueldo base de 6,30 € el cual en los estados federales de Berlin, Brandenburgo, Meclemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia sólo conllevan 5,70 €. Ante esto, no sorprende que los acuerdos entre La Confederación de los Sindicatos Alemanes (DGB), la Federación de trabajo temporal y prestación de servicios (BZA) (27.05.2003) y La Asociación de Intereses de Empresas de Trabajo Temporal Alemanas (IGZ) (29.05.2003) se quedan atrás en comparación con las primeras posiciones fundamentales anteriormente mencionadas pero sobre el nivel de los convenios colectivos del CGZP. Sobre todo por parte de las partes nombradas, se firmaron numerosos convenios colectivos de los cuales se supone que la mayoría podrían haber sido convenios colectivos de una empresa. En el ámbito de los convenios colectivos de una empresa es justo donde hubo más diferencias entre CGZP y la Confederación de los Sindicatos Alemanes (DGB). Así se hizo público que los convenios colectivos de una empresa por parte de CGZP incluso conllevarían salarios de 4,81 € por hora. La jurisprudencia pudo poner a esta práctica una barrera. Con decisión del 14.12.2012 la Corte Federal de Trabajo dejó claro que CGZP por una parte se ha limitado al ámbito de la cesión de trabajadores y que por otra parte no se trata de una organización que no posee capacidad convencional.

Ya antes les fue posible a los sindicatos de la Confederación de Sindicatos Alemanes (DGB) acordar convenios colectivos que corresponden a un salario base para los trabajadores temporales según lo que proveen los convenios colectivos determinantes para las empresas de trabajo temporal. El año pasado se acordaron convenios colectivos sobre suplementos según sectores entre el Sindicato Industrial de Metal, el Sindicato Industrial de Minería, Química Energía y las organizaciones patronales en el ámbito del trabajo temporal, BAP y IGZ). El trabajador temporal obtiene para el trabajo temporal un suplemento porcentual medido en el salario por hora del convenio colectivo del DGB dependiendo de las semanas trabajadas. Como máximo el trabajador temporal obtendrá el salario regular por hora de un trabajador fijo del empresa usuaria.

Las exigencias legales a los contenidos de los convenios colectivos son discutidos de forma controvertida en el ámbito jurídico laboral ante la en parte notable diferencia de salarios entre trabajadores fijos de la empresa usuaria y temporales.

El legislador alemán ha creído que derogaciones del principio de igualdad de trato a través de convenios colectivos serían compatibles con la directiva por lo menos que se respetasen las normas relativas a los salarios mínimos. Pero se puede dudar la justificación de este planteamiento en vista de la necesidad de crear una protección global como la requerida por el Art. 5 apartado 3 de la directiva 2008/104.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNARD, C., *EC Employment law*, 3ª edición, University Press, Oxford, 2006.
- CONTOURIS, N. y HORTON, R., “The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?”, 38 (3) *Industrial Law Journal*, 2009, 329-338.
- DE GRAAF-ZIJL, M. y BERKHOUT, E., “Temporary agency work and the business cycle”, 28 (7) *International Journal of Manpower*, 2008, 539-556.
- EKLUND, R., “Who is Afraid of the Temporary Agency Work Directive?”, *Skrifter till Anders Victorins minne*, Uppsala, 2009, 139-166.
- FRENZEL, H., “The Temporary Agency Work Directive”, 1 *European Labour Law Journal*, 2010, 119-134.
- FUCHS, M., “The implementation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work in the UK and in Germany. A lesson about the evolution and effectiveness of EU labour legislation”, *European Journal of Social Law*, 2012, 156.
- FUCHS, M., “Il ruolo del diritto del lavoro e de la sicurezza sociale nella crisi economica: L’esperienza tedesca”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2013.
- OJEDA AVILEZ, A. y GORELLI-HERNÁNDEZ, J., *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006.
- ZAPPALA, L., “The Regulation of Temporary Work in the Light of Flexicurity: between soft law and hard law”, *Working Paper C.S.D.L.E. ‘Massimo D’Antona’* no. 21/2003, http://aei.pitt.edu/1632/1/n21_zappala.pdf.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU DESAPARICIÓN EN CHILE: ENTRE NEOLIBERALISMO Y NEOFEUDALISMO

Sergio Gamonal Contreras
Universidad Adolfo Ibáñez. Chile

1. INTRODUCCIÓN

El derecho del trabajo chileno ha sido enmendado innumerables veces desde el fin de la dictadura de Pinochet (Gamonal, 2011a, 85 y ss.). Sin embargo, estas reformas, generalmente protectoras del trabajador, han recaído en el derecho individual del trabajo.

Por su parte, el derecho colectivo del trabajo aunque ha sido reformado mantiene el diseño elaborado por los ideólogos neoliberales de la dictadura (Gamonal, 1997, 93 y ss. y Gamonal, 2011b, 207 y ss.).

En más de veinte años de democracia no ha sido posible llegar a un acuerdo en la materia, además de las trabas institucionales que la Constitución de Pinochet impone a las mayorías democráticas (sistema electoral binominal que bonifica la votación de la minoría, elevados quórum de aprobación de leyes, tribunal constitucional conservador, etc.).

En este breve trabajo analizaremos los lineamientos de esta legislación neoliberal, sus lamentables consecuencias, las causas de este statu quo y concluiremos con algunas observaciones sobre la falta de libertad en la sociedad chilena.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DENTRO DE LA FILOSOFÍA NEO-LIBERAL: EL ULTRA REGLAMENTARISMO CHILENO

Aunque la Constitución y diversos tratados internacionales vigentes consagran la libertad sindical, el Código del Trabajo (en adelante CT) ha mantenido la estructura neoliberal del derecho colectivo.

En Chile el CT regula detalladamente tanto a los sindicatos como la negociación colectiva. Este sistema reglamentarista o interventor postula el protagonismo estatal en desmedro de los actores sociales, cuya acción colectiva queda restringida al ámbito que el Estado les conceda, delegue o atribuya (Ermida, 1991, 6 y 7).

El legislador determina los sujetos capacitados para negociar, establece el caso en el cual esta negociación colectiva es obligatoria para el empleador, determina qué materias se pueden negociar y cuáles no, establece un ámbito descentralizado de negociación (en la empresa), dispone un procedimiento con numerosos plazos y requisitos formales, y sólo luego de algunas semanas de negociación se contempla la posibilidad de que los trabajadores declaren y ejecuten la huelga, aunque el empleador (con requisitos no muy exigentes) puede contratar rompehuelgas desde el primer día de la ejecución de la misma.

En consecuencia, el derecho colectivo del trabajo chileno es bastante restrictivo de la autonomía colectiva, radicando la negociación colectiva al nivel de empresa y limitando lo más posible el derecho de huelga. Esta regulación es concordante con el pensamiento neoliberal que ve a los sindicatos como una forma especial de monopolio, en el entendido de que siempre implican una restricción coercitiva del mercado (Wedderburn, 1998, 99 y 100.).

En efecto, los ideólogos de esta legislación manifestaban que la negociación colectiva no podía ser un mecanismo de redistribución de la riqueza de un país, situación que sólo produce efectos perversos sobre el funcionamiento de la economía, al establecerse remuneraciones que sobrepasaran los niveles de productividad (Piñera, 1990, 106).

3. RESULTADOS INCÓMODOS DEL MILAGRO ECONÓMICO: UNA DE LAS SOCIEDADES MÁS DESIGUALES DEL MUNDO

Los resultados de 35 años de este esquema son desoladores. La tasa de negociación colectiva en 1991 era del 17,1% y en 2009 sólo del 12,4%. En este período la fuerza laboral creció en 2 millones de personas pero los trabajadores cubiertos por contrato colectivo crecieron en sólo 43.600 personas. Por otro lado, la tasa de sindicalización en 1991 era de 18.2% y baja el 2009 a 14.6% (Kremerman et. al., 2011).

En el Chile actual el 10% de los más ricos ganan 53 veces más que el 10% más pobre, y aunque las grandes empresas han obtenido enormes ganancias con los años constantes de crecimiento, los salarios de las grandes empresas han disminuido en un 18% entre 1994 y 2006 (Durán Sanhueza, 2009).

Desde otra perspectiva, el 10% más rico de la población chilena supera el ingreso promedio de Noruega y el 10% más pobre alcanza sólo al de Costa de Marfil. La gran mayoría (60%) tiene el promedio de ingresos de Angola. Estos son los niveles de desigualdad, aunque el PIB chileno superó los 200.000 millones de dólares el 2010 (Zahler Torres, 2011). En el mercado de trabajo chileno, 219.000 niños y niñas trabajan (el 6,6 % del total de menores de 18 años), según un reciente informe de la OIT. De ellos, 94.000 son menores de 14 años y 125.000 hacen trabajos peligrosos. Además, el 11% de las niñas bajo 14 años cumple labores domésticas por más de 21 horas a la semana (Diario *La Tercera* de 29 de junio de 2013, p. 18).

En otras palabras, la desigualdad se ha convertido en un dato estructural de la economía chilena, y las cifras anteriores dan cuenta de la falta de poder negociador colectivo de los trabajadores, lo que sugiere una incidencia negativa y directa en esta desigualdad. Resulta increíble constatar cómo los aumentos de productividad no han incidido en los aumentos salariales.

4. LA DEMOCRACIA PROTEGIDA

La vigencia de este esquema restrictivo puede ser explicado a la luz de los acontecimientos políticos de nuestra historia reciente, especialmente de la hegemonía neoliberal en el mundo y en particular en Chile desde la dictadura.

Luego de la vuelta a Democracia, en 1990, para los primeros gobiernos de la Concertación (coalición opositora a Pinochet) las reformas laborales buscaban la equidad, la participación y autonomía social, y la eficacia para el desarrollo (Cortázar, 1993, 44 y ss.). No obstante, ya en su lenguaje estos objetivos hacían caso omiso del mundo del trabajo, que se basa en principios como la libertad sindical, o la justa retribución o la estabilidad en el empleo, por lo que no nos debe extrañar

que de entre estos objetivos haya predominado la “eficacia para el desarrollo”, entendida como el predominio de la visión neoliberal del mundo del trabajo. Por ello, la mayoría de los ministros del trabajo de ese período fueron economistas y no abogados (Barría, Araya y Drouillas, 2012, 93).

Un factor importante en la mantención del modelo neoliberal es de carácter pragmático y se relaciona con las condiciones del retorno a la democracia en Chile. En el sentir de los nuevos gobernantes (la Concertación) era necesaria la contención de los movimientos sociales para no peligrar la estabilidad de la democracia recién recuperada. E incluso la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), principal confederación sindical chilena, colaboró para este cometido aunque en el cuarto gobierno de la Concertación, de la presidenta Bachelet, terminaría relegada frente a las comisiones de tecnócratas (Barría, Araya y Drouillas, 2012, 97). No obstante la colaboración de la CUT con los gobiernos de la Concertación, ésta coalición gobernante no estuvo interesada en fomentar el diálogo social en Chile e, incluso, su gestión puede ser considerada de centro derecha y no de centro izquierda como pretende ese conglomerado político (Fernández y Vera, 2012, 5).

Otro elemento a considerar en la mantención del neoliberalismo es el diseño institucional. La Concertación ha debido gobernar con la Constitución de Pinochet, la cual limita el actuar de los representantes de la mayoría con distintos mecanismos contramayoritarios, como por ejemplo, el sistema electoral binominal, quórum altos para aprobar las leyes más importantes, tribunal constitucional, senadores designados, etc. En la actualidad se mantiene el sistema electoral y los quórum calificados lo que impide realizar reformas de fondo al neoliberalismo chileno.

Por último, otro factor relevante es que el neoliberalismo ha operado política e ideológicamente transformando la sociedad chilena (Barría, Araya y Drouillas, 2012, 89), privatizándola en algún sentido. Como se ha sugerido por algunos, el programa llevado a cabo por la Concertación refleja el acuerdo de la élites chilenas de preservar el modelo neoliberal impuesto por Pinochet (Fernández y Vera, 2012, 8).

La hegemonía neoliberal no sólo ha afectado a Chile sino a todo el mundo. Desde los gobiernos de Reagan y Thatcher la revolución neoliberal ha predominado y sus profetas por excelencia han sido los economistas.

En el mundo la economía se ha convertido en un dominio imperial y los mercados se han expandido a esferas de la vida que no les pertenecen (Sandel, 2013, 14 y ss.), como la salud y la educación.

Aunque existe evidencia de que las políticas de libre mercado casi nunca enriquecen a los países pobres (Chang, 2012, 87 y ss.), Chile ha seguido con entusiasmo el neoliberalismo de la dictadura hasta nuestros días.

5. CONCLUSIONES: EL NEOFEUDALISMO CHILENO

El panorama social chileno es preocupante. Luego de más de 20 años de retorno a la democracia el marco legal neoliberal vigente para la negociación colectiva se ha mantenido, y ha dado sus frutos. Chile es un país que es considerado exitoso desde la perspectiva económica, aunque sus resultados sociales son desastrosos.

La doctrina neoliberal, conocida por su animadversión a las regulaciones, en derecho colectivo muestra su peor cara, uno de sus tantos lados oscuros, la ultra reglamentación interventora de la autonomía colectiva. Y esta política muestra sus resultados en Chile, donde las diferencias de ingresos son enormes y se ha ido conformando una suerte de *Apartheid social*.

Con diferencias de ingresos que superan las 50 veces entre el 10% más rico y el más pobre y con más de 200.000 niños en el mercado de trabajo, las libertades que pueden disfrutarse en Chile son limitadas. Cada chileno que nace en estos momentos tiene sellado su destino desde la cuna, salvo que uno con cierta inocencia pueda creer en la movilidad social en una sociedad con estos niveles de desigualdad.

Una ciudad como Santiago, absolutamente segmentada, con barrios de pobres y ricos, escuelas para pobres y ricos, hospitales para pobres y modernas clínicas para los ricos, está lejos de cualquier ideal de libertad, se parece más bien a una sociedad feudal premoderna, que en el siglo XXI debiera ser denominada *neofeudal*.

Esta es la peor cara del neoliberalismo. Y no es un experimento, ya han pasado 35 años desde que se impuso autoritariamente este modelo y sus resultados están a la vista, menos igualdad, menos justicia y, obviamente, menos libertad.

Las convulsiones de la sociedad chilena no se hacen esperar, con el actual gobierno de derecha de Sebastián Piñera los estudiantes y numerosos chilenos han despertado de este extenso letargo, y exigen más democracia y oportunidades. Para el derecho del trabajo estas son noticias auspiciosas desde este lado del mundo, dado que, más allá del camino neoliberal seguido, los principios laborales como la libertad sindical o el derecho al trabajo siguen vigentes en numerosos tratados internacionales de derechos humanos, en las constituciones y en sendas declaraciones de derechos. Su falta de aplicación no puede significar que no vuelvan a estar presentes en el futuro.

Ha llegado la hora del derecho en serio, parafraseando a Dworkin, y los docentes y abogados tenemos el deber de hacernos escuchar por las autoridades que toman las decisiones que van a afectar a nuestra sociedad y a las generaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRÍA TRAVERSO, D., ARAYA MORENO, E. y DROUILLAS, O.: “Removed from the Bargaining Table. The CUT during the Bachelet Administration”, *Latin American Perspectives*, Issue 185, Vol. 39 N° 4, 85-101 (2012).
- CHANG, H.: *23 cosas que no te cuentan sobre el capitalismo*, Debate, Barcelona (2012).
- CORTÁZAR SANZ, R.: *Política Laboral en el Chile Democrático: avances y desafíos en los noventa*, Dolmen, Santiago (1993).
- DURÁN SANHUEZA, G.: *Resultados Económicos de la Negociación Colectiva en Chile*, Serie Ensayos de Trabajo N° 2, Santiago, Fundación Sol, disponible en: http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2010/09/Ensayo_2.pdf (Visitado el 5 de septiembre de 2013) (2009).
- ERMIDA URIARTE, O.: *Las Relaciones del Trabajo en América Latina*, Crítica & Comunicación, Oficina Regional de la OIT para América Latina y El Caribe, Lima (1991).
- FERNÁNDEZ, A. y VERA, M.: “Introduction. The Bachelet Presidency and the End of Chile’s Concertación Era”, *Latin American Perspectives*, Issue 185, Vol. 39 N° 4, 5-18 (2012).
- GAMONAL C., S.: “Chilean Labour Law 1990-2010: Twenty years of Both Flexibility and Protection”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 27 N° 1, 85-94 (2011a).
- GAMONAL C., S.: *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2a edición, AbeledoPerrot, Santiago (2011b).
- GAMONAL C., S.: “Perspectivas futuras del derecho sindical chileno. Desafíos de nuestro derecho sindical”, *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 5, 93-117 (1997).
- KREMERMAN, M., NARBONA, K., TONELLI, P., DONIEZ, V. Y LÓPEZ, D.: *Por una Reforma Laboral Verdadera*, Fundación Sol, disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2011/05/Por-una-Reforma-Laboral-verdadera.pdf> (Visitado el 5 de septiembre de 2013) (2011).
- PIÑERA, J.: *La Revolución Laboral en Chile*, Zig-Zag, Santiago (1990).
- SANDEL, M. J.: *Lo que el dinero no puede comprar*, Debate, Barcelona (2013).
- WEDDERBURN, “Libertà di Associazione e Filosofie del Diritto del Lavoro: L’Ideologia Thatcher”, *I Diritti del Lavoro*, Giuffrè, Milán, 91-135 (1998).
- ZAHLER TORRES, A.: *¿En qué país vivimos los chilenos?*, disponible en: <http://ciperchile.cl/2011/06/06/%C2%BFen-que-pais-vivimos-los-chilenos/> (Visitado el 5 de septiembre de 2013) (2011).

NEGOCIACIÓN COLECTIVA, REFORMA LABORAL Y PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL: A PROPÓSITO DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS*

Juan García Blasco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

1. LA CCNCC TRAS LA REFORMA LABORAL: ¿UNA INSTITUCIÓN RENOVADA O UNA ADAPTACIÓN DE SU MARCO JURÍDICO INSTI- TUCIONAL?

De acuerdo con el apartado 1 de la nueva disposición final segunda de la LET, la CCNCC sigue siendo un órgano colegiado de consulta y asesoramiento, adscrito

* El presente trabajo forma parte, también, de las líneas investigación del Proyecto MICINN.-PLAN NACIONAL I+D DER2010-16914 sobre “Derecho del Trabajo y crisis económica: del diálogo social a las intervenciones normativas sobre las relaciones laborales” y del GRUPO DE INVESTIGACIÓN CONSOLIDADO S-07, reconocido por el Gobierno de Aragón.

al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, así como de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, como lo era el CRLNC. Esto es, se trata de un órgano cuya finalidad principal es la consulta y asesoramiento, característica que viene distinguiendo desde su creación a la CCNCC.

En efecto, tanto esta última como el primero, se inscriben dentro de las manifestaciones del estado social y democrático de derecho, tratando de articular instrumentos o fórmulas de cooperación entre las organizaciones empresariales y sindicales como interlocutores sociales y el propio Estado, de forma que los primeros puedan participar en ámbitos o materias directamente relacionadas con su propio reconocimiento constitucional. La CCNCC, al igual que el CRLNC, no se muestra como una estructura de participación de los interlocutores sociales en el ejercicio de funciones de índole o naturaleza pública por parte del Estado. Con esa configuración no se reserva a estos interlocutores sociales un papel específico para la adopción de decisiones de carácter político, al carecer, como ocurre con la actual CCNCC, de facultades para la iniciativa legislativa o para la elaboración de las normas jurídicas reguladores del ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

Sin embargo, esta rasgo de identificación que ha acompañado a la CCNCC desde siempre puede quedar alterado por el reconocimiento, como se verá, de la nueva competencia arbitral conferida a este órgano por la LRMC al modificar el artículo 82.3 de la LET en relación con su intervención en los procedimientos de solución de discrepancias en los casos de desacuerdo en el periodo de consultas para la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, nueva función de la CCNCC prevista igualmente en la LRMC, por tanto, en una fórmula de promoción, incentivación, estímulo y reforzamiento de la autonomía colectiva al servicio, siempre, de sus titulares.

En efecto, la CCNCC sigue careciendo, como con el CRLNC, y así parece desprenderse de su reciente desarrollo reglamentario por el Decreto 1362/2012 de 27 de septiembre (en adelante DRCC), de un ámbito real de autonomía económica y financiera, y, en consecuencia, de personalidad jurídica y capacidad de contratación propias, entre otras facultades. En orden, pues, a su naturaleza jurídica, mantiene la misma.”

A pesar de lo dicho, lo cierto es que la adscripción orgánica de la CCNCC a la Administración General del Estado no debe ser una circunstancia para que, ahora sí, este órgano “ejerza sus competencias como independencia y autonomía funcional plenas”, como así se prevé, también ahora, en el art. 2 del DRCC que la regula. Pero se trata de una autonomía funcional en el marco de la legislación que la crea y configura para ejercer las competencias legales que se le atribuyen, pero no en otros terrenos como los mencionados, que es, también, algo distinto.

Se ha hecho necesario así, porque lo reclama la disposición final segunda, apdo. 2 de la LET, en la redacción dada por la LRMT, un desarrollo reglamentario que se ocupe de la organización y funcionamiento de la CCNCC, materializando ese mandato legal para establecer la composición y organización de este órgano. De ello se ha ocupado, como se ha dicho el DR

No obstante, aunque pudieran existir las bases normativas para la renovación de la vieja CCNCC en un nuevo órgano de configuración y naturaleza jurídica distinta, que reforzara su carácter autónomo, lo cierto es que esta posibilidad legal no encuentra un reflejo directo normativo expreso en la disposición final segunda de la LET en la redacción dada por la LRMT, ni tampoco en el DRCC. Habrá que buscarla, pues, en su caso, más que en su naturaleza jurídica, estructura y composición, en sus competencias y funciones.

2. A LA ESPERA DE LA NUEVA, COMPLEJA Y CONTROVERTIDA DIMENSIÓN ARBITRAL DE LA CCNCC

La novedad mas relevante incorporada por la LRML respecto de las funciones de la CCNCC es la relativa a su nueva competencia de carácter arbitral para la resolución de las discrepancias en los supuestos regulados en el importante y polémico artículo 82.3 de LET, lo que ha merecido su cuestionamiento constitucional. En efecto, no se trata ahora de abordar en esta breve participación la controvertida y discutida adecuación constitucional de ese arbitraje en los términos planteados por el art. 82.3 de la LET, que ha sido objeto de atención por la doctrina, ni tampoco del procedimiento establecido, de los que me he ocupado en otras colaboraciones. Baste con señalar que la CCNCC asume ahora un papel relevante en la inaplicación de los convenios colectivos, función de trascendencia y cuya valoración es todavía temprana a la vista de la experiencia desarrollada hasta el momento, si bien la actuación en esta materia comienza a presentar aspectos interesantes a la vista de los expedientes resueltos que merecerán una atención particular en otro momento.

3. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

En otros trabajos recientes sobre el CRLNC y la CCNCC, manifestaba que el primer órgano, a pesar de mantener una configuración jurídica y estructura semejante a la de la CCNCC, presentaba unas condiciones idóneas para revelarse también como un instrumento que podía facilitar y reforzar, en su caso, el propio diálogo social entre los interlocutores sociales y el Gobierno. La materia de la negociación colectiva, pero también otras integradoras de las relaciones laborales y la actuación normativa, así como el papel y las funciones que sobre todas ellas

vienen desempeñando los interlocutores sociales podía encontrar aquí un lugar y ocasión propicios para proyectar y acordar, en su caso, intervenciones y actuaciones consensuadas en beneficio, sobre todo, del sistema español de la negociación colectiva.

Aunque no se recogía expresamente esta nueva configuración de la CCNCC a través de la creación del CRLNC, se abría la puerta a la posibilidad de situar también el diálogo social en el terreno de este órgano tripartito que, aunque de consulta y asesoramiento, podría serlo también de base efectiva para asentar y disponer en su seno de manifestaciones de diálogo social que probablemente se reclaman hoy con más intensidad y que han fracasado, en los casos más recientes. La negociación colectiva es, además, una materia sobre la que existe una experiencia dilatada y fructífera por parte del diálogo social, que no se ha producido con ocasión de su reforma legal, pero que puede ser reorientada desde esta nueva dimensión normativa y de participación, también, institucional.

Si bien el CRLNC no se mostraba, en su integridad, como la traducción estatal de modelos autonómicos de Consejos de relaciones laborales, lo cierto es que compartía bastantes ámbitos de coincidencia y de extensión material en el ejercicio de sus competencias y funciones. Era, por ello, también interesante explorar el papel que podría haber cumplido desde la perspectiva ahora mencionada. El legislador de urgencia declaraba que con las funciones del CRLNC se aspiraba a convertirlo en una institución para un conocimiento integral de la negociación colectiva en España logrando, entre otros objetivos, el aumento de la competitividad empresarial y mejora de las condiciones de trabajo. A estos objetivos pretende dar respuesta el ejercicio comprometido y responsable de la negociación colectiva. Pero también las intervenciones normativas y la configuración del sistema que corresponde al Gobierno y al Parlamento. Es, por ello, que de aprovecharse el CRLNC, haciendo uso de este órgano, el diálogo social sobre negociación colectiva podía producir efectos y consecuencias útiles y eficaces al objetivo último que se pretende sobre esta última.

La reforma de la negociación colectiva plantea importantes retos y reclama actuaciones relevantes, sobre todo a los interlocutores sociales, en materias sustanciales como la estructura y concurrencia de convenios colectivos, su contenido y vigencia, la aplicación de fórmulas eficaces para resolver las discrepancias sobre negociación colectiva y, sobre todo, el problemático arbitraje previsto en la reforma laboral de 2010 y en el mismo DLRNC y en la LRML. La respuesta de la autonomía colectiva a estas cuestiones y la necesidad de contar con acuerdos interprofesionales que permitan resolver las cuestiones y problemas aplicativos anudados a esas trascendentales materias demandan, sin duda, escenarios adecuados para llegar a pactos. Las experiencias sobre acuerdos de negociación colectiva que vienen sucediéndose en los últimos años requieren también de algunos órganos no sólo de ayuda, conocimiento, información y consulta de aspectos relevantes de

la negociación colectiva para pactar los mejores instrumentos posibles y consensuados sobre ella, sino del escenario adecuado, también, para desarrollar la propia negociación y para llegar a esos acuerdos.

Se señalaba así que existía contenido importante y suficiente para ese nuevo CRLNC, si bien llegaba probablemente en un mal momento, pues parece existir una cierta tendencia a la eliminación de organismos en el ámbito de las Administraciones Públicas (Sala Franco).

La cuestión es si esta CCNCC reorientada, pero sin la intensidad, por el momento, que acompañaba al CRLNC, puede ser también un escenario idóneo para esos objetivos. La CCNCC es de los pocos órganos tripartitos que quedan a nivel estatal que han desarrollado una provechosa y útil tarea al servicio de los interlocutores sociales y de la propia administración laboral, por lo que debe también proseguir, reforzar y profundizar esa tarea que ha sido públicamente reconocida, incluso a nivel normativo. Es cierto que existe el Consejo Económico y Social, sobre cuya relación con la CCNCC hubiera sido interesante decir algo, pero no es menos cierto que este órgano creado por la Ley 21/91 tiene naturaleza jurídica como un ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad, autonomía orgánica, y funcional. Además, aunque se configura como un órgano de carácter consultivo en materia laboral, lo es también en materia económica y de composición diferenciada de la prevista para la Comisión, si bien en el ejercicio de sus competencias ha aprovechado el trabajo de esta última.

La pregunta, a partir de ahora, es, una vez que se ha abandonado la idea de crear el CRLNC, si la CCNCC puede asumir un nuevo papel que, pasados ya 30 años desde su creación, la sitúen en un nuevo contexto que refuerce su protagonismo en favor del diálogo social y, particularmente, en el sistema español de la negociación colectiva. Pero aquí la incertidumbre jurídica y aplicativa que traduce la LRML al atribuirle esa nueva función arbitral plantea interrogantes que se proyectan igualmente sobre este órgano, por lo que su futuro es hoy probablemente incierto. De lo que se trata es de si esta nueva configuración de la CCNCC que descansa entre continuidad y reforma, puede asumir un papel de relevancia en la nueva ordenación de la negociación colectiva en España fruto y en el contexto de la crisis económica en la que se ha producido la Reforma laboral de 2012. También si puede contribuir, junto con otras instancias, a la recuperación del diálogo social en esta materia.

Habrá que esperar efectivamente al ejercicio pleno de todas sus funciones y competencias para calibrar y valorar con el necesario fundamento su presente y, sobre todo, su futuro.

**LAS COMISIONES EN REPRESENTACIÓN
DE LOS TRABAJADORES QUE NO TIENEN
REPRESENTACIÓN LEGAL EN LA EMPRESA
O CENTRO DE TRABAJO A EFECTOS DE LAS
CONSULTAS PREVIAS A LOS DESCUELGUES
PREVISTOS EN EL ART. 82.3 ET**

José Ignacio García Ninet
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

1. CUESTIÓN PREVIA

Las palabras que siguen son fruto compactado del análisis llevado a cabo sobre los cambios operados en los arts. 40, 41 y 82.3 del ET de 1995, que no ofrecían originariamente una solución para los casos en que en la empresa no hubiera representación legal de los trabajadores por las causas que fuere. Han sido dieciocho años de cambios; de idas y venidas, por lo que se ha debido analizar un sin fin de normas hasta llegar al dictado R. D. Ley 11/2013 de 2 de agosto.

2. PUNTO DE ARRANQUE NORMATIVO

El R. D. Ley 10/2010, de 16 de junio, modificó los arts. 40, 41 y 82 ET, fijando una complejísima fórmula, dejando por resolver tantos problemas como los que trataba de resolver, sería la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, la que completaría esta cuestión al dar entrada a la criticable comisión ad hoc, designada por y de entre los mismos trabajadores de la empresa/ o centro de trabajo, y así pasaría al art. 41.4. ET, que recibirá una nueva vuelta de tuerca con el R. D. Ley 11/2013. Con las remozadas fórmulas que se examinan se trata de ver las soluciones legales ideadas para resolver los problemas que plantean las carencias de representación legal de los trabajadores en gran cantidad de pequeñas y medianas empresas en España (García-Perrote Escartín 2010, 157).

Estamos ante una interesante, aunque cada días más compleja regulación, al tratarse de empresas o simplemente centros de trabajo, donde carecen de representación legal los trabajadores, bien por el reducido tamaño de los mismos, por la falta de promoción de elecciones, o por la revocación o dimisión de los representantes; una regulación desigual en donde el sistema de representación ad hoc para inaplicar parte de un convenio colectivo confiere unos poderes exorbitantes a quienes no son genuinos representantes legales, nada mas ni nada menos que para desmontar algunas de las piezas más sensibles de cualquier convenio colectivo, y ello bajo la mirada del mas interesado en su inaplicación, el empresario.

Se analizan brevemente, dada la extensión permitida, los actuales párrafos 4º y 5º del art. 41.4 y los correspondientes del art. 82.3 del ET (Vid. in extenso el brillante análisis de Gorelli Hernandez, 2013, I, 16/21 y II, 77/87).

3. INICIATIVA EMPRESARIAL

El ahora modificado art. 82.3 ET, dispone que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Y, en dicho apartado, se dice (novedad) que “La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo (importante novedad) a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente (novedad) a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días

(otra novedad). Es el empresario quien, por su propio interés, inicia los trámites de la inaplicación o descuelgue, y para ello se dirigirá a los trabajadores, debiendo darles la adecuada información acerca del asunto, según sea habitual hacerlo en la empresa, bien reuniéndolos a todos (puede tratarse de un empresa o centro de trabajo de pequeñas dimensiones, pero no necesariamente, pues lo esencial es que carezca de representantes legales, sea la empresa o el centro de trabajo, mediano, pequeño o grande), bien empleando el correo postal o electrónico o el intranet de la empresa, bien el tablón de anuncios, o dirigiéndose a ellos directa y personalmente (García-Perrote Escartin, 2010, 157; Sanmartín Mazzuconi, 2010, 1334).

En todo caso, según el R. D. Ley 11/2013, solamente se va a permitir una única comisión y si la empresa cuenta con varios centros tal comisión quedará circunscrita a los centros afectados por este procedimiento, con un tope máximo de trece miembros (novedad) repartidos proporcionalmente.

4. RECEPCIÓN POR LOS TRABAJADORES. ALTERNATIVAS. EMPRESAS O SIMPLES CENTROS DE TRABAJO

Son los propios trabajadores (se distingue entre si se trata de procedimientos que afectan a un único centro de trabajo o si afecta a más de un centro de trabajo) los que a la vista del tipo e intensidad de la comunicación y de lo grave de la situación, quienes podrán optar por seguir alguno de los procedimientos, a su elección, a efectos de atribuir su representación para la negociación del posible acuerdo, bien a personas concretas de la misma empresa o centro de trabajo (elección interna) o a representantes sindicales (elección externa y por ajenos). Pero la elección de estos representantes internos o externos, que lo son para este exclusivo fin, no ha suscitado el interés del legislador para exigir que tales representantes reúnan unos u otros requisitos, como si de una elección a delegados de personal o comités de empresa se tratara, posiblemente porque solamente se trata de una elección coyuntural, con un plazo de vigencia o caducidad muy reducido, lo cual comporta que, concluido el proceso o fase de consultas, se acabe su razón de ser y su objeto, aunque para los representantes internos que hayan podido enfrentarse a las pretensiones empresariales pueden empezar los problemas, incluso de permanencia en la empresa, pues no está previsto ningún tipo garantías frente al empresario, como tienen los genuinos representantes legales de los trabajadores (Fernández Avilés 2011, 245 y 2012, 111).

La doctrina en general pone en entredicho el sistema, pues no existe garantía de que verdaderamente se trate de una libre opción entre los dos tipos de representación que permite la norma (sindical o ad hoc), ni de que, caso de elegirse la representación interna, esta obre libremente sin que se produzcan ingerencias empresariales, de ahí que se diga que hubiera sido más prudente el mantenimiento exclusivo de la comisión sindical (como estableció por poco tiempo el R. D. Ley

10/2010). La situación puede facilitar enormemente el descuelgue, pues las ingenierías empresariales son aquí de difícil prueba (Ojeda Aviles, 2010, 598).

Las distintas y caóticas reformas laborales habidas en estos años pretenden corregir las dificultades ocasionadas por el vacío normativo a causa de la ausencia de representantes legales de los trabajadores en la empresa y, tras el R. D. Ley 11/2013, incluso simplemente en un centro de trabajo. Pero ¿lo consiguen o crean más dudas?: ya lo veremos (De la Puebla Pinilla y Gómez Abelleira, 2010, 94.).

5. ¿TRES OPCIONES POSIBLES RECORTADAS?

A mi entender, los trabajadores tienen tres opciones, sin que el ET se pronuncie aparentemente a favor de una u otra. La actual normativa trata de reducir el número de cabos sueltos que había hasta 2013, aunque con fórmulas complicadísimas. Frente a la crítica que se formulara de que no estaba claro como había de iniciar el empresario los trámites en búsqueda de interlocutores (Cruz Villalón, J. y Gómez Gordillo 2011, 401), el R. D. Ley 11/2013 ha dispuesto que el empresario inicie los trámites, comunicando de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de inaplicación parcial del convenio colectivo aplicable a la empresa, incluso disponiéndose de un plazo de 15 días para constituir la comisión de consulta si el centro afectado no cuenta con representantes legales.

Veamos, pues, las distintas alternativas de los trabajadores:

a) No elegir ninguna de las opciones que les da la ley y negociar todos a una-como en Fuenteovejuna, pudiendo acudir a un sistema asambleario (art. 77 y ss ET; Cruz Villalón, J. y Gómez Gordillo 2011, 401), incluso sometiendo las propuestas empresariales a referéndum, pues si la empresa o el centro de trabajo no tiene representantes legales, ya plantea dudas acerca de quien se atreverá a negociar frente al empresario, y lo más seguro es que, por temor al mismo empresario, se sometan sus propuestas al voto de la mayoría (secreto ex art. 80 ET) a efectos de evitar represalias (García-Perrote Escartín 2012, 502). Otra alternativa más de andar por casa—y al margen del 41.4—consistiría, como se ha hecho en no pocas ocasiones al borde de la ley, en tratar del tema directamente con los trabajadores, y bien podría ser solo con los que van a verse afectados o con todos, dependiendo de las prácticas de la empresa y de su tamaño o del tamaño del centro de trabajo o centros afectados. Pero el plazo de quince días que puede durar la consulta va corriendo, sin que la falta de designación de representantes ad hoc pueda suponer la paralización del mismo (art.41.4, quinto párrafo), es más, el retraso en la constitución de la comisión nunca comportará la ampliación de la duración de la consulta, y menos ahora que se ha ampliado el plazo

para constituir la comisión a quince días y sin que este plazo quede embebido en el plazo de quince días de consultas.

b) La elección de una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente. Se trata de un máximo, o sea que puede ser de uno a tres miembros (aunque para ser comisión el mínimo es de dos, ya que si es uno estamos ante un simple comisionado, y si solo se eligen a dos tendremos todos los problemas que pueden derivarse del bloqueo por empate permanente); nada se dice acerca de los requisitos para ser electores y elegibles, pero ahora parece que la elección deberá hacerse en cada centro de trabajo, aunque puedan elegirse trabajadores no necesariamente de ese centro, bastando que sean de la propia empresa. Está claro lo que es la elección democrática (vid. art. 80 ET); no está claro quien convoca a los trabajadores carentes de representación legal, ni en qué momento. Posiblemente este sería el sistema más rápido, pero por razones del temor a las represalias los trabajadores pueden preferir-valga la expresión -pasar la patata caliente a terceros ajenos a la empresa, para que ellos se enfrenten al empresario o a sus representantes, aunque al empresario le interesará más, por razones de tiempo y proximidad, el llevar a cabo la consulta con sus propios trabajadores, que siempre serán más manejables o dóciles, y a buen seguro que hará lo posible por conseguirlo y no dilatar la decisión.

c) Tratar de lograr que, en lugar de que negocien directamente con el empresario/o sus representantes unas personas que, por las razones que fuere, carecen o no se han atrevido a hacer elecciones, lo haga una comisión de igual número de componentes designada (se entiende que como máximo de tres), según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma (De la Puebla Pinilla, A. y Gómez Abelleira, 2010, 76). Se trata de elegir solamente a tres, nos parezcan muchos o pocos los designados, por lo que serán los sindicatos los que deberán reunirse y ajustarse a su representatividad, con todos los problemas que tan corto número pudiera comportar. No nos cabe la menor duda que esta segunda alternativa reviste “mayores garantías de respeto a la eficacia normativa del convenio colectivo, dado que puede haber una contraposición más equilibrada para analizar la propuesta empresarial de alteración de lo pactado. Esta era la única opción recogida por el R. D. Ley 10/2010 (Goñi Sein 2013, 58). Se considera (Fernández Avilés, 2011, 245.) que esto “supone la incorporación de los sindicatos más representativos a un ámbito en el que tradicionalmente han tenido escasas posibilidades de actuación como son las empresas sin representación, así como un refuerzo del papel de control y seguimiento sobre los actos de inaplicación del convenio de aquellos sujetos que intervinieron en el proceso de negociación del convenio de sector”.

A partir del R.D. Ley 11/2013 nos podemos encontrar con estos nuevos supuestos:

1º) Que el procedimiento solo afecte a un centro de trabajo sin representantes legales, en cuyo caso se aplicará sencillamente el sistema vigente hasta ahora.

2º) Que el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo (el tema podría quedar resuelto si solamente interviniera, caso de existir, el comité intercentros, y tuviera atribuida esta función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación), si no es así, y si alguno de los centros cuenta con representación y otros no, la comisión se integrará (novedad reseñable) por los representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el supuesto anterior, en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen(novedad).

3º) Que en el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión ad hoc interna—novedad que pone fin al problema de falta de decisión al respecto por parte de los propios trabajadores—se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen. O sea, imposición de representación a favor de representantes legales de otros centros, y se supone que con un número de representantes proporcional al número de trabajadores a representar.

4º) Que si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a) del art. 41.4 ET, en proporción al número de trabajadores que representen (fórmula críptica).

Finalmente, se establece que, en todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que represente.

6. COMUNICACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON LOS SINDICATOS

Son los propios trabajadores los que habrán de entrar en contacto con los sindicatos más representativos y representativos del sector de que se trate, para que sean ellos los que, de acuerdo con sus respectivas representatividades y siempre

que estuvieran hipotéticamente legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la propia empresa, elijan, como mucho, a esos tres miembros, sin que los trabajadores afectados tengan competencia para designar ellos a los tres miembros de los sindicatos.

Parece claro que, o los trabajadores no se han puesto de acuerdo para elegir entre ellos mismos a los miembros de la comisión negociadora, o nadie desea negociar cara a cara con el empresario, y por ello tratan de que el tema se ventile extramuros, mediante la acción de los sindicatos, y ellos designarán, obviamente, a personas de los respectivos sindicatos, y no a trabajadores de la propia empresa, aunque si hubiera algún afiliado de alguno de los sindicatos que estuviera en la empresa cabría que lo designaran.

Apunta la doctrina que “aunque la petición de los trabajadores la reciba un solo sindicato, éste se ve normativamente obligado a convocar a los demás sindicatos afectados para la designación de la comisión. Si no lo hace así, la comisión puede ser impugnada por falta de legitimidad y conllevar la nulidad de la consulta con los perjuicios que conlleve” (Lorente Rivas, 2011, 223, e igualmente Monereo Pérez y A. Lorente Rivas, 2012, 533).

7. PLAZO DE QUINCE DÍAS PARA ADOPTAR UNA U OTRA DECISIÓN

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que (novedad) alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días. Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar ya el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores, recordándose que la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración. O sea, que si se tarda más de los quince días ya será a costa de los días de consulta.

El R.D. Ley 11/2013 ha descompuesto, pues, el plazo de la consulta en dos periodos, por un lado el plazo previo para la designación (hasta ahora el increíble plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas) que se amplía a quince días, pero se advierte que la falta de designación en dicho nuevo plazo no puede suponer la paralización del periodo de consultas que será de otros quince días (García-Perrrote Escartín, 2012, 502). Se ha ampliado el corto y escuálido plazo de 5 días que era a costa del periodo de la consulta y que resultaba ser para todos un plazo ciertamente insuficiente (De la Puebla Pinilla y Gómez Abelleira, 2010, 77), de ahí que se haya

repensado por el legislador/ejecutivo este plazo anterior de cinco días que debería ser siempre y en todo caso a costa del plazo total de 15 días. Ahora son dos plazos distintos. Si la elección se hace dentro de la empresa es posible que el plazo sea suficiente, pero si han de ponerse de acuerdo varios sindicatos y, previamente los trabajadores afectados han tenido que discutir internamente para adoptar una de las tres soluciones, el tiempo corre muy rápidamente y no siempre será suficiente, pudiendo arañar días del plazo de consulta efectiva. La tardanza en decidirse por un modelo u otro va en contra de la posibilidad de auténtica consulta/negociación.

8. LA OPCIÓN EMPRESARIAL POR REPRESENTACIÓN CORPORATIVA

Si la negociación se realiza-y solamente en este supuesto—con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial. Esta es una opción que nadie le impone al empresario (De la Puebla Pinilla y Gómez Abelleira, 2010, 77). Como esto posiblemente se hará tras la toma de postura de los trabajadores, el empresario va a la zaga en este tema, con lo que el plazo de quince días se va acortando cada vez más; en este caso hasta el mismo empresario puede tener interés en este nuevo retraso para consultas.

9. ADOPCIÓN DE ACUERDOS. VALOR DE LOS VOTOS

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Lo anterior solo se predica de las comisiones que representan a los trabajadores, no se predica de la parte empresarial, aunque se haga representar por organizaciones empresariales. El voto de los trabajadores de la propia empresa es unipersonal, mientras que si se trata de personas designadas por los sindicatos habrá que tener en cuenta el valor de la representatividad de cada uno de los así designados, lo cual no será un problema menor, si es que se opta por este sistema, salvo que se resuelva como sucede en la negociación colectiva vía art. 89.3 ET, acudiendo al voto proporcional. (Cruz Villalón y Gómez Gordillo 2011, 402; García-Perrote Escartín 2012, 505; García-Perrote Escartín 2010, 159), habiendo quien se inclina en todo caso por el voto por cabeza. (Fraguas Madurga 2012, 99), existiendo voces discrepantes (Poquet Catala 2012, 115).

10 ¿NECESIDAD DE ACUERDO EN TODO CASO?

Si no se alcanza un acuerdo entre la empresa y los hipotéticos representantes de los trabajadores, sobre todo si éstos no han optado por ninguna de las opciones que les ofrece el art. 41.4 ET ¿podrá el empresario llevar a cabo, sin más, la inaplicación o descuelgue propuesto? A mi juicio no es posible llevar a efecto una modificación de lo pactado en convenio colectivo en este momento, pues si no se alcanza un acuerdo la discrepancia (expresa o tácita) aún puede y debe someterse a la Comisión Paritaria del convenio colectivo del que se pretende su inaplicación parcial y temporal, e incluso aún se tiene la vía abierta hacia los procedimientos de solución extrajudicial, a través de los cuales se puede llegar también a alterar lo pactado en el convenio colectivo, y al límite cabe acudir a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en algunos casos.

Queda descartada, pues, la posibilidad de que, en ausencia de acuerdo, el empresario pueda adoptar unilateralmente la decisión de inaplicar las condiciones establecidas en el convenio de referencia, tanto sea este sectorial como de empresa, como sucede en el art. 41.

Lo que pretende el vigente art. 82.3 es que el descuelgue sea el resultado de la concurrencia de voluntades, si ello es posible, para lo cual hace falta que las dos partes se sienten a negociar, lo cual ha sido analizado intensamente por diversos autores, cuya referencia sería aquí interminable para tan corto espacio (Vid. Sempere Navarro y Meléndez Morillo-Velarde 2010, 119; Monereo Pérez y A. Lorente Rivas, 2012, 531; Goñi Sein 2013, 56), no debiendo olvidar, aparte de lo que recoge ahora el art. 82.3, que el art. 85.3.c) ET señala que los convenios colectivos deberán fijar los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3, adoptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a éste respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en este artículo” (Poquet Catala, 2012, 115).

Creo que está meridianamente claro que la voluntad del legislador ha sido la de evitar que la decisión unilateral del empresario se convierta en el instrumento de desregulación colectiva de las condiciones salariales, vaciando el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, pues ello constituiría una clara vulneración del art. 37.1 CE. Otra cosa es que parezca manifiestamente contrario a la libertad sindical la fórmula de la comisión interna *ad hoc* para inaplicar lo que han aprobado los legítimos representantes legales de los trabajadores, aunque se haya aprobado por ley. Como acabamos de ver sucintamente el R. D. Ley 11/2013 ha establecido alambicadamente diversas fórmulas para los supuestos en que el procedimiento afecta a varios centros y unos tengan representantes legales y otros no, pudiendo llegar ahora a la imposición o la asignación de representación, pudiendo darse la hipótesis de que ninguno de los centros sin

representantes legales opte por crear la comisión ad hoc o por solicitar la representación vías sindical externa, y que no exista centro alguno con representantes legales a los que imponerles la carga de la representación de los no representados.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Dirigido por A.V. SEMPERE NAVARRO), La Reforma Laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, Cizur Menor-Navarra (Ed.Aranzadi & Thomson Reuters), 2010.
- AA.VV. (Dirigido por A.V. SEMPERE NAVARRO), El contrato de trabajo. Vol.I. Régimen General del Contrato de Trabajo, Cizur Menor-Navarra (Ed.Aranzadi & Thomson Reuters), 2010.
- AA.VV (Dirigido por J. Cruz Villalón, I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, J. M. GOERLICH PESET Y J. R. MERCADER UGUINA). Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2011.
- AA.VV. (Dirigido por J.L. MONEREO PEREZ), El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Granada (Ed. Comares), 2012.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A y GOMEZ ABELLEIRA, F.J. Reforma Laboral 2010. Memento Experto, Madrid (Ediciones Francis Lefebvre), 2010.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A y GOMEZ ABELLEIRA, F.J. Nueva Reforma Laboral RDL 10/2010 Y LEY 35/2010. Memento Experto, Madrid (Ediciones Francis Lefebvre), 2010.
- FERNANDEZ AVILES, J.A., Cláusulas de descuelgue empresarial, en la obra de AA.VV. (Dirigido por J.L. MONEREO PEREZ), La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa, Granada (Ed. Comares), 2011, pp.233-262.
- FERNANDEZ AVILES, J.A.; La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial, en “ Reformas estructurales y negociación colectiva. XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Sevilla (Junta de Andalucía), 2012, pp. 97-134.
- FRAGUAS MADURGA, L. La modificación sustancial de condiciones de trabajo y la reforma laboral del 2012: régimen jurídico, perspectivas y puntos críticos, en Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), num. 357, diciembre de 2012, pp.99-152.
- GARCIA NINET, J.I. La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general, RGDTS/IUSTEL, 2013, num. 34, especialmente páginas 41-44.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., Manual de Derecho del Trabajo, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2ª ed., 2012.
- GARCÍA- PERROTE ESCARTIN, I y MERCADER UGUINA, J. R., La reforma del Mercado de Trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, Valladolid (Ed., Lex Nova), 2010.
- GARCÍA- PERROTE ESCARTIN, I “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en libro de GARCIA- PERROTE ESCARTIN, I y MERCADER UGUINA, J. R. La reforma del Mercado de Trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, Valladolid (Ed., Lex Nova), 2010, pp. 145-185.
- GOÑI SEIN, J.L. *Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada*, Aranzadi Social, 2013, num. 9, pp. 35-75.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. El descuelgue del convenio colectivo estatutario, RGDTSS/IUSTEL, 2013, num. 34, especialmente páginas 16-21.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa, Granada (Ed. Comares) 2013, especialmente páginas 77-87.
- LORENTE RIVAS, A. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, en la obra de AA.VV. (Dirigido por J.L. MONEREO PEREZ), La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa, Granada (Ed. Comares), 2011, pp.205-231.
- MERCADER UGUINA, J. R. *Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010*, en el libro de GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I y MERCADER UGUINA, J. R., *La reforma del Mercado de Trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, Valladolid (Ed., Lex Nova), 2010, pp. 187-209.*
- OJEDA AVILÉS, A. La deconstrucción del Derecho del Trabajo, Madrid (ED LA LEY), 2010
- POQUET CATALA, R. La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012, Aranzadi Social, 2012, num. 7, pp.101-121.
- SANMARTÍN MAZZUCONNI. C. La novación del contrato de trabajo: modificación sustancial de condiciones laborales, en AA.VV.(Dirigido por A.V. SEMPERE NAVARRO), El contrato de trabajo. Vol. I. Régimen General del Contrato de Trabajo, Cizur Menor-Navarra (Ed. Aranzadi & Thomson Reuters), 2010, pp. 1315 y ss.

**BORRÓN Y CUENTA NUEVA EN LA
ULTRAACTIVIDAD. SENTENCIA DE LA
AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE JULIO DE 2013
(Nº 0149/2013)**

Jordi García Viña
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

La sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2013 analiza un supuesto del III convenio colectivo de la empresa Air Nostrum y sus trabajadores pilotos, cuya vigencia expiraba en 2006 y que se prorrogó hasta 2010, se denunció por la empresa en septiembre de aquel año, y desde entonces la negociación no había conseguido fructificar en un nuevo convenio. Aquel instrumento establecía expresamente que su contenido normativo permanecería vigente tras su denuncia, mientras no existiera el convenio siguiente, lo que el sindicato pretendió hacer valer como el “*pacto en contrario*” al que alude el art. 86.3 ET en su redacción tras la Ley 3/2012, de 6 de julio. Por tanto, a su juicio no operaría el límite anual para la ultraactividad (que se alcanzó el 8 de julio de 2013), sino lo dispuesto por las partes en el convenio citado. La parte demandante relató que la empresa interpretaba que el 8 de julio sí que decaía definitivamente la vigencia del convenio, apoyándose en una resolución de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos que permitió su descuelgue hasta tal fecha exclusivamente.

En la sentencia se declara que en tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio colectivo que haya de sustituir al III convenio colectivo, el contenido normativo de este convenio colectivo permanece vigente.

El problema que plantea esta sentencia se refiere a si el tope del año afecta a todos los convenios colectivos que pierdan su vigencia por el transcurso del año sin llegar a un acuerdo o sin quedar excluidos aquellos que tenían entre sus cláusulas mecanismos de prolongación de los efectos. Si se realiza una interpretación literal de la norma se puede afirmar que el contenido de la norma no ha variado, que la posibilidad de pacto en contrario es posible y que si el legislador quería eliminar esta posibilidad lo debería haber realizado de manera expresa (Casas Baamonde, 2013, 1; Cruz Villalón, 2012, 39-40 y Lahera Forteza, 2013, 56-57).

En cambio, parece lógico entender que, en virtud del sentido general de la norma relativa al desbloqueo de negociaciones, la voluntad es que se aplique a todos los convenios y que las cláusulas existentes en el momento de entrada en vigor de la reforma que regulan la prórroga queden invalidadas por efecto de la ley y que sólo sea válido su pacto en convenios posteriores a esta entrada en vigor (Sempere Navarro, 2012, 31 y Goerlich Peset, 2012, 31).

En este tema, la Audiencia Nacional se ha decantado por la primera opción al entender que estas cláusulas son válidas, ya que se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad, que en cualquier caso puede ser renegociado, que no es coherente permitir esta posibilidad para convenios posteriores a la entrada en vigor de la norma y eliminarla en los anteriores y que el legislador no ha regulado expresamente la pérdida de efectividad de estas cláusulas.

La consecuencia de no poder aplicar un convenio de ámbito superior supone, obligatoriamente, que sea aceptada alguna de las dos siguientes opciones: o se entiende que el contenido del convenio colectivo se ha incorporado al contrato de trabajo o desaparecido el convenio colectivo y sin posibilidad de aplicar otro, la regulación de las relaciones laborales se llevará a cabo por el contrato de trabajo y, en su defecto, por las normas, especialmente el Estatuto de los Trabajadores.

La incorporación de las condiciones del convenio a los contratos individuales es la regla más generalizada entre los diversos ordenamientos jurídicos, especialmente en Europa, ya sea en relación con todas las antiguas cláusulas de los convenios colectivos o sólo con algunas, como sucede en Bélgica, Italia o Portugal. En todo caso, en Francia, las ventajas individuales del convenio denunciado no se aplican a los trabajadores contratados con posterioridad a la finalización del plazo de ultraactividad.

En nuestro país, las opiniones a favor de mantener la vigencia de las condiciones se fundamentan en la situación de auténtica laguna legal, por lo que hay que acudir a las técnicas de integración jurídica (Olarte Encabo, 2013, 3); de manera que se produce una transformación del convenio en contenido contractual (Escudero Rodríguez, 2012, 52 y Molina Navarrete, 2013, 35). En esta línea se ha entendido

que el contrato de trabajo no soporta la pérdida de vigencia de las normas, pues “*de ordinario, su celebración y ejecución ha tenido lugar incorporando condiciones de trabajo del convenio colectivo aplicable en el momento de su celebración y estableciendo condiciones más favorables o distintas que las legales y que las establecidas en aquél*” (Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y Valdés Dal-Re, 2013, 5). Sin embargo, también hay opiniones que, matizando esta argumentación, apuestan por la continuidad de las condiciones del convenio con base en su consideración como convenio colectivo extraestatutario (Cruz Villalón, 2012, 414 y Toscani Giménez, 2012, 95-98) o defendiendo la necesidad de que la ultraactividad termine mediante la aprobación de un pacto colectivo (Merino Segovia, 2012, 261).

La segunda opción, o sea, la aplicación directa de las normas generales, y en especial, el Estatuto de los Trabajadores, es la más verosímil. De hecho, hasta que se regula un plazo máximo de vigencia del convenio colectivo no existe un mecanismo claro para luchar contra las inercias existentes.

Este mecanismo no va en contra del derecho constitucional a la negociación colectiva, ya que los sujetos negociadores han tenido oportunidad de llegar a un acuerdo y, una vez perdida la vigencia del convenio, se siguen aplicando todas las normas reguladas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (Casas Baamonde, 2013, 13), como por ejemplo, pueden seguir negociando o iniciar una nueva negociación, con los mismos sujetos negociadores o con otros, según entiendan en cada caso, o pueden negociar convenios de empresa (art. 84.2 TRET) o proceder a la inaplicación de las condiciones del convenio. Además, sólo va a tener efectos en los convenios en los que las partes negociadoras no tengan voluntad de llegar a un acuerdo, porque en el resto, que son la mayoría, los pactos se van a seguir produciendo, sin necesidad de plantearse el efecto de esta regulación.

De la misma manera, es cierto que el Estatuto de los Trabajadores presenta diversas referencias a materias que han de ser reguladas por convenio colectivo, pero si no están incluidas dentro del contenido mínimo (art. 85.3 TRET) no existe obligación de regularlas, por lo que no cabe justificar la necesidad de seguir siendo reguladas por el convenio anterior, ni su exigencia judicial.

Asimismo, también existen toda una serie de argumentos a favor de esta opción, que pueden resumirse en los siguientes aspectos.

No cabe entender que existen lagunas en la regulación, ya que el legislador era plenamente consciente de los efectos que quería otorgar a la reforma, realidad que puede comprobarse con la lectura de la exposición de motivos de las normas del año 2012. Por este motivo, se ha de realizar una interpretación literal y aplicar las normas generales del sistema de fuentes establecido principalmente en el art. 3 TRET.

Es un factor de presión para los negociadores para que se lleguen a acuerdos, no tanto para que se modernice el contenido de los mismos, ya que esto, aunque deseable desde un punto de vista de las relaciones laborales, queda fuera del alcan-

ce del legislador; por tanto, difícilmente puede entenderse como una sanción por falta de diligencia negociadora.

Esta presión actúa en un sentido doble, ya que el perjuicio de no tener un convenio colectivo que regule las relaciones laborales en una empresa, no sólo puede suponer una hipotética disminución de los derechos de los trabajadores, sino que los empresarios pierden también elementos de referencia muy necesarios, por ejemplo, para erradicar supuestos de competencia desleal (González Ortega, 2012, 134; Goerlich Peset, 2012, 63; López Ainorte, 2012, 175; Roqueta Buj, 2012, 44; Purcalla Bonilla y Preciado Domenech, 2012, 333).

La ley no contempla la posibilidad de otorgar al convenio colectivo otro tipo de eficacia, como por ejemplo, reconducirlo a convenio extraestatutario, ya que ésta no es la voluntad de las partes, salvo que se produzca por medio de una sentencia judicial.

El convenio colectivo es por excelencia temporal, según se deducen de varios preceptos del Estatuto de los Trabajadores y esto tiene especial sentido si se entiende que es un mecanismo de adaptación y concreción en las relaciones laborales, por lo que, pretender su indefinición supondría perder su sentido principal. Además, conforme la lectura a contrario del art. 82.3 TRET, perdida la vigencia del convenio colectivo, éste ya no obliga a los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

Establecer la nulidad sobrevenida de los pactos preexistentes en los convenios no es un fenómeno nuevo, por ejemplo, en relación a la Disposición adicional décima TRET en relación a la jubilación forzosa, y, hasta la fecha, este mecanismo no ha sido declarado ilegal por los tribunales.

En todo caso, la contractualización sólo es posible en los ordenamientos en los que las condiciones reguladas en los convenios colectivos se incorporan a los contratos de trabajo, ya que se trata de convenios de eficacia limitada o contractual, pero no en el sistema español donde la característica *erga omnes* le otorga una característica normativa.

La protección constitucional del principio de la autonomía colectiva no puede aplicarse en este caso ya que la contractualización no puede suponer un efecto exclusivo derivado de los convenios colectivos, por lo que debería también predicarse de la pérdida de vigencia de las normas y además, la individualización de las condiciones de trabajo, en cuanto vulneradoras del derecho de libertad sindical, según el Tribunal Constitucional, derivan de una actuación incorrecta del empresario y en este caso, las posibles consecuencias derivan de la aplicación de la norma. Otra cosa sería considerar inconstitucional este precepto, aunque esta opción difícilmente es sostenible.

Igualmente, la contractualización de las cláusulas de los convenios colectivos sólo afectarían a los trabajadores presentes durante la aplicación del convenio, y

no a los de nuevo ingreso, con los que se podrían originar situaciones, en general, desechadas por los tribunales, similares a las dobles escalas salariales. Es evidente que si las partes querían que parte del contenido del anterior convenio colectivo se mantuviera vigente siempre han disfrutado de la posibilidad de establecer condiciones *ad personam*.

De la misma manera, el Tribunal Supremo ha entendido de manera tradicional que el convenio colectivo de eficacia general no es fuente de la condición más beneficiosa porque el posterior en el tiempo puede derogar lo establecido en el anterior (STS 26 de febrero de 1996 (RC 2116/1995), STS 24 de enero de 2000 (RC 2600/1999) y STS 6 de mayo de 2009 (RC 69/2008); doctrina que también predica de los convenios colectivos extraestatutarios (STS 11 de mayo de 2009 (RC 2507/2008), STS 14 de octubre de 2009 (RC 625/2009) y STS 14 de mayo de 2013 (RC 285/2011), salvo que expresamente se determine la incorporación de las cláusulas del convenio al contrato de trabajo (STS 20 de diciembre de 1993 (RC 443/1993). Así, no cabe derivar del convenio colectivo condiciones más beneficiosas de obligado mantenimiento o que operen como límite a futuras negociaciones (STS de 16 de diciembre de 1994 (RC 1391/1993), STS de 20 de diciembre de 1996 (RC 3492/1995), STS de 28 de octubre de 1998 (RC 4612/1997), STS de 24 de enero de 2000 (RC 2600/1999), STS 30 de marzo de 2006 (RC 902/2005) y STS 26 de septiembre de 2011 (RC 149/2010).

Es difícil entender que las condiciones del convenio colectivo se incorporan al contrato de trabajo como condiciones más beneficiosas y defender la regresividad del convenio posterior, ya que, en este caso, las condiciones incorporadas no podrían ser variadas.

La incorporación de las condiciones pactadas en convenio colectivo al contrato de trabajo como condiciones más beneficiosas no se da en el caso de las normas, por tanto, por qué se ha de defender esta diferencia, ya que el derecho a la negociación colectiva no se restringe en este caso.

Además, al permitir que el nuevo convenio colectivo o pacto sea más regresivo que el anterior, significa no sólo que el convenio colectivo más moderno puede introducir una regulación menos favorable a los trabajadores, sino que éstos no pueden invocar frente a esa regulación el mantenimiento *ad personam* de las condiciones de trabajo establecidas de la norma convencional anterior más favorable pero ya derogada (STS 30 de junio de 1998 (RC 2987/1997), STS 21 de febrero de 2000 (RC 686/1999) y STS 18 de octubre de 2004 (RC 191/2003).

En conclusión, esta situación va a complicar aún más las relaciones laborales, no tanto por un aumento de la conflictividad y la posible pérdida de los derechos de los trabajadores, que también, sino porque es muy probable que se judicialicen más las relaciones empresas-trabajadores. Es poco probable que se produzcan recortes salariales o que se puedan modificar condiciones de trabajo otorgadas

por anteriores acuerdos por el hecho de que el convenio desaparezca y si esto se aplica seguramente tendrán que ser los Juzgados de lo Social los que decidan su procedencia.

Aunque se plantean problemas, por ejemplo, qué va a suceder con aspectos tan relevantes para la buena organización de las relaciones laborales en las empresas que sólo están regulados en los convenios colectivos como puede ser la clasificación profesional, las principales dudas surgen respecto a los salarios, ya que no es imaginable que los tribunales acepten importantes rebajas salariales por esta vía, en base de la ruptura del equilibrio contractual.

Todo ello puede suponer que los tribunales alteren las reglas actuales y creen una nueva línea jurisprudencial que reconozca algunas de las condiciones eliminadas como derechos adquiridos que han sido disfrutados durante muchos años por todos o parte de los trabajadores de la empresa. De hecho, la sentencia de la Audiencia Nacional analizada va en esta línea. Es cierto que el legislador expresamente no establece la no consideración de las cláusulas reguladas antes de la entrada en vigor de la norma, pero es evidente que la idea que subyace es establecer mecanismos para que la negociación colectiva pueda ser revitalizada. No tiene sentido no permitir la aplicación de este mecanismo de modernización por el hecho de existir una cláusula que fue pactada en un determinado contexto; precisamente, el que quiere eliminar la Ley 3/2012, de 6 de julio.

BIBLIOGRAFÍA

- CASAS BAAMONDE, M E, “La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, número 6, 2013.
- CASAS BAAMONDE, M E; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M y VALDES DAL-RE, F, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, número 9, 2013.
- Cruz Villalón, J, “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, número 115, 2012.
- GOERLICH PESET, J M, Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- LAHERA FORTEZA, J, “Derecho transitorio a la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, número 3, 2013.
- MOLINA NAVARRETE, C, “Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios: ¿en serio es una cuenta-atrás hacia el abismo laboral español”, *Temas Laborales*, monográfico, 2013.
- OJEDA AVILES, A, *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2012.

OLARTE ENCABO, S, “Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos”, Foro de debate “La ultraactividad de los convenios colectivo”. Comisión Consultiva Nacional de los Convenios Colectivos, mayo de 2013.

SEMPERE NAVARRO, A V, “La duración de los convenios colectivos tras la reforma”, Aranzadi Social Doctrinal, número 1, 2012.

L'ARTICOLO 39 DELLA COSTITUZIONE E IL CONTRATTO COLLETTIVO

Edoardo Ghera
Professore Emerito
Sapienza Università di Roma

Cosa fare dell'art. 39 della Costituzione? L'interrogativo o meglio la risposta può sembrare scontata. Dopo sessantacinque anni di non attuazione della norma costituzionale nella sua seconda parte – i commi 2, 3 e 4 nei quali è prefigurata una disciplina dei sindacati e del contratto collettivo avente “*efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce*” (c. 4) - le ragioni storiche dell'omissione del legislatore non son più in discussione. Della norma costituzionale resta, con tutto il suo vigore, il principio fondamentale della libertà sindacale (recita il c.1: *l'organizzazione sindacale è libera*) nel cui ambito di garanzia si è sviluppato e consolidato un sistema di attori e di relazioni sindacali che si è dimostrato capace di evolversi nel tempo e di autoregolarsi su basi esclusivamente volontarie. Il legislatore è intervenuto, ma fuori della previsione costituzionale, per sostenere i sindacati dei lavoratori: in particolare per assicurarne l'ingresso nelle aziende con lo statuto dei lavoratori, prima; e poi per disciplinare lo sciopero nei servizi pubblici).

Gli ultimi cinquanta anni del '900 sono stati favorevoli al movimento sindacale in Italia più che in altri paesi europei. Le cose cambiano con il nuovo secolo

che vede il sindacato costretto a misurarsi con gli scenari sempre più ardui, dell'economia globalizzata e sottomessa al potere finanziario del capitale e lo porta sulla difensiva (quando, come in altri paesi, non arretra). Inoltre il sistema politico non è più – salvo la parentesi Prodi (2006-2007) - favorevole ed i vincoli europei sono più pesanti. Si apre così una fase di divisione tra i sindacati confederali, che si manifesta anche nella linea politica e nelle scelte contrattuali, violando la prassi dell'unità di azione che è stata invece il presupposto implicito della legislazione di sostegno. Nel nuovo contesto ritorna di attualità la seconda parte dell'art. 39 cost. non tanto nella sua valenza o efficacia impeditiva di una legislazione di estensione *erga omnes* dell'efficacia del contratto collettivo, quanto come modello (o possibile strumento) di organizzazione del pluralismo sindacale *competitivo*.

In effetti negli stessi anni della crisi economica entra in crisi il sistema volontario della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva e la sua proiezione (neo)istituzionale: la figura del *sindacato maggiormente rappresentativo*, riconosciuto dalla legge sulla base di un criterio di rappresentatività presunta (maggiore oppure comparata). Tra il 2010 e il 2011 si verificano due importanti fatti nuovi, tra loro strettamente collegati: la vicenda FIAT e l'emanazione dell'art.8 d. l. n.138/2011 conv. in L. n.148/2011. E' allora naturale chiedersi quale sia o possa essere la collocazione o meglio il grado di devianza di questi fatti (e delle loro conseguenze) rispetto al modello disegnato dall'art.39 della Costituzione.

Nella vicenda FIAT l'azienda disdetta il contratto nazionale di categoria e si separa dalla Confindustria per passare – vera novità per l'Italia – ad un sistema di contrattazione aziendale *esclusiva* sul modello americano. L'intesa è raggiunta con due su tre dei sindacati confederali: uno, la FIOM CGIL rifiuta la firma del nuovo contratto che viene sottoposto (altra prassi inedita) ad un referendum improprio – perché indetto al di fuori del modello unitario previsto dall'art. 21 st. lav. - tra i lavoratori interessati, con esito favorevole per l'azienda e i sindacati firmatari (seguirà una lunga vertenza giudiziaria FIOM – FIAT il cui risultato finale è stato favorevole al sindacato FIOM per quanto attiene alla rappresentanza in azienda, ma non ha intaccato la validità del contratto c.d. separato e la sua applicazione concreta. Insomma la rottura del modello contrattuale centralizzato rimane, con l'effetto di separare il settore auto dal resto dell'industria meccanica e metallurgica.

Ed è su tale rottura, con l'esplicito obiettivo di consolidarla sul piano giuridico, che si innesta l'intervento del legislatore (il governo con un decreto-legge approvato dal parlamento). L'art.8 chiama in causa direttamente l'art. 39 cost. perché, oltre ad avere introdotto una norma transitoria (c.3) di salvaguardia (retroattiva) degli accordi FIAT, ha previsto la nuova categoria dei contratti collettivi di prossimità – e cioè sottoscritti a livello aziendale o territoriale – dotata di "*efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati*". Tale efficacia è subordinata (c.1), per altro, alla condizione che la sottoscrizione avvenga per mano "*di asso-*

ciazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano aziendale o territoriale ovvero delle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011"; ed Inoltre – anche questa è una novità – *“sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali.”* A questi requisiti soggettivi il legislatore fa seguire (cfr. ancora il c.1) ulteriori requisiti - o limiti - di scopo e di materia. I contratti di prossimità devono infatti essere finalizzati all'incremento dell'occupazione, al miglioramento della qualità dei contratti di lavoro e agli altri obiettivi (incrementi di competitività e di salario, investimenti, forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, gestione di crisi aziendali e occupazionali) indicati dalla stessa norma; e possono riguardare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione elencate nel successivo c.2 e in specie: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, compresi i rapporti atipici anche di lavoro autonomo le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

La quantità e l'estensione delle materie in elenco ed il loro intreccio con gli obiettivi assegnati lasciano intendere la volontà del legislatore di fare della contrattazione di prossimità lo strumento privilegiato per la flessibilità e l'adattamento della disciplina del rapporto di lavoro (e quindi del trattamento dei lavoratori) alle esigenze della produzione.

Ma non è tutto. L'art.8 attribuisce (c. 2 bis) ai contratti collettivi di prossimità anche la capacità (il potere) di derogare, nelle stesse materie, anche alle disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali. Alla efficacia generale si aggiunge così una speciale *forza normativa* prevalente sulle fonti di grado superiore e *bidirezionale*: la norma in deroga può disporre anche in senso *meno favorevole* al lavoratore (viene così derogato, a sua volta, il c.d. principio del *favor* o della inderogabilità *in pejus*: la cui implicita enunciazione si rinviene nell'art. 2113 c.c.). Da notare che la suddetta capacità derogatoria, pur andando incontro ad importanti limiti di natura *ordinamentale* (e cioè vincolanti al rispetto dei principi costituzio-

nali, delle norme comunitarie e delle norme internazionali), non è circoscritta a specifiche materie, anche ampie, ma si estende alla totalità o quasi della disciplina del rapporto e dei diritti che ne derivano al prestatore di lavoro. Vi è quindi una devoluzione della funzione normativa ai contratti decentrati che va oltre il consueto rinvio della legge ai contratti collettivi per integrare o anche derogare le proprie disposizioni. Con l'art.8, insomma, vi è la possibilità che attraverso la contrattazione di prossimità si arrivi ad un decentramento spinto delle relazioni sindacali e ad una altrettanto spinta - al ribasso - differenziazione dei trattamenti e delle condizioni di lavoro.

Al di là della prudenza (o dell'incertezza ?) delle parole usate dal legislatore (si parla di *intese specifiche* e di *efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati*), la norma conferisce ai contratti di prossimità una efficacia soggettiva non diversa da quella prevista dal c.4 dell'art.39 ed attribuisce ai soggetti collettivi autorizzati dal c.1 un potere normativo *erga omnes* analogo a quello attribuito dalla norma costituzionale ai sindacati registrati. L'art. 8 è quindi sospettabile di illegittimità, essendo vietato al legislatore emanare norme rivolte ad ottenere il medesimo "*risultato della dilatazione o estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria in maniera diversa da quella stabilita al precetto costituzionale*" (così Corte cost. 19 dicembre 1962 n.103).

2. Gli accordi siglati tra le aziende del gruppo FIAT e i sindacati di categoria, eccetto la FIOM-CGIL, non pongono problemi a fronte dell'art. 39. La sottoscrizione o meno dei contratti collettivi è una facoltà sicuramente compresa nella libertà sindacale; e lo stesso deve dirsi della partecipazione al negoziato e, a monte, della decisione di trattare con l'uno o l'altro sindacato dei lavoratori (evidentemente in presenza di una pluralità di organizzazioni all'interno della medesima categoria o azienda). La libertà sindacale è infatti riconosciuta nel comma 1 non tanto (solo) come libertà di associazione quanto come autonomia collettiva ovvero potere di organizzazione ed azione per la tutela dei gruppi professionali e in genere degli interessi collettivi rilevanti nei rapporti di lavoro e nel conflitto collettivo di lavoro. In questo senso si può affermare che l'art.39 c.1 funge, oltre che da norma di riconoscimento del conflitto, da norma di raccordo tra l'ordinamento dello stato e l'autonomia collettiva come ordinamento particolare (e tuttavia originario)¹.

L'unico aspetto costituzionalmente sensibile – come dimostra proprio la vicenda FIAT – è quello della tutela del dissenso, sia organizzato che spontaneo o individuale. Ma questa tutela non può arrivare a rendere inefficaci, i contratti collettivi stipulati a livello di categoria o di azienda, esentando i lavoratori dissenzienti dalla loro applicazione. Al contrario tale applicazione e quindi l'efficacia, la forza obbligatoria del contratto collettivo trae fondamento dai principi caratte-

¹ Si v. G. Giugni *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè Milano 1960 p. 22 ss. e ivi p. 46-48. Sulla relazione tra l'art.39 e l'ordinamento intersindacale mi permetto di rinviare al mio *Sulle fonti del diritto del lavoro* in *Riv. It. Sc. Giur.* (nuova serie) 2010, p. 306 e ss.

ristici dell'autonomia collettiva come ordinamento: il riconoscimento reciproco tra i soggetti collettivi stipulanti e l'indivisibilità della norma o disciplina collettiva, oltre ad essere i cardini dell'ordinamento intersindacale, sono i presupposti in virtù dei quali l'adesione al contratto diventa irrevocabile per entrambi i contraenti del concreto rapporto di lavoro. Come ha statuito, integrando la norma dell'art.19 st. lav., la sentenza 23 luglio 2013 n. 231 della Corte costituzionale, il diritto dell'associazione sindacale alla costituzione della rappresentanza aziendale non deve essere subordinato alla sottoscrizione dei contratti collettivi; ma da questa enunciazione, certo vincolante, non può trarsi la conclusione che la mancata sottoscrizione può legittimare il rifiuto dei lavoratori iscritti o aderenti al sindacato dissenziente di sottoporsi al contratto c.d. separato.

Molto più problematico è il rapporto dell'art.8 con l'art. 39 cost.. A prima vista, la norma di legge non entra in collisione con la seconda parte della norma costituzionale perché il legislatore del 2011 ha confezionato un modello di contratto *erga omnes* radicalmente diverso da quello costituzionale. La diversità sta nel fatto che, mentre l'art. 39 contempla i contratti collettivi di categoria, al contrario i contratti di prossimità contemplati nell'art.8 sono aziendali o territoriali (e cioè, questi ultimi, decentrati a livello locale). La diversità non solo è evidente ma è sembrata sufficiente a risolvere il problema: la norma costituzionale –si è detto² - non può entrare in contrasto con l'art.8 per il semplice fatto che l'art.39 contempla soltanto i contratti collettivi di categoria e quindi l'efficacia impeditiva che deriva dal c.4, non può essere estesa ai contratti aziendali. La tesi non è però esente da una forzatura perché nell'art.8 l'efficacia soggettiva generale è prevista anche per i contratti decentrati a livello territoriale per i quali l'argomento testuale ricavato dal c.4 art.39 non è evidentemente applicabile. Si dovrebbe allora concludere che la speciale efficacia, generale e derogatoria, disposta dall'art.8 può essere attribuita legittimamente soltanto ai contratti aziendali - i quali, d'altronde, sono lo strumento normale di decentramento del nostro sistema contrattuale - e non ai contratti territoriali, del tutto simili ai contratti di categoria. Ne risulterebbe una differenza di trattamento manifestamente contraria all'intenzione del legislatore e, in definitiva, una contraddizione capace di viziare la ragionevolezza - e quindi la legittimità - della nuova norma (oltre che un sicuro depotenziamento della sua efficacia).

Di rilievo maggiore è invece una considerazione di fondo. Il sistema sindacale extracostituzionale, nato dalla non attuazione dell'art. 39 seconda parte (e superata la prima fase, quella dell'astensionismo del legislatore), si è stabilmente indirizzato al riconoscimento legale del contratto collettivo come fonte-atto produttiva di effetti paralegislativi attraverso la tecnica del rinvio della legge ai contratti collettivi. Nel quadro della legislazione di sostegno l'efficacia generale dei contratti collettivi stipulati dalle - o da - associazioni sindacali maggiormente rappresen-

² A. Maresca *Prime interpretazioni del decreto in Il Diario del lavoro* 2011 disponibile in: <http://www.il-diario-del-lavoro.it>

tative, è una regola o – meglio - un modulo di produzione normativa utilizzato normalmente dal legislatore in funzione del risultato di volta in volta perseguito. Tale modulo si ritrova anche nell'art.8 e la sua compatibilità con l'art.39 cost. è stata più volte ammessa dalla Corte costituzionale che, seguendo diversi percorsi argomentativi, ha sempre assecondato la volontà del legislatore, intenzionato ad instaurare tra legge e contrattazione collettiva un modello di raccordo alternativo a quello prefigurato dalla costituzione. Anche se si deve avvertire che tale modello alternativo deve essere saldamente ancorato al fondamentale principio della libertà e del pluralismo sindacale sancito nel c.1 dell'art. 390.

Non possono perciò essere accolte le obiezioni avanzate, con argomentazioni invero sottili, contro la legittimità dell'art.8. nella parte in cui dispone l'efficacia, per tutti i lavoratori interessati, dei contratti collettivi di prossimità. In particolare non convince l'opinione³ che, muovendo da una interpretazione antiletterale della norma costituzionale (dalla quale viene cancellato, nella sostanza, il riferimento testuale alla *categoria*), vorrebbe equiparare i contratti aziendali ai contratti di categoria, al solo scopo di estendere ai primi l'effetto impeditivo della *erga omnes*. Una simile interpretazione non può essere accolta perché in contrasto, oltre che con la lettera, con la genesi storica e la *ratio* dell'art.39. Nel modello costituzionale tutto si tiene: anche se la categoria non è più quella eteronoma - determinata dall'autorità, come nell'ordinamento corporativo - ma la sua formazione (o aggregazione) è libera e quindi determinata dall'autonomia collettiva, il contratto collettivo di categoria conserva la sua tipicità non solo sociale ma anche giuridica, come strumento di unificazione del trattamento dei lavoratori occupati nelle diverse aziende ed unità produttive. L'estensione *erga omnes* è una esigenza necessaria alla funzione del contratto collettivo di categoria (o nazionale) ma, per le stesse ragioni, rimane estranea al contratto aziendale (rispetto al quale il fattore unificante è dato dalla dipendenza da una stessa azienda o datore di lavoro).

L'esclusione del contratto aziendale dalla previsione costituzionale è confermata non solo dai lavori preparatori dell'art.39 ma ancor più dalla lettura della norma nel suo insieme: ed invero all'obiettivo dell'*erga omnes* sono funzionali i diversi elementi presenti nella norma. Sia la registrazione dei sindacati (ed il loro ordinamento interno democratico) sia la loro rappresentanza unitaria, sono previsti sul presupposto che la stipulazione del contratto collettivo sia espressione del potere di rappresentanza legale della categoria professionale che la norma costituzionale attribuisce direttamente al collegio formato dai sindacati registrati.

Piuttosto l'art.8 desta perplessità dal punto di vista della compressione dell'autonomia collettiva e quindi della libertà sindacale nel suo aspetto più geloso: la garanzia dell'ordinamento intersindacale - e perciò della distribuzione delle com-

³ Nel senso criticato, tra gli altri, si v. V. Leccese *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e legittimità costituzionale* in *D.L.R. I.* 2012 p. 479 ss.

petenze all'interno del sistema contrattuale – stabilita nella prima parte dell' art.39. Avere attribuito una efficacia non solo generale ma altresì derogatoria soltanto ai contratti di secondo livello - aziendali e territoriali - costituisce indubbiamente una invasione della organizzazione sindacale e in particolare dei rapporti interni al sistema contrattuale fondato liberamente dalle parti su due livelli di contrattazione coordinati tra loro ma governati dal contratto nazionale (da ultimo la superiorità del livello nazionale è stata confermata dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, richiamato dallo stesso art.8 nel c.1 allo scopo di individuare, per altro non in via esclusiva, le rappresentanze sindacali aziendali abilitate alla contrattazione di prossimità). L'art.8 capovolge la gerarchia dei livelli di contrattazione assegnando al secondo livello una efficacia derogatoria - e quindi prevalente – sul primo livello; e - di più - sembra configurare una riserva di competenza, dai contorni molto ampi, in favore del contratto di livello inferiore e a svantaggio non solo del contratto nazionale ma anche della legge. Sembra infatti che il contratto nazionale, in presenza di una norma derogatrice a livello inferiore, non possa disporre in senso difforme per cancellare la deroga o modificarla e così riappropriarsi della materia; e nemmeno possa richiamare o rinviare alla legge come fonte di disciplina della materia, dato che anche la legge è derogabile dal contratto di prossimità.

L'esito finale di questa *sovrapposizione*⁴ della (norma di) legge - come è l'art.8 - sul sistema autoregolato dagli accordi interconfederali vigenti nel settore industriale (e in genere, dalle fonti dell'ordinamento intersindacale) è, se non la destrutturazione, la deformazione della struttura del sistema creato dalla contrattazione collettiva: questo è spinto dal legislatore nella direzione di un decentramento disorganizzato, reso incapace di assicurare le tutele specifiche necessarie ai lavoratori. Si è detto⁵ che tale esito può essere evitato non solo dal *self-restraint* degli attori collettivi (ciò è avvenuto con l'apposita Postilla all'accordo interconfederale 28 giugno 2011 aggiunta dalle parti in data 21 settembre 2011) ma anche accompagnando l'esercizio del potere derogatorio *in pejus* con benefici compensativi *in melius*; e che, in ogni caso, la capacità derogatoria del contratto di prossimità va incontro ai limiti materiali e finalistici previsti dallo stesso art.8 e dunque, alla fine, al controllo giudiziale sulla validità dei contratti collettivi aziendali o territoriali.

Ma queste notazioni, anche se hanno un fondo di verità, non colgono il punto essenziale. In questione è la violazione dell'autonomia collettiva e, a monte, il contrasto con la libertà di organizzazione sindacale, che incide non sull'esercizio del potere derogatorio ma -in sé- sull'attribuzione di tale potere (e, in specie, colpisce il suo conferimento soltanto ai contratti di livello inferiore).

3. In conclusione la criticità dell'art.8 non è tanto nella efficacia *erga omnes* quanto nella efficacia derogatoria conferita ai contratti di prossimità. A causa del suo impatto

⁴ Così V. Leccese *op. cit.* p. 493 ss.

⁵ Ad esempio cfr. M. Magnani *Diritto sindacale* Giappichelli, Torino 2013, p. 144-146.

invasivo del sistema contrattuale la norma entra in contrasto con l'art.39 nella prima parte, posta a garanzia dell'autonomia collettiva come ordinamento, mentre può coesistere con la seconda parte, nella quale è previsto un modello di legge sindacale. E' il modello della organizzazione dei sindacati registrati predisposto dai costituenti per fungere da apparato per la produzione di norme collettive (aventi cioè natura contrattuale e però dotate di efficacia obbligatoria generale). L'art.39 seconda parte è una norma sulla produzione⁶ - e cioè strumentale alla produzione delle norme finali (nel nostro caso i contratti collettivi) per la disciplina dei rapporti di lavoro – finalizzata alla stipulazione dei contratti collettivi-fonte, dotati di una forza imperativa propria perché derivante dall'esercizio della funzione normativa attribuita – dallo stesso art.39 - ai sindacati registrati. Come norma sulla produzione la seconda parte dell'art. 39 ha efficacia differita nel tempo (in quanto condizionata all'attuazione del modello costituzionale)⁷, mentre nell'immediato si limita ad impedire alla legge ordinaria l'attribuzione ai sindacati di un potere assimilabile al potere normativo riconosciuto ai sindacati registrati.

Nell'art.8, invece, l'efficacia generale e derogatoria riconosciuta ai contratti di prossimità non è una qualità propria del contratto collettivo – che resta atto negoziale, di autonomia privata – ma è disposta dalla legge sul presupposto della esistenza (e della efficacia obbligatoria *inter partes*) del contratto, attraverso un meccanismo (di produzione normativa) non troppo distante da quello a suo tempo (nel 1959) utilizzato dal legislatore allo scopo di conferire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi (in quel caso ai contratti di categoria ed attraverso i decreti legislativi emanati nell'esercizio della delega conferita al governo dalla l. 14 luglio 1959 n.741). In virtù di tale meccanismo, tipico della c. d. legislazione di rinvio, l'art.8 non attribuisce alcuna funzione normativa ai sindacati stipulanti ma dispone, in presenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla norma stessa, il conferimento della efficacia normativa al contratto collettivo stipulato a *livello di prossimità, dai sindacati comparativamente più rappresentativi e/o dalle loro rappresentanze* in azienda. Ma vi è una importante novità: l'utilizzazione del criterio maggioritario come strumento per l'accertamento della rappresentatività effettiva dei sindacati dei lavoratori. Ed infatti l'attribuzione della speciale efficacia (o forza normativa) è subordinata all'osservanza - agli effetti della sottoscrizione dei contratti di prossimità - della regola maggioritaria riferita per altro non al numero dei lavoratori interessati ma al numero delle rappresentanze aziendali

⁶ Sia consentito il richiamo a E. Ghera *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per la estensione dei contratti collettivi Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 1963 p. 1177 ss. ivi p. 1182-1183. Per la distinzione tra norme sulla produzione e norme di produzione rimando a C. Mortati *Istituzioni di diritto pubblico* Cedam, Padova 1960, p.28-30. La natura organizzatoria e quindi strumentale della norma dell'art. 39 c.2-4 cost. è stata da tempo avvertita dalla dottrina costituzionalistica: cfr. M. Mazzotti *Il diritto al lavoro* Giuffrè, Milano 1956 p.235 ss. Aggiunge G. Pera *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano* Feltrinelli, Milano, 1960 p. 108 ss. che i contratti collettivi previsti dall'art.39 cost. sono compresi nella gerarchia delle fonti di diritto positivo.

⁷ G. Giugni *sub Art. 39 in Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca Zanichelli-Il Foro Itaiano Bologna-Roma 1979, p. 268 ss.

(nell'ipotesi che a sottoscrivere sia la RSU conterà il numero dei componenti).

L'adozione del criterio maggioritario, la cui concreta applicazione è rimessa alla libera determinazione dei sindacati stipulanti, costituisce un vincolo per l'autonomia collettiva. Tale vincolo è in sintonia con le soluzioni accolte, in tema di rappresentanza, dagli accordi interconfederali sul riordino del sistema contrattuale sottoscritti nell'ultimo biennio⁸, le cui previsioni sembrano ormai trovare sostegno proprio nell'art.8; e, in ogni caso, non sembra sollevare problemi di compatibilità con l'art. 39 prima parte: la sua previsione rispecchia l'esigenza, avvertita dal legislatore, di misurare la rappresentatività non solo effettiva ma altresì maggioritaria dei sindacati abilitati ad esercitare il loro potere negoziale attraverso la stipulazione dei contratti di prossimità. Ed in effetti la rappresentatività effettiva e maggioritaria è richiesta dalla forza normativa superiore anche nei confronti delle disposizioni di legge, per cui i contratti di prossimità possono incidere in senso peggiorativo sui trattamenti dei lavoratori interessati.

In conclusione la seconda parte dell'art.39, nonostante il *dictum* pronunciato dalla Corte nella sentenza n.103/1962, va intesa non come ostacolo alla estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune, ma come divieto della (o impedimento alla) creazione di una categoria di contratti con efficacia generale (o contratti collettivi-fonte) alternativa a quella prefigurata dalla costituzione.

L'interpretazione qui prospettata dell'art.39 parte seconda – già proposta in sede di commento alla sentenza n.103/1962 – trova conferma, anzitutto nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale (come si è visto favorevole alla estensione *erga omnes*); ma ancora più importante è lo sviluppo e la continuità, nella legislazione di sostegno, del ricorso ai contratti collettivi come fonte di integrazione, anche derogatoria, della legge. Il dato storico conferma l'allontanamento dalla norma costituzionale ma anche la causa di tale allontanamento: la volontà delle forze politiche e degli stessi sindacati di rinunciare alla legge sindacale prevista dall'art. 39 come strumento necessario per la sua attuazione. La conseguenza di tale rinuncia è stata l'espansione della prima parte della norma costituzionale in luogo della seconda come strumento – e come principio - regolatore delle relazioni sindacali.

Resta da vedere cosa fare della seconda parte. I possibili percorsi sono almeno tre: l'abrogazione pura e semplice dei commi 2, 3 e 4; l'abrogazione e la sostituzione degli stessi commi - sulla falsariga della proposta avanzata nel 1985 dalla Commissione Bozzi – con una norma che faccia rinvio alla legge ordinaria

⁸ Oltre l'A. I. 28 giugno 2011, testualmente richiamato nell'art.8, sono da considerare l'A. I. 21 novembre 2012 (c.d. accordo sulla produttività) e il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (c. d. accordo su rappresentanza e rappresentatività). La disciplina concordata in sede interconfederale è destinata ad essere completata dai contratti nazionali. In detta disciplina la regola maggioritaria è prevista come necessaria per la sottoscrizione dei contratti collettivi sia di primo che di secondo livello ai quali è riconosciuta dalle parti una efficacia obbligatoria generalizzata a tutti i lavoratori interessati.

per la disciplina della rappresentanza sindacale ed il conferimento della efficacia generale ed inderogabile alla contrattazione collettiva; la conservazione della norma attuale, malgrado la sua sostanziale desuetudine. Dico subito che il primo e il terzo dei percorsi ipotizzati, benché espressione entrambi di una linea di politica del diritto contraria all'intervento del legislatore nelle relazioni industriali, hanno esiti differenti: l'abrogazione semplice della seconda parte dell'art. 39, mettendo fine all'attuale effetto impeditivo, avrebbe il vantaggio di aprire la porta ad ogni tipo di legge *erga omnes*; ma avrebbe anche un segno (ed un costo) politico neoliberalista, di esplicita rinuncia a garantire in costituzione l'attuale legislazione di sostegno del sindacato e i suoi possibili sviluppi. Conservare, benché non attuata, la seconda parte avrebbe invece una valenza opposta: di apertura alla possibilità di dare attuazione, se non al modello costituzionale (chiaramente irrecuperabile, a mio avviso), ai principi che possono ricavarsi da una lettura culturalmente (e politicamente) attualizzata del disposto costituzionale.

Viene in evidenza così il secondo percorso: la riscrittura della seconda parte della norma costituzionale. Si può pensare ad una norma "leggera", di rinvio alla legge ordinaria per la fissazione dei requisiti necessari alla stipulazione dei contratti collettivi e per il riconoscimento, a determinate condizioni, della efficacia generale. Il problema sarebbe così rimesso nelle mani del legislatore preferibilmente con la raccomandazione di non interferire con le scelte auto regolatrici della contrattazione⁹.

Entra qui in gioco la rivisitazione dell'art.39 proposta nel 1998 - interrompendo il silenzio della dottrina intorno alla inattuazione del modello costituzionale - dal compianto **M. D'Antona**. Oltre a confermare che la seconda parte della norma impedisce al legislatore di conferire ai sindacati non registrati lo stesso potere normativo - e a monte, il monopolio della rappresentanza legale della categoria - ma non la possibilità di attribuire ai contratti di diritto comune una efficacia superiore, per estensione e forza imperativa, a quella privatistica, viene individuato un nucleo *anelastico* di principi di organizzazione (e di garanzia) del pluralismo sindacale¹⁰, ritenuti separabili (ma questo è il punto critico della tesi) dal modello costituzionale e dalla sua attuazione. La presenza di tali principi - associativo, democratico, proporzionalistico, consensualistico (quest'ultimo relativo alla individuazione della categoria o gruppo professionale) - si manifesta nei diversi momenti, nessuno escluso, dell'organizzazione e dell'attività sindacale sino alla stipulazione dei contratti collettivi e conferisce alla norma costituzionale una valenza non più soltanto impeditiva ma altresì *direttiva* e cioè vincolante per il legislatore e la stessa autonomia collettiva in ogni ipotesi in cui si tratti della

⁹ In una simile prospettiva anche le conclusioni del brillante intervento di **M. Rusciano** *Lettura e rilettura dell'art.39 della Costituzione*, in *Dir. Lav. Merc.* 2013, p.263 ss. e *ivi* p.279 ss

¹⁰ **M.D'Antona** *Il quarto comma dell'art.39 della Costituzione, oggi* in *D. l. R. I.* 1998 p. 665 ss. (e in id. *Opere, II Scritti di diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 2000, II p. 399ss. (da cui si cita).

regolazione dei rapporti non solo tra i sindacati ma anche tra il sindacato e la sua base (i singoli lavoratori, iscritti o altrimenti rappresentati).

Senza entrare in una valutazione critica di questa rilettura – fortemente manipolativa della norma costituzionale - occorre (in sintonia del resto con l'intenzione del suo autore) considerare la sua valenza di politica del diritto, progettuale di una riscrittura della seconda parte. Essa è chiaramente mirata a garantire *l'uguale diritto di tutti i sindacati riconosciuti di partecipare alla contrattazione* con efficacia *erga omnes*, contando in base al loro seguito effettivo e dunque secondo la regola maggioritaria¹¹. Vi è dunque una netta sconfessione del criterio della maggiore rappresentatività presunta dominante nella nostra legislazione di sostegno (con l'eccezione virtuosa delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni) ed una altrettanto netta propensione per un meccanismo di produzione normativa basato sul principio proporzionalistico-maggioritario. E' questo, d'altronde, l'orientamento preferito anche oggi dalla dottrina ed accolto dall'ordinamento intersindacale, con gli accordi interconfederali dell'ultimo biennio. In questa prospettiva, nonostante la forzatura nei rapporti interni al sistema contrattuale, si colloca anche l'art.8 con il quale il legislatore ha inteso approntare una norma di sostegno alla contrattazione collettiva.

¹¹ M. D'Antona *op.cit.* p. 429: e, da ultimo, M. Rusciano *op. cit.*

LA LIBERTAD SINDICAL Y LAS INICIATIVAS VOLUNTARIAS; EL CASO DE JERZEES DE HONDURAS

Adrián Goldin
Profesor Emérito
Universidad de San Andrés
Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Este documento se refiere a un caso de violación de los derechos de libertad sindical en una empresa radicada en la República de Honduras que ha tenido, a juicio del autor, *proyecciones inusuales y un modo de terminación que carece de precedentes en ese país y en su región*. La empresa involucrada está adscrita a una iniciativa voluntaria de protección del trabajo; en este caso, a un código de conducta.

Tras la narración de las diversas circunstancias del caso – sus hechos, los controles y evaluaciones a los que la empresa es sometida, las reacciones de las instituciones de la sociedad civil, el modo de terminación del conflicto - se extraen del mismo algunas inferencias o conclusiones para las que no se pretende una dimensión más concluyente que la que es propia de las hipótesis que requieren investigación adicional.

1. EL CASO; ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES

Los antecedentes

Jerzees de Honduras (en lo sucesivo, JDH) era una planta de armado de indumentaria – maquila – ubicada en una zona de libre comercio situada en Indhelva, Choloma (Departamento de Cortés) que ocupaba unos 1800 trabajadores. Se dedicaba principalmente a la fabricación de indumentaria para numerosas universidades norteamericanas. Pertenecía a Russell Corporation, una compañía americana con base en Atlanta, Georgia, subsidiaria a su vez de Fruit of the Loom y parte de la empresa Warren Buffett’s Berkshire Hathaway. JDH era una de las más de 250 maquilas radicadas en Honduras, entre las que alrededor del 60% se dedican a la rama textil; algo más del 40% de los capitales invertidos en la maquila procede de los Estados Unidos.

Russell Corporation está afiliada a la Fair Labor Association (en adelante, FLA), que es una de las entidades consagradas a la institución y control de programas de Responsabilidad Social Empresaria en la industria de la indumentaria. La FLA fue formada en 1999 por empresas, ONGs y universidades, y cuenta en su órgano de dirección con seis representantes de cada uno de esos sectores. La presencia de las universidades en la FLA se vincula con el activismo de los estudiantes contra las condiciones de explotación en las maquilas y, además, con el interés de las propias universidades de asegurar que los productos que las identifican no violen los “standards” internacionales. Los sindicatos del sector, inicialmente convocados a formar parte del proyecto de FLA, se apartaron de ella en la misma etapa de su formación, en razón de la resistencia de las empresas a modificar normas o prácticas que los sindicatos consideraban restrictivas de la libertad sindical.

En el caso del que me ocupó en esta oportunidad intervino además la Workers Rights Consortium (WRC) una entidad también dedicada a monitorear el cumplimiento de las normas laborales, fundada con el apoyo de los sindicatos, las universidades y entidades estudiantiles como la United Students Against Sweatshops (UWAS). El órgano de gobierno de la WRC está integrado por cinco representantes de las universidades, cinco de la UWAS y otros cinco elegidos por el Consejo Asesor compuesto por expertos norteamericanos e internacionales en derechos laborales. La WRC se ha ocupado particularmente de las empresas dedicadas a la fabricación de indumentaria universitaria

Hacia 2007 se inicia el proceso de formación de sindicatos en dos de las plantas del grupo Russell – Jerzees de Honduras y Jerzees Choloma – circunstancia ante la cual la empresa incurre en una serie de actos antisindicales, tales como el despido de fundadores, la instauración de acciones disciplinarios no legales en

contra de trabajadores sindicalizados, etc.¹². Durante el transcurso de ese proceso conflictivo se produce el despido de 145 trabajadores que los sindicatos atribuyeron a motivaciones antisindicales, aunque la empresa alegaría entonces que esas medidas habían sido determinadas por razones económicas. Interviene la FLA – recuérdese que el grupo Russell era uno de sus afiliados – que comisiona a una empresa norteamericana de monitoreo de nombre ALGI Global Compliance Solutions, para que lleve a cabo una investigación en la empresa. ALGI corrobora el carácter antisindical de esas medidas y, como consecuencia de todo ello, varias universidades amenazan interrumpir sus relaciones comerciales con la empresa¹³. La empresa acepta entonces involucrarse en un plan de “remediación” (la introducción de medidas correctivas) propuesto por FLA y WRC que se materializa en la reincorporación de los trabajadores despedidos y el reconocimiento de los sindicatos en ambas plantas¹⁴.

El caso

Jerzees Choloma cierra en abril de 2008 y a pedido de WRC, la compañía transfiere todos sus trabajadores a Jerzees de Honduras, planta en la que se acababa de reconocer al ya evocado sindicato de la empresa (SITRAJERZEESH), que presentaría el 26 de junio de 2008 un proyecto de convenio colectivo de 48 artículos, al tiempo que requería la iniciación del proceso de negociación. A la sazón, sin embargo, WRC recibía aún denuncias acerca de que la hostilidad contra los trabajadores sindicalizados subsistía.

Algo más de tres meses después, y tras nueve sesiones de negociación, la mitad de los artículos propuestos habían sido acordados; sin embargo, ninguno de ellos tenía significación económica. A modo de incremento salarial, la empresa había ofrecido un alza de un total de 16 centavos de aumento por día de trabajo que se acordarían gradualmente en un período de tres años, oferta que el sindicato había considerado extremadamente insatisfactoria y que, en consecuencia, había rechazado.

El 3 de Octubre de 2008 se produce un *impasse* en la negociación. En esas circunstancias, en los términos de la legislación hondureña ambas partes habían quedado habilitadas para requerir al Ministerio de Trabajo la designación de un

¹² Vale aclarar en esta instancia que en la maquila hondureña los sindicatos no parecen ser bienvenidos: sólo a modo de ejemplo, cabe señalar que en el año 2001, la CGT, federación a la que se asociaría más tarde el sindicato formado en 2007 en JDH, tenía por entonces 14 sindicatos afiliados en el sector. Al tiempo de los hechos de los que aquí se da cuenta, quedaban apenas unos 5, que procuraban mantener un perfil bajo para evitar su destrucción. Los informes de la WRC sobre esos hechos están disponibles en http://www.workersrights.org/Freports/Jerzees_Choloma_Report_Spanish_10-03-07.pdf y en http://www.workersrights.org/Freports/WRC_Memo_re_Jerzees%20de%20Honduras_10-22-07.pdf

¹³ Tras la intervención de ALGI, la FLA da a conocer la manifestación que puede leerse en http://portal.fairlabor.org/fla/_pub/SyncImg/jerzees_de_choloma_statement_10_12_07.pdf

¹⁴ Sobre la ejecución de las medidas correctivas, da cuenta FLA en su declaración del 20 al 22 de febrero de 2008, que puede leerse en [http://portal.fairlabor.org/fla/_pub/SyncImg/jerzees_\(de_choloma_and_honduras\)_ind_verif_r.pdf](http://portal.fairlabor.org/fla/_pub/SyncImg/jerzees_(de_choloma_and_honduras)_ind_verif_r.pdf)

mediador para dirigir negociaciones adicionales; a falta de acuerdo en el proceso de mediación, el Ministerio podría urgir a las partes a iniciar un proceso de conciliación que, en caso de resultar infructuoso, habilitaría a los trabajadores a declarar la huelga, quedando desde entonces la empresa inhibida para proceder al reemplazo de los huelguistas.

Así la cosas, pocos días después - el 8 de octubre - Russell anuncia su decisión de cerrar la empresa JDH, fundamentando su decisión en la contracción de la demanda de sus productos debido a la crisis global. Esa medida, así lo hacía saber, se instrumentaría mediante un plan de reducción gradual de la plantilla que concluiría en Mayo de 2009. La empresa anunció al mismo tiempo que se pagaría a los despedidos sus compensaciones legales por antigüedad, el aguinaldo, el 13avo y 14avo meses de sueldo, las vacaciones, licencias por maternidad si correspondieran, etc. Prometía además asistir a los trabajadores despedidos en la búsqueda de empleo en otros establecimientos.

Desde un primer momento el sindicato denunció que el cierre constituía una maniobra antisindical; sostuvo que, como solía suceder en el sector, la empresa no estaba dispuesta a continuar su giro con un sindicato en su interior, ni a concertar un convenio colectivo. La WRC habría de decir por entonces que antes aún del anuncio del cierre se había registrado recurrente actividad antisindical por parte de la empresa, lo que llevaba a esa entidad a afirmar que la decisión, cuanto menos en una parte significativa, obedecía al propósito de obstaculizar el ejercicio de los derechos sindicales.

El proceso se aceleró y Russell cerró totalmente la planta el 31 de enero de 2009; en un informe emitido el 16 de febrero, la empresa afirmaría que el motivo del cierre era exclusivamente de orden económico y nada tenía que ver en esa decisión la presencia del sindicato.

2. EVALUACIÓN DE LAS MOTIVACIONES DEL CIERRE

Los informes del Cahn Group y de ALGI

Como el grupo Russell se encontraba afiliado a la FLA y se multiplicaban las denuncias relativas al presunto carácter antisindical de la decisión, la Fair Labor Association tomó a su cargo la investigación del caso.

Como primera acción en ese sentido, FLA contrató al Cahn Group, cuyos agentes se trasladaron a la sede de Fruit of the Loom en Kentucky para evaluar las razones del cierre. A juicio del Cahn Group, sustentado sobre la documentación que allí examinara, el cierre obedecía a la declinación de la demanda de los productos que producía Jerzees; sostuvo que era razonable que la empresa hubiera cerrado una de las fábricas en lugar de reducir su fuerza de trabajo en uno o más de sus establecimientos. Dejó constancia, además, de no haber encontrado allí do-

cumentación escrita que demostrara que el cierre tuviera alguna vinculación con la presencia del sindicato, aunque puntualizó que la cuestión, compleja de por sí, demandaba investigación adicional que debería llevarse a cabo en Honduras¹⁵.

Para satisfacer ese requerimiento, FLA recurrió nuevamente a ALGI, empresa que destacó sus monitores para realizar una investigación adicional en la planta de JDH. Los monitores designados evaluaron las operaciones de la empresa en Honduras, visitaron otras dos plantas de propiedad de Russell (Jerzees Buena Vista y Tela), y consideraron acreditada la caída en la demanda de los productos fabricados en JDH en un 7 % ; esa caída, junto con la pérdida financiera experimentada en el proceso de reestructuración de la operación del grupo fue, a juicio de ALGI, la causa de la crisis, coincidiendo con el Cahn Group en la pertinencia de la decisión de liquidar JDH y no otra de las plantas del grupo Russell.

Paralelamente, los monitores, tras entrevistar a un número significativo de trabajadores y cuadros medios y examinar expedientes labrados por el Ministerio de Trabajo y otras constancias documentales, concluyó que no existía evidencia tangible (*tangible evidence; tangible records*) que demostraran “sin una sombra de duda” (*beyond a shadow of doubt*) que el cierre hubiera obedecido a propósitos antisindicales. Para arribar a esa conclusión sostuvieron que la carga de la prueba del carácter antisindical de la conducta empresaria recaía en cabeza del sindicato y de los trabajadores de la empresa¹⁶.

El informe del autor, ultimo evaluador interviniente

Esas conclusiones suscitaron una gran disconformidad en la CGT (la federación de la cual el sindicato formaba parte) y en otras entidades comprometidas con la defensa de los derechos laborales; entre ellas, el American Center for International Labor Solidarity, e incluso la Maquila Solidarity Network, integrante de la propia Fair Labor Association, que cuestionaron los procedimientos y las conclusiones de aquel informe.

En este estado, FLA recurrió al autor de estas notas que se trasladara a Honduras y evaluara el acierto y la validez de la metodología utilizada por ALGI, escuchara a los protagonistas de los episodios que concluyeran con el cierre de la empresa y, en lo sustancial, se pronunciara sobre las denuncias relativas al hipotético carácter antisindical del cierre.

Quien esto escribe, en adelante *el consultor*, estuvo en Honduras desde el martes 13 de Enero hasta el domingo 18. Entrevistó a 48 operarios que se habían desempeñado en JDH, en su mayoría sindicalizados, a un supervisor, a la coordina-

¹⁵ El informe de “The Cahn Group” está disponible en http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/jdh_hq_investigation_01.28.09.pdf

¹⁶ El informe de ALGI puede leerse en www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/jdh_algi_01.28.09.pdf

dora de la CGT y a nueve dirigentes del sindicato, además de a dos negociadores del Convenio que no integraban la dirigencia del sindicato. Visitó la empresa, se entrevistó con sus directivos, y se constituyó en la Secretaría de Estado de Trabajo, donde mantuvo entrevistas con la Directora Regional y funcionarios de la Inspección del Trabajo, tras todo lo cual elaboró y presentó su informe¹⁷.

Este consultor encontró serias deficiencias metodológicas en el informe de ALGI, tales como la nula o muy escasa ponderación de la prueba testimonial y la búsqueda de “constancias tangibles” (“*tangible records or evidence*”) - corroboración documental - para reconocer la verosimilitud de los hechos relatados por los testigos. Esa exigencia implicaba una virtual denegación de la aptitud probatoria de la prueba testimonial¹⁸. Concluyó el consultor que al desestimar esos elementos probatorios se tendía más bien a establecer una verdad meramente *formal*, desoyendo el criterio unánime de la literatura científica acerca del objeto central en materia laboral, que es el de la búsqueda de la verdad *material*.

Ese criterio conllevaba además una distribución de las cargas probatorias que se encontraba en manifiesta contradicción con las propias FLA Compliance Benchmarks, y en particular con la relativa a FoA (Libertad Sindical) No. 8.2 que textualmente expresa que “...*si una fábrica está cerrando y está bajo sospecha de hacerlo para evitar o dificultar el legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical, el empleador debe producir prueba que pueda ser evaluada por un tercero para establecer la validez de las razones dadas para el cierre*”¹⁹. Distribución aquella de las cargas probatorias que se mostraba particularmente inadecuada en un contexto en el que convergían una serie de indicios que de suyo aconsejaban proceder precisamente del modo inverso (los actos antisindicales anteriores, las

¹⁷ Mi informe en español puede leerse en http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/jdh_hq_spa_01.28.09.pdf

¹⁸ Como se señala en mi informe, la prueba testimonial es una prueba decisiva en la dilucidación de las cuestiones vinculadas con las relaciones del trabajo en general y, muy particularmente, con las investigaciones relativas a la existencia de violaciones en materia de libertad sindical. Tal es el modo en que se le considera en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (organización de innegable liderazgo en la custodia de los derechos de libertad sindical), donde los órganos que tienen a su cargo las investigaciones en esa materia recurren sin reservas a esa fuente probatoria. Es, en efecto, el caso de la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical, creada en 1950, cuyo “...procedimiento ... es determinado caso por caso por la propia comisión, incluyendo en general *la audición de testigos* y la visita al país interesado...” (de “La Libertad Sindical; Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical...” 5ta. Ed. Revisada, OIT/Ginebra, pág. 2), y de las *comisiones de encuesta*, previstas en los artículos 27 y 28 de la Constitución de la organización internacional, que “...respetan las garantías procesales clásicas, incluidas *la audición de testigos* y en general la visita al país interesado” (Derecho Sindical de la OIT, Normas y procedimientos, OIT/Ginebra 1995, pág. 143). En el caso del Comité de Libertad Sindical, la necesidad de incorporar elementos probatorios suele derivar en las denominadas “misiones de contactos directos”, que desarrollan su tarea escuchando a las partes y *a todo aquel que pueda brindar información relevante* (el autor ha llevado a cabo numerosas misiones de ese tipo).

¹⁹ El código de conducta completo de la FLA puede examinarse en http://www.fairlabor.org/sites/default/files/fla_complete_code_and_benchmarks.pdf

circunstancias del cierre en oportunidad del proceso de negociación colectiva, el general entendimiento en el sentido de que en Honduras, las empresas del sector privado prefieren cerrar antes que operar un establecimiento sindicalizado).

El consultor señaló además que en la recolección de las declaraciones testimoniales los investigadores no habían observado debidamente los principios de la FLA Monitoring Guidelines²⁰ concernientes a la confidencialidad y seguridad de los trabajadores, concitando de ese modo molestias y desconfianza en las personas que prestaran declaración. Muchas de las entrevistas fueron tomadas en la propia empresa y en forma grupal, lo que pudo resultar intimidatorio para las personas consultadas que razonablemente pudieron temer que sus manifestaciones fueran reveladas a su empleador – incluso por alguno de sus propios compañeros de trabajo - y ello diera lugar a represalias en su contra. En el mismo sentido se percibieron las observaciones críticas de los investigadores sobre la supuesta impertinencia de las pretensiones contenidas en el pliego sindical, observaciones que sugerían una toma de partido de los monitores en contra de las pretensiones del sindicato.

Tras constatar y enunciar numerosos actos antisindicales de parte de la empresa resultante de elementos probatorios recogidos durante su misión, este consultor descalificó el informe de ALGI por entender que el mismo adolecía de deficiencias y carencias metodológicas que privaban a sus conclusiones de rigor suficiente, que no estaban basadas en prueba adecuadamente producida y que carecían de aptitud de persuasión. Por añadidura, la evaluación de las pruebas que este consultor había recogido durante su visita a Honduras *ponían a su juicio en evidencia que en el caso que era objeto de su investigación, el cierre de la empresa había sido determinado, cuanto menos en una medida significativa, por el hecho de la existencia y de la acción del sindicato*, agregando que aún cuando se consideraran acreditadas en alguna medida razones económicas o de mercado de las que se invocaran para justificar una decisión de disminución o cierre de operaciones de JHD, *no parecían en cualquier caso suficientes para enervar las pruebas, indicios y presunciones de que ese cierre obedecía también a la existencia del sindicato y a la acción desplegada por el mismo.*

Con los tres informes a la vista, FLA eligió en un primer momento pronunciarse en el sentido de que en el cierre de JDH habían prevalecido los factores económicos señalados por el Cahn Group y por ALGI, desestimando de ese modo las conclusiones de este consultor en el sentido de que ese cierre había estado motivado por un propósito antisindical²¹.

²⁰ Véase http://www.fairlabor.org/sites/default/files/monitoring_guidance_and_compliance_benchmarks_0.pdf

²¹ En http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/fla_report_jdh_01.28.09.pdf. En un reciente estudio en que se hace particular referencia al caso “JDH”, Mark Anner vincula la posición asumida por FLA en esta instancia con la composición de su órgano de dirección; en particular, con la ausencia en ella de los sindicatos del sector. El artículo de Anner puede leerse en http://lser.la.psu.edu/documents/Anner_AuditingFoA_PGWRWorkingPaper001.pdf

3. LAS REACCIONES Y SUS CONSECUENCIAS

Esa decisión de FLA generó un gran rechazo por parte de los sindicatos, de diversas ONGs y hasta de miembros de su propio órgano de conducción que representaban a las universidades y a entidades de la sociedad civil. Como consecuencia de esas reacciones, en una resolución ulterior de fecha 12 de febrero de 2009, la Fair Labor Association revisa su decisión anterior, se declara particularmente preocupada por el informe de este consultor y sus constataciones en el sentido de que se habrían producido reiteradas violaciones al principio de la libertad sindical y pone “a revisión” la conducta de Russell, requiriéndole medidas correctivas (de “remediación”) adicionales²².

Si bien el grupo Russell emitió por entonces un comunicado dirigido a las universidades expresando su deseo de llevar a cabo acciones correctivas, no se hacía cargo allí en concreto de las recomendaciones contenidas en la recordada resolución del órgano de dirección de la FLA, de las que emitiera WRC, ni de las demandas de la CGT. Por ello, algún tiempo después - el 25 de Junio de 2009 – la FLA colocó a Russell, en situación de *revisión especial (Special Review) por 90 días* requiriendo a la empresa que realizara acciones específicas para atender las denuncias de violaciones a la libertad sindical relacionadas con el cierre de JDH²³.

Mientras en el ámbito de la FLA las presiones sobre el grupo Russell se hacían de ese modo más intensas, estudiantes, activistas e instituciones de defensa de los derechos de los trabajadores, como la Ethical Trading Action Group, la United Students Against Sweatshops y la MSN incrementaban sus acciones tendientes a debilitar su resistencia a los reclamos; de tal modo, se instaba a estudiantes y

²² Véase http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/fla_resolution_02.13.09.pdf. Se dice textualmente en este documento: “We are particularly troubled by the report of Adrián Goldin, a well-known international labor expert who visited Honduras in January 2009 at the request of the FLA. His report included allegations that: managers at the factory warned workers that the factory would close because of their union activity; managers encouraged the efforts of trusted employees to gather signatures against the union during work hours; mid-level supervisors discriminated against pro-union workers in making job assignments and in determining severance pay and other benefits to terminated employees; and this pattern of discrimination extended to efforts to place dismissed workers in other factories after a large round of dismissals took place in November and December 2008”

²³ Era la segunda vez en la historia de la FLA que una compañía afiliada había sido colocada en Revisión Especial, bajo el apercibimiento de que si Russell no completaba las exigencias de remediación en los 90 días siguientes, su afiliación a la FLA podría ser revocada. Se requería allí que para superar esa revisión especial Russell debía, entre otras cosas, comprometerse en negociaciones de buena fe con la CGT con vistas a satisfacer ulteriores compensaciones y beneficios para todos los trabajadores de JDH, una política efectiva de contrataciones, así como la facilitación del contacto de los organizadores del sindicato con los empleados. La compañía debería además negociar medidas con la CGT para asegurar la remoción de todos los obstáculos a la libertad sindical incluyendo los que plantearan los llamados “pactos colectivos”, sin privar a los trabajadores de los beneficios existentes. En el link siguiente puede leerse el comentario emitido por Maquila Solidarity Network, miembro del órgano de conducción de la FLA, acerca de esa puesta en “revisión especial”: <http://en.maquilasolidarity.org/node/886>.

otros miembros de las universidades que compraban o licenciaban productos fabricados por aquella, a urgir a sus respectivas instituciones para que advirtieran a la empresa que los contratos y licencias se darían por terminados en el caso de que ésta no atendiera adecuadamente las demandas de la CGT y las recomendaciones de acciones correctivas impuestas por FLA y WRC.

En virtud de esos reclamos, numerosas universidades interrumpieron sus acuerdos con Russell. Entre las primeras, Columbia, Cornell, Duke, Georgetown, Purdue, Rutgers; finalmente, un total de más de 100 universidades en los Estados Unidos y Canadá. Sin embargo, Russell no revertía su conducta antisindical y, por el contrario, incurría en nuevas transgresiones al principio de libertad sindical, tales como la creación de un sistema de entidades asociativas dominadas por la propia empresa (asociaciones solidaristas), concebidas para desalentar la sindicalización, así como la imposición de contratos escritos de trabajo (“pactos colectivos”) cuyas condiciones ventajosas perdían vigencia respecto de aquellos trabajadores que se afiliaban a un sindicato. De tal modo, mientras la empresa alegaba respetar los derechos asociativos, procuraba impedir que los trabajadores hicieran efectivo ejercicio de los mismos.

4. LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO

Un acuerdo sin precedentes

La ya recordada puesta de Russell en “*revisión especial*” por parte de FLA, junto con las presiones de los diversos actores e intereses involucrados y la importante pérdida de contratos, indujeron a la empresa a entablar negociaciones con el sindicato SITRAJERZEESH, de resulta de las cuales *el 14 de noviembre de 2009 se alcanzó un acuerdo sin precedentes entre este último y Russell Athletic.*

Según sus términos, la compañía se comprometió a abrir un nuevo establecimiento en el área de Choloma (allí había tenido su radicación el anterior) que llevaría por nombre “Jerzees Nuevo Día”, reconocer al sindicato SITRAJERZEESH como representante exclusivo de los trabajadores en la nueva planta, emprender un proceso de negociación colectiva de buena fe, *recontratar y brindar asistencia económica a los trabajadores que antes se desempeñaban en JDH*, establecer un programa de formación en materia de libertad sindical juntamente con el sindicato, designar un ombudsman para hacer el seguimiento diario del cumplimiento de esas normas y principios, crear un fondo de bienestar para brindar asistencia a los trabajadores desplazados y abstenerse de toda acción que pudiese obstruir la sindicalización en el futuro tanto en esta planta como en todos los restantes

establecimientos pertenecientes al grupo²⁴.

La implementación del acuerdo sería monitoreado por un comité mixto empresario-sindical, previéndose entrar en un proceso de arbitraje vinculante en el caso de que se registraran discrepancias relativas a su puesta en práctica o su interpretación. El acuerdo estipulaba además que Russell facilitaría actividades de formación en materia de libertad sindical en todas sus demás plantas, lo cual revestía particular trascendencia en razón de que Russell y su compañía madre Fruit of the Loom constituyen el empleador privado más grande en la República de Honduras.

A juicio de todos los actores involucrados y de los observadores y analistas, el acuerdo representó un logro significativo y sin precedentes en la historia del sector de la indumentaria en Honduras y en toda América Central.

Y a modo de epilogo

La nueva fábrica inició su giró en enero de 2010²⁵. En mayo de 2011, después de nueve meses de negociaciones, el sindicato y la empresa concluyeron un convenio colectivo que tampoco tenía precedentes. En los términos de ese convenio colectivo, los trabajadores se beneficiaron con un incremento inmediato en sus salarios del 19,5 %, que se complementaría con otro del 7 % que se aplicaría a partir de Enero de 2012. Se concertó además una ampliación de la fábrica que daría lugar a la contratación de 250 trabajadores adicionales, así como la provisión de almuerzos y transporte (desde y hacia la planta), sin cargo, además del compromiso de inversión en nuevo equipamiento que ayudaría a los trabajadores a alcanzar sus cuotas de producción y ganar consecuentemente salarios y adicionales más altos²⁶.

En junio del mismo año, Jerzees Nuevo Día inauguró una moderna clínica con el apoyo y la colaboración del Instituto Hondureño de Seguridad Social, con el objeto de atender los problemas de salud de sus empleados y crear sistemas de prevención²⁷.

²⁴ El memorándum sobre este acuerdo producido puede leerse en http://www.workersrights.org/linkedddocs/RussellPublicAnnouncement_Spanish.pdf.

En razón de su importancia y repercusión, la noticia fue recogida en el New York Times en http://www.nytimes.com/2009/11/18/business/18labor.html?_r=2& y en el Los Angeles Times, en <http://www.workersrights.org/press/LA%20Times%20Russell%20Shifts.pdf>

²⁵ En el siguiente link puede leerse el informe de la WRC relativo a la apertura de la nueva fábrica (Jerzees Nuevo Día) y al estado de la cuestión al 17 de febrero de 2010 <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2128&context=globaldocs>

²⁶ La comunicación de la WRC sobre el nuevo convenio, en <http://www.workersrights.org/university/memo/052011.html>

²⁷ Información sobre este hecho en el boletín de la Asociación Hondureña de Maquiladores <http://www.ahm-honduras.com/Boletin/2010/062110/boletin.html#3>

5. CONCLUSIONES, O MÁS BIEN, HIPÓTESIS

Tras el examen del caso precedente, me parece válido contrastar algunas reflexiones, unas provenientes del conocimiento disponible relativo a las iniciativas voluntarias, otras alentadas por aquella experiencia.

Como traté de hacerlo evidente en un estudio anterior, a cuyo texto y fundamentación me remito²⁸, estoy convencido de que *las iniciativas voluntarias de RSE no son en modo alguno una respuesta admisible si lo que se pretende mediante ellas es sustituir, desplazar o circunscribir los espacios que ocupa el subsistema de protección del trabajo* que se fundamenta en la idea del orden público y se manifiesta operativamente sobre las normas legales, los convenios colectivos y los estándares internacionales.

Los programas de RSA suelen, en efecto, suscitar la desconfianza de estudiosos y operadores del derecho del trabajo por diversas razones que procuré sintetizar en el estudio que evoqué en el párrafo anterior.

Entre otras:

- a. Por el tipo de selectividad temática – en la identificación de las materias que deben ser objeto de protección o del grado de priorización que se les asigna - que responde a diversos incentivos inespecíficos, y no necesariamente a las necesidades objetivas propias del sistema de tutela, contra cuya vigencia puede en ocasiones conspirar.
- b. Por el modo en que se definen en el marco de la RSE las reglas y principios, frecuentemente no alineados con los que, tras larga experiencia, conforman el acervo jurídico y axiológico del sistema de protección
- c. Por la frecuente ausencia de participación de los beneficiarios y de otros agentes sociales relevantes en la concepción de las reglas y la consecuente falta de transparencia de su elaboración, que suele prolongarse luego a la hora de la aplicación.
- d. Por la insegura suficiencia de los modos de aplicación, supervisión y control, que se expresa en falta de independencia, conocimiento o experiencia de los sujetos que ejercen la función, en la insuficiencia cuantitativa – frecuencia, continuidad, profundidad de los controles - en la utilización de indicadores que adolecen de los mismos reparos de concepción selectiva invocados antes, además de frecuentes déficits de comparabilidad.

²⁸ “Códigos de conducta y regímenes de cumplimiento voluntario: ¿es la autorregulación una respuesta?”, publicado en “Proceedings of the International Colloquium of the 80th Anniversary of the ILO Comité of Experts on the Application of Conventions and Recommendations” edited by Georges Politakis, OIT Ginebra 2007.

- e. Porque su carácter voluntario puede esgrimirse para desvalorizar el sistema de protección basado en la idea de orden público instrumentado en normas imperativas.
- f. Porque el proceso de voluntaria elección de contrapartes, modos y agentes de aplicación puede servir para debilitar o postergar a sujetos relevantes, como los sindicatos, al sistema formal de control que ejerce la administración y, en especial, el servicio de inspección del trabajo, así como a las fuentes tradicionales del sistema de tutela, como las normas internacionales, la ley y la negociación colectiva
- g. Porque las iniciativas voluntarias tienen límites insuperables en cuanto a objetivos sociales que trascienden del nivel de la empresa, como los que se vinculan con el empleo, la formación profesional, la distribución del ingreso, el desarrollo o la pobreza²⁹.
- h. Porque no se ha producido aún conocimiento relevante sobre eventuales efectos secundarios sobre las empresas de los países en desarrollo, sobre el eventual desplazamiento de la mano de obra hacia sectores menos protegidos, sobre la evolución de la demanda hacia productos no etiquetados y, por consiguiente, menos costosos³⁰

Sin embargo, el caso que vengo de examinar, y en el que he tenido la invaluable oportunidad de tener participación personal, evidencia que *en los países en que los métodos de control no alcanzan desarrollo suficiente* – por el poder y la resistencia de las empresas, por falta de recursos y de conciencia de lo público, por otras razones concurrentes– *los sistemas de monitoreo previstos en los códigos de conducta agregan instancias complementarias de contralor que suplementan y no necesariamente desplazan a las que pudiera arbitrarse desde la inspección del trabajo o el ejercicio de la autonomía.*

El caso parece dejar a la vista, además, que esas instancias pueden conllevar efectos adicionales – la pérdida de prestigio comercial, de reconocimientos, de licencias, de mercados – que generan incentivos no menores que inducen el cumplimiento de las normas de protección o la reversión de hechos transgresivos. Se advierte, además, que pueden ser el vehículo que

²⁹ Restricción ésta señalada por Jean-Michel Servais en “Normes internationales du travail et responsabilité sociale des entreprises” en “Quelle responsabilité sociale pour l’entreprise”, Actes du Séminaire International de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale” Comptasec, UMR, CNRS, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2005, págs. 37 y sgtes, en particular, pág. 55.

³⁰ Así lo señala Janelle Diller, en “Una conciencia social en el mercado mundial” dimensiones laborales y de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores” en la *Revista Internacional del Trabajo* vol. 118, 1999 núm. 2 pág. 111 y sgtes, en especial pág. 124.

permita canalizar mecanismos de presión o de reclamos procedentes de diversos estamentos de la sociedad civil dispuestos a operar no sólo sobre el empleador involucrado, sino también sobre terceros con los cuales aquel tiene interesada vinculación.

Sin embargo, ha quedado también en evidencia que es posible que esas iniciativas voluntarias den lugar a ejercicios de monitoreo que se sirvan de técnicas y procedimientos de recolección de probanzas quizás aptos para otros sectores del desenvolvimiento de las empresas – administrativos, comerciales, impositivos, etc – pero que son inadecuados para la lógica de las relaciones de trabajo y, en particular, para la de las relaciones colectivas. En el campo de las relaciones de trabajo hay, en efecto, una extendida y completa elaboración teórica y normativa acerca de sus modos particulares de ordenar la carga de la prueba, de recoger y valorar las probanzas de testigos, del modo de considerar indicios y presunciones; todo ello, producto de la larga experiencia acumulada en la sustanciación de la conflictividad laboral, denotada por la desigualdad y la asimetría de los poderes. Esa experiencia debe incorporarse al acervo de las iniciativas voluntarias - de la formulación de sus códigos, pero también de las prácticas efectivas de sus verificadores - para darle sentido y consistencia.

Habría que decir, por lo tanto, que si las iniciativas voluntarias no han de resolver todas las carencias de las que adolecen los sistemas de protección del trabajo humano, tampoco merecen que se les tenga por irredimibles adversarios del orden público y las normas imperativas de tutela. Si tras la desarticulación del denominado pacto socialdemócrata y del debilitamiento del doble rol funcional del sistema de protección – mejorar la situación de la clase trabajadora; legitimar el sistema económico de mercado - la RSE es uno de los modos en que el empresariado vuelve a vincularse con el régimen de la protección social, ese movimiento, me parece, no debiera ser objeto de radical desestimación en el pensamiento de los defensores del sistema tradicional de protección del trabajo. Por el contrario, deben habilitarse para él sus instancias de valor: promover su actuación sólo en grado de complementariedad mejorativa respecto del ordenamiento imperativo, preservar su contribución respecto de empresas que se desempeñan sin controles en países de baja intensidad tutelar³¹, limitar por fin su unilateralidad propiciando una creciente participación sindical (junto a los gobiernos, las ONGs y otras organizaciones provenientes de la sociedad civil) en su diseño, aplicación y control.

³¹ Sobre esta cuestión, ver OIT, Consejo de Administración GB.273/WP/SDL/ 1 273 Reunión, Ginebra 1998, en especial página 20. Ver también Jean-Michel Servais, op. cit. en nota 14 pág. 43

Puede por lo tanto postularse, cuanto menos a modo de hipótesis, que cuando aquellos diversos factores se alinean y combinan – entre ellos, las reservas que se vienen de formular, junto con los modos en que estos sistemas pueden incidir sobre la imagen de las empresas, la puesta en cuestión de mercados, contratos o licencias, las vías de canalización de la acción de la sociedad civil, los métodos de control adicional (en cuanto incorporen las técnicas y procedimientos probatorios reconocidos tras décadas de experiencia laboral) - *las iniciativas voluntarias pueden ser, como sin duda lo han sido en el caso que ha sido el objeto de este documento, extremadamente eficaces para restablecer el orden tutelar violado.*

EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA, CENTRO DE TRABAJO Y UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA. LA RELEVANCIA DE LA ÚLTIMA REFORMA EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Tomás Gómez Álvarez
Doctor en Derecho del Trabajo
Abogado Asociado Abdón Pedrajas&Molero
Discípulo de Antonio Ojeda Avilés

1. PRESENTACIÓN

La tutela de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, recogida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), es una disciplina compleja, pues alcanza diversas realidades que pueden verse afectadas cuando se produce cualquier negocio transmisivo.

Entre esas realidades, el citado precepto estatutario analiza las consecuencias que se producen en la transmisión respecto del convenio colectivo de la entidad transmitida.

En el presente estudio analizaremos la regulación jurídica de aplicación, teniendo en cuenta, además, las más recientes modificaciones producidas en materia de negociación colectiva.

2. EL MARCO JURÍDICO NORMATIVO

El artículo 44 ET establece en su apartado cuarto, la regulación a ser aplicada en la sucesión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, respecto del convenio colectivo de aplicación a la empresa cedente.

La regla general aplicable a ese supuesto es el mantenimiento del convenio colectivo de la entidad transferida, hasta que éste pierda su vigencia, o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

Eso sí, nos encontramos ante un régimen jurídico potestativo, ya que se permite pactar una solución normativa diferente (“*salvo pacto en contrario*”), alcanzada una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.

3. EL MANTENIMIENTO DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA ENTIDAD TRANSFERIDA

La regla inicial de partida escogida por el legislador ha sido, dentro del marco general de la transmisión de empresa, el mantenimiento de los derechos y obligaciones existentes con anterioridad a la transmisión.

Así, producida ésta, el convenio colectivo de la entidad transferida mantiene, en principio, íntegramente su vigor. La idea del legislador, en aplicación de las Directivas Comunitarias sobre salvaguarda de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma, es el mantenimiento temporal de la aplicación del convenio colectivo de aplicación.

Sin embargo, este mantenimiento es temporal, y no ilimitado, teniendo una vigencia determinada, aunque incierta en el tiempo, pues está sometida a una doble limitación temporal. La “extensión” de su vigencia alcanza, hasta que pierda su vigencia el convenio colectivo de la entidad transferida, o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

Aunque no se explicita en la regulación legal, los dos límites a la “extensión” de la vigencia del convenio colectivo de la entidad transferida, se aplican de manera indistinta y no cumulativa, de manera que producidas cualquiera de las dos circunstancias recogidas en el citado precepto, dejaría de ser aplicable el convenio colectivo “de origen”, siéndole de aplicación el nuevo convenio colectivo.

4. LA ESPECIAL SITUACIÓN DE LA LIMITACIÓN LEGAL A LA “ULTRAATIVIDAD” DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

En principio, y conforme a la dicción legal del artículo 44.4 ET, el mantenimiento del convenio colectivo de la entidad transferida se produce mientras “*no pierda su vigencia*” el citado convenio.

Dada la parca dicción legal, se plantean una serie de cuestiones prácticas relativas a cuando debe interpretarse que se ha producido dicha pérdida de vigencia.

El punto de partida se encuentra en lo previsto en el artículo 86 ET.

Así, en el apartado segundo del citado precepto se establece que, salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes. Esto determina que siempre que no haya denuncia por las partes firmantes, el convenio colectivo de la entidad transferida podría prorrogarse de manera ilimitada, manteniéndose su aplicación en el tiempo.

La solución sería distinta en el caso en que se produjera una denuncia del convenio colectivo aplicable, planteándose la duda en tal caso, respecto a si la citada norma convencional habría perdido su vigencia.

Acudiendo al apartado tercero del citado artículo 86 ET, si se produce la denuncia del Convenio Colectivo, la aplicación del mismo se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

De no existir previsión alguna relativa a la aplicación del convenio, o “ultraactividad”, durante la prórroga sería de aplicación lo establecido en el artículo 86.3 ET. Conforme a lo previsto en dicho precepto, producida la denuncia, pierden vigencia las cláusulas obligaciones recogidas en el convenio colectivo denunciado, no así las cláusulas normativas, las cuales mantienen su vigencia, salvo que las partes alcancen acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados, con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

La doctrina general es la de considerar que, aunque el convenio colectivo se encuentre en situación de ultraactividad, no ha perdido su vigencia, de manera que por aplicación de lo establecido en el artículo 44.4 ET, mientras el convenio esté denunciado, sigue siendo de aplicación. Por ello, salvo que se produzca la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo a la entidad transferida, en principio, seguiría siendo de aplicación a la entidad transferida el convenio colectivo aplicable en el momento de la transmisión.

En principio, este régimen transitorio estaría claro.

Sin embargo, se plantearían una serie de dudas respecto de la validez temporal de la ultraactividad. Es decir, si la ultraactividad del convenio tendría una dura-

ción indefinida, o si se produciría una prórroga temporal del convenio colectivo en ultraactividad, de manera que alcanzado dicho término final, la ultraactividad decaería, por lo que no podría seguir siendo de aplicación, debiendo aplicarse, en su lugar, otra norma convencional.

La solución respecto del “horizonte temporal” de la ultraactividad es una cuestión controvertida. Esto es así, ya que el régimen de dicha institución jurídica ha sido recientemente modificada, mediante las reformas llevadas a cabo por el Real Decreto Ley 3/2012, y posteriormente, por la Ley 3/2012, que han intervenido, entre otras materias, sobre la regulación de la ultraactividad de los convenios.

Con anterioridad a dicha reforma legal, y a la modificación efectuada sobre el artículo 86.3 ET, la ultraactividad tenía una vigencia ilimitada, de manera que, denunciado un convenio, mientras las partes negociaban el convenio colectivo podía ver prorrogado su vigencia y aplicación durante un número ilimitado de años hasta que se alcanzaba un acuerdo para la firma de un nuevo texto convencional. En ese sentido, podemos citar la Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS, en adelante) de 22 de marzo y 11 de Octubre de 2002 y 15 de Octubre de 2003.

Pero, la nueva regulación legal ha afectado profundamente a la ultraactividad del convenio, ya que ésta ha quedado limitada a un año, perdiendo su vigencia el convenio colectivo tras el transcurso del citado período; eso sí, salvo pacto en contrario.

Por ello, salvo que las partes negociadoras del convenio en ultraactividad suscriban un acuerdo mediante el que se pacte una duración de la misma de mayor duración, alcanzado el término de un año, la vigencia del convenio colectivo en ultraactividad decaería. Este hecho determinará que el convenio colectivo de la entidad transferida perdiese su vigencia, debiendo estar, por ello, al convenio colectivo de aplicación determinado conforme a las reglas generales.

Sin embargo, esta nueva regla legislativa no ha aclarado todas las dudas, ya que desde la doctrina científica se han levantado amplias y numerosas críticas a esta limitación temporal “imperativa” (aunque de carácter limitada, pues tal y como hemos visto, cabe la posibilidad de pacto en contrario) de la ultraactividad, por considerarlo una limitación y un ataque injustificable al derecho constitucional a la negociación colectiva y al principio de auto solución de controversias laborales.

Desde la Doctrina, se han propuesto diversas soluciones prácticas para evitar que la ultraactividad se vea limitada, y que se postulan respecto de la contractualización de la regulación recogida en el convenio colectivo, mediante la incorporación al nexo contractual.

Pero, lo que aquí nos interesa es la posible prórroga de la ultraactividad, pues con la regulación legal actualmente en vigor, producida la denuncia de un convenio colectivo, este, en principio, sólo podría seguir siendo de aplicación a la entidad transferida durante un año más, hasta que dicha ultraactividad pierda definitivamente su vigencia.

Sin embargo, tal y como hemos mencionado, la limitación temporal de la ultraactividad establecida *ope legis* tiene una importante excepción y vía de escape, pues el legislador ha previsto que la duración máxima de un año quede excepcionalmente, siempre que exista un pacto entre las partes.

En principio, realizando una interpretación literal de la citada posibilidad de pacto entre las partes, tal opción parecería hacer referencia a que deberá producirse un acuerdo expreso en tal sentido, que tendría lugar tras la denuncia del convenio, y durante el período de ultraactividad.

Ahora bien, ¿qué ocurre con las cláusulas de los convenios que establecen de forma expresa la prórroga indefinida del convenio colectivo denunciado mientras se negocie uno nuevo? ¿Puede equipararse tal previsión convencional al “*pacto expreso*” exigido en el artículo 86.3 ET para inaplicar el límite temporal de un año previsto para la ultraactividad?

La solución a estas cuestiones ha sido dada, en un sentido positivo, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en Sentencia dictada el 23 de Julio de 2013, que avaló la legalidad de la ultraactividad ilimitada del III convenio colectivo de la empresa Air Nostrum, toda vez que en el citado convenio, se había previsto en su artículo 1.3 la ultraactividad sin limitación temporal alguna. Denunciado el convenio por la empresa en 2010, se discutía si la previsión recogida en el citado precepto convencional era equiparable al “pacto” previsto en el artículo 86.3 ET.

Así, el citado Órgano jurisdiccional entiende válida la voluntad de los negociadores establecida en el convenio colectivo respecto a la validez temporal de la ultraactividad, considerando que *“tanto si la ultraactividad pactada se ajustaba a la regla subsidiaria o se separaba de aquélla, los negociadores estaban ejercitando la posibilidad de disponer sobre la materia, en el sentido que fuera, de modo que no cabe entender que el consentimiento haya quedado invalidado por un cambio en el régimen que, tanto antes como ahora, opera sólo por defecto”*.

Por ello, con independencia de que la regla legal es la validez temporal de un año de la ultraactividad, existiendo pacto en contrario de los negociadores, tanto durante la negociación del convenio, quedando incorporado al texto convencional, como durante la ultraactividad del mismo, se produce la ultraactividad ilimitada. Esto significará que producida la denuncia, el convenio se entenderá plenamente vigente, siendo de aplicación hasta que decaiga su vigencia o entre en vigor un nuevo convenio colectivo de aplicación.

5. LÍMITES MATERIALES A LA “EXTENSIÓN” DE LA VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA ENTIDAD TRANSFERIDA

Hemos mencionado que, producida la transmisión de empresa, se mantiene la validez del convenio colectivo que era de aplicación a la entidad transferida, mientras no pierda su vigencia, o entre en vigor otro nuevo texto convencional.

No obstante la regla general enunciada, es cierto que existen algunas limitaciones derivadas del sentido común, que determinan que ciertas previsiones del convenio colectivo de la entidad transmitida dejen de ser de aplicación producida la transmisión. Sin embargo, ese sentido común que mencionamos ha debido “ser fijado” por el Tribunal Supremo.

Así, nos referimos a determinadas ventajas que el convenio colectivo de aplicación a la entidad transferida establece, pero que están vinculadas expresamente con la actividad de la misma. Nos referimos a un supuesto de hecho real, como era el derecho a obtener billetes de avión gratuitos para los trabajadores y sus familiares. Concretamente se reclamaba el citado derecho recogido en el convenio colectivo de la entidad transmitida. El Tribunal Supremo analizó esa reclamación y acabó considerando en su Sentencia de 28 de Diciembre de 2006, que no era posible el cumplimiento de la citada obligación recogida en el convenio colectivo de aplicación, pues la empresa adquirente, que no era una compañía aérea, no podía realizar tal suministro de billetes.

6. LA POSIBILIDAD DE PACTO EN CONTRARIO. LUCES Y SOMBRAS DE LA PREVISIÓN LEGAL

Tal y como hemos enunciado, el régimen legal aplicable respecto del convenio colectivo de aplicación a la entidad transferida permite una excepción, fijándose que pueda alcanzarse un acuerdo (“*salvo pacto en contrario*”) que inaplique el régimen legal siendo sustituido por otras condiciones diferentes.

La regulación legal del citado pacto se limita a indicar el momento en el cual alcanzar el pacto, y quienes son los sujetos legitimados para ello. Pero guarda silencio respecto de otras cuestiones que son de gran interés. Analizaremos a continuación cual es la previsión legal.

- Plazo del acuerdo.

Según la dicción legal, el acuerdo deberá ser alcanzado una vez producida la transmisión.

Esta opción legal entendemos que trata de evitar los problemas que se producirían si se negociara durante la fase previa a la transmisión, siendo necesario un acuerdo triangular entre cedente, cesionario y trabajadores, para que el cesionario se viese obligado. Para evitar esto, el legislador ha optado por esta opción que, entendemos puede ser criticada, pues con carácter previo a la transmisión, la situación de las partes es más equiparable en cuanto a “fuerza” en la negociación, evitándose además, si se cierra un acuerdo antes de la transmisión, cualquier tipo de controversia o duda sobre el régimen jurídico aplicable tras la misma. Podrían haberse previsto los dos momentos temporales.

- Sujetos legitimados para negociar.

El artículo 44.4 ET determina que el acuerdo se alcanzará “*mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores*”.

Acudiendo a lo establecido en el artículo 87.1 ET, estarán legitimados para negociar un acuerdo de empresa los representantes de los trabajadores. Ahora bien, esto determina que, en caso de que la entidad transferida no cuente con representación legal de los trabajadores, o bien no mantenga su autonomía, lo que determine *ex art. 44.5 ET* la pérdida de la condición de representante de los trabajadores, o bien que contando con representantes, estos no estén adscritos a la misma, no podrá alcanzarse acuerdo alguno.

Tal requisito de legitimación supone impedir que en tales casos en los que la entidad transmitida no cuente con representación legal de los trabajadores, la plantilla afectada no pueda alcanzar ningún acuerdo con la empresa cesionaria, pues aun existiendo voluntad de llegar a un acuerdo, éste no podría válidamente alcanzarse, sin perjuicio que puedan llegarse a acuerdos individuales con cada trabajador.

Esta dicción legal supone dejar la autonomía de los trabajadores seriamente dañada, pues el legislador podría haber establecido reglas o mecanismos subsidiarios, que fuesen de aplicación en el supuesto de ausencia de representación legal de los trabajadores.

No debe perderse de vista que, precisamente el artículo 41 ET, en las últimas reformas laborales producidas, ha permitido que, en supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sean los propios trabajadores afectados quienes, en ausencia de representación legal de los trabajadores, puedan alcanzar acuerdos con la empresa designando una comisión *ad hoc* que les represente.

- Contenido del acuerdo.

La norma legal guarda absoluto silencio respecto al posible contenido del acuerdo a suscribir con el empresario cesionario. En principio, cualquier régimen jurídico sería perfectamente válido, aunque la experiencia nos dice que el contenido del citado acuerdo suele ser el de un acuerdo de homogeneización de condiciones de trabajo, de manera que le sea de aplicación a la entidad transferida el convenio colectivo de la entidad adquirente, como mecanismo de evitar la aplicación de regímenes convencionales diferentes, con los inconvenientes prácticos que tal situación provoca.

7. CONCLUSIONES

De lo que hemos expuesto, se deducen las siguientes conclusiones:

- Una vez producida la efectiva transmisión de la empresa, centro de trabajo,

o unidad productiva autónoma, seguirá siendo de aplicación el convenio colectivo de aplicación que se aplicaba antes de la transmisión. Dicha aplicación se producirá, con carácter indefinido, hasta que pierda su vigencia el citado convenio, o entre en vigor un nuevo convenio colectivo que sea de aplicación a la entidad transmitida.

- No obstante lo anterior, por aplicación del art. 86.3 ET, para que se produzca dicha prórroga indefinida, en los supuestos de denuncia y ultraactividad del convenio, será preciso que el convenio colectivo denunciado haya previsto expresamente la ultraactividad indefinida, o que se alcance un acuerdo en tal sentido. Si no concurren ambas circunstancias, la ultraactividad tendrá una duración máxima de un año, y con ella, la aplicación del convenio colectivo de la entidad transferida, pues transcurrido dicho término, el citado convenio dejaría de ser aplicable.

- Las partes están legitimadas para alcanzar un acuerdo que establezca un régimen jurídico diferente. Dicho acuerdo deberá alcanzarse una vez producida la transmisión, siendo las partes legitimadas para negociar la representación de los trabajadores, y el empresario.

- En defecto de representación, el único pacto viable sería un acuerdo individual entre la empresa y cada trabajador individualmente considerado, que sólo sería aplicable entre las partes firmantes y no tendría, por tanto, la consideración de acuerdo de empresa.

BIBLIOGRAFÍA

La disciplina jurídica aplicable al convenio colectivo en la sucesión de la empresa ha atraído poca atención de la Doctrina científica, salvo contadas excepciones. Señalamos a continuación algunos estudios, así como también posiciones relativas a la reforma efectuada en materia de ultraactividad de convenios colectivos.

ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1984.

CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*. Tirant lo Blanc, Valencia, 1993.

CASAS BAAMONDE, M.E.: “La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos”, en *Relaciones Laborales*. Nº 6. 2013. Pp. 1 y ss.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I; MERCADER UGUINA, J.R.: “La determinación del convenio aplicable en la sucesión de empresa. Un repaso jurisprudencial”, en *Justicia Laboral* nº 42. 2010. Pp. 5 y ss.

González BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

- LAHERA FORTEZA, J.: “Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012”, en *Relaciones Laborales*. Nº 3. 2013. Pp. 43 y ss.
- MELLA MENDEZ, L.: *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*. Comares, Granada, 2000.
- MELLA MENDEZ, L.: “El nuevo artículo 44, número 4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 111. 2002. Pp. 359 y ss.
- MONERO PEREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

EL FIN DE LA ULTRA ACTIVIDAD Y EFECTOS DEL VACIO NORMATIVO CONVENCIONAL

José Luis Goñi Sein
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Pública de Navarra

Entre las características más significativas de la revisión estructural de la negociación colectiva llevada a efecto por el legislador de la Reforma Laboral de 2012 se cuenta la limitación de la ultra-actividad de los convenios colectivos. Bien podría parecer un cambio menor, pero lo cierto es que ha incidido de una manera relevante y drástica en el funcionamiento del sistema de negociación colectiva, hasta el punto de convertirse en la verdadera piedra de toque de todo el sistema, en un contexto de fuertes tensiones entre los sindicatos y la patronal.

El proceso de renovación de los convenios colectivos no era nada ágil y resultaba poco dúctil a los cambios, lo que hacía poco atractivo a los ojos de los empresarios. La negociación colectiva apenas se ha renovado en los últimos cuarenta años, salvo en unas pocas materias, señaladamente, salarial y jornada y casi siempre con evoluciones al alza o en sentido más favorable a los trabajadores. Ha

habido una sedimentación de los contenidos de la negociación colectiva, que se han perpetuado durante décadas, con la consiguiente rigidez de las condiciones de trabajo. Se hacía necesario eliminar las dificultades de adaptación de los convenios colectivos. La limitación de la ultraactividad de los convenios colectivos ha venido a corregir estas disfunciones.

La ultraactividad sin límite temporal alguno hacía que el contenido del convenio se prorrogase indefinidamente hasta la firma de un nuevo convenio, lo que lastraba todo el proceso de una renegociación de los contenidos, porque la parte social contaba indefectiblemente con lo ya pactado y no tenía otro estímulo para la negociación que el de introducir mejoras en las condiciones de trabajo. Imperaba, así, una cierta idea de la irregresividad de lo convenido, de forma que se entraba a negociar respetando lo establecido.

Tras la reforma laboral de 2012, los efectos de la prórroga de la vigencia de los convenios han quedado limitados a un año a contar desde la denuncia del convenio colectivo, y ello ha producido un vuelco en la correlación de fuerzas, porque ahora el que se encuentra en poder de disposición del proceso de renovación es el empresario. La razón de ello reside en que la eliminación de la prórroga automática supone una suerte de pérdida de confort convencional para la parte más débil y abre un panorama incierto ante lo que puede suceder -el temor a una posible devaluación y degradación de las condiciones de trabajo-, que pende cual espada de Damocles sobre los trabajadores.

El objeto de este breve comentario es describir el efecto del vacío regulador convencional, la situación que se cierne sobre los trabajadores tras la abrupta caída de un convenio colectivo, o dicho de otra manera, las consecuencias que derivan de la pérdida de vigencia definitiva del convenio una vez finalizada la ultraactividad. En suma, se trata de colegir el estatuto por el que se deberán regir las relaciones laborales de una unidad de negociación en ausencia de convenio o laudo.

En su literalidad, el nuevo art. 86.3 párrafo 4º del Estatuto de los Trabajadores (versión Ley 3/2012, de 6 de julio) dispone que “*Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*”.

De dicho tenor literal se deduce, por lo pronto, que el vacío convencional por el transcurso del plazo no es algo fatal e inexorable; antes bien, es una situación evitable mediante “pacto en contrario”. La regla general que preceptúa la pérdida de vigencia del convenio colectivo al año de la denuncia del convenio colectivo, tiene una naturaleza dispositiva. De modo que, las partes pueden evitar el fin de la vigencia del convenio colectivo denunciado, incorporando soluciones distintas. Se reconoce a la autonomía colectiva una capacidad de disposición de la regla general, pudiendo articular soluciones tanto intermedias de ampliación del periodo de ultraactividad en

uno o más años, como extremas de afirmación de la ultraactividad indefinida, total o parcial, aun en clara contraposición a la voluntad del legislador.

Por otra parte, el legislador contempla otras salidas distintas a la aplicación de la pérdida total de vigencia del convenio y al vacío regulador, sugiriendo fórmulas de solución extrajudicial del conflicto aplicables en cualquier momento del proceso de renovación de los convenios colectivos. En tal sentido, el art. 86.3, párrafo 3º prevé, por un lado, la posibilidad de que los sujetos negociadores puedan recurrir a dichos procedimientos “tras el transcurso del proceso de negociación sin alcanzarse acuerdo”, y por otro, en el párrafo 4º del art. 86.3 ET reconoce que lo pueden hacer en el transcurso de la negociación antes de la decadencia del convenio colectivo denunciado, pues la expresión “sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral” no puede ser más explícito al respecto. La aplicación de los mecanismos alternativos es incluso una vía utilizable tras la pérdida de la ultraactividad, pues nada impide alcanzar un acuerdo en avenencia o un laudo en sustitución del convenio colectivo decaído en su vigencia.

Esta vía de solución extrajudicial es lo que han propuesto en el reciente acuerdo sobre la ultraactividad, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, que lo consideran necesario para la búsqueda de acuerdos para la firma de los convenios colectivos como forma de dar perspectivas de estabilidad a las empresas y a los trabajadores. En dicho texto las partes se comprometen a continuar la negociación, manteniendo mientras dure el proceso, la aplicación del convenio vencido y a promover el uso de estos medios en caso de situaciones de bloqueo o cuando una de las partes considere que la negociación está agotada, con el fin de agilizar los procesos negociadores. El acuerdo nace fundamentalmente con la pretensión de evitar la pérdida de vigencia de miles de convenios denunciados con anterioridad a la reforma laboral de 2012, y cuya vigencia expiraba, en virtud de la DT 4ª de la Ley 3/2012, al año de entrada en vigor de la Ley (el 8 de julio de 2013).

En cualquier caso, ante el posible fracaso de todas las medidas que anteceden y a fin de evitar un vacío regulador, el legislador impone con un efecto de sustitución o sucesión del convenio colectivo desaparecido y de su unidad de negociación, la aplicación de un convenio de ámbito superior aplicable, lógicamente, allá donde lo hubiere. La solución aparentemente sencilla, no deja, sin embargo, de suscitar múltiples dificultades de orden práctico e interpretativo. Las dificultades de orden material se presentan porque puede que no exista convenio colectivo superior aplicable, o bien, de existir convenio superior, porque sea insuficiente la regulación de las condiciones de trabajo de la unidad de negociación a la que se aplica. Por otra parte, los problemas de interpretación abiertos tiene que ver con ciertas dudas sobre la determinación del convenio aplicable, en particular, en caso de concurrencia de varios convenios superiores (estatal, autonómico) aplicables sobre la unidad negocial desaparecida; o con ciertas incertidumbres sobre si es aplicable un convenio colectivo superior en fase de ultraactividad; si el nuevo

convenio colectivo sustituye o no íntegramente al anterior sea o no favorable; si se puede seguir negociando durante su vigencia en la unidad sustituida; si subsiste un deber de negociar; si se puede recuperar la unidad desaparecida o hay que esperar a que termine su vigencia el convenio colectivo superior, etc. La capacidad de esta regla para evitar el vacío regulador, se muestra verdaderamente débil.

El problema se plantea cuando ninguna de las soluciones antepuestas se revela posible o eficaz y se produce un vacío convencional regulador. Nade se dice al respecto en la norma estatutaria. El espacio dejado a la interpretación por el estado incompleto de la norma es total, y la incertidumbre generada, máxima. Naturalmente no es este sintético estudio el lugar oportuno para hacer un análisis en profundidad del tema, pero no puede dejar de auspiciarse una interpretación básica y elemental hasta tanto no sea sustanciado en vía judicial o sea aclarado por el legislador.

La cuestión tiene un alcance que va más allá de los cientos de convenios colectivos que ya estuviesen denunciados antes de la entrada en vigor de la referida Ley, y que han perdido su vigencia al expirar el plazo de un año para su negociación concedido por el legislador (Disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012), lo que ha sucedido el día 8 de julio de 2013. Afecta igualmente a todos los convenios negociados en el marco de la nueva Ley, sujetos al límite de un año de ultraactividad (ex art. 86.3 ET), y a aquellos otros en que las partes hayan previsto inicialmente en el convenio colectivo un plazo de ultraactividad superior al de un año, estableciendo en todo caso un término de conclusión de la vigencia del propio convenio colectivo una vez denunciado el mismo.

La duda estriba en si la pérdida de vigencia del convenio colectivo en tales casos comporta, como se ha indicado por parte de un cierto sector doctrinal y por la patronal, la aplicación subsidiaria del Estatuto de los trabajadores con el consiguiente decaimiento de los derechos convencionales y la no obligación por parte del empresario de hacer efectivos los derechos del convenio caducado. Se argumenta que las condiciones contractuales se definen con arreglo al convenio colectivo por lo que su pérdida de vigencia arrastra al contrato. Y en consecuencia el trabajador solo podrá reclamar los derechos estatutarios o pactos individuales disfrutados a título individual como condición más beneficiosa.

Esta presentación de los efectos de la pérdida de vigencia del convenio colectivo denunciado comporta, a mi modo de ver, una simplificación poco rigurosa, analizada a la luz de los clásicos criterios de interpretación. Su improcedencia resulta no ya solo porque se compadece poco o mal con la interpretación literal de la norma, sino porque, además, plantea ciertos desajustes sistemáticos, bien sea con preceptos constitucionales, bien con ciertos principios básicos del derecho común de los contratos.

Atendiendo al sentido literal del precepto, es evidente que quienes invocan el decaimiento de los derechos convencionales del convenio caducado asumen una interpretación reduccionista de la norma (art. 86.3 ET). Tomando en consideración

lo que en ella se previene, es tan solo que perderá, salvo pacto en contrario, vigencia. No se declara, además, aunque tal vez fuera la intencionalidad del legislador, que ello provoca el decaimiento de los derechos convencionales. El legislador ha omitido voluntariamente la correspondiente consecuencia jurídica asociada a la pérdida de vigencia, sin deparar más resultado o sanción que la aplicación del convenio de ámbito superior si lo hubiere. No ha querido, al menos de forma expresa, el despojo o una privación de los derechos convencionales de los trabajadores

Debe entenderse que el efecto de un posible decaimiento de derechos convencionales es lo que el sector doctrinal referido presume que quiere decir el artículo del Estatuto precisamente por no decir nada; dicho de otra manera, y en síntesis, se trata de un efecto presunto, un juicio de intenciones. Y lo cierto es que ET no apodera al empresario con un derecho expreso a la eliminación de los derechos nacidos del convenio colectivo. Seguramente, tampoco lo podría hacer porque no puede cerrar el paso a la solución del conflicto, transcurrido el plazo. La pérdida de vigencia del convenio colectivo admite que se siga negociando y se restablezca la integridad de los intereses en juego por los propios sujetos negociadores; no puede impedir que se concrete la solución en un nuevo convenio colectivo *ex post* o en otros subproductos de la autonomía colectiva como pactos de empresa o acuerdos extraestatutarios. El vacío de regulación es susceptible de cubrirse de muy diversas maneras sin que la única solución tenga que ser el desmantelamiento del *status quo* convencional existente, porque el fin de la ultraactividad no implica el fin de la negociación, ni hace desaparecer indefectiblemente la unidad de negociación.

La pretendida solución interpretativa propuesta resulta también insatisfactoria desde la perspectiva constitucional. En primer lugar, porque la posibilidad empresarial de aplicar los mínimos legales una vez vencido el año de ultraactividad supone un ataque a la autonomía colectiva (art. 37CE). ¿Puede el legislador, en nuestro sistema constitucional de relaciones laborales, abocar la solución de un conflicto de intereses hacia una de las partes en conflicto, el empresario? ¿Es admisible atribuir prevalencia a la voluntad de una sola de las partes, en caso de no alcanzarse un acuerdo sobre un conflicto de intereses? ¿Puede dirimir un conflicto de intereses la empresa o la asociación que lo representa? Admitase, al menos, que es muy discutible. Sin embargo, algo de esto es lo que sucedería de enterrar el convenio y aplicar los mínimos legales. La explicación última de la derogación de la norma convencional es que quien decide el conflicto de intereses es la empresa. El acogimiento de la tesis de la eliminación de los derechos convencionales de los trabajadores supone transferir el poder de ordenación de las relaciones laborales al empresario, convertir al empresario en juez doméstico del conflicto, suplantando a la autonomía colectiva.

Esta posición choca, además, con la garantía de solidez que la ley pretende atribuir a la negociación colectiva. El Estatuto de los Trabajadores no permite la inaplicación o modificación de lo pactado en convenio colectivo sin el preceptivo

acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores (art. 82.3 ET). Sin embargo, no deja de ser paradójico que en un proceso renegociador del convenio colectivo, ante el intento fallido por expiración de plazo, se vea compatible que la empresa pueda aplicar las condiciones que quiera sin más límite que el umbral del Estatuto de los trabajadores y lo reconocido o pactado como condición más beneficiosa. Esto es algo anómalo, porque si el empresario no está autorizado por la ley para decidir un cambio de lo pactado en convenio colectivo, no lo debe estar en modo alguno para estipular por sí mismo las condiciones de trabajo en un régimen de autonomía colectiva cuando se está en un proceso de negociación no cerrado. Ya se ha dicho que el plazo de un año solo marca el fin de la prórroga del convenio en vías de extinción, pero no supone el fin de la negociación colectiva. Consagrar la tesis propuesta equivale a negar virtualidad a la negociación colectiva como instrumento esencial en la ordenación de las relaciones de trabajo, en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual de las partes.

La interpretación propuesta puede tener también efectos no irrelevantes, en segundo lugar, sobre el principio de igualdad (art. 14 CE). La posible eliminación de los derechos convencionales por la empresa, el sacrificio que el acto expropiatorio implica para los trabajadores, una vez expirado el plazo de ultraactividad, se traduce en la atribución de un incremento de poder al empresariado que coloca en una manifiesta situación de inferioridad jurídica y económica a la parte contractual más débil. La interpretación propuesta contribuye a acrecentar una desigualdad que el convenio trata de reequilibrar, pues asegura un ámbito de poder exorbitado a una de las partes en detrimento de la otra. No se protegen de igual manera las expectativas que una parte pone en la conducta del otro. Al contrario, se tutela de distinta manera con preferencia de los intereses de la empresa sobre los de los trabajadores. Se produciría, por tanto, una extensión discriminada de los efectos de la pérdida de vigencia del convenio colectivo.

Pueden entreverse, además, objeciones importantes en relación con otros ángulos de contemplación del texto normativo. Sin ir más lejos, desde la propia lógica de las cosas, la tesis conduciría a consecuencias paradójicas. La tesis del decaimiento de los derechos convencionales, que es lo que se asume como posible efecto directo derivado de la pérdida de vigencia del convenio colectivo, contraviene el sentido conmutativo y bilateral de la relación, porque omite que la relación se sustenta en un poder-deber donde están ensamblados los derechos y las obligaciones. Si es cierto que se asegura al empresario la expropiación de las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores afirmando que el empresario no tiene obligación de hacer efectivos los derechos del convenio colectivo caducado, no cabe no entender que tal decaimiento afecte de la misma manera al conjunto de obligaciones que emanan del mismo. No parece desde luego correcto deducir, de modo implícito, una regla que imponga solo la pérdida de los derechos sin que se vea afectado el entero entramado institucional de la relación de intercambio entre trabajo y remuneración.

Debe observarse, además, que un decaimiento de todo el sistema convencional de condiciones de trabajo hace ilusoria, en la práctica, la pervivencia de la relación contractual. Ya que, en ausencia de condiciones convencionales, y ante la ineficacia garantizadora de las cláusulas contractuales, ¿quién integra el contenido de la relación contractual? Si desaparece el convenio colectivo, ¿cómo se concreta el contenido de la prestación laboral? Solo por el cauce del convenio colectivo se puede definir el ejercicio de las facultades directivas y de *ius variandi* y de modificación de condiciones sustanciales de trabajo. La especificación de lo debido por el trabajador es factible dentro de los límites de la clasificación profesional y del encuadramiento profesional del trabajador, que se determinan por referencia al convenio colectivo. No puede excluirse que el convenio, aun vencido y expirada su vigencia, aclare o integre el cumplimiento de la prestación, evitando que el empresario abuse de las facultades que la ley le atribuye, degradando, más allá de los límites razonables el estado de sujeción del trabajador.

En el plano más estrictamente exegético-dogmático, haciendo referencia a la naturaleza del negocio jurídico, la interpretación expropiatoria de derechos acarrea, por otra parte, que el contrato, en principio, un negocio jurídico oneroso y conmutativo, deje de serlo. El intercambio de intereses (prestación de servicios y contraprestación económica) comporta unos sacrificios que mutuamente realizan las partes y que, gracias al convenio colectivo, están compensados o encuentran un equivalente en el beneficio que cada cual obtiene. El convenio colectivo se configura, así, como un instrumento esencial para el mantenimiento de la equivalencia entre prestaciones a cargo de ambas partes. La noción de decaimiento de los derechos afecta de lleno a ese equilibrio: por una parte, porque hace que la efectiva ejecución de la prestación del trabajador y los derechos de éstos queden pendientes de una decisión del empleador, transmutando el negocio jurídico oneroso en uno dispositivo, y por otra, porque al privar de derechos o utilidades que los trabajadores esperan obtener a cambio de su trabajo, se produce una ruptura de la igualdad contractual entre las partes. En consecuencia, existe la necesidad de un cierto deber de mantenimiento de las condiciones convencionales tras la expiración del plazo de vigencia de la ultraactividad.

Así las cosas, considerados los resultados infructuosos e injustos que produce la aplicación de la tesis del decaimiento de los derechos, considero que la solución interpretativa que más se ajusta a los principios constitucionales y a la teoría general de los contratos, es la de la “contractualización” de las condiciones convencionales que ya venían disfrutando los trabajadores. La ruptura del equilibrio contractual derivada de la pérdida de vigencia del convenio colectivo con el consiguiente decaimiento de los derechos reconocidos, solo se restablece acogiendo la tesis de la incorporación al contrato de los mismos.

No cabe argüir en contra que el contrato no tiene vida independiente del convenio y que la pérdida de vigencia del convenio arrastra al contrato, pues, en reali-

dad, son dos fuentes de determinación de las condiciones de trabajo que poseen una disciplina negocial separada. El convenio colectivo confiere al contrato de trabajo una ordenación y extensión determinada y el contrato debe ser respetuoso con el convenio colectivo. Pero no puede por ello infravalorarse el valor del contrato, porque asume una dimensión y autonomía propia, modelando la satisfacción del fin negocial, en función del interés singular de las partes individuales de la relación laboral. Va dirigido a atender la necesidad concreta de intercambio negocial y a precisar la tutela de la posición profesional del trabajador. Las condiciones del convenio último se transforman en contenido contractual, en tanto en cuanto se refieren intrínsecamente y marcan el contenido objetivo del contrato. Son condiciones anejas al contrato incorporadas al mismo de forma automática. Como tiene declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 58/1985, *“el contenido normativo de los convenios se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales”*.

Por tanto, las condiciones convencionales no se pierden con el convenio colectivo vencido, perviven porque sostienen el contenido obligacional del mismo y participan del propio carácter delimitador del contrato. Operan en la configuración de las condiciones contractuales para el desenvolvimiento de la relación laboral, si bien no con el mismo carácter que el convenio colectivo. Al perder vigencia el convenio colectivo, esas condiciones se convierten en una expresión de la autonomía privada, descansan en el querer interno de las partes. Dejan de ser normas jurídicas para ser equiparadas al poder atribuido a los individuos.

No obstante, como contenido obligacional, debe entenderse que esas condiciones convencionales son susceptibles de modificación en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores. La pervivencia de las condiciones contractuales ha de considerarse y apreciarse en términos relativos y no indisponibles.

No se excluye, en efecto, la alteración de las condiciones contractuales. El empresario podría, bien con pactos colectivos, o sin ellos, pero en todo caso, tras el periodo de consultas previsto en el art. 41 ET, instaurar un nuevo régimen de condiciones de trabajo, aunque no sin acreditar necesidades empresariales de tipo económico, organizativo, técnico o de producción de carácter permanente o temporal. El tratamiento objetivo garantizado en esta hipótesis, supone una consideración especial del interés del trabajador, pero no lo suficientemente fuerte como para impedir la inaplicación de las condiciones establecidas por el convenio colectivo caducado y fenecido.

Por tanto, las condiciones convencionales, en tanto que contractualizadas, se mantendrán tras el fin de la ultraactividad del convenio colectivo decaído, si bien con posibilidad de alteración por la vía del art. 41 ET, al dejar de tener el carácter inderogable de lo pactado en convenio colectivo, lo que comporta un altísimo riesgo de devaluación de las condiciones de trabajo y de desprotección de los trabajadores.

EL ARBITRAJE OBLIGATORIO DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS COMO MECANISMO DE DESCUELGUE O INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO

Juan Gorelli Hernández
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva
Discípulo de Antonio Ojeda Avilés

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Probablemente una de las cuestiones que ha despertado mayor interés en las reformas introducidas por la Ley 3/2012, ha sido la relativa al descuelgue de condiciones de trabajo o modificación de lo pactado en convenio colectivo estatutario, que se ha traducido en una nueva redacción del art. 82.2 ET, dentro del cual se plantea el problema de qué hacer cuando no se alcanza un acuerdo sobre descuelgue.

Si bien la alteración de las condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario (fuente del derecho, por tanto), no era una institución desconocida por nuestro ordenamiento, la importante reforma laboral de 1994 condicionaba esta posibilidad al acuerdo entre las partes negociadoras; es decir, si se pretendía alterar ciertas condiciones pactadas en convenio colectivo, era necesario que los sujetos legitimados para negociar alcanzasen un acuerdo de modificación de las condiciones, de manera que si dicho acuerdo faltaba la modificación era imposible. La lógica de esta exigencia era evidente: el convenio colectivo estatutario es expresión del derecho a la negociación colectiva y fuente del derecho, luego la alteración del mismo sólo puede realizarse a través de la negociación colectiva y por los sujetos debidamente legitimados para negociar, sólo así se respetaría el derecho constitucionalmente consagrado a la negociación y la consideración de fuente del convenio colectivo.

Lo anterior suponía que el acuerdo entre los sujetos legitimados era imprescindible, y que no existía mecanismo alguno de modificación de condiciones o descuelgue fuera de la negociación. Sin embargo, la reforma de 2012 ha supuesto la ruptura de este planteamiento: de un lado el párrafo 7º del art. 82.2 ET plantea que en caso de desacuerdo entre las partes, éstas podrán someterse (no es obligatorio) a la “comisión del convenio”; caso de no someterse o que de hacerlo, la comisión no alcance un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (incluido el arbitraje obligatorio). Además, caso de no aplicarse estos mecanismos o que estos fracasen, el párrafo 8º de este precepto señala que cualquiera de las partes negociadoras (lo lógico es que sea el empresario) podrá acudir a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o al órgano correspondiente de las CC.AA., que podrán adoptar una decisión, bien en su seno, bien a través de un árbitro imparcial designado al efecto por tales órganos, de modo que su decisión tendrá la misma eficacia que el acuerdo entre las partes y sólo será recurrible en base a las causas establecidas en el art. 91 ET. En definitiva, lo que se plantea es un arbitraje en caso de falta de acuerdo y de fracaso de los mecanismos alternativos que también son expresión de la negociación colectiva.

Esta regulación legal se desarrolla reglamentariamente a través del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC; dicha normativa dedica un amplio Capítulo V a las denominadas “funciones decisorias”, que son las que la CCNCC asume como consecuencia de la nueva regulación contenida en el art. 82.2 ET. Hasta este momento, y con la salvedad de las funciones arbitrales que se asumieron como consecuencia de la derogación de las Ordenanzas Laborales, la CCNCC no había asumido funciones arbitrales en el marco de la negociación colectiva, por lo que la atribución de estas competencias supuso una evidente sorpresa entre la doctrina laboral española (Miñarro Yanini, 2012, 1999).

2. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN DE LA CCNCC O DEL ÓRGANO AUTONÓMICO CORRESPONDIENTE: UN ARBITRAJE PÚBLICO OBLIGATORIO

El procedimiento que se plantea ante la CCNCC se caracteriza inicialmente por dos elementos: es supletorio de la falta de acuerdo y tiene carácter definitivo. En cuanto a lo primero, la actuación de la CCNCC sólo es factible ante la falta de acuerdo (vid. el art. 16 del RD 1362/2012); más aún, sólo se aplica cuando se ha agotado tanto la vía de la negociación ordinaria, como las vías de solución alternativas ante la falta del acuerdo (la intervención de la comisión del convenio, y de los procedimientos aplicables que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales del art. 83 ET), tal como señalan el art. 83.2 ET y el art. 16.1 y 2 RD 1362/2012. En segundo lugar, estamos ante un mecanismo que va a resolver de manera definitiva las discrepancias, dando solución (a favor o en contra) a la pretensión empresarial de inaplicar el convenio y a sustituir la regulación por otra diferente. Es, por lo tanto, un mecanismo tremendamente radical, pues sustituye la negociación (téngase en cuenta que los otros mecanismos alternativos a la falta de acuerdo, como la intervención de la comisión del convenio o los mecanismos de solución establecidos en un acuerdo interprofesional, derivan de la negociación colectiva), por una respuesta definitiva de carácter heterónoma (dada por un tercero ajeno a las partes, y a través de un procedimiento en el que incluso no hay acuerdo entre las partes para acudir al mismo).

De otro lado, la intervención de la CCNCC no se efectúa de oficio, sino a instancia de parte. No cabe, por tanto, la intervención autónoma, sino que una de las partes en conflicto, debe solicitar su intervención. En este sentido el art. 82.3 en su párrafo 8º, “cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la CCNCC (...)”. Por su parte, el art. 18 del RD 1362/2012 establece como sujetos legitimados a la empresa y a los representantes “legales” de los trabajadores. De otro lado, ante la ausencia de representación de los trabajadores, el art. 18 del RD 1362/2012, señala que está legitimada la comisión *ad hoc* -sindical o laboral- designada conforme al art. 41.4 ET, de manera que esta comisión puede, no sólo negociar el descuelgo, sino también acudir a la CCNCC. Esta remisión es especialmente interesante en estos momentos, pues recordemos que el RD-Ley 11/2013 ha modificado la regulación de la intervención de los representantes de los trabajadores en los períodos de consulta regulados en art. 41.4 ET, que se toma como modelo para otros períodos de consulta regulados en el art. 40, 47,51 y, por lo que nos interesa, también en el 82.3 ET. Debe, por tanto, tenerse en cuenta esta nueva regulación a los efectos de la legitimación a la que nos referimos ahora.

Es esencial destacar que basta con sólo una de la de las partes para iniciar la actuación de la CCNCC; es decir, no se requiere el acuerdo entre las partes. Esto significa que el empresario, ante la falta de acuerdo (incluso ante su propia actitud

de bloqueo del acuerdo), puede poner en marcha la actuación de la CCNCC; no en vano esta intervención está configurada directamente en interés empresarial y para conseguir el objetivo del descuelgue (González Ortega, 2012, 114; Gorelli Hernández, 2013, 122). La cuestión es especialmente interesante, pues como vamos a ver, entendemos que la intervención de la CCNCC tiene naturaleza arbitral, lo que supondría que una de las partes del proceso negociador puede imponer a la otra el arbitraje, dejando de lado el principio de voluntariedad que caracteriza esta figura.

Lo anterior nos plantea el problema de cuál sea la naturaleza de esta actuación. La doctrina laboral se ha mostrado partidaria de considerar que estamos ante un arbitraje público y obligatorio (Cruz Villalón, 2012, 239; Cairos Barreto, 2012, 80; Gorelli Hernández, 2013, 125). Ciertamente, su consideración como arbitraje es señalada por el ordenamiento de manera expresa: el propio art. 82.3 ET establece que “La decisión de estos órganos (se refiere a la CCNCC o a los autonómicos), que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto (...)”. Ahora bien, dicha literalidad pone de manifiesto que hay dos procedimientos diferentes: un arbitraje (cuando se resuelve por el árbitro designado al efecto), y cuando resuelve la propia CCNCC en su seno. Esta duplicidad se desarrolla adecuadamente por el RD 1362/2012 a través de sus arts. 21 y 22 (procedimiento mediante decisión en el seno de la CCNCC), y 23 y 24 (arbitraje). De hecho, cuando la normativa reglamentaria se refiere a la solución mediante arbitraje, se refiere al laudo arbitral; mientras que cuando actúa directamente la CCNCC la regulación (vid. art. 22 del RD 1362/2012) se refiere a “La decisión de la Comisión (...)”. ¿Supone esto que hay dos vías diferentes, de las cuales sólo una es un arbitraje?

Es evidente que el ordenamiento parece distinguir dos formas diferentes de actuar, pero hay que entender que en realidad se trata del mismo procedimiento básico: que un tercero ajeno a las partes resuelva la cuestión, y dado que el tercero no es un órgano jurisdiccional, no cabe más remedio que estimar que estamos ante mecanismos arbitrales, con independencia de que sea un árbitro externo a la CCNCC, o bien la propia CCNCC, la que dentro de su actuación, proceda a resolver la cuestión relativa al descuelgue. No obstante, hemos de recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en su STC 11/1981 al analizar el denominado “laudo de obligado cumplimiento” en materia de huelga, y más concretamente en los procedimientos de solución de conflictos colectivos derivados de discrepancias para modificar las condiciones de trabajo (art. 25 letra b del RDL 17/1977 de Relaciones de Trabajo). El FJ nº 24 de esta Sentencia, al enfrentarse al supuesto de arbitraje público obligatorio a través del cual se resolvían los conflictos de modificación de condiciones de trabajo ante el fracaso de la negociación del convenio, señalaba que “no es genuino arbitraje, porque en modo alguno lo es el que reúne al mismo tiempo las características de ser público y de ser obligatorio. Más allá de las palabras, lo que existe es la sumisión a una decisión de un órgano administrativo”. Dicho de otra manera, plantea la naturaleza pública (una actuación adminis-

trativa que finaliza con una resolución administrativa) y no arbitral. ¿Ha de sostenerse la misma interpretación en este caso? Creo que no, y que debemos defender la naturaleza arbitral y no administrativa: no sólo por el hecho de que en este caso el órgano público no puede actuar de oficio, pues su actuación es facultativa para las partes (en realidad esto ya se destacaba por el FJ nº 24 de la STC 11/1981), sino sobre todo por la naturaleza tripartita de la CCNCC, que aleja este órgano colegiado de un mero componente de la Administración laboral (vid. el art. 2 del RD 1362/2012 sobre la naturaleza de este órgano) que debe tomar sus decisiones por consenso o en su defecto por mayoría absoluta (art. 8.3 del RD 1362/2012).

Estamos, por tanto, ante un arbitraje, que la doctrina laboral española ha adjetivado de público y obligatorio, rememorando la terminología de la STC 11/1981 en su FJ nº 24 cuando se refería al Laudo de obligado cumplimiento. El hecho de que no estemos ante la actuación de un poder público, no impide, en todo caso afirmar el carácter público de la actuación de la CCNCC: estamos así ante un arbitraje público: es evidente que aún cuando tenga composición tripartita, el legislador ha optado por residenciar el arbitraje ante un organismo de carácter público, pues no en vano la Disp. Final 2ª del ET la adscribe al Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Tal como hemos señalado anteriormente, la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente que asuma estas competencias, pueden resolver bien directamente (“en su propio seno”), o bien acudiendo a un árbitro, que será designado por la CCNCC o bien el órgano autonómico correspondiente. En definitiva, o se resuelve a través de un arbitraje directo por el órgano administrativo, o bien este mismo organismo público selecciona un árbitro imparcial para resolver la discrepancia. Tanto en uno como en otro caso es evidente que el arbitraje se gesta dentro de un organismo público, de ahí que no pueda negarse el carácter público de dicho arbitraje (Escudero Rodríguez, 2012, 49).

Pero la principal peculiaridad de este supuesto de arbitraje, y lo que realmente lo hace especial, es su carácter obligatorio. Cuando nos referimos a que estamos ante un mecanismo obligatorio no pretendemos señalar que estamos ante una situación en la que el legislador impone un arbitraje a las partes. No es así, es un poco más sutil: no hay voluntariedad pues tal como señala el art. 82.3 ET, cualquiera de las partes (evidentemente la que tiene interés en modificar las condiciones, es decir, el empresario) podrá someter a la Comisión la solución de la discrepancia. Por lo tanto, aún cuando no se imponga el arbitraje de oficio, o no se impone legalmente, es evidente que una sólo de las partes puede imponer el arbitraje a la otra, incluso cuando ésta se oponga. Es claro que este sistema es lo contrario a un arbitraje de carácter voluntario: cuando se permite que las partes acuerden, libre y voluntariamente, firmar un compromiso arbitral para resolver la falta de acuerdo. También es diametralmente opuesto a los sistemas de arbitraje “obligatorio” pactados a través de un acuerdo interprofesional y se impone a empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del acuerdo

(puede defenderse que es voluntario pues existe un acuerdo entre los negociadores del acuerdo interprofesional). En definitiva, como acertadamente ha señalado la doctrina laboral (Cruz Villalón, 2012, 240), la regulación implica la posibilidad de que el empresario, que es quien inicia el procedimiento para el descuelgue de las condiciones de trabajo, imponga a los trabajadores un arbitraje en contra de la voluntad de estos.

La voluntariedad es uno de los pilares fundamentales del arbitraje (junto con la neutralidad) como mecanismo de solución de conflictos (Miñarro Yanini, 2012, 1998), habiendo admitido nuestro ordenamiento el arbitraje con carácter obligatorio sólo en situaciones de carácter excepcional, en situaciones extraordinarias, pues dicha obligatoriedad puede implicar una limitación a derechos constitucionales como el derecho a sostener medidas de conflicto colectivo o el derecho a la negociación colectiva. Justamente esa excepcionalidad es lo que justifica la constitucionalidad de los supuestos de arbitraje obligatorio que se contienen en nuestro ordenamiento (Vega López, 2003, 268). Posteriormente nos referiremos a esta cuestión cuando analicemos la constitucionalidad de esta regulación.

3. LA ACTUACIÓN DE LA CCNCC: ENTRE LA SOLUCIÓN A UN CONFLICTO JURÍDICO Y A UN CONFLICTO DE INTERESES

Una vez recibida la solicitud, la CCNCC debe resolver la discrepancia para los cual podrá adoptarse una decisión en su propio seno, o bien designarse a un árbitro entre expertos imparciales e independientes (art. 16.3 RD 1362/2012). La decisión de optar entre una vía u otra le corresponde, en principio a las partes, que deben decidirlo de mutuo acuerdo (tal como señala el art. 16.3 RD 1362/2012). Si dicho acuerdo no existe, será la propia CCNCC la que determine cuál de los dos procedimientos va a seguirse.

Se utilice uno u otro procedimiento, encontramos un elemento que resulta común a los dos: que se requieren dos pasos diferentes a la hora de resolver la discrepancia, cuya esencia es radicalmente diferente en uno y otro. Estas dos actuaciones son, en primer lugar, la declaración o pronunciamiento sobre la existencia de causa o no; en segundo lugar, el pronunciamiento sobre el cambio de condiciones pactadas en el convenio.

Se resuelva a través de una decisión de la Comisión o a través de un Laudo arbitral de un tercero, será imprescindible siempre, en primer lugar, pronunciarse sobre la existencia o no de causa. Este es un paso absolutamente necesario, pues tal como establece el art. 82.3 ET, el descuelgue de condiciones de trabajo es una institución causal.

La exigencia de causa supone impedir situaciones en las que el empresario pretenda conseguir a toda costa el descuelgue, aún cuando no haya motivos para

el mismo; pues incluso en estos casos de arbitraje obligatorio, lo primero que va a ser analizado es si existe o no la causa para el descuelgo. De esta manera, el art. 22.2 RD 1362/2012, señala que si debe resolverse por decisión de la Comisión, dicha decisión “deberá pronunciarse, en primer lugar sobre la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que dan lugar a la inaplicación de las condiciones (...)”; y de igual manera, el art. 24.2 del RD se refiere con idéntica redacción al laudo.

La consecuencia lógica de pronunciarse obligatoriamente, y en primer lugar, sobre la concurrencia de las causas, es que de no concurrir dichas causas, la decisión o el laudo, declararán su inexistencia y se rechazará la pretensión de inaplicar las condiciones pactadas en el convenio colectivo (arts. 22.2 y 24.3 RD 1362/2012). Lo anterior supone que sólo se pasará a la segunda actuación (la fijación de nuevas condiciones) cuando la decisión o el laudo estimen la existencia de justa causa.

Esta primera actuación que se desarrolla por la Comisión o el Arbitro, está claramente dirigida a resolver una cuestión de carácter jurídico: lo que se hace es simplemente interpretar si, de conformidad a lo regulado por el art. 82.3 ET, existe o no causa suficiente para poder proceder a la inaplicación de ciertas condiciones de trabajo. Desde este punto de vista la actuación que se desarrolla es una verdadera actuación cuasijurisdiccional.

La segunda de las posibles actuaciones que pueden desarrollar sólo acaece si se estima la existencia de causa. En este caso, una vez constatada la existencia de causa, la Comisión o el Arbitro, tendrán que pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo; ahora bien, para ello “valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados” (art. 22.3 como por el 24.4 del RD 1362/2012). Lo anterior supone que aún cuando concurren las causas, no cabe aceptar la propuesta empresarial de manera mecánica, sino que debe valorarse la adecuación de la medida y sus efectos. Justamente por ello, la decisión o el laudo podrán aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Tal como ha señalado la SAN de 28 de enero de 2013 (AS 2013\1071), la Comisión o el árbitro deben examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa debidamente acreditada y la medida propuesta. Lo que no parece admitirse por el ordenamiento es que reconocida la existencia de causa, no pueda rechazarse de plano la inaplicación pretendida por el empresario; de manera que en aquellos casos en que existiendo causa, la propuesta empresarial de inaplicar las condiciones sea incoherente como mecanismo para resolver la situación por la que pueda estar pasando la empresa, la única posibilidad de actuación de la Comisión o el Arbitro, es la de reducir la intensidad de la propuesta empresarial.

Otro aspecto fundamental sobre el que ha de pronunciarse la decisión de la Comisión o el Laudo arbitral, es el relativo a la duración del período de inaplica-

ción de las condiciones de trabajo, siendo obligatorio especificar esta cuestión. Aún cuando nada se regula sobre las posibilidades que tiene la Comisión o el árbitro, entiendo que podrá aceptarse la propuesta en sus propios términos, o bien fijar una duración diferente a la solicitada; teniéndose una amplia libertad para fijar los efectos temporales del descuelgue.

En estos casos en los que estimada la existencia de causa, se proceda a determinar la inaplicación del convenio y sustituir su regulación por condiciones de trabajo diferentes, en realidad lo que se está haciendo es fijar unas condiciones de trabajo distintas a las originarias, sin que hayan sido las partes las que, a través de la negociación colectiva, hayan establecido esta regulación. En definitiva, en esta segunda actuación estamos ante la solución de un verdadero conflicto de intereses, de manera que un sujeto ajeno a las partes impone como solución una determinada regulación sobre condiciones de trabajo. Ello plantea, junto con el carácter de arbitraje obligatorio, el problema de la constitucionalidad de esta regulación.

4. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO

La dudosa constitucionalidad de esta regulación procede fundamentalmente de que la misma pone en riesgo el derecho a la negociación colectiva consagrado por el art. 37 de nuestra Constitución, dado que el descuelgue supone que una regulación que deriva del derecho a la negociación colectiva, y por tanto establecida a través de un acuerdo adoptado por sujetos legitimados, y sujeta a requisitos legales bastante exigentes en cuanto a el procedimiento legalmente regulado, va a ser sustituida por la decisión de un tercero ajeno a las partes y a través de un procedimiento que nada tiene que ver con la negociación colectiva. En definitiva, todo ello supone sustituir una regulación que procede de una de las fuentes del derecho, que está plenamente vigente, por la decisión de un tercero ajeno a las partes, lo que supone que no interviene la negociación colectiva y que no se requiere acuerdo entre las partes para la inaplicación y la sustitución de la regulación.

Estimo que la inaplicación de condiciones y su sustitución por esta vez no respeta la fuerza vinculante del convenio colectivo, su carácter de fuente del derecho; lo cual se produce tanto por el carácter obligatorio del arbitraje, como por el hecho de que la nueva regulación se establece por un tercero ajeno a las partes que viene a resolver un verdadero conflicto de intereses y no un mero conflicto jurídico de interpretación.

Hasta las reformas de 2012 el descuelgue y la modificación sustancial de un convenio estatutario no presentaban duda alguna de constitucionalidad, pues para hacerlos efectivos era imprescindible el acuerdo entre las partes, a las cuales se exigía que tuviesen suficiente legitimación para negociar convenios colectivos.

Por lo tanto, la inaplicación y sustitución de la regulación del convenio colectivo se realizaba a través de otro instrumento de la negociación colectiva, el acuerdo de empresa; que era adoptado por sujetos con capacidad y legitimación suficiente para poder negociar un convenio colectivo.

Con la actual regulación se impone al menos a una de las partes un arbitraje de carácter claramente obligatorio, lo que la doctrina laboral ha estimado contrario a la eficacia normativa del convenio colectivo (Cruz Villalón, 2011, 278; Cruz Villalón, 2011, 39): se sustituye una regulación emanada de la negociación colectiva, del acuerdo entre partes, por la decisión de un tercero, que se impone con carácter obligatorio al menos a una de las partes que negoció, válidamente y en base al reconocimiento constitucional del Derecho a la negociación colectiva, dicho convenio colectivo. Con ello desaparece, casi por arte de magia, la fuerza vinculante del convenio, su consideración de fuente del derecho. Pensemos simplemente en el hecho de que estaríamos sustituyendo el producto de un auténtico poder normativo, que deriva del acuerdo, por otro emanada de un sujeto (la CCNCC o un árbitro) que en modo alguno ha sido reconocido como poder normativo por parte de la Constitución. Dicho de otro modo: si esta regulación resultase constitucional, no cabría sino reconocer que el legislador ha otorgado el papel de poder normativo a la CCNCC y a los árbitros por ella designados.

El carácter obligatorio del arbitraje regulado por el art.82.3 ET cuestiona de manera directa el derecho a la autonomía colectiva, pues impone una solución heterónoma en un conflicto de intereses. Ciertamente el arbitraje obligatorio ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional, pero de manera muy limitada, en situaciones extraordinarias o excepcionales; es decir el arbitraje “extraordinario o de emergencia” por lo que debe ser interpretado de manera muy restrictiva tal como ha venido señalando la doctrina laboral (Monereo Pérez y otros, 2003, 128; Lantarón Barquín, 2003, 360 y ss). En este sentido la STC 11/1981 admitió la constitucionalidad del arbitraje obligatorio regulado en el art. 10 del RD-Ley 17/1977 (arbitraje en huelgas que impliquen un perjuicio grave de la economía nacional), pero consideró inconstitucional el arbitraje regulado en arts. 25 b) y 26 del RD-Ley 17/1977 (laudo de obligado cumplimiento en caso de conflictos de intereses cuando una vez iniciado el procedimiento de conflicto colectivo las partes no eran capaces de alcanzar un acuerdo). Dicha Sentencia establecía que “La justificación puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales, como ocurre, por ejemplo, cuando la duración de un conflicto entraña las consecuencias que justifican la obligatoriedad del arbitraje previsto en el artículo 10 de este mismo Decreto-ley, tal como hemos interpretado este precepto anteriormente. Sin embargo, en el caso de los artículos 25, b), y 26, ni se trata propiamente de un arbitraje ni, aunque fuera así, concurren los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido

constitucional definido en el artículo 37 de la Constitución”. En definitiva, un laudo que se impone de manera obligatoria no puede resolver un conflicto colectivo de intereses o de regulación, pues viola el derecho a la negociación colectiva (sobre la cuestión vid. Lantarón Barquín, 2003, 342; Ramírez Martínez, 2012, 542), constituyendo una intervención estatal “a todas luces excesiva” (Ballester Pastor, 1993, 178). La única vía por la que sería admisible un arbitraje obligatorio como solución a un conflicto de intereses es cuando existan razones extraordinarias que justifiquen la agresión al derecho a la negociación colectiva.

Pues bien, si el arbitraje obligatorio, que supone una invasión de un ámbito propio de la autonomía colectiva, sólo es factible desde la perspectiva constitucional cuando existen motivos excepcionales que justifican la imposición del mismo, lo que debemos analizar es si el art. 82.3 ET contiene alguna justificación a la existencia de esta modalidad de arbitraje obligatorio. La realidad es que el único elemento de justificación que encontramos en el art. 82.3 ET, es la causalidad del descuelgue: la existencia de causa económica, técnica, organizativa o productiva. Sin embargo, dicho principio de causalidad queda bastante lejos de las circunstancias excepcionales que establece el art. 10 RDLRT de 1978. Más aún, en puridad las causas tan sólo justifican el inicio de un procedimiento de negociación para inaplicar un convenio colectivo; es decir, son la justificación de la apertura de la negociación, no son justificación a la imposición de un arbitraje de carácter obligatorio; todo ello al margen de que las causas dibujadas en el art. 82.3 ET poco o nada tienen que ver con una circunstancia excepcional o de emergencia que justifique el sacrificio de un derecho constitucionalmente consagrado.

En definitiva, creo que debemos estimar que la respuesta legal que la reforma de 2012 ha dado a la falta de acuerdo en caso del descuelgue de condiciones de trabajo supone invadir el ámbito propio de la autonomía colectiva, pues se arrebató a la negociación colectiva, de la que deriva directamente el convenio que se pretende inaplicar y cuya regulación se intenta sustituir, la función de resolver las discrepancias entre los sujetos involucrados, habiéndose producido un amplio rechazo doctrinal a esta regulación (Escudero Rodríguez, 2012, 48; Gala Durán, 1312; González Ortega, 2012, 114). Ciertamente la autonomía colectiva no puede ser plena o absoluta, una especie de poder autónomo separado del Estado; pero es evidente que cualquier interpretación que se realice debe estar orientada a preservar el derecho a la negociación colectiva.

Para terminar, una última cuestión que me parece especialmente importante: el art. 82.3 ET señala que producido el Laudo o la decisión, ésta “sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”. Dicho art. 91 ET establece la posibilidad de regular mediante convenio o acuerdo interprofesional mecanismos de mediación y arbitraje ante conflictos colectivos (no son obligatorios como el arbitraje de la CCNCC). Dichos acuerdos y laudos son susceptibles de impugnación en base a que no se haya respetado los

requisitos y formalidades establecidas al efecto o cuando el laudo sea “ultra vires” y resuelva cuestiones no sometidos a su decisión. Con ello se limita extraordinariamente la posibilidad de recurrir la decisión o el laudo. Ahora bien, hemos de tener en cuenta ciertas cuestiones que son esenciales: el art. 91 ET está pensado para un sistema voluntario de arbitraje (eso sí, de voluntariedad colectiva), lo que justifica que las posibilidades de recurso sean reducidas. Por el contrario, el art. 82.3 ET establece un sistema obligatorio, impuesto legalmente. En consecuencia, la lógica de aplicar las limitaciones del art. 91 ET es más que discutible.

Más aún, recordemos que en la actuación de la CCNCC y del árbitro hay dos fases diferenciadas. La segunda implica resolver un conflicto de intereses y, por tanto, supone una actuación en equidad, lo que requiere de una evidente limitación a la hora de poder recurrir la decisión: no en vano los jueces no tienen competencia para determinar las condiciones de trabajo. Pero la primera de las fases, es claramente un arbitraje en derecho, pues se interpreta una norma jurídica: si existe o no una de las causas descritas por el legislador que pueden dar lugar a la inaplicación del convenio. Desde este punto de vista tampoco resulta adecuado aplicar la lógica del art. 91 ET.

Afirmado lo anterior, lo que cabe plantear es que el art. 82.3 ET establece una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, por consiguiente, estamos ante otro posible motivo de inconstitucionalidad de esta regulación. Sobre una interpretación más amplia y flexible de las vías de impugnación de las resoluciones o laudos en esta materia, puede verse la interesante SAN de 28 de enero de 2013 (AS 2013\1071).

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M.A.: *El arbitraje laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1993.
- CAIROS BARRETO, D.M.: *La articulación y concurrencia de convenios colectivos*, Bomarzo, Albacete 2012.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social* nº 57 (2012).
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en AA.VV., dirigidos por I. García-Perrote y J.R. Mercader Uguina, *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AA.VV., coordinados por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012.

- GALA DURAN, C.: “Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)”, *Actualidad Laboral* nº 11 (2012).
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales* nº 115 (2012).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Comares, Granada 2013.
- LANTARON BARQUIN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- MIÑARRO YANINI, M.: “El impulso oscilante a los medios extrajudicial de conflictos laborales efectuado tras las últimas reformas laborales”, *Actualidad Laboral* nº 19-20 de 2012.
- MONEREO PEREZ, J.L., FERNANDEZ AVILES, J.A. y SERRANO FALCON, C.: “Arbitraje obligatorio en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales”, *Relaciones Laborales* nº 14 de 2003.
- RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: “Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011”, *Actualidad Laboral* nº 5 de 2012.
- VEGA López, J.: “El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga”, *Temas Laborales* nº 70 (2003).

EL DETERIORO DE LA NEGOCIACION COLECTIVA TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Miguel Gutiérrez Pérez
Universidad de Extremadura
Discípulo de Antonio Ojeda Avilés

1. CONSIDERACIONES GENERALES

No es de extrañar que el proceso de cambios legislativos más intenso y acelerado de los últimos treinta años producido en nuestro país entre 2009 y 2012, provocase una reforma de una de las instituciones más relevantes del ordenamiento laboral, la negociación colectiva. No obstante, siquiera sea por la centralidad de esta institución en los ordenamientos laborales avanzados, una intervención del legislador laboral era esperable. Pero además se daban en España una serie de circunstancias peculiares que vaticinaban que este cambio iba a producirse más pronto que tarde. De un lado, nos encontramos ante lo que podemos denominar “crítica crónica” a la negociación colectiva en nuestro país, que ha estado presente desde los mismos inicios de su desarrollo en un contexto libre y democrático; de otro, nos encontramos con el impacto de los debates laborales surgidos como consecuencia de la tremenda crisis que vivimos como país, que se han centrado

en gran medida en este aspecto de la regulación laboral (Rodríguez Piñero, 2013, pp. 11 y ss).

Esta esperada reforma de la negociación colectiva tuvo lugar, sobre todo, con la aprobación del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que venía a ser una norma reguladora exclusivamente en materia de negociación. Sin embargo, esta norma a pesar de la detallada reforma que llevó a cabo, apenas si estuvo en vigor unos pocos meses a consecuencia del cambio político producido en nuestro país en noviembre de 2011, por lo que la aplicación de la misma fue prácticamente inexistente. Será mediante la aprobación del RDL 3/2012 (posteriormente convalidado por la Ley 3/2012), el instrumento normativo a través del cual se emprenda nuevamente la reforma de la negociación colectiva. Sin embargo, esta norma ya no realiza un tratamiento en exclusiva del derecho colectivo, sino que la misma pretende un cambio radical de aquellos aspectos de la legislación laboral que inciden en la capacidad de gestión y adaptación de las empresas, incluyendo cuestiones colectivas. Por ello, la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 (y posteriormente de la Ley 3/2012) trata de manera somera las novedades que se introducen en la negociación colectiva española. Aun así, la Exposición de Motivos de aquella norma recoge las intenciones y objetivos perseguidos por el legislador, afirmando que “las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”. En línea con esta idea, el descuelgue se modifica “en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial”; la estructura de la negociación colectiva, para “facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores”; y las normas sobre la aplicación del convenio en el tiempo, “con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos”. En definitiva, tal como se afirma en la referida Exposición de Motivos, “en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultratractividad de los convenios colectivos”. Sin embargo, a pesar de las intenciones reconocidas en el preámbulo de la norma, lo cierto es que si analizamos con detenimiento la reforma llevada a cabo en 2012, podemos observar como en el fondo de esta reforma subyace un claro y evidente debilitamiento de nuestro derecho colectivo, hasta el punto que desde distinto sectores se viene acusando a esta reforma de vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva, llegando a plantearse incluso problemas de inconstitucionalidad. Veamos, pues, cuales son los argumentos que pueden servir de base para apoyar aquella idea, que podríamos denominar el “desmantelamiento” de la negociación colectiva en nuestro país.

2. EL DEBILITAMIENTO DE LA EFICACIA NORMATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

Es lógico que si el convenio colectivo es una de las instituciones centrales del Derecho del trabajo, es evidente que el mismo ha de experimentar o reflejar todas las transformaciones que éste sufra. Y del mismo modo que el proceso de expansión y maduración del ordenamiento jurídico laboral ha llevado en paralelo otro de desarrollo y robustecimiento de la eficacia normativa del convenio colectivo, es de prever que los momentos actuales de crisis económica que estamos viviendo y el profundo cambio que se está llevando a cabo de las instituciones laborales hayan afectado, como no podía ser de otra manera, a la cuestión de la eficacia normativa del convenio. El nuevo panorama en relación a este tema va a venir marcado por fenómenos de debilitamiento de la eficacia normativa del convenio, los cuales trataremos de analizar a continuación.

Un claro fenómeno que ha incidido en el debilitamiento de la eficacia normativa del convenio lo encontramos en el artículo 82.3 ET, el cual regula el descuelgue de condiciones de trabajo. El mismo admite que puedan alterarse por acuerdo de empresa las condiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable, sea éste de sector o de empresa. Con este marco jurídico es evidente que resulta tremendamente afectada la eficacia normativa del convenio colectivo, pues no sólo se permite alterar lo pactado en un convenio de empresa a través de otro instrumento de negociación colectiva del mismo nivel (el acuerdo de empresa); sino que con esta regulación, sujetos negociadores de ámbitos inferiores (empresa), pueden disponer de lo negociado en ámbitos superiores (convenios de sector). Se viene entendiendo que queda así afectada la regla de la legitimación para negociar, que es, justamente, la base de la eficacia normativa (Casas Baamonde, p. 34). Se introduce, por tanto, un elemento que cuestiona la eficacia normativa de la negociación colectiva al facilitarse la asimetría entre sujetos legitimados y ámbitos de negociación.

Otra de las modificaciones que ha venido a incidir en ese fenómeno de debilitamiento de la eficacia normativa del convenio colectivo la podemos hallar en que la Ley 3/2012 reconoce expresamente que a los efectos de conseguir el acuerdo que se exige para alterar lo previsto en convenio estatutario, se puede proceder al nombramiento de una comisión negociadora específica cuando no hay representantes de los trabajadores en la empresa. Esta estipulación normativa supone admitir la modificación de lo pactado por sujetos especialmente legitimados, a través de una comisión que escapa de las reglas de legitimación y capacidad de los arts. 86 y 87 ET, lo cual, evidentemente, supone una depreciación del carácter normativo del convenio. Sobre todo, en los casos en los que la comisión tiene carácter laboral, estando formada la misma por trabajadores de la empresa. Y es que, dado que la remisión que efectúa el artículo 82.3 ET, es general a lo previsto en el art. 41.4 ET,

es factible la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio estatutario, tanto a través del acuerdo obtenido por una comisión integrada por tres trabajadores, como a través de una comisión integrada por representantes sindicales. Si bien, en este caso podría producirse una situación asimétrica de acuerdo de empresa negociado por sujetos legitimados en niveles superiores a la empresa; aun cuando este sería un supuesto extraño, pues si la empresa no cuenta con representación unitaria, difícilmente se podrá haber negociado un convenio de empresa que deba ser modificado. Lo normal es que el convenio aplicable en estos casos sea de ámbito superior a la empresa (Gorelli Hernández, 2011, p. 4).

Finalmente, quisiéramos hacer referencia a una última modificación introducida por la Ley 3/2012, que, sin duda, contribuye al debilitamiento de la eficacia normativa del convenio colectivo. Nos estamos refiriendo al papel que la Ley 3/2012 atribuye a la Comisión Consultiva Nacional de convenios colectivos en el procedimiento de descuelgue de condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo. Ya que la Ley contempla la posibilidad de que cuando el periodo de consulta entre las partes para llevar a cabo la modificación de aquellas condiciones finalice sin acuerdo y no fueran aplicables el resto de de los procedimientos de solución de conflicto que contempla la norma (comisión paritaria del convenio o medios autónomos de solución de conflictos colectivos) o éstos no hubieran solucionado las discrepancias, aquellas podrán someter la solución de las discrepancias a dicha Comisión, siempre y cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma. En el resto de supuestos, se podrá someter la solución de las discrepancias a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas. Asimismo, se contempla la posibilidad de que la decisión que adopten estos órganos pueda ser tomada por ellos mismos o bien por un árbitro designado por aquellos. Es en este punto donde se hace necesaria una reflexión en torno al tema del arbitraje, ya que con esta medida se introduce un elemento que cuestiona la eficacia normativa del convenio, al permitirse la intervención de un tercero al margen de los sujetos legitimados para la negociación. Es más, se viene argumentando que esta medida viene a ser contraria al derecho a la negociación colectiva, ya que el pleno reconocimiento constitucional de este derecho impide una imposición del arbitraje desde la Ley, sea directo o indirecto, dependiendo de la voluntad de las partes someterse a un arbitraje (Cruz Villalón, 2011, p. 27). Lo que ha motivado que se ponga en duda la constitucionalidad de la previsión contenida en la norma.

3. EL ESTABLECIMIENTO DE EXCEPCIONES A LA EFICACIA GENERAL DEL CONVENIO COLECTIVO

En este sentido, debemos partir de la base de que la Ley contempla dos excepciones a la eficacia general, por un lado, la contemplada en el artículo 82.3 ET,

que establece que cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: jornada de trabajo, horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Y, por otro lado, la excepción contemplada en el artículo 84.2 ET, que establece que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las materias relativas a: la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Con ambas previsiones normativas se trata de dar respuesta a algunos de los problemas que presenta la eficacia general del convenio colectivo, en especial a las dificultades que ésta representa para atender a las necesidades empresariales cuando se predica de convenios de ámbito supraempresarial. Debe tenerse en cuenta que en el contexto económico y productivo en el que nos encontramos actualmente se viene a producir un cambio de los contenidos, funciones y niveles de la negociación, que pasan al plano micro, a nivel empresarial. Asistimos a una refundación de la teoría de la negociación colectiva, que implica un mayor protagonismo del nivel empresarial en la negociación colectiva de forma directa. El legislador ha optado por prestar una especialísima atención a las empresas y posibilitar la aplicación individualizada a ellas de las normas laborales, y ello, sobre todo, a través del descuelgue de condiciones de trabajo regulado en el aludido artículo 82.3 ET y a través de la prioridad aplicativa del convenio de empresa del aludido artículo 84.2 ET, que permiten una tutela colectiva ajustada a las necesidades reales de las relaciones laborales en la empresa.

No obstante, estas instituciones, al margen de la excepción que suponen a la eficacia general del convenio colectivo, pueden suponer un peligro para la ordenación racional de las relaciones laborales, en forma de minifundismo convencional (Baylos Grau, 1994, p. 340) que puede enmascarar una regresión en la real protec-

ción dispensada por la negociación colectiva, especialmente la de ámbito superior a la empresa.

4. LA CUASI-ELIMINACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

Sin duda, una de las reformas más importantes que afectan a la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas se llevó a cabo con la aprobación del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. En concreto, el artículo 7 de dicha norma, que añade un párrafo segundo al artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece que se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. Se trata de una previsión que ya era aplicable a los funcionarios públicos, de acuerdo con el artículo 38.10 del EBEP, y que tras la reforma, no antes de la misma (STS de 28 de septiembre de 2011, RJ 2011/7611 o STS de 14 de noviembre de 2012, RJ 2013/177) es aplicable en los mismos términos al personal laboral. La misma supone que la Administración Pública podrá suspender o modificar las condiciones laborales previamente pactadas en convenio colectivo, siempre y cuando concurra causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas. Uno de los aspectos más controvertidos de esta medida es que será unilateralmente la propia Administración la que habrá de apreciar la concurrencia del interés público, lo que verdaderamente viene a generar inseguridad jurídica e indefensión al quedar aquella apreciación en mano de una de las partes (Marín Alonso, 2013, p. 11). Ya que la norma no prevé ningún mecanismo de negociación en este caso entre la Administración Pública y los interlocutores sociales, siendo éstos mero receptores de la información.

Al margen de este supuesto contemplado en el artículo 32 EBEP que habilita a las Administraciones Públicas a suspender o modificar en el futuro lo que previamente pactaron con los representantes del personal laboral ante la concurrencia de determinadas circunstancias económicas, hay que tener en cuenta que la Ley impone la suspensión o modificación de lo pactado en todas las Administraciones Públicas respecto de determinadas materias (vacaciones, permisos por asuntos particulares y días adicionales de libre disposición o de similar naturaleza, prestación económica por incapacidad temporal o crédito horario y permisos sindicales de los representantes de los trabajadores) que mejoren lo dispuesto en el EBEP u otras leyes laborales. La suspensión o modificación de lo pactado en relación a las

referidas materias en convenio colectivo no requiere en este caso la apreciación de la grave situación económica de la Administración, sino que es el legislador el que impone dicha medida. En efecto, la Ley viene a establecer los contenidos de estas materias y los concibe como topes máximos no mejorables. En la práctica la inaplicación estará más cerca de la derogación que de otra figura, pero en hipótesis lo ahora desplazado recuperaría su vigencia en cuanto sea posible. Ello justifica la formula usada (Sempere Navarro, 2012, p. 5).

En definitiva, de las anteriores medidas analizadas, esto es, la habilitación a la Administración Pública para modificar o suspender en el futuro lo previamente pactado en convenio colectivo ante la concurrencia de determinadas circunstancias económicas y la imposición legal de suspensión o modificación de determinadas materias, estableciéndose topes máximos no mejorables, se puede deducir con meridiana claridad que se han puesto importantes trabas al desarrollo de la autonomía colectiva del personal laboral en el sector público, ya que con la primera de las medidas establecidas se permite que sea única y exclusivamente una de las partes la que pueda proceder a llevar a cabo la modificación de lo previamente pactado, si aprecia la concurrencia de las circunstancias habilitantes, sin que en dicho procedimiento modificativo se prevea la intervención de la contraparte con la que se llevó a cabo la negociación previa, con lo que asistimos en este caso a una clara ruptura de los equilibrios que son exigibles en materia de negociación. En el caso de la segunda medida, igualmente, asistimos a importantes trabas en el desarrollo de la autonomía colectiva, puesto que dicha medida supone una reducción de la posibilidad de autorregulación por las partes. Además, se impide que el convenio colectivo cumpla su función básica de mejorar lo establecido en Ley, llevándose a cabo una imposición heterónoma de condiciones de trabajo a través de aquella. Todo ello, hace que nos tropecemos con graves problemas de incostitucionalidad, al quedar afectado, y porque no decirlo, tocado y hundido, el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ex artículo 37 CE (Marín Alonso, 2013, p. 16 y ss).

BIBLIOGRAFÍA

- BAYULOS GRAU, A.: “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, *Relaciones laborales*, nº 17-18, 1994.
- CASAS BAAMONDE M^a.E.: “¿hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contenido de la reforma de la negociación colectiva 2011”. Primera Ponencia en la 30^a Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, celebradas en Ronda (Málaga) los días 17 y 18 de noviembre de 2011, www.jornadasandaluzasderechodeltrabajo.es
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, nº 4,

2011.

MARÍN ALONSO, I.: “La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al dismantelamiento del derecho a la negociación colectiva”. *Relaciones Laborales*, nº 4, 2013.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “Las reformas de la negociación colectiva: perspectiva general”, AA.VV.: *El nuevo derecho a la negociación colectiva. Actualizado tras la Ley 3/2012*. Tecnos, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RDL 20/2012, de 13 de julio), BIB 2012/2769, www.westlaw.es

THE CONTRIBUTION OF COMPARATIVE LAW TO UNDERSTANDING LABOUR RELATIONS

Bob Hepple
Emeritus Professor of Law
University of Cambridge

I had the enormous pleasure of working with Antonio Ojeda Aviles as a member of the European Comparative Labour Law Group which produced *The Transformation of Labour Law in Europe: a comparative study of 15 countries 1945-2004* (Hepple and Veneziani eds., 2009) following the earlier *The Making of Labour Law in Europe: a comparative study of 9 countries up to 1945* (Hepple ed., 1986). This short essay in his honour draws on that work. In both books the authors had to consider the historical relationships between the development of labour laws in a number of countries. Those relationships are of two kinds. The first is the direct historical relationship of legal transplants. The second is the 'inner' social, economic and political relationship of parallel development in different countries.

Examples of transplants before 1945 were the adaptation by many countries of 19th century British factory legislation, the extraordinary influence of the *Code Napoléon* in the development of contractual ideas in the employment relationship in

continental Europe, the spread of Bismarckian-schemes of social insurance, and, after 1919, standard-setting by the ILO. Since the Second World War 'borrowing' and 'bending' of labour laws has become widespread partly, but not exclusively, as a result of the process of co-ordination and harmonisation within the EU.

The 'circulation' of different models between European labour law systems has been taking place at least since the 1970s when a distinctive European labour law emerged (Sciarra, 2001, 15). For example it was the German model of protection of acquired rights on transfers of undertakings that formed the basis for Directive 77/187/EEC on this subject, and the British anti-discrimination legislation of the 1970s that inspired the equality Directives. Nordic family-friendly policies have been very influential in other countries. It cannot be doubted that even the 'soft' law of the EU, such as the Open Method of Co-ordination (OMC) since 2000, has also contributed to changes in national law-making processes, not by laying down uniform rules but by giving Member States broad indications of the changes they need to make in domestic regulation. More recently, since 2008, neo-liberal deregulatory models initiated in Britain have been imposed on countries such as Greece, Portugal and Spain by the 'troika'. In these processes academic experts have played a 'remarkably prominent' role (Sciarra, 2004, 203). Non-European models, such as from the United States, have also occasionally been transplanted, notably in the field of anti-discrimination legislation.

However it is important to note that EU Directives on subjects such as collective redundancies, acquired rights of employees on transfers of undertakings, protection in the event of bankruptcy, part-time and fixed-term contracts, hours of work, discrimination and health and safety, did not impose uniformity. They were binding as to the results to be achieved, but left the choice of form and methods to the national authorities. Each Member State had the freedom to adapt EU rules into its own system in a different way, so long as certain minimum conditions laid down in the Directive were followed. The Court of Justice (CJEU), which was interested in promoting European integration, played a crucial role in developing EU-wide fundamental rights, but comparative research has shown that national courts and legislatures have generally insisted on translating these in their own way into their systems of labour law (Sciarra, 2001, 15). This has been justified on a variety of grounds, such as constitutional provisions, enforcement mechanisms, and the role of the social partners and collective bargaining in each system (Sciarra, 2001, 14-15). Institutional differences have resulted in a tension between divergence and convergence (Weiss, 2007, 485).

Legal transplants of the kind described are not either rejected or domesticated. In Teubner's words, they 'unleash an evolutionary dynamics in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change (Teubner, 2001, 418).' A question with which our work is concerned is how the transplanted rule or institution has been transformed in the

new environment, and what changes this has stimulated in the system as a whole. There is a well-known thesis by Kahn-Freund that 'rules and institutions relating to collective labour relations are usually too closely connected with the structure and organization of political power in a particular environment to be successfully imported elsewhere (Kahn-Freund, 1974, 635).' I suggest that this statement needs to be modified. 'Concepts and ideas – but not specific institutions – can be borrowed from another system of collective labour law, provided four essential conditions are met. These conditions are: (1) a social consensus between management and labour; (2) an organic relationship between a specific social need and the form of regulation adopted; (3) an internationalist and open-minded legal culture; and (4) the form of labour law adopted must contribute to improved national economic performance (Hepple, 1999, 3).' A transplant that does not meet most, if not all, these conditions is likely to fail, for example the unsuccessful adoption of the American Taft-Hartley model in the British Industrial Relations Act 1971. Even if the transplant takes root, the rule or institution takes on a life of its own in its new environment. Examples include the Europeanisation of the works councils model, the different ways in which collective agreements have normative effects on the employment contract, and the use of alternative disputes settlement procedures. The structures and culture of each labour relations and political system determine how a transplanted rule or institution develops.

Parallel developments

The second kind of historical relationship is the 'inner' social, economic and political relationships of parallel developments in different countries. The view that all national systems follow the same process of development is now largely discredited. One should be sceptical of suggested universal trends. The development of legal systems in general and labour law in particular, is the product of a variety of factors which are neither 'natural' nor 'necessary'. The task of the comparative labour lawyer is to examine the specific features of historical change in each country. For example, in *The Making of Labour Law in Europe*, we sought to explain why the work book and police supervision were significant features of the labour market in continental Europe but not in Britain, why in some countries the eight-hour day was achieved by collective bargaining and in others by legislation, and why 'workers' participation' took the form of shop stewards in Britain and Denmark but of works councils in Germany. In *The Transformation*, we examined, for example, why some countries, such as France, regulated working time by legislation, while others, such as Britain and Denmark, left this to collective bargaining or individual agreement, why some countries were slower or more resistant than others in adapting the contract of employment to economic and technological changes, why some countries adopted equal pay and anti-discrimination laws before others, why some adopted universal social security benefits and others work-related insurance, why 'positive' rights to strike were embraced in some

legal systems but not in others, and why juridification has been more apparent in some systems than in others .

The great contribution of Antonio Ojeda Aviles, most recently in his book on Transnational Labour Law (OJEDA AVILES, 2013), has been his recognition that ‘the use of comparative law for practical purposes becomes an abuse only if it is informed by a legalistic spirit which ignores the context of the law’ (Kahn-Freund, 1974, 27). His work offers deep insights into both the internal and external relationships between different systems of labour law.

REFERENCES

- HEPPLE, B (ed.), *The Making of Labour Law in Europe: a comparative study of 9 countries up to 1945*, Mansell, London, 1986.
- HEPPLE, B, ‘Can Collective Labour Law Transplants Work? The South African Example’ 20 *Industrial Law Journal [South Africa]* 1 (1999).
- HEPPLE, B and VENEZIANI, B (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe: a comparative study of 15 countries 1945-2004*, Hart, Oxford, 2009.
- KAHN-FREUND, O, ‘On Uses and Abuses of Comparative Law’ 32 *Modern Law Review* 635 (1974).
- OJEDA AVILES, A. *Derecho Transnacional de Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- SCIARRA, S, *Labour Law in the Courts: national courts and the European Court of Justice* , Hart, Oxford, 2001.
- SCIARRA, S, ‘The “Making” of Labour Law and the “Future” of Labour Law’ in C.Barnard, S.Deakin and GS Morris (eds.), *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Sir Bob Hepple* , Hart, Oxford, 2004.
- TEUBNER, G, ‘Legal Irritants, How Unifying Law ends up in New Divergences’ in PA Hall and D.Soskice eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage* ,Oxford University Press, Oxford, 2001.
- WEISS, M, ‘Convergence and/or Divergence in Labour Law Systems? A European Law Perspective , 28 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 469 (2007).

AUGE Y DECLIVE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN VENEZUELA

Oscar Hernández Álvarez
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad Lisandro Alvarado de Barquisimeto (Venezuela)

1. INTRODUCCIÓN

Para mí es un grato honor el participar en una publicación en homenaje de Antonio Ojeda Avilés. De los maestros iuslaboralistas europeos, Ojeda Avilés es de los que más ha recorrido tierras americanas. Su recorrido no ha sido solo presencia física, en conferencias, congresos y cursos, sino mediante la difusión de su obra escrita y mediante fecundas iniciativas académicas, tanto en España como en América latina. El curso avanzado que todos los años se imparte en Sevilla es testimonio de su interés por el desarrollo del Derecho del Trabajo en nuestra región, adonde a Antonio se le conoce y se le quiere.

2. EL PROCESO DE FORMACIÓN Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN EL CONTEXTO HISTÓRICO VENEZOLANO

La historia republicana de la Venezuela del Siglo XIX se caracterizó por una sucesión de guerras civiles y de gobiernos caudillistas que impidieron un verdadero desarrollo democrático. La pacificación del país es llevada a cabo por una autocracia centralista impuesta militarmente por caudillos originarios de los Andes venezolanos. Esta autocracia gobernó el país desde 1898 hasta 1935, cuando fallece el dictador andino Juan Vicente Gómez. Fue después de su muerte, al producirse una moderada apertura democrática, cuando se pudo pensar en una regulación que estableciese derechos para los trabajadores y se comenzase a construir un sistema institucionalizado de relaciones de trabajo. En efecto, la primera Ley del Trabajo de efectiva vigencia se promulga en 1936 y a partir de ese año comienza el lento proceso de sindicalización de los trabajadores del país, que muy aisladas experiencias había tenido durante la dictadura gomecista.

El proceso de democratización conducido desde 1936 por un gobierno militar se desarrolló lentamente, con avances y retrocesos. Igual suerte corrió la libertad sindical y la aplicación de la Ley del trabajo. En 1941 tomó posesión del gobierno otro militar andino, el General Isaías Medina Angarita, quien reforzó la apertura democrática y facilitó el funcionamiento de las organizaciones sindicales. Sin embargo no atendió a las demandas para una mayor democratización y para la instauración de elecciones directas, lo cual favoreció un golpe de Estado auspiciado por una curiosa combinación de un emergente partido social demócrata (Acción Democrática) y de jóvenes militares descontentos.

El Gobierno nacido de este golpe, convocó a elecciones directas y favoreció un rápido avance en la democratización del país, especialmente en cuanto se refiere a las organizaciones sindicales, que tuvieron un vertiginoso crecimiento, al punto de que en ese período se incrementó notablemente la afiliación sindical y hubo un repunte importante de la negociación colectiva. Durante este período, que duró apenas tres años, hubo grandes progresos en la aplicación de la legislación laboral y en la jurisprudencia del trabajo. Pero el frágil entendimiento entre fuerzas progresistas y reaccionarias naufragó y a finales de 1948 se produjo un golpe de estado contra el Gobierno constitucional instaurado a principios de ese año. El país se vio nuevamente sometido a un gobierno militar represivo de la organización sindical que se mantuvo en el poder hasta inicios de 1958, cuando su derrocamiento a causa de una insurrección cívico militar, da lugar al inicio de un nuevo proceso de democratización.

En 1958 se inicia el proceso de consolidación del sistema democrático en Venezuela. En ese mismo año el movimiento sindical comienza a actuar en un marco de libertad sindical, a luchar por la aplicación efectiva y el desarrollo de la legislación laboral y a ejercer influencia en la vida política del país. La transición

hacia una democracia estable y pluralista se fundamentó en amplios pactos sociales. El Derecho del Trabajo venezolano se consolidó durante ese período. Las organizaciones sindicales lograron reconocimiento generalizado y relativa libertad de acción. La negociación colectiva tuvo un desarrollo importante comparado con el reducido espacio que ocupó en épocas anteriores. Las reformas legislativas aumentaron el nivel de protección a los trabajadores, incluso en los años noventa, durante los cuales en la región muchos países hicieron reformas flexibilizadoras.

La crisis del sistema político venezolano se evidencia a partir de 1989, cuando el intento del gobierno socialdemócrata de Carlos Andrés Pérez de aplicar planes de ajuste estructural inspirado en las orientaciones de los organismos financieros internacionales, produjo una violenta reacción popular cuya represión produjo centenares de muertos y generó la desestabilización gradual del sistema político y social venezolano, el cual, como hemos visto, se venía fundamentando en pactos sociales y económicos que se rompen, en la medida en que el Gobierno propone un modelo económico de inspiración neoliberal que es aceptado por los empresarios, pero que no tenía el consenso no sólo de los trabajadores, así como tampoco de los partidos políticos con representación parlamentaria, incluyendo el partido Acción Democrática al cual pertenecía el Presidente Pérez

El modelo político instaurado en 1958 con la caída de la dictadura fue experimentando un agotamiento que dio lugar a la profundización de una serie de deformaciones que lo fueron desvirtuando, tales como la corrupción, el clientelismo, la ineficacia en las políticas públicas, las fallas de representatividad dentro de los partidos políticos y de las organizaciones sociales, la pérdida de la mística y la ética de la función pública, etc.

En las elecciones de 1998 el descontento popular se manifestó mediante el triunfo del Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, quien había sido dirigente de una de las tentativas golpistas de 1992. El Presidente Chávez lideró un importante proceso de cambios que no se sustentó, como hicieron los precedentes gobiernos democráticos, en pactos de concertación social entre los diversos actores políticos, económicos y sociales. Por el contrario el mensaje electoral que lleva a Chávez al poder es de una abierta confrontación, el cual ha seguido siendo mantenido hasta la fecha por sus sucesores. Los mecanismos de cooperación tripartita y de consulta empleados anteriormente han sido abandonados, incluso aquellos que están legalmente establecidos, como es el caso de la fijación de salarios mínimos.

El país pasó de haber tenido un poderoso movimiento sindical durante décadas, expresado éste en la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) a la existencia de varias organizaciones obreras y gremiales, que se disputan ese liderazgo, pero que entre todas juntas no alcanzan el 10% de afiliación. La agenda política domina la acción de estas organizaciones, pero ninguna es capaz de conseguir un modesto aumento general de salarios, pues esta decisión la toma directamente el Ejecutivo Nacional. Pudiese sostenerse que existe un liderazgo

sindical tradicional desenchajado del presente histórico, sin agenda social, sin capacidad de convocatoria y, por la otra, un conjunto de fuerzas sindicales emergentes que tienen como característica fundamental la de organizarse alrededor de un proyecto político, el denominado Proyecto Bolivariano auspiciado por el gobierno del Presidente Chávez y su sucesor en la conducción del gobierno.

No obstante los esfuerzos realizados y la proliferación de sindicatos chavistas de base, el Gobierno no ha logrado consolidar una fuerte estructura sindical que le sirva de apoyo. Los intentos realizados han visto comprometido su éxito por rencillas internas y por los obstáculos que el gobierno pone a la negociación colectiva en el sector público, aun en los casos en que ésta es promovida por sindicatos afines.

Desde el punto de vista empresarial se puede destacar, por una parte, la abierta y constante confrontación entre el Gobierno y las organizaciones empresarias tradicionales. Por otra parte, se puede destacar la existencia de grupos de empresarios que suscriben la idea del Proyecto Bolivariano y que han planteado una ruptura con la central empresarial tradicional (Fedecámaras), dando nacimiento a dos organizaciones pro oficialistas, que no han logrado sustituir la central tradicional, la cual ha dejado de jugar un papel importante como interlocutor social.

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3.1 Características generales de la negociación colectiva

Dado que el modelo sindical predominante es el sindicato de empresa, lógicamente el modelo de negociación colectiva predominante es el de la negociación a nivel de empresa. La negociación colectiva centralizada por rama de actividad económica es muy reducida en cuanto al número de convenciones, pero existen varias convenciones colectivas centralizadas por rama de actividad (petróleo, construcción, funcionarios públicos, educación) que en su conjunto comprenden un importante número de beneficiarios.

El modelo predominante en la práctica de negociación es el de naturaleza estática, en el cual, una vez que han llegado a un acuerdo, las partes no vuelven a negociar sino para la renovación del mismo al vencimiento de su término de duración. Sin embargo, en años recientes, la promulgación de decretos gubernamentales aumentando el salario mínimo, al presionar sobre el resto de las escalas salariales vigentes, ha determinado que, aun durante la vigencia de una convención colectiva, las partes se vean en la necesidad de negociar ajustes salariales.

Se trata de una negociación altamente procedimentalizada y con intervención de la Administración del Trabajo, ante la cual las partes deben tramitar la negociación si quieren que el resultado de la misma cumpla con los efectos obligatorios que la Ley prevé. En el caso de la negociación por empresas las partes pueden tener la

iniciativa de convocar a la negociación ante la Inspectoría del trabajo y, una vez iniciada la misma, pueden llevarla a cabo en esa sede o celebrarla en una sede privada, informando al Inspector del Trabajo del avance de los resultados y consignando ante el mismo los resultados finales para que sean homologados, sin lo cual la convención acordada carece de efectos legales. Cuando se trata de una negociación colectiva centralizada, la convocatoria debe ser hecha por la Administración del Trabajo, en presencia de la cual debe tramitarse toda la negociación.

Los temas que informan la agenda de negociación y los contenidos de los acuerdos suelen ser muy homogéneos y tradicionales. La mayor parte de las convenciones colectivas norman sobre los mismos aspectos, destinados por una parte, a lograr una mejor distribución de la renta empresarial, estableciendo aumentos salariales y mayores niveles en los beneficios legales y, por la otra, acordando algunos beneficios sociales, generalmente limitados, a los trabajadores y algunas ventajas al sindicato.

3.2 Auge y declive de la negociación colectiva en Venezuela

En los años siguientes al derrocamiento de la dictadura militar en 1958 la negociación colectiva experimentó una notable expansión. Llegando a amparar a casi el cuarenta por ciento de la población económicamente activa, porcentaje muy por encima del promedio latinoamericano, solamente comparable al de otros países con gran tradición en negociación colectiva como Argentina y Brasil.

Esta cobertura ha venido reduciéndose en los últimos años. Según las estadísticas del Ministerio del Trabajo, de alrededor de dos mil convenciones colectivas que se firmaban anualmente de la década del setenta, se ha pasado en el presente siglo a un número de convenios negociados que ha oscilado entre un mínimo de 360 -año 2009- y un tope de 680 -año 2007-.

3.3 Causas del declive de la negociación colectiva en Venezuela

El declive de la negociación colectiva en Venezuela obedece, a mi juicio a tres causas fundamentales.

a) Causas atinentes a los cambios ocurridos en el mundo sindical.

Anteriormente se señaló que el movimiento sindical venezolano que durante décadas había tenido su más fuerte exponente en la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), hoy aparece diseminado en la existencia de varias organizaciones obreras y gremiales, que se disputan ese liderazgo, pero que entre todas juntas no alcanzan el 10% de afiliación. En las distintas expresiones del movimiento sindical venezolano de hoy, la agenda política priva sobre la agenda social y se ha perdido mucho de la capacidad de convocatoria y de negociación que se había adquirido durante la última etapa democrática, anteriormente descrita.

- b) Causas atinentes a las limitaciones que la Ley establece con motivo de las normas sobre elecciones sindicales.

La LOTTT requiere que para llevar a cabo negociaciones colectivas, las organizaciones sindicales deben tener la “junta directiva dentro de su período estatutario” (Art. 437). La ley prevé una importante participación del Consejo Nacional Electoral (organismo estatal encargado de la celebración de las elecciones políticas), lo cual ha dificultado a muchos sindicatos el ejercicio de su derecho a la negociación colectiva, dando lugar a convenciones colectivas con varios años de vencidas sin que puedan haber sido renovadas, por falta de autoridad sindical competente. Al establecer que la obligación de negociar que corresponde al patrono no existirá si la junta directiva de la organización sindical no estuviese dentro de su período estatutario, se ha creado la figura de la “mora electoral”, la cual ha dado lugar a un importante represamiento de las negociaciones colectivas

- c) Causas atinentes a la mora en la negociación colectiva del sector público.

El procedimiento de negociación previsto por la LOTTT para el sector público tiene la particularidad de que su orientación depende de entes que no están presentes en la mesa de negociación, cuales son el Presidente de la República y el Ministerio de Planificación, lo cual dificulta la negociación y, en muchos casos, determina su paralización.

En 1992 se celebró la primera convención colectiva marco de los funcionarios de la Administración Pública Nacional, con vigencia de dos años. Luego se celebró una segunda convención marco para el período 1997-1999, una tercera para el período 2000-2002 y, finalmente, una cuarta para el período 2003-2005. Las convenciones colectivas marco contienen las normas convencionales generales servicio de la administración pública nacional. Así, la última convención colectiva marco está vencida desde hace nueve años y, no obstante la permanente insistencia sindical, no ha sido posible instalar las negociaciones tendientes a su renovación

La mora en la negociación colectiva en el sector público, influye mucho en el declive de la negociación colectiva en Venezuela, pues la mayoría de los trabajadores beneficiarios de la negociación colectiva en el país se encontraba en sector público.

4. PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL EN VENEZUELA

Los órganos de control de la O. I .T. han venido haciendo reiterados pronunciamientos en cuanto a la contradicción entre algunas normas legislativas venezolanas y los convenios internacionales del trabajo en materia de libertad

sindical y específicamente en cuanto al entorpecimiento de la negociación colectiva con motivo de las exigencias de la legislación en materia de elecciones sindicales y en cuanto al requisito de homologación por parte del Ministerio del Trabajo para que la convención colectiva tenga vigencia.

Así, en el informe de 2010 la Comisión de Expertos dijo: “La Comisión observa que las mismas normas (se refiere a las normas legislativas venezolanas sobre elecciones sindicales) reglamentan minuciosamente las elecciones sindicales y otorgan un papel importante al Consejo Nacional Electoral, otorgándole nuevamente el conocimiento de los recursos que presenten los trabajadores o “el trabajador interesado”. La Comisión concluye que las nuevas normas que rigen las elecciones sindicales no sólo violan el artículo 3 del Convenio (se refiere al convenio núm., 87 sobre libertad sindical) en virtud del cual la reglamentación de las mismas corresponde a los estatutos sindicales, sino que permite que el recurso de un trabajador paralice la proclamación de las elecciones, lo cual se presta a ingerencias antisindicales de todo tipo”.

Por otra parte, en infracción del principio de autonomía sindical el texto de la ley mantiene además el principio de que la mora electoral (incluso en el marco de recursos ante el CNE) que inhabilita a las organizaciones sindicales en mora para la negociación colectiva;..”

La Comisión observa Negociación libre y voluntaria. Artículo 4 del Convenio. Que el artículo 449 de la LOTTT dispone que «la discusión de un proyecto de negociación colectiva se realizará en presencia de un funcionario o una funcionaria del trabajo, quien presidirá las reuniones». La Comisión considera que dicha presencia da lugar a injerencias en las negociaciones entre las partes y es en consecuencia contraria a los principios de negociación libre y voluntaria y de autonomía de las partes. La Comisión destaca la importancia de que se modifique esta disposición para ponerla en plena conformidad con los principios mencionados y pide al Gobierno que indique las medidas tomadas o previstas a este respecto.

Además, la Comisión toma nota de que el artículo 450 relativo al depósito de la convención colectiva dispone que «el Inspector o la Inspectora del Trabajo verificará su conformidad con las normas de orden público que rigen la materia, a efecto de impartir la homologación». Asimismo, el artículo 451 relativo a la obtención de homologación dispone que «si el Inspector o la Inspectora del Trabajo lo estimare procedente, en lugar de la homologación, podrá indicar a las partes las observaciones y recomendaciones que procedan, las cuales deberán ser subsanadas dentro de los quince días hábiles siguientes». La Comisión recuerda que de manera general subordinar la entrada en vigor de los convenios colectivos suscritos por las partes a su homologación por las autoridades es contrario a los principios de la negociación colectiva establecidas en el Convenio núm. 98. La Comisión considera que las disposiciones de esta índole son compatibles con el

Convenio a condición de que el rechazo de la aprobación se limite a aquellos casos en que la convención colectiva presente vicios de forma o no se ajusta a las normas mínimas establecidas por la legislación general del trabajo. La Comisión pide al Gobierno que facilite precisiones sobre el alcance de los artículos 450 y 451.

Por su parte el Comité de Libertad Sindical de la O. I. T. observó: "...el Comité lamenta que el gobierno justifica esa negativa" (la de negociar colectivamente con unas federaciones sindicales) "por encontrarse ambas federaciones en situación de "mora electoral" desde 2006 ya que no han consignado pruebas de un proceso de elección de junta directiva desde ese año. El Comité desea señalar que a este respecto ha criticado reiteradamente la intervención del Consejo Nacional Electoral (que no es un órgano judicial), en las elecciones de juntas directivas de las organizaciones sindicales. En diferentes casos anteriores, el Comité ha podido comprobar como ese órgano y sus procedimientos paralizan el resultado de las elecciones sindicales hasta tanto que se resuelvan largos recursos de resultado incierto, y que este tipo de intervenciones ha incidido negativamente en organizaciones afiliadas a la C.T.V.; por ello, no es de extrañar que estas organizaciones sindicales repudien el sistema electoral que tutela el Consejo Nacional Electoral que, por otra parte, ha sido enérgicamente objetado en tanto que contrario al artículo 3 del Convenio num. 87, no solo por el Comité de Libertad Sindical, sino también por la Comisión de Expertos y por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia."

EL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE COMO LIMITE A LAS FACULTADES EMPRESARIALES DE GESTIÓN DE PLANTILLAS

María Teresa Igartua Miró

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Discípula de Antonio Ojeda Avilés

1. EL INCREMENTO DE LOS PODERES EMPRESARIALES COMO SEÑA DE IDENTIDAD DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES

Huelga casi recordar que una de las señas de identidad de las últimas reformas laborales, buscando elevar las dosis de flexibilidad, es el incremento de los poderes del empresario para adoptar decisiones atinentes a las condiciones de desarrollo del trabajo. A todas luces el empresario se rearma y asume un amplio espacio de decisión en orden a la gestión de la mano de obra o adquiere un amplio espectro de facultades (Megino Fernández, 2012, 73), a costa evidentemente de derechos logrados por los trabajadores en el curso de los últimos treinta años. Circunstancia tan palpable que se ha llegado a hablar de encumbramiento de la decisión unilateral del empresario como fuente principal de determinación de reglas sobre el trabajo (Baylos Grau, 2012, 11).

Si en las reformas del bienio 2010-2011 se había apreciado un claro giro desde la flexibilidad (o flexiseguridad, si a estas alturas esta expresión tiene aún algún atisbo de credibilidad) impuesta hacia la flexibilidad negociada, al menos en la llamada flexibilidad interna, el cambio es notorio en la reforma 2012. Aquí de forma patente desaparece el interés por la fórmula negociada, borrada incluso de la rúbrica del capítulo dedicado a esta materia, para centrarse en las potestades unilaterales del empresario. Se aprecia una clara inclinación de la balanza hacia el lado empresarial, que tiene ahora una capacidad mucho mayor para alterar, casi siempre a la baja, las principales condiciones que rigen la relación laboral. Se difumina hasta extremos llamativos la finalidad reequilibradora de las posiciones de las partes, para marcar un relevante desequilibrio que perjudica, como es notorio, a los trabajadores y que da muestra de una reforma que camina en una única dirección, como puede constatarse en el articulado de la norma a pesar de la declaración contenida en la EM Ley 3/2012 relativa a que la reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo. Equilibrio difícil de percibir en una norma claramente escorada hacia los intereses económicos y empresariales, realzando determinados rasgos característicos del nuevo Derecho laboral consolidado en los últimos veinticinco años que refuerzan tal afirmación: ampliación de los poderes directivos y organizativos, relajación del carácter tuitivo, protección de la competitividad y la posición empresarial en el mercado y, en particular, mayor defensa del empleo que del propio trabajador.

Siendo numerosos los ejemplos de esta tendencia, vamos a referirnos conjuntamente a los distintos procedimientos de decisión “colectiva” regulados en la norma. Esto es, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada (con independencia del número de trabajadores afectados y de la empresa ex art. 47 ET), despido colectivo e inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo. Como es tradicional en este campo, se marcan las distancias entre las alteraciones o modificaciones de carácter individual y las colectivas, en función del número de trabajadores afectados. A partir de aquí, la intervención de los trabajadores y/o sus representantes es mínima en el campo individual y algo más incisiva en el colectivo, aunque se aprecia una notable ampliación de las posibilidades de modificación unilateral de condiciones de trabajo (incluida la cuantía salarial, motor de los distintos movimientos de reforma) previstas en instrumentos colectivos a favor del empresario.

En relación con las modificaciones sustanciales, resulta patente el ensanchamiento del ámbito de actuación del empresario en la propia distinción individual-colectivo, puesto que al girar únicamente sobre el aspecto numérico, modificaciones que, en función de su origen, son colectivas “per se”, podrán ser acordadas por decisión unilateral del empresario comunicada pero no negociada con los representantes, cuando tales modificaciones afecten a un número de trabajadores inferior al legalmente señalado (Roqueta Buj, 2012, 121).

En tales supuestos, con las precisiones que haremos a lo largo de estas breves páginas, el procedimiento gira en torno a un único elemento: deben ir precedidos por un preceptivo período de consultas con los representantes de los trabajadores. Sin necesidad de entrar a analizar los requisitos concretos de dicho período (duración, sujetos legitimados, actuación en caso de desavenencias o falta de acuerdo, aspectos con ciertos matices en algunos casos) sí es interesante cuestionarse a qué se hace referencia, esto es, si estamos ante el mero intercambio de información y la obligación de ventilar un informe por parte de la representación de los trabajadores o ante un auténtico deber de negociar cuya transgresión acarrea la nulidad. De la interpretación que demos al deber de negociar, de lo exigible durante su desarrollo y, de manera especial, del alcance de la regla de la buena fe que debe presidir su desenvolvimiento, dependerá que se exija efectivamente que los trabajadores tengan un papel crucial en este campo y que su intervención pueda llegar a limitar de modo real los poderes empresariales.

2. ANFIBOLOGÍA DEL TÉRMINO <<PERÍODO DE CONSULTAS>> Y EXISTENCIA DE UN VERDADERO DEBER DE NEGOCIAR

A la vista de la regulación legal de los procedimientos que nos ocupan, aun cuando el legislador hace referencia al desarrollo de un período de consultas, en puridad viene a imponer un verdadero proceso de negociación con vistas a alcanzar un acuerdo. Por tanto, a pesar de la desafortunada utilización del término período de consultas que puede conducir a equívocos, estamos lejos de la tradicional consulta consistente en recabar el parecer de la contraparte y la emisión del preceptivo informe con carácter previo a la decisión empresarial (Sobre esta cuestión, en relación al calendario laboral puede verse la STS 17 mayo 2011, nº rec. 147/2010). Hasta tal extremo esto es así que en normas posteriores, así en el preámbulo del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE de 30 de octubre), se usan expresiones tan llamativas como que el procedimiento consiste en la “*negociación*” de un período de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores en relación con las diversas medidas laborales. Ya en su texto (art. 7.1), de manera mucho más precisa afirma que el período de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Para algunos autores, con carácter general la consulta conlleva el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo incluyendo, en su caso, la emisión de un informe, pudiendo implicar también el deber de negociar de buena fe, aunque no el deber de llegar a un acuerdo, por lo que la decisión sigue siendo del empresario (Preciado Domènech, 2012, 16). Del alcance, por tanto, de este deber de negociar y del rigor con que se exija va a depender, obviamente, el carácter omnímodo o no

del poder empresarial. Muy crítico, algún autor afirma que la cuestión es especialmente grave en los despidos colectivos donde la norma ha eliminado el requisito legal de la negociación colectiva con los representantes, rebajándolo a un proceso de consultas que no condiciona la decisión empresarial sin que además se prevea la función arbitral ni el control real de los despidos por la autoridad laboral (Baylos Grau, A., 2012, 16).

La postura de los tribunales es bastante tajante. Como muestra baste traer a colación la SAN 22 julio 2011 (nº rec. 140/2011) que, en relación al período de consultas regulado en el art. 41.4 ET, considera que estamos ante una auténtica negociación, que no se cubre por el simple cumplimiento de trámites formales en los que no exista ni intención ni búsqueda de las vías de acuerdo y consenso, siendo exigible dotar de contenido material a dicha negociación, porque la inteligencia del precepto no se colma mediante un mero formalismo, debiendo entenderse que el período de consultas no puede reducirse a un simple dar y/o pedir un parecer, sino que se concibe por la Ley como un medio para alcanzar un acuerdo al que se ajusten las modificaciones que finalmente se produzcan. Ello conlleva que deba realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta.

Todo ello supone que, dejando a un lado los requisitos específicos para iniciar el proceso negociador o la negativa a negociar, el desarrollo del período de consultas debe ajustarse a lo previsto por el art. 89.1 ET, que impone un deber de negociar que no incluye en modo alguno el deber de convenir o de alcanzar un acuerdo, planteamiento que no resultaría acorde con el respeto de la autonomía colectiva y el derecho a la negociación colectiva previsto en el art 37.1 CE. Con reiteración ha señalado el TS que el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos o infructuosa (SSTS 9 febrero 2010, nº rec. 112/2009 y 20 mayo 2013, nº rec. 258/2011). O, como señala de forma escueta la STS 26 mayo 2009 (nº rec. 116/2007), no impone que se tenga éxito en la negociación.

Pues bien, partiendo de este verdadero deber imperativo para ambas partes, la necesidad de precisar su alcance, unida a la exigencia de una información exhaustiva y completa que permita a los trabajadores asumir su papel en el desarrollo de las consultas, han provocado tanto diversos pronunciamientos judiciales como la intervención del legislador, plasmada con claridad en el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto) que, entre otras materias, en su capítulo IV reforma distintos aspectos en relación con la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar en representación de los trabajadores como interlocutores ante la dirección de la empresa en los mencionados períodos de consultas. Asimismo, el art. 51 ET en lo referido a la información que

debe facilitar la empresa con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica en la delimitación de los supuestos de declaración de nulidad del despido colectivo por falta de entrega de la documentación preceptiva. Por su parte, ya el RD 1483/2012 fija entre sus principales objetivos garantizar la efectividad del período de consultas, que cobra una importancia de primer orden en la nueva regulación una vez eliminada la autorización administrativa previa.

3. EL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE Y SU ALCANCE: TRANSGRESIÓN Y NULIDAD DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL

Pese a que, como hemos indicado, no hemos de entrar en el estudio detallado de los requisitos legales atinentes al período de consultas, sí conviene hacer unas observaciones generales en relación a los mismos. Ello se justifica porque cabe apreciar una serie de rasgos en la norma que unidos a los planteamientos defendidos por la patronal y el claro carácter sesgado de la reforma, han propiciado prácticas empresariales de negociación que en modo alguno se ajustan al patrón impuesto por el legislador. Antes es conveniente destacar que, en especial en relación con los despidos colectivos, existe bastante unanimidad doctrinal a la hora de señalar que mientras el sistema anterior favorecía la negociación entre representantes de los trabajadores y empresarios (Preciado Domènech, 2012, 101), la desaparición de la autorización administrativa y la asignación al empresario de la potestad de decidir unilateralmente ha mermado bastante el poder negociador de los trabajadores. Incluso la desaparición de la posibilidad de la autoridad laboral de suspender durante seis meses la decisión empresarial de traslado, acaba ya con la pequeña medida de presión que existía para que la empresa intentara llegar a un acuerdo con los representantes, ya que ahora la decisión empresarial será siempre inmediatamente ejecutiva (Toscani Giménez, 2012, 53). Ahora bien, ello no permite deducir que el período de consultas sea un mero trámite formal, más bien todo lo contrario, hay que destacar que el procedimiento gira en torno al mismo y que ambas partes deberían concentrar los esfuerzos en la negociación y en dar cumplimiento a los requisitos y al contenido establecido por el legislador, en especial, al intento de minimizar sus efectos o de buscar medidas alternativas.

A intentar rebatir aquella desatinada posición han venido los tribunales, manifestando de forma indubitada tanto el carácter preceptivo del período como exigiendo su correcto desenvolvimiento, incluido, el deber de negociar de buena fe. Estamos (por todas, STSJ Madrid 30 mayo 2012, AS 1672) ante un verdadero proceso negociador caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcciones de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un ERE con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones.

Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe. En la misma línea, se ha señalado que si del lado empresarial alguien pensó en el ordeno e impongo como consecuencia de la Reforma laboral es por pura ignorancia o conveniencia (Sempere Navarro, 2012, 30). En el lado contrario parece situarse el profesor Baylos para quien estos procedimientos se constituyen como puros requisitos decorativos, puesto que la norma entroniza un principio de unilateralidad del empresario en la modificación de condiciones de trabajo (Baylos Grau, 2012, 22).

Entrando en los requisitos legales del período a los efectos señalados, el más destacable sería el atinente a la disminución de su duración (máximo de quince días naturales para traslados, modificaciones sustanciales, descuelgue y despido colectivo en empresas de menos de cincuenta trabajadores, o de treinta en el resto de despidos colectivos). Si la finalidad de simplificación y agilización del proceso es patente, ha podido conducir a cierto equívoco sobre su verdadera naturaleza. A pesar de lo exiguo del plazo, el legislador impone un verdadero deber de intercambio de informaciones y de posiciones y un intento serio y leal de ceder en las propias posiciones para poder alcanzar el acuerdo y no un trámite de consulta meramente formal que pueda ventilarse, sin más, trasladando cierta información a la otra parte y demostrando que la decisión está tomada de antemano sin contar con las opiniones de los representantes de los trabajadores (así lo sostiene de forma tajante la SAN 22 julio 2011 (nº rec. 140/2011), en relación con el deber de negociar de buena fe impuesto por el art. 41.4 ET, incumbiendo a la empresa la carga de probar que efectivamente ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentado este requisito).

La configuración como un plazo máximo, que entendemos resultaría ampliable por voluntad conjunta de las partes, puesto que nada lo impide en la regulación legal, no afecta en absoluto al deber de buena fe que se exige a los negociadores, en los términos tradicionalmente entendidos por los tribunales y, de suyo, su mero transcurso no implica el cumplimiento del período de consultas (Gutiérrez Pérez, 2012, 224). La brevedad del plazo no escapa a nadie, en especial si se sustituye por un procedimiento de solución extrajudicial y puede obedecer a que el empresario aun a falta de acuerdo puede imponer su decisión (Toscani Giménez, 2012, 52).

En segundo lugar, el legislador ha sido parco al regular las condiciones de desenvolvimiento del período, huyendo del intervencionismo excesivo, optando por no imponer un número mínimo de reuniones a celebrar, ni su contenido o duración, frecuencia, lugar de celebración o la forma de intercambio de las informaciones. Rasgo que igualmente ha podido provocar un entendimiento erróneo, ciertamente interesado, de lo exigido por el legislador, llevando a los tribunales a censurar determinadas prácticas empresariales, siendo rigurosos a la hora de exigir un traspaso de información completo y efectivo que permita a los representantes

ejercer su derecho a la negociación Para el TS, aun cuando en el precepto legal no se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas, habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial, y puedan participar en la conformación de la misma aportando sus propuestas o mostrando su rechazo (vid. SSTs 30 de junio 2011, nº rec. 173/2010 y 16 noviembre 2012, nº rec. 236/2011).

En el caso concreto de los despidos colectivos o la suspensión-reducción de jornada, el RD 1483/2012 ha venido a especificar esta materia. Así, a fin de garantizar la efectividad del período de consultas, verdadera esencia del procedimiento, regula el número mínimo de reuniones de dicho período que varía en función del tamaño de la empresa y los intervalos mínimos y máximos entre reuniones, aunque las partes pueden acordar otra cosa. No obstante, para imprimir celeridad al procedimiento sin merma de su confianza, se estipula que el período de consultas se entenderá celebrado en todo caso cuando se alcance un acuerdo entre las partes, aunque también podrán darlo por finalizado por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral. Resulta evidente que el número de reuniones y su desarrollo cobran una importancia primordial como vemos en la SAN 15 octubre 2012 (nº rec. 162/2012), donde se estima la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo en tanto consta probado que la empresa notificó a los trabajadores su despido cuando aún no había finalizado el período de consultas. En concreto, lo hizo cuando tan sólo habían tenido lugar dos de las cuatro reuniones de dicho período, y dado que en la primera únicamente se entregó la documentación a los representantes de los trabajadores pero no se sustanció negociación alguna, en realidad la empresa adoptó su decisión tras un único intento negociador. Esto desvela que los argumentos y alternativas ofrecidos por los representantes de los trabajadores a partir de entonces no fueron realmente escuchados, limitándose la empresa a buscar argumentos lógicos que justificaran adecuadamente su negativa a mover su posición.

Al margen de estos mínimos legales, disponibles como hemos visto, hemos de tener presente que los tribunales consideran que el deber de buena fe no puede suponer, en ningún modo, que deban cumplimentarse exigencias formalistas exorbitantes, porque lo importante es que se haya producido efectivamente negociación de buena fe, no pudiendo cuestionarse su validez por el simple hecho de que se alcanzara acuerdo el primer día de la negociación (STSJ La Rioja 28 enero 2010, AS 1317) o cuando se constata que, una vez concluida la negociación sin acuerdo con algunos sindicatos minoritarios, se redacta el acuerdo entre la empresa y los sindicatos firmantes mayoritarios y que el cambio del orden del día en la reunión inicial, promovido por la empresa, no supone una quiebra mecánica de la buena fe negociadora, cuando se acredita la aportación de información suficiente así como la producción de múltiples negociaciones posteriores (vid. SAN 22 julio 2011, nº rec. 140/2011). Entre otros rasgos, el deber de buena fe exige ser coherentes con las posiciones planteadas, es contrario a los engaños, implica un esfuerzo sincero

de aproximación de posturas y dotar de contenido real las reuniones. Sin embargo, no conlleva reanudar las conversaciones una vez finalizadas ni negociar indefinidamente ni mantener en todo momento las ofertas hechas durante las consultas que no hubieran sido objeto de acuerdo (Preciado Domènech, 2012, 108).

En relación con el contenido de la negociación, con carácter general, únicamente se especifica que el período de consultas versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Para el caso del despido colectivo, según el art. 7 RD 1483/2012, la consulta deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Regulación que podría ser ampliada por las partes negociadoras, extendiéndola a aspectos como las causas motivadoras del expediente o las medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial (que antes se integraban en el contenido de la consulta).

En esta línea, para la STS 20 marzo 2013 (nº rec. 81/2012) que declara la nulidad del despido colectivo, no se produjo un planteamiento formal o negociación sobre las posibilidades existentes para reducir o evitar los efectos del expediente de regulación de empleo, siendo la posición de la empresa la misma a lo largo de las reuniones en cuanto a su decisión inicial de proceder a la extinción colectiva y el abono de la indemnización legalmente prevista para tales supuestos. Inmovilidad de la empresa en su planteamiento que, unida a su conducta omisiva en la aportación de la documentación mínima y la desinformación, impiden que exista un verdadero período de consultas, privándolo realmente de contenido, otorgándole la condición de lo que la sentencia recurrida (STSJ Madrid 30 mayo 2012) califica por parte de la empresa de mera intención de cumplimentar un trámite formal. En sentido contrario, la STS 27 mayo 2013 (nº rec. 78/2012), desestima la nulidad del despido, por entender que la empresa sí cumplió los requisitos propios del período consultas. Aunque parte de la innegable generalidad de la exigencia legal de negociar de buena fe, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y, menos aún, a las conductas que pudieran vulnerarlo, entiende que es clara especificación del art. 1258 Cc y de la buena fe negociada prevista en el art. 89.1 ET. Así, la existencia de propuestas y contrapropuestas de los asistentes, e incluso una queja del Sindicato USTG presente en las reuniones a CCOO para que busque alternativas al expediente y no sólo oposición a los documentos aportados, es significativa de que las consultas existieron y la ausencia de acuerdo nada significa porque la norma obliga a negociar pero no a pactar.

De otras sentencias también se colige con facilidad que para los tribunales se considera indicativo de la existencia de buena fe los intentos reiterados de lograr

un acuerdo y las mejoras de la propuesta inicial, la facilitación de información verbal y documental, en especial si la parte social no hace contrapropuesta alguna ni acepta el debate (por todas, vid. STS 4 noviembre 2010, nº rec. 193/2009).

En el caso del despido colectivo cierta garantía podría suponer el papel de la autoridad laboral de velar por la efectividad del período, estando facultada para remitir advertencias y recomendaciones a las partes implicadas. Rol que seguramente no va a garantizar en la práctica la efectividad de las consultas y, que, sin embargo, supone un excesivo intervencionismo y gran carga de trabajo (Sempere Navarro, 2012, 27).

A lo anterior habría que añadir que, en un clima de favor por los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, la configuración del período de consultas, aunque no es novedosa de la Ley 3/2012, como sustituible (aunque en puridad no habría tal sustitución en especial en la mediación; Del Rey Guanter, 2010, 169) por un procedimiento de solución extrajudicial en el mismo plazo indicado, también puede haber inducido a prácticas desviadas en el marco de la negociación.

Para finalizar, como es bien sabido, otra seña de la ampliación de las facultades empresariales radica en que una vez concluido el período de consultas sin acuerdo se abre la vía a la decisión unilateral por parte del empresario en todos los casos, con la clara excepción de la exigencia de acuerdo y la previsión específica, en su defecto, del recurso a los procedimientos de solución de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales o del recurso a la CCNCC, incluyendo la posible intervención de un árbitro (procedimiento que atenta contra la negociación colectiva según Preciado Domènech, 2012, 119), en el caso de inaplicación salarial o de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo del Título III de conformidad con lo regulado en el art. 82.3 ET. Este planteamiento, del que se desprende la clara posición de desequilibrio entre las partes consagrada con la reforma legal (Baylos Grau, 2012, 21; Merino Segovia, 2012, 377), como es lógico, también ha conllevado la expansión de la creencia en las facultades omnímodas del empresario y en la extensión de la concepción del período de consultas como un mero trámite formal, al estilo de las típicas consultas preceptivas pero no vinculantes que abundan en nuestro ordenamiento, que suelen conllevar, transgrediendo también aquí el espíritu de la norma, que se soliciten los informes a los representantes pero que ni siquiera se espere a obtener su respuesta para proceder a adoptar las decisiones consultadas.

BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, A., “La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012”, BAYLOS GRAU, A. (Coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012.

- DEL REY GUANTER, S., “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales* 107/2010.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “La flexibilidad interna y externa negociada: el papel de los representantes de los trabajadores en materia de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue salarial y despido colectivo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, M. (Coords.), *El nuevo Derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2012.
- MEGINO FERNÁNDEZ, D., *Implicaciones y efectos de la reforma laboral de 2012. ¿Un paso adelante hacia el desmantelamiento del Derecho del Trabajo contemporáneo?*, Ediciones CEF, Madrid, 2012.
- MERINO SEGOVIA, A., “Sentido y alcance de las reformas de 2012: nuevos (des)equilibrios entre los distintos instrumentos de la autonomía negociada”, BAYLOS GRAU, A. (Coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- ROQUETA BUJ, R., “La flexibilidad interna”, BLASCO PELLICER, A. et alri, *La Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Nulidad y fraude en los nuevos despidos colectivos”, *Aranzadi Doctrinal* n° 6, 2012.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de jornada tras la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012.

DECENTRALISATION OF COLLECTIVE BARGAINING AND THE FINANCIAL CRISIS

Antoine Jacobs

*Emeritus Professor of Labour Law, Social Security Law and
Social Policy*

University of Tilburg, The Netherlands

1. INTRODUCTION

In the past I had the pleasure to write together with Antonio Ojeda-Aviles a contribution in a study commanded by the European Trade Union Institute on a Legal Framework for European Industrial Relations (Jacobs/Ojeda-Aviles, 1999, p. 57-75). We wrote about the European Social Dialogue. If the European Social Dialogue is successful, it produces agreements on labour market topics at cross-sectoral or sectoral level with a Europe-wide dimension. These are unmistakably highly centralised forms of collective bargaining. In the circa 20 years of existence of the European Social Dialogue yearly less than one such European agreements could be concluded. This side of Social Europe must be contrasted with its flipside: the increasing decentralisation of collective bargaining across the EU.

In the first decades after the Second World War in the European countries a variety of more or less centralised collective bargaining systems have emerged (Jacobs, 2009, p. 208-209). Since the 1980s a number of countries such as The Netherlands, Denmark and Sweden gave up their very centralised system (with much cross-sectoral bargaining), but they maintained strong sectoral bargaining systems. The United Kingdom saw the implosion of its sectoral bargaining (Bercusson/Ryan, 2005). Belgium and France maintained their multilayer collective bargaining.

The first decade of this century saw a further range of developments towards greater decentralisation.

In Germany the idea of “Bündnisse für Arbeit” was born (Blanke/Rose, 2005). These are agreements with works’ councils, largely about wages and working hours, which often deviate in an unfavourable way (*in peius*) from the sector-level collective agreement in exchange for promises of the employer to maintain jobs. They are either fitting within the existing opening clauses in the sector-level collective agreements and/or they are subsequently ratified by the trade unions which have negotiated the sector-level collective agreement.

In Denmark were the system offered already substantial flexibility to cope with cases of severe economic problems of specific enterprises, in 2000 so-called Pilot Schemes were introduced which made it possible for company agreements to disregard also *in peius* several chapters (e.g. working hours) of the sector-level agreement. Since 2004 this may even take place without the requirement of the sector-level parties’ control and endorsement (Ilsoe, 2010, p. 97-98).

In France the law has been changed in 2004 to provide that company agreements not only can adapt and supplement with new or more favourable clauses the higher/broader collective agreements. They may also derogate from such agreements, unless such derogations are expressly forbidden in the higher/broader agreement. However, this possibility of derogation is not open on the minimum wages, as well as on a few other items (Vigneau/Sobczak, 2005). In 2008 it was added that the company agreement may also adapt wage increases laid down in higher/broader collective agreement, provided the increase of the salary mass is at least equal to that in the higher/broader collective agreement and hierarchical minimum wages are respected. In reality the main subject of the derogations are working hours. It seems that this possibility is only rarely used.

In 2013 the possibility of “accords de maintien de l’emploi” was created according to which at company level during 2 years within certain limits derogations may be made from labour laws and collective bargaining at higher/broader level if the company is in serious troubles because of the economic conjuncture.

Contrary to these developments the Mediterranean Member States (Spain, Portugal, Italy and Greece) had maintained a system of labour relations marked by a

long tradition of well-established sectoral bargaining structures, whereas Ireland and Romania were characterised by a comparatively high level of bargaining centralisation at cross-sectoral level. However, also these Member States have come under pressure to decentralise collective bargaining. This time the pressure has been the product of the emerging European Economic Governance, exercised by the European Council, often together with the European Commission, the European Central Bank and the International Monetary Fund (the so-called Troika). The Council by way of Country-Specific Recommendations and the Troika by way of concluding Memorandums of Understanding with debtor Member States are inciting the States to overcome all the rigidities that hamper the downward flexibility of wages. They are pointing to the system of collective bargaining which is more rigid the more collective bargaining is centralised. They therefore advocate decentralisation and reform of the systems of collective bargaining. Sometimes they even make no secret of their aim to reduce the wage-setting power of trade unions (Schulten/Müller, 2013).

Since the beginning of the banking crisis the so-called debtor Member States have seen their centralised system imploding, quite often by the pressures of these actors of “the new European Economic Governance”.

Ireland (O’Kelly 2010; Doherty, 2011) and Romania (Ciutacu, 2011; Triff, 2013) have experienced an almost complete breakdown of cross-sectoral collective agreements in recent years.

Spain (Meardi, 2012), Portugal, Greece (Voskeritsian/Kornelakis, 2011) and Italy have seen a hollowing out of existing systems of collective bargaining by various legislative measures:

- Portugal (Naumann, 2012), Italy (Tomasetti, 2013; Leonardi, 2012), Spain (Nieto, 2012) and Greece have facilitated the derogation from sectoral agreements by company agreements; in Portugal the possibilities for downward derogation remain dependent on the commitment of the bargaining parties at sectoral level, but in the other cases this possibility is going as far as a suspension of the favourability principle in the relationship between sectoral and company agreements at main items of collective bargaining.

- Spain, Portugal, Greece (Georgiadou, 2012), Romania, Hungary (Szabó, 2013) and the Slovak Republic (Clauwaert/Schömann, 2012, p. 13) have facilitated the conditions for non-union employee representatives to conclude collective agreements, in particular in small and non-unionised companies.

- Greece has reduced the maximum duration of collective agreements.

- Spain and Greece (Karamessi, 2011) have reduced the after-effects of expired collective agreements.

- Portugal, Greece and Romania have introduced more restrictive criteria for the extension *erga omnes* of collective agreements.

- In the most recent Country-Specific Recommendations Belgium was requested to decentralise its bargaining system by ‘facilitating the use of opt-out clauses from sectoral collective agreements to better align wage growth and labour productivity developments at local level’ (European Council, 11244/12 of 6 July 2012).

2. IRREPROACHABLE?

The question arises whether the various developments and measures, described above, are irreproachable from a legal point of view. They should be tested against the fundamental rights, in casu the Right to bargain collectively. This right is considered as a fundamental right in all EU Member States. It is laid down in various Conventions of the ILO (notably nrs. 87 and 98), enshrined in the (Revised) European Social Charter of the Council of Europe (Art. 6) and in the Charter of Fundamental Rights of the EU (Art. 28). In 2009 this right has also been recognised by the European Court of Human Rights as being covered by the Right of trade union Association of Art. 11 of the European Convention of Human Rights (see ECtHR 12 November 2008 (Demir) (2009) 48 EHRR 54). The problem here, however, is the dimension of the fundamental right to Bargain collectively (Jacobs, 2014).

It is submitted that when the social partners at cross-sectoral or sectoral level voluntarily decide to decentralise collective bargaining, this is fully acceptable, as choosing freely the level of bargaining should be an indispensable aspect of their autonomy. This appears when we check out the quasi case law of the ILO Committee of Freedom of Association (ILO-FAC), the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (ILO-CEARC) and that of the European Committee on Social Rights to the (Revised) European Social Charter at the Council of Europe (Council of Europe-ECSR).

The ILO has developed certain norms covering situations in countries where collective bargaining takes place at several levels. The first norm is that the parties should seek to ensure that there is coordination between these levels (Para 4(2) of the Collective Bargaining Recommendation 1981 (No 163)). The ILO-FAC considers that, in the event of persistent disagreement concerning the level of bargaining, the best procedure is to provide for a system established by common agreement between the parties so as to take into account the interests and points of view of all concerned, rather than having recourse to a legal ruling to determine a specific level of bargaining. Nevertheless, if it is decided that this issue is to be determined by an independent body, the FAC has considered that in such cases the body should be truly independent (ILO-FAC, 2006, § 991).

The ILO-CEACR has adopted a somewhat different position, accepting both systems: systems which leave it up to collective agreements to determine the means

for their coordination, as well as systems characterised by legal clauses distributing subjects between agreements, giving primacy to a certain level or adopting the criterion of the most favourable provision for workers (ILO-CEACR, 2008, 84).

So, not any intervention of the legislator in this field is a priori forbidden. However, if lawmakers or social partners are pushed by outside forces to take such measures or to abandon industrial relations structures, this raises doubts. This notably concerns provisions in the law which provides for the deviation in peius from higher level collective bargaining by company agreements. The ECSR once said of the Spanish rule (s. 82-3 of the Workers Statute) – which provides that wages clauses may be suspended if they would pose a threat to the company and to employment stability; determining the circumstances in which this provision may apply, is left to the parties themselves – that this could lead to the undermining of the mandatory nature of collective agreements, if no procedural safeguards are provided for (Conclusions XIV-1, Spain, Art. 6(2) ESC). The ECSR was even critical towards the Slovenian model in which it is provided that the rights and working conditions which are different or less favourable to employees may be determined by collective agreement at a narrower level under conditions determined by a collective agreement at broader level (Conclusions 2010, Slovenia, Art. 6(2) ESC).

It make sense to distinguish here between conditions in collective agreements at a lower/narrower level which are just (a) adapting, supplementing, tailor-making conditions determined by collective agreements at broader/higher level, and conditions which are (b) more favourable or (c) less favourable to the workers. It seems to me that all these variants are acceptable as long as they are blessed by the parties to the collective agreements at broader level. If one hears the opinion of the social partners one may observe that the a-category seems the less controversial, the c-category the most with the b-category somewhere in between. As this situation may differ between the European countries the only test should be whether the situation is that of a “controlled decentralisation”, which means that derogations should be confined to the subject areas and the limits established by higher/broader collective agreements between the parties concerned and according to the negotiation procedures described therein, as it used to be in Italy in the past.

Moreover one has to distinguish between products of collective bargaining at a lower/narrower level, where at the workers’ side a representative trade union (or its agent) is involved, and products from negotiations with a weak/yellow trade union, works’ council, or other bodies of workers’ representation. In this respect somewhat worrying are the recent measures in Spain, Portugal, Greece (Georgiadou, 2012) Romania and Hungary (Szabó, 2013), which facilitated the creation of the conditions for non-union employee representatives to conclude collective agreements, in particular in small and non-unionised companies. One may confront these measures with the opinion of the ILO-Committees (ILO-CEARC,

2008, 96-97; ILO-FAC 2006, § 944) that collective bargaining with representatives of non-unionised workers may only be possible when there are no trade unions at the respective level. This is also the position of the ECSR (Conclusions 2004, Lithuania, Art. 6(2 ESC).

When no strong trade union structures exist on a lower bargaining level, then decentralisation means a hollowing out of existing effective bargaining structures and that may be construed as a violation of the Right to bargain collectively.

Other measures seem less reproachable. A cap on the duration of collective agreements and their aftereffects have existed already in several countries without having been censured by the said committees. Also the abandoning of the cross-sectoral level of collective bargaining is not reproachable as such. Many countries traditionally lack a substantial amount of cross-sectoral collective bargaining and this was never seen as a violation of the Right to bargain collectively. The rising of the minimum threshold for obtaining an *erga omnes* effect of collective agreements to 50% is in itself not shocking. Such a threshold is already operated in a number of countries.

Therefore it is clear, that not all of the measures described above are reproachable *per se*. They may, however, become unacceptable by the circumstances of the case. In my view only controlled paths to more decentralisation in labour law and collective bargaining are acceptable. The decentralisation must be bound to limits in the higher/broader collective agreement and it should be guaranteed that the opening clauses can only be utilised in bargaining with strong company institutions of workers' representation.

3. LEGAL POSSIBILITIES TO COUNTER

As we have seen the pressure to (further) decentralisation nowadays comes often from interventions by the strategies of the European Council and the Troika. The trade unions should not shun the use of judicial channels by filing formal legal complaints at national, European and International level. Actually the chances to attack the austerity matters before the Court of Justice of the EU are somewhat dark. In its verdicts in *Pringle* (Case C-370/12, CoJ EU, 27 November 2012) and *Sindicato dos Bancarios* (Case C-128/12, CoJ EU, 7 March 2013) the Court has clearly indicated that it is not easily prepared to make critical rulings about national measures which are adopted under pressure of the new Economic Governance of the EU.

Complaints may stand a better chance in the field of ILO/Council of Europe. One such example is the complaint submitted to the ILO by several Greek trade unions concerning the austerity measures taken in Greece over the last two years in the context of the Memorandum of Understanding agreed with the Troika. In

this case the ILO Committee of Freedom of Association found that the Troika request to suspend and/or derogate from collective agreements and decentralise collective bargaining violated ILO Conventions 87 and 98 (Case 2820, ILO-FAC, 1-6 November 2012). The trade unions can also bring a ‘collective complaint’ under the European Social Charter of the Council of Europe – at least as regards the 15 states that have ratified this procedure. By filing identical complaints to the ECSR, they possibly may find another ally on their side. However, the supervisory machineries of neither the ILO nor the Council of Europe’s Social Charter can force national governments to change legislation.

Finally and most forcefully trade unions may bring their complaint before the European Court of Human Rights of the Council of Europe, invoking violation of Art. 11 ECHR. Since this court in *Demir* has recognised that Art. 11 ECHR also embraces the right to collective bargaining, this court will in principle receive complaints like the Greek one. We have to wait and see what will come out. Many observers advocate that the European Court of Human Rights in interpreting the right to collective bargaining should follow the case law of the ILO Committees and the ECSR.

4. CONCLUSIONS

The economic crisis has led to considerable changes in labour law and social security law in the Member States of the EU. Those changes concern wages, working hours, the law of dismissals, pensions, unemployment benefits etc. However, they are also affecting national systems of industrial relations and the law on collective bargaining. The overall objective of the new European interventionism is to force EU Member States to overcome all the rigidities that hamper the down flexibility of wages, including the trade unions’ bargaining power.

Most proponents of flexible labour markets are pointing to the system of collective bargaining which is more rigid the more collective bargaining is centralised. They therefore advocate decentralisation. Some decentralisation may indeed be fruitful, notably the “controlled decentralisation” as described above. If however decentralisation goes as far as undermining the force of sectoral collective bargaining, we are on the wrong way. Collective bargaining at sectoral level is vital to prevent undercutting by competitors seeking to reduce labour costs. Recent data from Spain and Portugal indicate that there has been a sharp decline in the bargaining coverage in these countries (Baylos and Trillo, 2013; Schulten and Müller, 2013). Historical statistics show that decline in collective bargaining coverage is mirrored by growth in inequality, with knock-on effects for social cohesion. I share with Antonio Ojeda-Aviles the view that this is not the right way forward.

REFERENCES

- Baylos, A. and Trillo, F (2013) *Europe in Crisis – Social Dimension of European Union and the situation of the labour law in the Member States: the Spanish case*, Paper presented at a seminar of the Ministry for Federal Affairs, Europe and Media of North Rhine Westphalia in Düsseldorf, 25-26 January 2013.
- Bercusson, B./Ryan, B. (2005), The British case: Before and After the Decline of Collective Wage Formation, in R. Blanpain et al (ed.), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague, p. 49-87.
- Blanke, T./Rose, E. (2005), Erosion or Renewal? The Crisis of Collective Wage Formation in Germany, in R. Blanpain et al (ed.), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague, p. 5-29.
- Ciutacu, Constantin (2011), *National unique collective agreement ended by law*, Euronline: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2011/07/articles/ro1107029i.htm>.
- Clauwaert, S./I. Schömann, I. (2012), *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, ETUI Working Paper 2012.04, Brussels
- Council of Europe-ECSR (2008), *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, Strasbourg (latest edition is 1 September 2008).
- Doherty, Michael (2011), *It must have been love.....but it's over now: The crisis and collapse of social partnership in Ireland*, in: *Transfer: European Review of Labour and Research* 17(3), 371-385.
- Georgiadou, Penny (2012), *Company-level employment contracts trigger wages drop*. Eironline: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2012/06/articles/gr1206019i.htm>.
- Hermann, Christoph a.o. (2012), Die Finanzkrise und ihre Auswirkungen auf Sozialstaaten und Arbeitsbedingungen, in: Filipic, Ursula/Beer, Elisabeth, *Sozialer Aderlass in Europa – Arbeit und Soziale Sicherung unter Druck*, Wien, p. 27-51.
- ILO-FAC (2006), *Digest of Decisions and Principles on the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Geneva (latest edition is the 5th, 2006).
- ILO-CEACR (2008), *Giving Globalisation a Human Face. General Survey on the fundamental Conventions concerning Rights at Work in the light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Geneva, 2008.
- Ilsoe, A. (2010), *Negotiated Flexibility. Comparative perspective on Danish employment relations at local and national levels*, PhD, Copenhagen University.
- Jacobs, Antoine/Ojeda-Aviles, Antonio (1999), The European Social Dialogue, some legal issues, in B. Bercusson (Ed.) *Legal Framework for European Industrial Relations*, ETUI, Brussels, p. 57-75.

- Jacobs, Antoine (2009) *Collective Labour Relations*, in B. Hepple/B. Veneziani, *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart, Oxford, p. 201-231.
- Jacobs, Antoine (2012), Who is afraid of derogatory agreements at company level, in *Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani* (Liber Amicorum), Bari, p. 159-164.
- Jacobs, Antoine (2014), The Right to bargain collectively, in F. Dorssement et al (eds), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart, Oxford, p. 309-332.
- Karamessini, Maria (2012), Der Neoliberalismus statuiert ein Exempel. Die griechische Tragödie, in: Steffen Lehnendorff (Hg.) *Ein Triumph gescheiterter Ideen. Warum Europa tief in der Krise steckt. Zehn Länder-Fallstudien*, Hamburg, 165-189.
- Leonardi S. (2012), *Labour Law Deregulation and the Erosion of Collective Bargaining in Italy*, Presentation for the Annual TURI Conference on 7 and 8 June in Paris, <http://www.turi-network.eu/About-TURI/News/Annual-TURI-conference-7-8-June-2012-Paris>.
- Meardi, G. (2012), *Labour market reforms in Italy and Spain: diversity and convergence*, International Union Rights, 19 (2), 3-5.
- Naumann R. (2012), Portugal 2011-2013: *Deregulation of the Labour Market under the Diktat of the Troika*, Presentation for the Annual TURI Conference 2012 on 7 and 8 June in Paris, <http://www.turi-network.eu/About-TURI/News/Annual-TURI-conference-7-8-June-2012-Paris>
- Nieto, F.N. (2012), *Collective bargaining in Spain: the reform of the regulatory framework*, in E-Journal of International and Comparative Labour Studies, 1(3-4), 27-45.
- Patra, E. (2012), *Social Dialogue and Collective Bargaining in Times of Crisis: The Case of Greece*, ILO Industrial and Employment Relations Department, Working Paper 38, Geneva.
- Sanz, Sofia (2012), *Unions slam new law allowing opt-outs on labour rules*; Euronline: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2011/10/articles/it111009i.htm>.
- Schulten, T./Müller, T (2013), A new European interventionism? The impact of the new European economic governance on wages and collective bargaining, in D. Natali/B. Vanhercke, *Social developments in the European Union*, ETUI, Brussels, p. 181-213.
- Szabó, I. (2013), *Between polarisation and statism – effects of the crisis on collective bargaining processes and outcomes in Hungary*, in: Transfer: European Review of Labour and Research 19(2), 205-215.
- P. Tomassetti (2013), *The shift to Singer-employer Bargaining in the Italian car sector: Determinants and Prospects at Fiat*, in E-Journal of International and Comparative Labour Studies, 2(1), 93-111.

- Trif, A. (2013), *Romania, Collective bargaining institutions under attack*, Transfer: European Review of Labour and Research 19(2), 227-237.
- Voskeritsian, Horen and Kornelakis, Andreas (2011), Institutional change in Greek industrial relations in an era of fiscal crisis; download: <http://www2.lse.ac.uk/europeanInstitute/research/hellenicObservatory/pdf/GreeSE/GreeSE52.pdf>.
- Vigneau, C./Sobczak, A. (2005), France: The helping hand of the State, in R. Blanpain et al (ed.), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague, p. 31-48.

SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Inmaculada Marín Alonso
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Discípula de Antonio Ojeda Avilés

Las siguientes páginas tienen dos claros objetivos conectados entre sí: uno evidente en un *Liber Amicorum* que pretende resaltar la importante actividad investigadora del profesor Ojeda Avilés y su considerable contribución al entendimiento del Derecho del Trabajo actual; y otro, más solapado, que ansía dejar de manifiesto, si se me permite, la faceta humana y personal de un profesor universitario ejemplar que con su actuar diario, humilde y entregado, ha devenido un maestro. Mi Maestro.

El bagaje científico del profesor Ojeda es, tal como demuestra un repaso a su bibliografía, extensísimo. Ha abordado líneas de investigación de lo más dispar, ahondando en materias que eran complejas o desconocidas hasta el momento y que siempre disfrutaban del *marchamo* de la novedad. Su curiosidad ha sido la mano que ha abierto numerosas cajas de Pandora, no limitada al ordenamiento jurídico español sino que, como una sombra alargada, desparramada hacia ordenamientos jurídicos europeos y americanos, pasando también por incursiones en el ámbito legislativo y jurisprudencial de la Unión Europea.

Pero, entre los estudiosos del Derecho del Trabajo, parece haber un cierto acuerdo en que una de las principales aportaciones científicas del profesor Ojeda ha sido, sin duda, el estudio y análisis de los derechos colectivos de los trabajadores, tanto del sector privado como público, siendo pionero indiscutible de los mismos en ambos ámbitos como evidencia su obra divulgativa más aclamada: el Derecho Sindical que publica, desde hace más de 30 años, la prestigiosa editorial Tecnos (la primera edición es de 1980). El derecho colectivo de hoy no se entiende, o al menos no correctamente, sin la significativa aportación del profesor Ojeda que se alza como un referente claro e inevitable en la materia no sólo en nuestro país sino, también, más allá de nuestras fronteras.

Deshojando aún más las líneas de investigación abordadas por el profesor Ojeda llegamos, desde mi punto de vista, a un núcleo duro: sus indagaciones sobre el derecho a la negociación colectiva o, más genéricamente, sobre la autonomía colectiva que da pie a la existencia de acuerdos jurídicamente eficaces sobre condiciones de trabajo entre los agentes sociales. El profesor Ojeda se ha sumergido no sólo en el estudio de aspectos específicos de este derecho sino también en la general configuración del mismo, abordando su naturaleza, fundamento y la eficacia de los instrumentos colectivos derivados de dicha autonomía colectiva. De hecho, sus incursiones en la delimitación del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva son fundamentales para darnos cuenta del alcance de las recientes agresiones que, no tan solapadamente, sufre dicho derecho en virtud de la reforzada visión economicista de los productos de la negociación colectiva y que, tras la reforma laboral de 2012, se encaran casi exclusivamente como meros instrumentos al servicio exclusivo de las empresas y de sus necesidades de gestión, olvidando claramente su función originaria y su innata juridicidad. El peso de la crisis económica mundial, con sus graves consecuencias para el empleo y la productividad, tolera el desplazamiento de la juridicidad de la negociación colectiva en parecidos términos a lo que ocurre con otras instituciones laborales –v. gr. las indemnizaciones por despido (Gorelli Hernández, 2010), dejando descubierto –o sacrificando, si se prefiere–, el flanco más débil y digno de protección.

En efecto, junto a la certera apreciación de que el derecho a la negociación colectiva reconocido constitucionalmente en el art. 37.1 de la Constitución Española debía entenderse como un derecho con identidad propia y no meramente como una faceta más del derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 de la Constitución, el profesor Ojeda hace décadas que ya se planteó la necesidad de distinguir también en él un contenido esencial, propio, que necesariamente debiera ser respetado por todos los intervinientes en las relaciones laborales. En tal sentido, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva –o, al menos, el atisbo de lo que lo diferencia de los demás– implica la facultad que tienen los agentes sociales de regular libremente las condiciones mínimas de trabajo en un ámbito determinado con preferencia aplicativa frente al Estado y los particulares. Los instrumentos colectivos que en virtud de la autonomía colectiva desarrollan un proceso negociador reglado deben ser el resultado, en todo caso, de ese mínimo. En situación diversa a

lo anterior, estaríamos ante una vulneración del art. 37.1 de la Constitución española. Detengámonos muy brevemente en ello a la luz de la reforma laboral de 2012.

La doctrina laboralista advierte que la reforma de la negociación colectiva operada por la Ley 3/2012 plantea algunas dudas sobre la conformidad de determinados preceptos incluidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores con el art. 37.1 del texto constitucional. Se basan para ello en que la autonomía colectiva que fundamenta el derecho a la negociación colectiva queda noqueada, cuando no eliminada, en determinados supuestos.

Así, entre las cuestiones más polémicas se encuentra, por un lado, la disponibilidad de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario por otros instrumentos colectivos de ámbito inferior, negociados incluso por una representación no estable de los trabajadores, que sitúan en la cuerda floja a la característica de la vinculabilidad del convenio como norma jurídica (art. 82.3 y 84.2 TRET) y, por otro lado, la posibilidad de que un arbitraje obligatorio dirima una situación de conflicto cuya resolución por vía externa dependía antes de la voluntad de las partes (art. 86.3 TRET). Ambas cuestiones entroncan, a mi juicio, con el necesario desbroce del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

El primer aspecto, sin embargo, no implica la desaparición total de un proceso donde libremente las partes puedan fijar condiciones mínimas de trabajo sino, simplemente, la opción del legislador de aligerar el rígido ropaje de los negociadores contemplados en los arts. 87 y 88 TRET en la medida que sujetos diferentes a los contemplados en los mencionados artículos (v. gr. comisión *ad hoc* formada por un máximo de tres trabajadores) también pueden ahora alcanzar acuerdos de eficacia general. El acuerdo, no obstante, lo adoptan sujetos «elegidos» por los trabajadores pese a que éstos carezcan de sustrato estable o no ofrezcan las garantías mínimas para desarrollar una eficaz negociación. La descompensación de la tradicional correlación de fuerza entre la autonomía individual y colectiva no implica, sin más, la vulneración del derecho a la negociación colectiva pues las partes desarrollan, pese a todo, un proceso libre de autorregulación de condiciones de trabajo. Ello permite, además, que los representantes de los trabajadores se amolden mejor a las nuevas reglas de articulación introducidas en nuestro ordenamiento, así ocurre bajo los principios de «proximidad» o «cercanía» o principio de «supletividad» (dicho principio permite aplicar un convenio o acuerdo colectivo negociado en el ámbito más próximo o cercano al trabajador aunque sea menos favorable que el convenio o acuerdo de ámbito superior -relación convenio colectivo sectorial/convenio colectivo de empresa y acuerdo de empresa en las materias enumeradas en el art. 82.3 TRET-; sobre estos principios vid. Marín Alonso, 2012, 61 y ss), conocidas desde hace tiempo en países vecinos (por ejemplo, en Francia, la Ley nº 2004-391, de 4 de mayo y la Ley 2008-789, de 20 de agosto), pero instaladas entre nosotros bruscamente y sin atender a la posibilidad de que sea la propia autonomía colectiva desarrollada en los ámbitos superiores la que facilite o tolere la adaptación de las condiciones de trabajo a la empresa.

Por otro lado, la vinculabilidad del convenio colectivo ha sufrido fuertes presiones pues, hasta la reforma de 2012, se aceptaba casi unánimemente que «fuerza vinculante» y «carácter normativo» eran conceptos equivalentes. El convenio colectivo disfrutaba de las características de las normas jurídicas, es decir, de la *inmediatividad* en su aplicación, de la *imperatividad* liberadora del consentimiento de los destinatarios y de la *inderogabilidad* frente al contrato de trabajo y otros instrumentos colectivos no promocionados por el legislador. Esta última característica sólo se veía relativizaba en dos circunstancias distintas: primera, cuando en virtud del principio de jerarquía normativa, el convenio debía amoldarse a la ley, aunque ésta fuera posterior y, segundo, cuando la inderogabilidad pretendía aplicarse a los mismos sujetos que negociaron el convenio colectivo (la visión utilitarista del convenio permitía así su adaptación a la realidad). Es, por tanto, este último aspecto el que plantea dudas de constitucionalidad ya que la cascada de acuerdos inaplicados por sujetos diferentes a los que acordaron el primero (ex arts. 82.3 y 84 TRET) no se ajusta a la doctrina constitucional. Ello, no obstante, no elimina la autonomía colectiva -aunque la socave- pues todos esos instrumentos colectivos son adoptados libremente por sujetos que representan los intereses de ambas partes y tienen preferencia sobre la regulación pública y supremacía sobre la regulación individual. Respetan, pues, el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

El segundo aspecto es, sin embargo, más espinoso. Me refiero a la posibilidad de que la adopción del acuerdo de inaplicación provenga no de las partes en virtud de su autonomía colectiva, sino de terceros sujetos ajenos a ella (arbitraje obligatorio). El derecho a la negociación colectiva queda así desplazado a favor de la visión empresarial del convenio como un instrumento de gestión puesto a su servicio. La ausencia de libertad para fijar las condiciones de trabajo hace irreconocible el derecho. En tal caso, la fijación heterónoma de condiciones de trabajo vulnera, a mi juicio, el texto constitucional.

La visión que del derecho a la negociación colectiva nos hizo partícipe el profesor Ojeda nos permite hoy abordar sin complejos la identificación del mismo y reclamar su respeto.

Para terminar, me gustaría señalar que frente al honor de poder participar en esta obra colectiva, reflejo del «bienhacer» del homenajeado con colegas y amigos, se aloja una paradoja pues, en realidad, este trabajo se inspira en una cierta despedida. Soy consciente de que, a partir de ahora, ya no me detendrá más en los pasillos de la facultad para comentar alguna iniciativa legislativa o el nuevo rumbo de la jurisprudencia española o europea en un concreto tema, o ya no propondrá la realización de debates o sesiones sobre las reformas laborales entre profesores o estudiantes; igualmente, no veré el entusiasmo con el que asume cada día su labor docente e investigadora ni podré observar cómo, con su ejemplo, instiga a los jóvenes investigadores a ser honestos con el trabajo y con uno mismo. Y, por todo ello, le echaré de menos.

BIBLIOGRAFÍA

- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, CARL, 2010.
- MARÍN ALONSO, I.: “El nuevo papel del convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo”, en AAVV. *Reforma laboral y negociación colectiva andaluza: la incidencia de la reforma de la negociación colectiva en Andalucía*, Tecnos, 2012

EL CONFLICTO ENTRE AUTONOMIA COLECTIVA Y LEY EN LA REGULACIÓN DEL “DESCUELGUE CONVENCIONAL”: ¿ES EL ARTICULO 82.3 ET DE “ORDEN PUBLICO ECONOMICO-LABORAL”?

Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho el Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

Si una cuestión jurídica no tiene una solución legal unívoca para quienes se dedican al “arte de la interpretación” y de eso hacen su principal cometido profesional y académico, difícilmente se puede pedir a los interlocutores sociales, como hoy parece suceder de forma difundida, que renuncien a ejercer de modo pleno una de sus funciones constitucionales, la regulación colectiva de las condiciones de trabajo y la solución de conflictos entre trabajadores y empresarios en relación a las mismas, en espera de una plena claridad, que vendrá –o no- de la consolidación jurisprudencial. Asimismo, a la autoridad laboral, en su labor de control, si hay inseguridad o diversidad de lecturas del régimen legal, hay que pedirle que,

en aras de la más amplia efectividad posible de un derecho fundamental, como es la negociación colectiva en relación a la libertad sindical, adopte una posición de prudencia respecto de una regulación convencional que, en cuanto norma jurídica en sentido estricto –STCO 58/1985-, goza de presunción de legitimidad y no se convierta, en cambio, en un obstáculo difícil de salvar para la plenitud de esa función constitucional y social. A mi juicio, estas aparentemente perogrullescas observaciones son clave para afrontar la solución a los numerosos y graves problemas jurídicos que la aplicación práctica de preceptos como el artículo 82.3 ET -nuevo régimen jurídico de las “cláusulas de descuelgue convencional” o acuerdos de inaplicación de convenios colectivos- o el artículo 86.3 ET -margen de los pactos de ultra-actividad- están suscitando.

Según se evidencia por la intensa polémica doctrinas suscitada al respecto, que sólo en parte ha llegado a los Tribunales hasta el momento, pero que amenaza con multiplicarse en esta sede, la solución de las cuestiones relativas al margen de modulación disponible para la autonomía colectiva respecto del severo régimen legal, al menos tal y como resultaría de su tenor literal, ni es fácil ni es evidente a la vista del texto legal ni resulta pacífica. Precisamente, y por lo que respecta al artículo 82.3 ET, que es el aquí analizado, si un acuerdo básico existe es el de resaltar que tantos argumentos hay para aseverar la *dimensión de orden público laboral económico* del régimen legal, cuanto lo contrario, de ahí la división de opiniones. A nadie escapa que alcanzar una respuesta u otra está cargada de consecuencias prácticas, pues acota un diverso juego de poderes para los sujetos implicados, la autonomía colectiva y los poderes públicos, tanto el legislativo cuanto el ejecutivo, en su labor de control de la adecuación de aquella a éste -artículo 90 ET-. Las posibilidades son tres

- a) Si se trata de un genuino régimen de “**orden público laboral económico**”, que, a modo de los tradicionales ordenamientos típicos del intervencionismo autoritario, hacen de todos los elementos de la Ley “normas de derecho necesario absoluto”.
- b) O, por el contrario, ante un régimen legal mucho más articulado y complejo, que contempla, junto a materias imperativas o de *ius cogens*, otras de “carácter dispositivo”, por tanto modulable, en diverso grado, por los convenios colectivos.
- c) O si, en fin, podría hablarse de normas de “**Derecho necesario relativo**”, de modo que exigen el respeto de unos mínimos, si bien no como se han entendido tradicionalmente –de protección del trabajador-, sino de signo “inverso” –de protección o “blindaje” de la función empresarial productivista-

En este tercer caso, respetados u observados tales mínimos, la negociación colectiva tendría un significativo margen para establecer el modo más equilibrado y correcto posible de ejercicio de la autonomía colectiva. ¿Cuál es la solución más

correcta en este caso? A intentar dar una respuesta suficientemente sólida dedicamos este artículo homenaje al ilustre profesor Antonio Ojeda, insigne maestro del Derecho Sindical español y merecedor como pocos de una obra de este tipo que reconoce su brillante, dilatada y luchadora carrera académica.

2. EL PROBLEMA NO LEGALMENTE RESUELTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 82.3 ET: ¿ES UNA NORMA DE DERECHO NECESARIO ABSOLUTO?

2.1 El “pretexto” del nuevo régimen legal de “descuelgue convencional”: el cambio de la cultura convencional de resistencia

Conforme a las pautas de hermenéutica jurídica del artículo 3.1 CC, conviene comenzar por lo que bien podría considerarse el “pretexto” del legislador para introducir una regulación tan invasiva de la autonomía colectiva como la que contempla el artículo 82.3 ET. En otros términos, hay que acudir necesariamente a los referidos “*antecedentes históricos y legislativos*” (normativos), para comprender el nuevo régimen legal de los acuerdos colectivos de descuelgue, cuyo reforzamiento es tal que explica el crecimiento exponencial, casi en progresión geométrica más que aritmética que experimentan hoy.

La razón principal estribaría en que ya no queda garantizado que el mecanismo de descuelgue se incardine dentro de la llamada “*flexibilidad interna negociada*”, por cuanto contempla como posibilidad final que sea desplazada la negociación colectiva por un “*laudo público obligatorio*”. A nadie con una mínima experiencia en materia de relaciones laborales se le puede escapar que una solución de este tipo constituye una grave restricción de la autonomía colectiva porque debilita significativamente la citada garantía constitucional de la “fuerza vinculante de los convenios” –art. 37 CE-. En este efecto distorsionador y restrictivo del derecho a la negociación colectiva coincide la práctica totalidad de los analistas. Cosa diferente es que mientras unos, la mayoría, consideran que se trata de un “atentado” sin cobertura constitucional otros, de momento minoría, consideran que tiene justificación. En este momento, la llamada a los antecedentes no pretende recalcar en esta importante cuestión relativa a las dudas de constitucionalidad de tal procedimiento de solución de este tipo de conflictos. Lo que aquí pretendo evidenciar es ¿por qué se ha llegado a esta situación y qué realidad pretende corregir la norma legal, otra cosa será si de modo constitucional correcto?

La respuesta nos la ofrece el propio legislador en la Exposición de Motivos:

“...La última reforma... pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis..., no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno...”

Emerge así con toda nitidez el “pretexto” que fundamenta el nuevo régimen legal. Se pretende erradicar, o al menos dificultar, cambiando un modelo autónomo por otro autoritario en sentido estricto –esto es, basado en la “decisión de autoridad” de un tercero externo a los sujetos negociadores, primero la de la Ley al regular el procedimiento de una forma imperativa y la del árbitro al decidir finalmente la solución de la controversia-, una *precedente práctica convencional resistente a* este mecanismo. En suma, un régimen de orden público laboral económico, no de protección sino de productividad, sería, desde esta perspectiva legal, la mejor garantía para asegurar el diseño legal. No obstante, una conclusión de esta guisa sería precipitada y no responde a la comprensión global que ha de establecerse atendiendo al conjunto de criterios del art. 3.1 CC. Por lo que aún no se ha resuelto la equívoca regulación textual. Eso sí. Una cosa es segura ya. Cualquier práctica convencional que vacíe de una forma plena, que desnaturalice o modifique de forma sustancial **la finalidad** que ha perseguido la Ley, si sería contraria al principio de legalidad y por tanto no tendría cabida. Pero sí que podrá **modular su régimen**, incluso los procedimientos de solución de discrepancias ex art. 85.3, como veremos.

2.2 El “contexto” del régimen de descuelgue: la exaltación de la función de gestión empresarial de la negociación colectiva no es la única perseguida

Tanto desde un punto de vista de política del derecho, como estrictamente técnico, **la coherencia interna** de un sistema jurídico, en este caso el regulador de la negociación colectiva del Estado español, **debe ser un atributo de las normas**, aquí del artículo 82.3 ET. La exigencia de coherencia de la norma con el conjunto no significa una unidad de objetivos, puede, y por lo general debe, para mantener el equilibrio, marcarse varios. Eso sí, esos objetivos no pueden ser contradictorios entre sí ¿Qué significa esta exigencia para nuestro asunto? Mucho, a mi juicio. Vamos a desgranarlo sucintamente.

Una primera y superficial lectura del art. 82.3 ET en el contexto de la reforma evidencia de inmediato que persigue, en lo sustancial, a través de la llamada, en la primera fase del descuelgue, al “*acuerdo de empresa*” para desmarcarse del convenio de sector –también del propio (“auto-descuelgue”), lo mismo que la regla de preferencia aplicativa de lo pactado en el convenio de empresa frente al sectorial ex artículo 84.2 ET. Tanto que puede configurarse este acuerdo colectivo como un “*mini-convenio*” para situaciones de crisis ex art. 82.3 ET. Participa, pues, de la filosofía general de hacer más fuerte la función de gestión empresarial de los convenios o los acuerdos colectivos (VALDÉS DAL-RE, 2012, p.225).

Ahora bien, como se advirtió en relación al pretexto, esa lectura se queda sólo en la superficie del contexto. Lejos de proponernos una comprensión global y cabal del régimen jurídico global, **ofrece tan sólo una visión parcial** de ese contexto normativo, seleccionando lo que interesa a una solución sesgada. Pero no es la que se desprende del sistema, que es el verdadero canon hermenéutico a

tener en cuenta para hallar la interpretación más correcta, dentro de las diversas razonablemente posibles. En efecto, la reforma laboral ha reformado aspectos muy significativos, pero no ha cambiado radicalmente el marco normativo del modelo de negociación colectiva, como a menudo se critica, hiperbólicamente, por quienes más la rechazan. Esto significa que, junto a la privilegiada función de gestión empresarial, que intensifica a favor de los empresarios la aptitud de la negociación colectiva para actuar como instrumento de gestión flexible del trabajo y de su organización, conforme a un paradigma de empresa flexible subyacente al régimen de descuelgue, conviven, en los nuevos escenarios jurídico y socio-económicos, las otras dos funciones clásicas, la de regulación y la de gobierno, que no tienen por qué desconocerse. Buena prueba de ello es que en otros preceptos estatutario sí se mantienen, como los arts. 86.3 ET y 85.3 ET

En suma, por más que quiera el legislador agotar la negociación colectiva en la función de gestión empresarial, de modo que presenta una visión muy reductiva del entero sistema, centrada sólo en esa dimensión disponible para el empresario de las condiciones de trabajo, aun pactadas a través de un convenio colectivo, ni puede –en el plano normativo–, ni es razonable, en el plano de la eficacia, pensar que desaparece el resto de funciones. Para eso, no sólo tendría que haber modificado todos los preceptos del ET dedicado a ese tema, y no lo ha hecho, sino que, además, no puede porque se lo impide la CE y la OIT.

2.3 Claves del nuevo texto legal regulador del descuelgue: liberación del vínculo del convenio sectorial y efectividad de la solución de desbloqueo

Hemos visto hasta aquí como la reforma laboral de 2012 ha incluido el nuevo régimen de descuelgue convencional –ya no sólo salarial, sino genérico, si bien siempre limitado con respecto a las materias abiertas del convenio– como una pieza más, no la única, de su posición de política del Derecho favorable a multiplicar las oportunidades para el desarrollo, a través de la actividad contractual colectiva, de una función de gestión más dinámica y flexible de las condiciones de trabajo. En consecuencia, parecería claro que las nuevas reglas de juego de nuestro sistema de negociación colectiva, al asumir una vertiente de orden público laboral, pero no clásico, sino de “vanguardia invertida”, esto es, productivista no protector, cerraría el paso al ejercicio por la negociación colectiva de su poder normativo, reconocido y directamente garantizado por la CE, sin perjuicio de que esa tarea quede remitida a la Ley, que ahora le pone más límites que garantías.

Sin embargo, hemos visto igualmente que tanto el análisis del pretexto como, sobre todo, del contexto, esta conclusión no es ni mucho menos la única posible, ni tampoco es, por lo que se dirá, la más segura. Ni los objetivos perseguidos, estos sí imperativamente, por la Ley se consiguen sólo de un modo –gestión flexible, favor por el nivel de negociación de empresa, instrumentación de la negociación al servicio de la productividad–, ni todos los preceptos orientados a tal fin dinamizador tienen la

misma estructura normativa, de modo que persisten los que siguen remitiendo esos objetivos a la negociación colectiva. Desde esta perspectiva, acaba de hacerse mención a un artículo crucial en este movimiento legal a favor de facilitar la adaptación de las condiciones de trabajo y/o de su organización a las necesidades del mercado en que compete la empresa, el relativo a la ultra-actividad, que contiene **normas dispositivas**.

Comprobamos, pues, que ni el “pretexto” ni el “contexto” son cánones suficientes para hallar una solución definitiva. En consecuencia, habrá que atender a otro canon interpretativo cuál es el de la estructura normativa de la regla, en relación al propio enunciado asumido, a fin de ver si del análisis del sentido de las palabras atendiendo a esa estructura gramatical de la norma propicia una solución única.

Dicho de otro modo más directo, como se ha evidenciado, cuando una norma quiere dejar margen a la negociación colectiva incluye un texto de este tipo o análogo: “*salvo pacto en contrario*”. ¿Quiere decir esto entonces que la norma no resuelve su carácter imperativo o, por el contrario, su carácter dispositivo, y hay que tomar, en consecuencia, al sistema, quedando todo abierto? No. Una cosa es que no se pueda concluir que estemos ante una norma de Derecho necesario absoluto, por tanto indisponible en todos sus elementos, y que tampoco se determine en ella qué aspectos sí admiten esa disposición convencional y con qué sentido y cuáles no, generando incertidumbres, y otra muy diversa que no haya ningún elemento indisponible para las partes. Pero no está fijado en el texto directamente, sino, como se dijo, en su contexto y en la finalidad perseguida. En este sentido, no puede ignorarse la práctica convencional obstaculizadora contra la que quiere reaccionar el Legislador, aunque no lo haga con la precisión y solvencia técnicas que hubiera debido para que no se generasen dudas, por lo que debe tenerse en cuenta ese objetivo reactivo.

¿Cómo se resuelve entonces esta tensión entre argumentos tan opuestos? La solución puede plantearse del siguiente doble modo general que, si bien pueden generar una práctica equivalente, parten de una premisa jurídica parcialmente diferente:

Para un sector doctrinal favorable a cierto juego de la autonomía colectiva en materia, de la combinación de argumentos aquí llevada a cabo, cabe concluir que el art. 82.3 ET debe entenderse, como regla general, expresión de una norma de orden público laboral económico. Ahora bien, ese carácter imperativo que deriva de tal estructura normativa no puede ser absoluto, debiéndose admitir cierto margen de actuación complementaria por parte de los convenios (CRUZ VILLALÓN, 2012, p. 247)

Por mi parte, entiendo que la regla general es justamente la contraria, **la que expresa una libertad de disposición de la autonomía colectiva para complementar, integrar, e incluso corregir, hasta cierto límite**, a condición de que sea factible, el procedimiento de descuelgue para el empleador. Ese límite está en la prohibición de que el convenio colectivo sectorial –no así el de empresa, por lo que se dirá– establezca una carrera de obstáculos, como en el pasado, a la empresa, que haga poco factible acudir a la vía del art. 82.3 ET.

3. CONCLUSIÓN: EL CARÁCTER IMPERATIVO ES RELATIVO Y PROHÍBE SÓLO SU VACIAMIENTO COMO ALTERNATIVA DE GESTIÓN EMPRESARIAL, PERO DEJA MÁRGENES SIGNIFICATIVOS DE INTERVENCIÓN CONVENCIONAL

Empezábamos este recorrido jurídico sobre la naturaleza del art. 82.3 ET evidenciando que no hay respuesta cierta, porque el legislador nos hurta en su texto de resolverlas. Por eso, tuvimos que ir a los antecedentes, normativos y de experiencia –pretexto–, para poder lograr esa claridad. Y con esa remisión tampoco se consiguió allanar con razonable certeza el camino. Por eso acudimos al “contexto” normativo y a la teleología del precepto, para que nos ayudara de modo definitivo, y vimos que tampoco de él se extraen indicaciones “a ciencia cierta”. La comparación de los diversos textos normativos en juego no sirvió igualmente para clarificar, pues admite una solución y la contraria. Pero ahora llega el momento de poner “blanco sobre negro, o negro sobre blanco” cuál es la solución que se estima más correcta a mi juicio y que, como he anticipado, evidencia que hay elementos imperativos en el régimen, sin duda, pero no tanto en el texto sino en su finalidad. Pero eso no lo convierte en una norma de orden público laboral económico, tampoco en normas de Derecho necesario absoluto, a diferencia del art. 84.2 ET, por ejemplo, de modo que **sí hallamos margen para las decisiones de autonomía de los sujetos negociadores.**

Conviene tener en cuenta que en nuestro Derecho, la jurisprudencia constitucional y la del TS ha venido usando el término “orden público laboral” en un sentido muy restrictivo, pero sin definirlo nunca de forma explícita ni detallar su contenido y efectos de forma precisa. En ese uso se da por sentado su significado y su función de límite a la autonomía colectiva –o contractual–, de modo que se cierra el paso a la intervención en la materia de todas aquellas materias que se consideran de ese inconcreto y presunto orden público laboral. Se suele hacer equivalente normas de orden público laboral no a normas imperativas en sentido estricto sino a “normas de Derecho necesario absoluto” o de *ius cogens* en su integridad: exigencias de un derecho inderogable, indisponible e inalterable por convenio colectivo. De ahí que tenga un uso excepcional –STS, 4ª, 30 de septiembre de 2010–. Por otro lado, tampoco puede olvidarse que el concepto de orden público laboral no puede conformarse sólo con las exigencias de defensa de la productividad –STS, 4ª, 4 de diciembre de 2007–.

En consecuencia, ni el orden público laboral, aún económico, puede ser entendido de forma generosa o amplia, identificando la norma imperativa –norma de Derecho necesario relativo (normas de mínimos)– con el orden público, sino más bien como excepcional, de ahí que deba ser norma de derecho necesario absoluto (normas inderogables) –SSTS 29 de abril de 1993 y 30 de septiembre de 2010–, ni tampoco puede tener un sentido unilateral, defensor de las facultades de la empresa –STS, 4ª, 4 diciembre de 2007; STS, 1ª, 21 febrero 2006, RJ 2006/827–. En suma, es sólo orden público lo que afecta a la esencia, a la arquitectura básica

de un sistema jurídico, no sólo una institución –en este caso el descuelgue, que es instrumento para un fin- (STS, 1ª, 21 de julio 2006).

Desde esta perspectiva, es muy difícil, a mi juicio, sostener que la regulación general del art. 82.3 ET es de orden público laboral económico. Primero, porque no se incorpora en el texto ningún enunciado que exprese imperatividad. De hecho, todo el texto incorpora la expresión “*podrá...*”. Precisamente, aquí residiría la diferencia clara con el art. 84.2 ET, que actúa a modo de “positivo” o vertiente fisiológica de la inaplicación de convenios, siendo la cara negativa o “el negativo” –para situaciones de crisis-, el art. 82.3 ET -*SAN 10 de septiembre de 2012, que ha acordado la nulidad parcial de determinados contenidos del V CC de derivados del cemento por vulnerar el art. 84.2 ET (La Ley 1348848/2012)*, dictada a resultas de la demanda de oficio de impugnación de convenios ex art. 90.5 ET-.

Por tanto, se confirma lo aquí aseverado. Si nada prohíbe el texto expresamente, **no se puede presumir que estemos ante una norma de orden público laboral en su integridad, ni siquiera una norma de derecho necesario absoluto**. Ciertamente, la interpretación sistemática nos ha evidenciado que hay aspectos que sí son indisponibles para la negociación colectiva de sector, como:

- La propia facultad de acudir al descuelgue cuando concurren las causas legal –o convencionalmente- previstas.
- O tampoco se podría establecer un régimen causal más restrictivo, como fue usual en el pasado. Pero ciertamente sí más expansivo, flexible o abierto, por lo que hay margen de actuación colectiva, como ya están haciendo ciertos convenios colectivos estatales aprobados tras la vigencia de la reforma, si bien en un determinado sentido. El recurso al término “entre otros”, para causas organizativas y técnicas de lugar, como se dijo, a ese margen de acción
- O, como se decía, la lista de materias a descolgarse, que es una lista cerrada,
- ¿Y el procedimiento de solución de discrepancias? ¿No cabe más que un arbitraje obligatorio como alternativa? Precisamente, aquí hay una remisión expresa de la autonomía colectiva a establecer procedimientos a tal fin. La condición de efectividad puesta en absoluto aclara su significado, como prueba la opción referida de la CCNCC.

Pero eso es muy diferente a entender que es una norma imperativa en todos sus postulados, aunque la referencia hecha más arriba pueda dar lugar a entender que hay muchos temas que sí dejan margen a la autonomía colectiva pero en un sentido de favor hacia la gestión flexible, no para contrarrestar, en un sentido protector, el régimen aperturista o laxo del legislador. Sin embargo, por lo comentado, entiendo que la existencia de esos límites, que afectan sobre todo a los presupuestos causales y materiales del descuelgue, que es lo que se ha ampliado con la reforma, no contradicen mi posición favorable a un margen significativo de intervención convencional. El propio texto normativo va desmintiendo que apues-

te por una estructura esencialmente imperativa, pues sus enunciados no se forjan sobre mandatos de ese carácter, sino más bien potestativo.

En efecto, como un segundo argumento favorable al reconocimiento de un margen significativo de disposición convencional del régimen legal de descuelgue, está el que en el **propio texto aparecen enunciados que implícitamente son una llamada a la negociación por la autonomía colectiva**. Por ejemplo, en la delimitación de las causas, se siguen acogiendo formas de enunciado amplios. A mi entender, no hay nada en el precepto que requiera su carácter indisponible, pues estamos ante un sacrificio de los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, deben entenderse de un modo razonable y proporcional.

BIBLIOGRAFÍA

- ESCUADERO RODRIGUEZ, Ricardo. “*El RDL 3/2012, de 10 de febrero: La envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva*”. Capítulo 1. En AAVV. (Dirección: ID.). *La negociación colectiva en las reformas laborales de 201, 2011, 2012*. Ediciones Cinca. Madrid. 2012.
- FLANDERS, A. *Collective bargaining*. London. Penguin Books. 1971
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. “*El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012*”. En *Revista de Derecho Social*, número 57.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. “*La negociación colectiva en el RDL de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”. En *Temas Laborales*, n. 115/2012.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F- THIBAUT ARANDA, J. “*La reforma de la negociación colectiva*”. *Relaciones Laborales*, n. 14/2010.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M. “*La reforme espagnole de la négociation collective de 2011/2012*”. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité*, n. 1.
- SALA FRANCO, T. “*La reforma de la negociación colectiva*”. En Blasco Pellicer et altri. *La reforma laboral en el RDL 3/2012*. Tirtant Lo Blanch. Valencia. 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. “*Retoques parlamentarios a la reforma laboral*”. *Aranzadi Doctrinal*, n. 4. 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*”. *Relaciones Laborales*, n. 23-24/2012.
- VILLA GIL, L.E. “*El derecho del trabajo ¿ha muerto o vive todavía? Reflexiones sobre la reforma laboral de 2012*”. *El Cronista*, n. 29/2012.

LA LEGITIMACIÓN NEGOCIADORA INICIAL EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“Mira el interior; que de ninguna cosa te escape ni su peculiar
cualidad ni su mérito”
“Todas las cosas que existen rapidísimamente se transformarán y, o
se evaporarán, si la sustancia es una, o se dispersarán”

Marco Aurelio*

El art. 87 del ET es un precepto fundamental entre los que integran el Título III de la LET y también de un alto nivel de exigencia que las reformas introducidas en 1994 y en 2010-2011 no han pretendido rebajar. Junto con el art. 88 completa la Sección 2.^a del Capítulo 1.º, dedicada a la «Legitimación», título que pretende incluir tanto los requisitos establecidos en el art. 87, cuya rúbrica coincide con

* Marco Aurelio: *Meditaciones*, trad. y notas de Ramón Bach Pellicer, introducción de Carlos García Gual, Madrid, Ed. Gredos, 1994, pág. 113.

la de la Sección, como las condiciones de capacidad jurídica (genérica) para negociar convenios colectivos estatutarios, y también los requisitos relativos a la constitución de la comisión negociadora del convenio (art. 88). El art. 87 del ET contempla el derecho de los representantes de los trabajadores a participar en la negociación colectiva en calidad de derecho colectivo a formar parte de la Comisión Negociadora (SSTS de 25 de mayo de 1996, Ar. 4674 y 22 de septiembre de 1998, Ar. 7422). El art. 87 del ET delimita los sujetos colectivos que ostentan *ope legis* capacidad negociadora o poder jurídico de negociar convenios de eficacia normativa y personal generalizada en todo su ámbito de aplicación en los términos previstos en el art. 82.3 del ET. En este sentido hay que tener en cuenta los artículos 37.1, 38, 7 y 28.1 de la CE, art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 4.1.c), 88 a 92 del ET, 2.1.d), 6.2, 7.1, y 8.1,a) y 8.2,b) de la LOLS; Convenio OIT, núm.87, de 9 de julio de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, y Convenio OIT, núm.98, de 1 de julio de 1949, sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Las partes contratantes o sujetos negociadores en los convenios “*erga omnes*” son las representaciones de los trabajadores y empresarios que acrediten la legitimación que la Ley exige para ser parte y para negociar específicamente el convenio colectivo. Los artículos 87 y 88 del ET imponen a la autonomía de las partes unas reglas (algunas imperativas y otras dispositivas para la autonomía colectiva) de legitimación y procedimiento, que se justifican por tratarse de convenios de eficacia extraordinaria o “*erga omnes*” y que deben acreditarse al iniciarse el proceso de negociación (STS de 23 de noviembre de 1993).

En su conjunto estos preceptos contienen las reglas que rigen la legitimación para negociar los convenios colectivos que en el Título III se contemplan, esto es, una capacidad convencional exigida por la Ley. En efecto, si bien sólo están legitimados para negociar los sujetos a los que alude el art. 87 (legitimación inicial), no basta con superar esta prueba porque en realidad la capacidad jurídica que regula tal precepto solo da acceso a «formar parte de la comisión negociadora» (art. 87.5) (la llamada legitimación plena o efectiva). Por lo que, además, es preciso que el conjunto de los legitimados cuenten, tanto por el lado de la representación de los intereses laborales como de los empresariales, con la «representatividad» necesaria en dicha comisión negociadora para que el convenio pueda «obligar a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación» (art. 82.3, p.º 1.º del ET). Así lo viene a reconocer también la jurisprudencia, que distingue entre una legitimación «inicial» que «habilita para negociar», y una legitimación «complementaria» o «plena» que «capacita para constituir la comisión negociadora» (SSTS de 18 enero 1993, Ar. 94; 24 marzo 1995, Ar. 2183; 25 mayo 1996, Ar. 4674; y STSJ Cantabria de 11 septiembre 1996, Ar. 2801; STSJ de Baleares, de 29 enero 1998, Ar. 176, entre otras muchas).

A pesar de que el ET reconoce a las partes negociadoras libertad para el establecimiento de las unidades de negociación (art. 83.1), en la práctica esa libertad «no es absoluta», porque está sujeta a «muy diversos límites y requisitos legales» (STC 136/1987, de 22 de julio, F.º Jco 5.º). Uno de ellos, que condiciona claramente la libertad de elección de los sujetos negociadores, es la representatividad que estos últimos ostenten. En efecto, el art. 87 prevé únicamente dos unidades de contratación, «convenios de empresa o ámbito inferior» (n.º 1) y «convenios de ámbito superior a los anteriores» (n.º 2), fijando en cada caso los concretos sujetos que están legitimados para negociar atendiendo a su representatividad, de manera que la elección de la unidad de negociación empresarial o supraempresarial depende en realidad no solo del acuerdo de las partes negociadoras sino antes, y con carácter previo, de la legitimación que ostente cada una de ellas. Dentro del “ámbito empresarial” en sentido amplio, cabe incluir –como ámbitos empresariales en empresas de *estructura compleja*, desde el punto de vista jurídico/económico- a los convenios de grupos de empresas y a los convenios de empresas red, aunque para los requisitos de representatividad y constitución de la Comisión Negociadora o Deliberante se sometan a las reglas previstas para los convenios sectoriales. En efecto, conforme al art.87.1, párrafo 3º: “Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 de este artículo para la negociación de los convenios *sectoriales*”. En tales empresas de estructura compleja en representación de los empresarios estarán legitimados para negociar la representación de dichas empresas (empresarios agrupados o vínculos en estructura de grupo o en red) (art. 87.3.b) del ET).

El mismo dato normativo de su reconocimiento legal explícito (aunque ya admitida como unidad de negociación específica por la Jurisprudencia) implica una “garantía” de estabilización normativa y de seguridad jurídica en cuanto tal. Y con ello, la norma se “moderniza” al incluir ámbitos de negociación que se corresponden con las nuevas formas contemporáneas de concentración y colaboración interempresarial.

La mayor libertad de elección de que disponen esos sujetos es la reconocida, dentro de la unidad correspondiente para acordar el ámbito concreto de aplicación funcional, territorial y personal que vaya a tener el convenio [art. 85.3.b) del ET], pese a lo cual no pueden ser arbitraria ni abusiva las limitaciones funcionales ni la exclusión personal de las unidades de negociación (v. comentario art. 82 del ET).

Para negociar convenios colectivos de empresa o ámbito inferior están legitimados la representación unitaria de empresa, es decir, el comité de empresa y, «en su caso», los delegados de personal (art. 97.1, p.º 1.º del ET); o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros

del comité. Se trata, por consiguiente, de un sistema dualista o de doble vía de legitimación negociadora de naturaleza alternativa y no acumulativa. El comité de empresa es el «órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo», pero se constituye «en cada centro de trabajo» que cuente con un censo de 50 o más trabajadores (art. 63.1 del ET); luego se trata de un órgano de representación de cada centro de trabajo y no de la empresa en su conjunto, aunque impropia mente tenga esa denominación. Otro tanto cabe decir de los delegados de personal, si bien para ellos la norma no es tan clara, ya que se limita a decir que les corresponde la representación de los trabajadores en la «empresa o centro de trabajo» con menos de 50 y más de 10 trabajadores (art. 62.1 del ET).

A la vista de lo ya expuesto puede decirse que el «ámbito inferior» al de la empresa a que se refiere el art. 87.1 del ET es, básicamente, el centro de trabajo puesto que éste es la unidad «típica» para la constitución de los órganos de representación unitaria de los trabajadores. El centro de trabajo se identifica como «la unidad productiva con organización específica», tal como ha sido definido legalmente (art. 1.5 del ET). Sin embargo también el juego del art. 83.1 del ET permite a las partes negociadoras elegir otros ámbitos infraempresariales de tipo «vertical», como el departamento, la división o la sección departamental, e incluso pueden escoger aquellas unidades «horizontales» formadas por un grupo de trabajadores profesionalmente homogéneo dentro de la empresa (una «franja»).

La legitimación para negociar en los ámbitos de centro de trabajo y empresa corresponde al comité de empresa y «en su caso» a todos los Delegados de personal. Cuando la unidad escogida sea el centro de trabajo, negociará el comité propio, o bien los delegados de personal si aquél cuenta con menos de 50 trabajadores, o el único delegado de personal cuando tenga sólo hasta 30 trabajadores. En cambio, si la unidad de negociación es la empresa y ésta cuenta con varios centros de trabajo con representación unitaria propia, están legitimados para negociar el convenio todos ellos conjuntamente, es decir, los comités de los diversos centros junto con los delegados de personal que «en su caso» puedan existir en alguno o varios de los centros de la empresa. Ahora bien, puede suceder que en una empresa como la descrita, formada por varios centros de trabajo con representación propia, se haya creado por convenio colectivo anterior un comité intercentros, en cuyo caso, si en el convenio en que se acordó su creación, se le atribuyeron competencias negociadoras para el conjunto empresarial (art. 63.3 del ET y SSTS 14 diciembre 1994, Ar. 10697, 25 de julio de 2000, Ar. 7644), será este órgano de representación el legitimado para negociar en ese ámbito. Finalmente, en los demás ámbitos infraempresariales distintos del centro de trabajo, hay que atender a si se circunscriben o bien rebasan el ámbito específico de un centro de trabajo; en el primer caso, estará legitimado el comité, el delegado o los delegados de personal del propio centro; pero si lo rebasa (por ejemplo un departamento que abarca a partes de varios centros de trabajo) lo estarán los representantes unitarios de los

centros afectados. En todo caso, la legitimación negocial corresponde al órgano de representación laboral y no de forma particular a sus miembros, lo cual resulta muy significativo a la hora de negociar un convenio infraempresarial que no sea de centro de trabajo, para el que no es posible que puedan estar legitimados una parte del comité o sólo algunos de los delegados (STCT de 25 octubre 1982, Ar. 5890).

La legitimación para negociar convenios de empresa o ámbito inferior se concede igualmente a las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité (expresión más específica que sustituye a la anterior, «representaciones sindicales si las hubiere») (art. 87.1 del ET), entendiéndose por tales las secciones sindicales a que se refiere el art. 8.2 de la LOLS, esto es, aquellas que pertenecen a los sindicatos más representativos y a las que cuentan con representación en los órganos de representación unitaria o electiva de los trabajadores (STC 137/1991, de 20 de junio). No están legitimados en cambio los propios sindicatos, que sólo la tienen atribuida en los ámbitos supraempresariales, salvo que se trate de un sindicato de empresa (STS de 30 abril 1996, Ar. 3623). Cuestión, ésta última, discutida y discutible, y sobre todo superada por la propia elaboración jurisprudencial que admite la legitimación negociadora directa al sindicato de empresa (SSTS de 28 de febrero de 2000, Ar. 2246, 14 de julio de 2000, Ar. 9642, y 16 de septiembre de 2004, Ar. 7304).

Cuando una o varias secciones sindicales pretendan negociar un convenio colectivo que afecte «a la totalidad de los trabajadores de la empresa», no les bastará con pertenecer a sindicatos más representativos o contar con representantes en los órganos unitarios sino que deberán además sumar, en su conjunto, «la mayoría de los miembros del comité» (art. 87.1, p.º 2.º, inciso 1.º, del ET). En la nueva formulación legal: “La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”. Esta exigencia resulta del todo razonable y viene justificada porque el convenio colectivo resultante no va a afectar sólo a los afiliados a los sindicatos a que pertenecen las representaciones sindicales que lo suscriban, sino que tendrá eficacia personal *erga omnes* en el ámbito de la empresa (art. 82.3 del ET). Lo que ya resulta más criticable es que tal exigencia, que es un requisito de legitimación «plena» y tiene que ver con la válida constitución de la comisión negociadora —para lo que será requisito ineludible que, por la parte de la representación de los trabajadores, la sección o secciones sindicales que pretendan negociar el convenio cuenten con la mayoría de los miembros del comité—, se ubique en sede de legitimación «inicial», para la que basta, como se ha dicho, con que tales representaciones tengan presencia en los órganos de representación unitaria, cualquiera que sea ésta, o pertenecer a un sindicato más representativo.

Una novedad importante de la reforma legislativa de 2011 fue la consagración legal de un principio de preferencia negociadora de las secciones sindicales sobre

la representación unitaria de referencia a hora de negociar, siempre que aquéllas así lo acuerden y sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal (art.87.1, párrafo 2º del ET, en la redacción dada por el RDL 7/2011, de 10 de junio). Se resuelve, con esta nueva regulación, los problemas derivados de la falta anteriormente de una regla legal que determinase un principio de preferencia negociadora a favor de una de estas representaciones de intereses colectivos de base empresarial (SSTS de 14 de octubre de 1993; 14 de julio de 2000), aunque en la práctica la “sindicalización” de las representaciones unitarias viniese facilitando el acuerdo entre ambas estructuras representativas. Este principio preferencial es una expresión lógica de la primacía constitucional del sindicato como instancia de representación de intereses colectivos de los trabajadores. Esta ordenación legal tiene un carácter promocional de la acción sindical negociadora en el ámbito de la empresa. A pesar de que en este párrafo segundo del art. 87.1 del ET (inciso primero) se alude a los convenios que afecten a todos los trabajadores «de la empresa», ello no puede significar que las secciones sindicales que se hayan constituido en cada centro de trabajo [art. 8.1.a) LOLS] no puedan negociar convenios colectivos en dicha unidad con igual eficacia general para todos los trabajadores del centro, ya que la legitimación «inicial» se reconoce a estas representaciones sindicales para negociar en la empresa o en un «ámbito inferior» (art. 87.1, párrafo 1.º, del ET). Por otro lado, es el centro de trabajo y no la empresa la unidad que se toma como base para la constitución «del comité» (y también de los delegados), con cuya mayoría de miembros se ha de contar por la sección o las secciones sindicales negociadoras. De forma que no parece justificado recurrir a los complejos trámites previstos en el art. 87.1, p.º 2.º, del ET (inciso segundo) para «los demás convenios», es decir, los que no afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa, cuando se trata de un ámbito como el centro de trabajo donde se cuenta con representación unitaria con la que tan fácil resulta medir la representatividad de las secciones sindicales.

La exigencia legal de reunir la mayoría de los miembros «del comité», sin que nada se diga respecto a los delegados de personal, planteaba la duda de si en aquellas empresas o centros de trabajo que sólo cuenten con delegados de personal, las secciones sindicales se verán imposibilitadas para negociar convenios «estatutarios» al no poder cumplir el requisito de contar precisamente con la mayoría de los miembros del comité. Por idéntica razón, en la empresa con varios centros de trabajo con representación unitaria propia, a la sección o secciones sindicales de empresa que pretendieran negociar el convenio para la empresa en su conjunto, les bastaría con reunir únicamente la mayoría de los miembros de los distintos comités de centro, sin que en el cómputo de la representatividad se tuvieran en cuenta los delegados de personal que en alguno o en varios de los centros pudieran existir. Razonablemente cabía pensar, sin embargo, que una interpretación formalista que nos lleve a unas situaciones como las descritas seguramente no se ajusta a las previsiones del art. 8.2.b) de la LOLS, donde se reconoce expresamente el

derecho a la negociación colectiva de las secciones que pertenecen a sindicatos que «cuenten con delegados de personal»; y aunque se remita por lo demás a «los términos establecidos en su legislación específica», no parece que pudiera deducirse de ello que la norma de remisión quedase autorizada para negarles aquel derecho. Así pareció entenderlo, en su momento, el Tribunal Central de Trabajo en su Sentencia de 20 de junio de 1986 (Ar. 5337), en la cual, en punto a reconocer la «plena» legitimación de las secciones sindicales que pretendían negociar un convenio de empresa, se incluyeron también las secciones que contaban con delegados de personal. En la nueva redacción introducida por el RDL 7/2011, el problema queda resuelto con la mención expresa a los Delegados de personal («La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal»).

Lo que sí parece claro es que, cuando no exista representación unitaria de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo las secciones sindicales legitimadas inicialmente no podrán estipular un convenio colectivo «estatutario» (de eficacia general en esos ámbitos) al carecer de legitimación «plena» por la ausencia del referente legal que permite contrastar su representatividad (reunir la mayoría de los miembros de la representación unitaria), aunque sí podrán suscribir otro de eficacia limitada (SSTCT de 10 y 14 junio 1985, Ar. 4358 y 4375). A ello debe añadirse que tal criterio no se puede sustituir por otros análogos, como la «implantación» (suficiente número de afiliados), ya que el Tribunal Constitucional desde muy pronto dejó claro que las reglas de legitimación para negociar «constituyen un presupuesto de la negociación que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente» (STC 73/1984, de 27 de junio; posteriormente, en STC 184/1991, de 30 de septiembre).

Los denominados convenios «de franja» contaban por fin desde la reforma laboral de 1994 con una regulación en materia de legitimación negociadora que vino a resolver muchos de los problemas que planteaba la situación legal precedente. Según dispone el vigente art. 87.1, p.º 2.º, del ET (segundo inciso), cuando este tipo de convenios vaya a ser negociado por «las representaciones sindicales» (en la terminología anterior a la reforma de 2011), será preciso que cada una de ellas cuente con «implantación» en el ámbito de la «franja» y que los trabajadores que formen parte de la misma las designen mediante un acuerdo expreso adoptado conforme a los requisitos del art. 80 del ET. De la lectura del precepto habilitante era fácil colegir, que no se legitima para negociar a todas las secciones sindicales, sino que se permite el acceso sólo a aquella o aquellas que estén implantadas en la «franja». Se incorpora de este modo un criterio de medición de la fuerza sindical que se aparta del de la representatividad contenido en la LOLS y en la regulación estatutaria, basado en la audiencia electoral —según el número de representantes unitarios obtenidos—, para centrarse en el criterio de la afiliación. Las representaciones sindicales que pretendan negociar deben contar necesariamente con afiliados entre los trabajadores de la

«franja», aunque el legislador estatutario ha preferido no exigir una cuota mínima de afiliación. Pero gozar de un nivel de afiliación extraordinariamente alto en este ámbito, incluso aunque se supere ampliamente la mayoría absoluta, bien sea por una sola sección sindical o conjuntamente entre varias, tampoco las faculta para participar directamente en la negociación. Tener afiliados en la «franja», sean muchos o pocos, permite únicamente superar el primer filtro que da acceso al siguiente y definitivo paso para poder participar materialmente en la negociación: la designación directa por los propios trabajadores, afiliados o no, a la que todas las secciones con implantación, cualquiera que sea el nivel de ésta, se han de someter.

El ET exigía que los trabajadores adopten un «acuerdo expreso, con los requisitos del art. 80 de esta Ley», con el que «designen» a las secciones sindicales que negociarán el convenio de la «franja». La remisión al art. 80 del ET no autoriza a entender que sea de aplicación necesaria en estos casos toda la regulación sobre el derecho de reunión en asamblea (arts. 77 a 80 del ET), sino sólo la relativa a los requisitos a que deben ajustarse las votaciones en las asambleas de trabajadores a que precisamente se refiere el citado art. 80. De forma que cabe someter directamente a la votación de los trabajadores la elección de las representaciones sindicales que van a ser «designadas» para negociar el convenio, o bien convocar una asamblea en la que se debatan y voten las propuestas. Lo que la norma garantiza es que, cualquiera que sea la forma escogida, el «acuerdo de designación» debe contar con «el voto favorable, personal, libre, directo y secreto, incluido el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores» de la «franja» (art. 80 del ET). Por ello, en síntesis, la reforma legal del ET de 1994 optó por sindicalizar la representación profesional en los convenios colectivos para grupos de trabajadores, pero mediatizando la elección de los representantes a la elección directa por los trabajadores que integran el grupo o sección.

El problema que se planteaba es el de si todas las secciones sindicales que hayan sido elegidas («designadas») tienen derecho a participar en la negociación y en qué proporción. La respuesta a estas cuestiones debe ir encaminada a favorecer la mayor participación posible de las representaciones sindicales con implantación en el ámbito de la «franja», evitando situaciones discriminatorias, siempre que cuenten con el respaldo mayoritario de los trabajadores en los términos que se han apuntado. De este modo, la formación del banco social respondiendo al criterio de proporcionalidad según el resultado de la votación parece lo más razonable.

La formulación actual de la legitimación de los convenios «franja» parece resolver este orden de problemas que se plantearon desde la reforma legislativa de 1994. Conforme al art.87.1, párrafo 4º: «En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta». En los convenios franja o de grupo de trabajadores con perfil profesional específico (art.87.1 del ET), que la jurisprudencia asimila a una unidad inferior a la empresa

(porque es lo normal, pero puede llevarse a cabo –en hipótesis– en un ámbito supraempresarial sectorial, que se regirían por las reglas específicas para los convenios sectoriales), la negociación puede ser realizada por el empresario y por las representaciones sindicales (“secciones sindicales”) que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta (art.87.1 del ET, que fue modificado por el RDL 7/2011). De este modo, la negociación de los convenios franja o de grupo específico de trabajadores queda reservada a las representaciones sindicales en la empresa (sean, secciones sindicales, o, el propio sindicato de empresa, con independencia de que no haya procedido a constituir sección sindical en la empresa de que se trate).

La dualidad de competencias negociadoras dentro de la empresa, reconocida tanto a los representantes unitarios como a los sindicales, no tiene un carácter acumulativo, sino alternativo y excluyente, de modo que sólo pueden estar legitimados para una misma unidad de negociación «de empresa o ámbito inferior» (art. 87.1, p.º 1.º del ET) representantes unitarios o bien sindicales pero no ambos conjuntamente (STS 17 octubre 1994, Ar. 8053 y antes también, entre otras, SSTCT de 1 y 21 de abril y 16 de septiembre de 1987, Ar. 9049, 9079 y 20202). Sin embargo tal reconocimiento plantea el problema de tener que decidir cuál de las dos representaciones legitimadas será la que negocie el convenio cuando ambas hayan presentado su comunicación al empresario para el inicio de negociaciones (art. 98.1 del ET).

En una situación como la que se acaba de describir conviene conocer, primero, si alguna de las representaciones goza de alguna preferencia respecto de la otra, lo que resolvería el problema definitivamente. En este sentido es preciso traer a colación lo dispuesto en el art. 5 del Convenio n.º 135 de la OIT sobre «protección y facilidades a representantes de los trabajadores en la empresa» (adoptado por la Conferencia General el 23 de junio de 1971 y ratificado por España en noviembre de 1972), según el cual «cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes». En la misma línea insiste también el art. 3.2 del Convenio n.º 154 de la O.I.T, sobre «fomento de la negociación colectiva» (adoptado el 19 de junio de 1981 y ratificado por España en julio de 1985) al disponer que cuando la negociación colectiva «incluya igualmente las negociaciones... [con los representantes electos], deberán adoptarse, si fuese necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de esos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas» en la negociación. Ambas normas no se encaminan, pues, a establecer un orden de prelación entre las representaciones, sino antes al contrario, a evitar que la representación unitaria se pueda utilizar «en menoscabo» de la sindical. Pero tal situación no se da en nuestro sistema de legitimación negociadora, dado que aun cuando sea la representación unitaria la que tenga la iniciativa, los sindicatos que han conseguido integrarse a sus represen-

tantes como miembros de aquella pueden tener «presencia indirecta en la negociación» (STCT de 21 de abril 1987, Ar. 9079) gracias a la notable sindicalización de tales representaciones, como se ha destacado recientemente por la doctrina constitucional (STC 95/1996, de 29 de mayo). De esta forma se hace compatible el mandato estatutario con las previsiones contenidas en aquellas normas internacionales.

Por lo demás, la cuestión relativa a quién decide cuál de las representaciones concurrentes negociará finalmente el convenio se resolvía en la ordenación precedente por el expediente de dejar en manos del empresario la elección del interlocutor, solución que viene avalada por lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 87.1 del ET, según el cual «en todos los casos» es necesario que «ambas partes se reconozcan como interlocutores». Sin embargo se trata de una exigencia algo extraña, ya que, en puridad, la legitimación deriva del cumplimiento de los requisitos que de manera indisponible la Ley establece, por lo que ni tal recíproco reconocimiento genera que quien carezca de tales requisitos alcance legitimación ni la falta de aquel priva de legitimación a quien la tenga (STS de 18 enero 1993, Ar. 94). En definitiva, el mutuo reconocimiento no puede ser un nuevo requisito que se añada a la legitimación (STCT de 26 noviembre 1982, Ar. 6873), de manera que el empresario no puede rechazar la iniciativa negociadora planteada por un sujeto y elegir en cambio otro cuando el primero reúne los requisitos de legitimación legalmente establecidos (vid. comentario al art. 89.1, p.º 2.º, del ET). Por ello parece que habrá de tenerse en cuenta especialmente «la prioridad en la iniciativa», ya que en un caso como el planteado resulta ser «determinante de la preferencia entre uno y otro tipo» de representación actuante (STCT de 21 abril 1987, Ar. 9079).

De nuevo, la nueva redacción dada por el RDL 7/2011, clarificó estos asuntos, otorgando primacía legal directa y necesaria a las secciones sindicales, “cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal” (art.87.1, párrafo 2º).

En la anterior redacción legal, el número 2 del art. 87 del ET establecía la legitimación «inicial» requerida para la negociación «de convenios de ámbito superior a los anteriores», es decir para aquellas unidades de contratación multi o supraempresariales. Ante la parquedad expresiva del precepto, y al amparo de la libertad de unidades negociales ex art. 83.1 del ET, cabía pensar en diversas unidades supraempresariales de negociación; así, las más comunes son las que abarcan una rama de actividad económica o un sector, constituyendo el convenio de sector provincial el más frecuente. También se incluía el llamado convenio plural de empresas, es decir el que comprende varias empresas distintas e independientes que no forman un sector, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia (SSTS de 8 octubre 1993, Ar. 7581; 20 octubre 1997, Ar. 8083). Respecto a los grupos de empresa, la jurisprudencia aparecía dividida entre la consideración como una unidad negocial de ámbito empresarial (SSTS de 15 febrero 1993, Ar. 1165; 27 abril 1995, Ar. 3273 y 30 octubre 1995, Ar. 7930) o supraempresarial (SSTS de 30 abril 1996, Ar. 3623 y 21 junio 1996, Ar. 5221). Con la reforma de 2011 los grupos

de empresas y el complejo formado por una pluralidad de empresas vinculadas constituyen un ámbito específico *o sui generis* de negociación colectiva sometido un régimen peculiar de legitimación negocial (cfr. art. 87. 1, párrafo 3º del ET): del lado de los trabajadores con monopolio sindical (art 87. 2 del ET) y del lado de los empresarios, con textura abierta, “la representación de dichas empresas” de estructura compleja (art. 87. 3.b) del ET).

La misma división de pareceres se observa en los casos de convenios colectivos unitarios para todo el personal laboral al servicio de una Administración Pública. Así, mientras que en unos casos se los considera unidades supraempresariales, aunque con «características singulares» —ya que «dada la unidad de negociación y el carácter público de las entidades empleadoras que han de negociarlo, se excluye que pueda asumir su representación las asociaciones empresariales» (STS de 21 junio 1996, Ar. 5221; en el mismo sentido también SS. TS 4 de octubre 1988, Ar. 7525, 15 febrero 1993, Ar. 1165 y 30 de abril 1996, Ar. 3623)—, en otras sentencias se ha entendido que se trata de unidad de negociación empresarial, sobre la base de la «unidad de dirección económica o administrativa que da lugar a una especial cohesión de intereses en juego» (SSTS de 20 diciembre 1995, Ar. 9841 y 7 julio 1997, Ar. 6251). Una interpretación lógica y sistemática de los preceptos legales aplicables lleva a ponderar la mayor consistencia de la primera posición señalada, porque la sustitución de las representaciones sindicales en la negociación colectiva debe ser la excepción, en la medida en que esta afecta al contenido esencial de la libertad sindical, y tal excepción que, ciertamente, no pugna con el significado literal del art. 37.1 de la CE, solo la introduce expresamente la ley en el presente para las unidades de contratación colectiva empresariales.

Toda esta regulación cambia con las modificaciones introducidas por el RDL 7/2011, de 10 de junio, que pretende arrojar una mayor claridad y seguridad jurídica en la regulación legal, recogiendo en gran medida los criterios jurisprudenciales sobre esta materia.

a) En los convenios sectoriales (por tanto, convenios *de ámbito superior a la empresa*) están legitimados para ser parte en la negociación tan sólo los Sindicatos y Asociaciones empresariales que acrediten una especial fuerza representativa basada en el requisito de audiencia o influencia electoral. La representación exigida es necesariamente de naturaleza jurídico-asociativa, lo cual, en el caso de la representación de los trabajadores, es plenamente coherente con la preferencia constitucional de la “subjetividad del trabajo” a través de la representación sindical (arts. 7, 28.1 y 103.3 de la CE) (SSTC 4/1983, 98/1985, 57/1989, 137/1991 y 224/2000).

En concreto en tales convenios supraempresariales están legitimados por el lado sindical:

1. Los sindicatos más representativos a nivel estatal (art. 6.2 de la LOLS) y de Comunidad autónoma, así como en sus respectivos ámbitos los entes sindicales

afiliados, federados o confederados a los mismos (en los términos del art. 7.1 de la LOLS).

2. También están legitimados los sindicatos «suficientemente» representativos, es decir aquellos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional específico (inferior al estatal y al de Comunidad Autónoma) al que se refiere el convenio colectivo.

3. Por último, están legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el art. 7.1 de la LOLS.

Por parte de las Organizaciones empresariales, están legitimadas para negociar las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 del ET, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados (art.87.3.c) del ET). Con todo, la norma al suprimir la referencia el número de empresas inscritas facilita la atribución de la legitimación inicial a las asociaciones empresariales que agrupan a las grandes empresas (arts. 87.3.c), legitimación inicial, en relación con el art.88.2, legitimación plena o efectiva, del ET).

Están legitimadas para negociar también las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que acrediten en dicho ámbito un mínimo del 15 por ciento de los empresarios y trabajadores, salvo que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal (art. 87.4 ET, en conexión con la Disp. Adicional 6ª del ET).

Además el nuevo art. 87.3 del ET establece que en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos sectoriales las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.

b) Convenios de grupos de empresas y empresas red. Sin duda, una de las novedades más destacadas de la reforma llevada a cabo por el RDL 7/2011 es la regulación legal de la legitimación para negociar en este ámbito. Se pretende con ello adaptar la regulación legal a las nuevas realidades empresariales susceptibles de negociar colectivos, como son los grupos de empresas o las denominadas empresas en red surgidas en el marco de los procesos de descentralización productiva en sus distintas manifestaciones fisiológicas (Así lo precisó la Exposición de Motivos, en su apartado V).

El retraso en esta regulación legal ha sido considerable, puesto que estas realidades existen desde hace mucho tiempo y ha debido ser la jurisprudencia, con el

apoyo de la doctrina, la que ha suplido durante mucho tiempo la falta de regulación legal. El Tribunal Supremo estableció que podía acudirse a los requisitos de legitimación estatutaria, aunque su negociación no estuviese prevista explícitamente, ya que consideraba que le asistía el principio de libertad de elección de la unidad de contratación por parte de los sujetos legitimados para negociar (art. 83 del ET) (STS de 28 de octubre de 1999, Ar. 8510). La jurisprudencia más reciente adoptó un criterio mixto respecto a la legitimación, por las dificultades prácticas de instrumentarla (SSTS de 14 junio, 28 octubre, y 21 diciembre 1999). De manera que se aplicaron los criterios de legitimación negocial, atendiendo a que se trata de la representación de los trabajadores (se aplican las reglas de legitimación de los convenios supraempresariales, pudiendo ser negociados por los sindicatos) o de la representación empresarial (se aplican las reglas de legitimación de los convenios empresariales).

El art. 87.1 (modificado por el RD-L 7/2011) establece ahora que en los convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación (las llamadas empresas en red), la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la prevista para la negociación de los convenios sectoriales, es decir, los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma y los sindicatos que cuenten con más del 10 por ciento de los órganos de la representación unitaria en su ámbito geográfico y funcional específico (art. 87.1, párrafo 3º, en relación con el apartado 2 del referido art.87 del ET). Se apuesta, así, por el *monopolio sindical* en este ámbito empresarial específico de negociación (unidad de negociación integrada por una empresa de estructura compleja), desplazando toda posibilidad de legitimación de canal de las representaciones unitarias existentes en dicho complejo empresarial. Se trata de una expresión más de la tendencia a reforzar la sindicalidad de los procesos de negociación colectiva.

En representación de los empresarios estará legitimada para negociar en este ámbito la representación de dichas empresas [art. 87.3, b) del ET].

Ello supone que la nueva ordenación legal se vence hacia un modelo de negociación de empresa de estructura compleja (en grupo o en red) típico de lo que en sede jurisprudencial se ha venido denominando *legitimación cruzada* (parte estrictamente sindical y parte representativa de las empresas que integran el complejo empresarial).

La legitimación del art. 87.1 es una legitimación simple o inicial que confiere derecho a ser parte en la negociación, como explicita el propio art. 87.5 del ET, al establecer que «todo sindicato, federación o confederación, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora» (o, por decirlo gráficamente, tendrá derecho «a sentarse» en la mesa de negociación). Esta legitimación inicial da derecho a estar presente, en su caso, en la comisión negociadora, sin posibilidad de ser excluido por un tercero (STS de 22 septiembre 1998). Por otra parte, impedir o dificultar

el derecho del sindicato a la negociación constituye una violación del derecho de libertad sindical (STC 224/2000).

Cuestión distinta es que se pueda negociar efectivamente el convenio colectivo. Para ello es necesario atender al cumplimiento de los requisitos legales fijados en el art. 88 del ET.

La legitimación plena o efectiva para negociar se regula en el art. 88 del ET, y es la que permite constituir válidamente una comisión capacidad para negociar efectivamente un convenio colectivo. La legitimación plena remite, pues, a la válida constitución de la comisión negociadora en los términos predeterminados en dicho art. 88 del ET.

En el modelo estatutario, para la negociación de los convenios supraempresariales por la parte de los trabajadores, se concede la legitimación en exclusiva a los sindicatos. Pero no se la reconoce a todos los sindicatos legalmente constituidos sino sólo a aquéllos que tengan una especial acreditación por ser los más representativos en el ámbito estatal o autonómico, incluidos los que lo sean por «irradiación», o también los que al menos sean «simplemente» representativos en el ámbito al que se extienda el convenio.

Tienen la consideración de sindicatos más representativos «a nivel estatal» los que cuenten en dicho ámbito con el 10 % o más del total de delegados de personal, miembros de comités de empresa y de los miembros de los órganos de representación de los funcionarios en las Administraciones públicas [art. 6.2.a) de la LOLS], mientras que son más representativos «a nivel de Comunidad Autónoma» los sindicatos que en cada una de ellas alcancen un 15 %, al menos, del conjunto de los representantes unitarios a que antes nos hemos referido, siempre que dicho porcentaje represente «un mínimo de 1.500 representantes» y que se trate de sindicatos que «no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal» [art. 7.1.a) de la LOLS]. Asimismo tienen también la consideración de más representativos (por «irradiación») a nivel estatal o autonómico, respectivamente, los sindicatos «afiliados, federados o confederados» a una organización sindical de ámbito estatal o autonómico que tenga la consideración de más representativa [arts. 6.2.b) y 7.1.b) de la LOLS]. Finalmente, son sindicatos «simplemente» representativos, los que «aun no teniendo la consideración de más representativos hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico», el 10 % o más de delegados de personal, miembros de comités de empresa y de los miembros de los órganos de representación de los funcionarios en las Administraciones públicas (art. 7.2. de la LOLS).

La legitimación negocial de los sindicatos más representativos «a nivel de Comunidad Autónoma» se concede, en principio, «respecto de los convenios que no trasciendan dicho ámbito territorial» autonómico [art. 87.2.b) del ET], aunque singularmente se les concede también legitimación para la negociación de convenios de ámbito estatal (art. 87.4 del ET), como luego se verá con mayor detalle. En cuanto

a la legitimación concedida a los sindicatos más representativos «por irradiación», a pesar de la dicción del art. 6.3.b) de la LOLS, donde parece otorgárseles «capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales» para «la negociación colectiva», el Tribunal Constitucional ya advirtió que «es obvio que el reconocimiento —y por tanto el ejercicio— se contrae al específico ámbito territorial y funcional de cada uno» (S. 98/1985, de 29 de julio, F.º Jco. 8), es decir, que sólo goza de la condición de más representativo, sea a nivel estatal o autonómico para ejercer las prerrogativas derivadas de tal condición en su específico ámbito territorial y funcional de actuación que le es propio. Es por ello precisamente por lo que el ET concede legitimación a los «entes sindicales afiliados, federados o confederados» a los sindicatos más representativos a nivel estatal o autonómico, pero para ejercerlo sólo «en sus respectivos ámbitos» [art. 87.2 del ET, apartados a) y b) in fine]. Se salvan así situaciones absurdas e incongruentes como la que se daría si una organización sindical de ámbito local afiliada a una confederación sindical más representativa «a nivel» estatal pretendiese «negociar un convenio sectorial de ámbito nacional en una rama distinta, adaptando la extensión de la representación a la negociación que trata de realizar» [STC 57/1989, de 16 de marzo, F. Jco. 2.b)]. Finalmente, también la legitimación negocial de los sindicatos simplemente representativos se concede para el «ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio», pues se trata precisamente de aquel ámbito en el que los mismos disponen de esa representatividad simple o suficiente estimada en el 10 % como mínimo de los miembros del comité de empresa o delegados de personal [art. 87.2.c) del ET].

La LOLS reconoce también a «las organizaciones sindicales» sin distinción «en el ejercicio de la libertad sindical [...] el derecho a la negociación colectiva» (art. 2.2.d). Se trata de un derecho reconocido a todo sindicato, no condicionado a requisito de representatividad alguno, dado que el derecho de negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, pero está referido a una negociación de convenios «extraestatutarios», de eficacia personal limitada. En cambio, la negociación colectiva prevista en el Título III del ET a la que remite el art. 6.3.b) de la LOLS constituye un «supuesto específico de negociación» dotada de eficacia personal *erga omnes* y es ese carácter precisamente «y la necesidad lógica de reconocer la legitimación a quienes representen cualificadamente los intereses del grupo afectado» los factores que «justifican la limitación a quienes ostenten una mínima representatividad» (STC 98/1985, de 29 de julio, F.º Jco. 10). En consecuencia, «el no reconocimiento de la legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa a los sindicatos no mencionados en el art. 87.2 del ET no viola los arts. 7, 28.1 y 37 de la CE, pues ese derecho, reconocido también en el art. 2.2d) de la LOLS como manifestación de la libertad sindical», se ejercita, como en este último precepto se indica, «en los términos previstos en las normas correspondientes», que «no es ninguna limitación» sino simplemente «una remisión a la regulación normativa específica, si es que ésta existe o debe existir» [SSTC 57/1989, F. Jco. 2.b), y 98/1985, de 29 de julio, F.º Jco. 3, cit.].

En los convenios colectivos supraempresariales la legitimación negocial por el lado de los intereses empresariales se ha venido otorgando a las asociaciones de empresarios. Pero el dato de la audiencia electoral utilizado en el caso de los sindicatos se cambia ahora por el criterio de la afiliación, exigiendo que tales asociaciones cuenten en el ámbito geográfico y funcional del convenio con el 10 % de los empresarios, dato al que se añade además otro, el del volumen de empleo, ya que tales empresarios deben ocupar a igual porcentaje de trabajadores afectados por el convenio (art. 87.3 del ET, en versión antigua). En la redacción del art. 87, que diera el RDL 7/2011, esta problemática se resuelven en la plano exclusivo de la legitimación de los convenios sectoriales del siguiente modo: “En los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados. En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos del sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores” (art.87.3, c) del ET).

La remisión que se hace al art. 1.2 del ET («empresarios en el sentido del art. 1.2 de esta Ley») viene a reforzar el carácter de empleador que ha de tener el empresario, pero también permite incluir en tal concepto a las empresas de trabajo temporal respecto a los trabajadores contratados por las mismas para ser puestos a disposición de las empresas usuarias. No están legitimadas las asociaciones de trabajadores autónomos, pues no lo son de empresarios en los términos del art. 1.2 del ET (STCT de 1 junio 1988, Ar. 263); tampoco los Colegios Profesionales (STCT de 4 mayo 1982, Ar. 3235) ni las Cámaras Oficiales, ya que no son organizaciones empresariales en los términos previstos en la Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical.

El principal problema que ha venido arrastrando esta regulación es el de la carencia de un sistema de cómputo seguro de empresas y trabajadores. Ciertamente, el Instituto Nacional de Estadística, mantiene al día y hace público el censo de empresas, estando disponible un Directorio Central de Empresas (DIRCE). De otra parte, el censo de población activa ocupada se publica regularmente por dicho Instituto, así como, las encuestas de población activa. No obstante, hay que poner de manifiesto que el Gobierno no ha cumplido la obligación que le imponía la LOLS (L.O. 11/1985) en su Disposición Adicional Primera, de dictar las disposiciones precisas para el desarrollo y aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Sexta del ET (v. comentario Disposición Adicional Sexta del ET), como lo recordaba la

STC 52/1992, de 8 de abril, reiterando una censura ya puesta de manifiesto en otra anterior, la STC 57/1989, de 16 de marzo. Esta situación contrasta con la mayor seguridad jurídica que brinda el régimen jurídico de elecciones sindicales para verificar la representatividad de los sindicatos. En la práctica, la comprobación de la representatividad de las asociaciones sindicales se convierte en una cuestión de hecho, que se intenta probar por diferentes medios: censos fiscales, listados del INSS sobre inscripciones de empresa; estadísticas industriales; declaraciones de las propias asociaciones sobre el número de sus afiliados y cotizantes. El TCT llegó a manifestar sus preferencias por los listados del INSS sobre inscripciones de empresas (SSTCT 16 y 23 diciembre 1986, Ar. 14642 y 14651), lo que en la actualidad supondría tomar como punto de partida los datos del Fichero General de Afiliación de la TGSS para conocer la capacidad negocial de las distintas asociaciones empresariales. En la práctica, se ha llegado a aceptar como criterio operativo para medir la representatividad de las asociaciones empresariales el de la «notoriedad», entendiendo por tal la presunción de representatividad a partir de dos datos: la implantación en el sector y la pertenencia a la confederación CEOE-CEPYME, intentado así trasladar la técnica de la irradiación —sin fundamento legal— al ámbito de las organizaciones empresariales para atribuir a las asociaciones afiliadas o federadas una representatividad que les permita acceder a las comisiones negociadoras de los convenios colectivos. Sin embargo, la notoriedad no pasa de ser en el presente un concepto *extra legem*, que viene aceptado por el uso y al cual se atribuye en la praxis negocial un valor provisional que opera como presunción *iuris tantum*, por lo que se puede destruir mediante pruebas que se aporten en sentido contrario que acrediten la insuficiente representatividad de una o varias asociaciones empresariales para constituirse en parte negociadora de los convenios con, o sin, la exclusión de otras asociaciones. En definitiva, se trata de un problema pendiente de regulación desde la entrada en vigor del ET, que se agravó tras la reforma de 1984, al exigir esta además del porcentaje de afiliación un porcentaje adicional de trabajadores ocupados en las empresas que estén afiliadas a las asociaciones que pretenden negociar en un ámbito territorial y funcional determinado.

En los supuestos de convenios de ámbito estatal, el art. 87.4 del ET concede además legitimación negociadora a otros dos tipos de sujetos colectivos que normalmente, atendiendo a su marco territorial de actuación, no les correspondería: “Asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el art.7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta de esta Ley” (art.87.4 del ET). En efecto, se trata de los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos en tal ámbito autonómico conforme a lo previsto el art. 7.1 de la LOLS y de las asociaciones empresariales también de Comunidad Autónoma que sean más representativas en dicho marco regional por contar en

él con el 15 % como mínimo de los empresarios y trabajadores cuando no estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal, según se dispone en el párrafo segundo de la disposición adicional sexta del ET.

La remisión del art. 87.4 del ET a todo el art. 7.1 de la LOLS y no específicamente a su apartado a), permite deducir que están también legitimados para negociar convenios colectivos de ámbito estatal los sindicatos que hayan adquirido la condición de más representativos de Comunidad Autónoma por el solo hecho de su afiliación, federación o confederación a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa, a los que se refiere el apartado b) del art. 7.1 de la LOLS. Esta regulación, resultado de las modificaciones introducidas por la reforma de 1994, incrementa notablemente las posibilidades de que en la práctica puedan participar en este tipo de convenios formaciones sindicales con escasa o nula representatividad real en el ámbito funcional del convenio, lo que a la postre no beneficia en nada a la propia negociación colectiva. Aunque la lógica ya lleve a excluir esta apertura a otros sujetos colectivos sindicales y empresariales de las Comunidades Autónomas, también cabe poner en duda que esa fuera la voluntad inicial del Legislador. Pero lo cierto es que tal aplicación se sigue de la letra de la Ley.

La legitimación negociadora concedida para este tipo de convenios (estatales) a las asociaciones empresariales más representativas de Comunidad Autónoma, aunque no tengan representatividad alguna en el ámbito funcional del convenio dentro de la propia Comunidad, resulta también, y como mínimo, de dudosa adecuación al principio constitucional de igualdad en la Ley, si se compara con lo establecido en el art. 87.3 del ET, que, para este mismo convenio (estatal) exige contar con un 10 % de los empresarios y trabajadores también en el ámbito «funcional» del convenio, sin que sea suficiente que la asociación sea más representativa en todo el Estado. Se trata de una diferencia de trato, a fin de cuentas, que vulnera lo constitucionalmente admisible en relación con el principio de igualdad.

Conforme se indicó, la legitimación «inicial» reconocida por el art. 87 del ET sólo concede el derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio, y así lo reconoce expresamente el núm. 5 de dicho precepto, con el que se cierra el recorrido por los sujetos colectivos legitimados para negociar. Tal derecho se reconoce, pues, únicamente «a todo sindicato, federación o confederación sindical» así como a «toda asociación empresarial» que estén legitimados inicialmente, y les garantiza a todos y cada uno de ellos al menos un puesto en dicha comisión negociadora, como luego se verá. En cambio, no se hace mención en tal precepto de los representantes unitarios ni de los sindicales, por tanto no existe la garantía legal de que las distintas opciones sindicales presentes en el comité de empresa, o todas las secciones sindicales, al menos en principio, puedan tener un puesto en la comisión negociadora (STC 137/1991, de 20 de junio, F.º Jco. 2).

UN APUNTE SOBRE EL DECLIVE DE LA EFICACIA NORMATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

Alfredo Montoya Melgar
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

1. EL CONVENIO COLECTIVO, NORMA LABORAL

Aunque suele afirmarse lo contrario, la Constitución no consagra la fuerza normativa del convenio colectivo, pues su art. 37.1 se limita a aludir al “carácter vinculante” de éste; fórmula que podría servir tanto para referirse a dicha fuerza normativa como a la mera eficacia contractual del pacto colectivo, pues “vincular” significa “sujetar a una obligación” (DRAE), siendo así que el consentimiento obligacional constituye la esencia del contrato (art. 1.254 CC).

La ley encargada por la propia Constitución para garantizar ese carácter vinculante ha superado, sin embargo, la ambigüedad del texto constitucional reconociendo de modo repetido e indubitado la naturaleza de norma de los convenios. Así,

el art. 3.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) habla de “normas laborales, tanto estatales como pactadas”, refiriéndose naturalmente con esta última expresión a los convenios colectivos. El art. 82.2 ET, cuando procede a conceptualizar a los convenios, afirma que éstos “regulan las condiciones de trabajo”, y en el mismo sentido, el art. 85.1 ET enumera las distintas materias que pueden “regular” dichos convenios. Conectada con esta idea de normatividad se halla la primera regla del art. 82.3 ET, que permanece invariable pese a los innumerables avatares a que ha sido sometido el Estatuto; regla que proclama la eficacia general de los convenios colectivos al disponer que éstos “obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”.

El ET abrazó la concepción normativista del convenio, que, en obligada congruencia, defienden también la doctrina académica, los tribunales y, cómo no, los propios convenios. “El convenio es, primordialmente y ante todo, -escribía Alonso Olea- una norma jurídica”. Y añadía: “Sus mandatos son impersonales y abstractos, aunque ciertamente matizados, porque se dirigen a colectividades determinadas de trabajadores y no al común de éstos, son regulaciones sectoriales” (Alonso Olea, 2002, 510). En el mismo sentido se pronuncia Ojeda Avilés (2003, 724) cuando pone de relieve el carácter normativo de nuestros convenios colectivos afirmando que “casi podría invertirse la célebre fórmula de Carnelutti, cuando definía los *contratti collettivi* de su país como ‘cuerpo de contrato y alma de ley’, y decir que los convenios colectivos son en nuestro país ‘cuerpo de ley y alma de contrato’”. (Vid. también Correa Carrasco, 1997, 180).

La jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, proclama igualmente y sin reservas la normatividad del convenio; tomando como ejemplo a la temprana STC 4/1983, de 28 enero, ésta alude al “valor normativo” y a la “eficacia *erga omnes*” de los convenios colectivos (FJ 3); de igual modo, la STC 58/1985, de 30 abril, entiende que la “fuerza vinculante” del convenio implica su “contenido normativo”, posiciones similares a las mantenidas, entre otras, en las SSTC 105/1992, de 1 julio, y 208/1993, de 28 junio.

En fin, los propios convenios son, como no podía ser de otro modo, conscientes de su carácter de normas; así, el Convenio colectivo general del sector de la Construcción (BOE 15 marzo 2012) declara su “naturaleza normativa y eficacia general” (art. 2.1).

Que el convenio colectivo sea una norma jurídica no impide su subordinación, en cuanto norma emanada de un poder o “fuente” privados, a las normas de derecho público, esto es, a las leyes y los reglamentos. Ello es lógico, porque la ley es expresión de la voluntad general (las Cortes generales “representan al pueblo español”: art. 66.1 Const.) mientras que el convenio sólo es expresión de una voluntad particular o sectorial (la de los “representantes de los trabajadores y empresarios”: art. 37.1 Const.).

Desde su texto originario de 1980, el art. 85.1 ET viene, en consecuencia, sosteniendo que la acción reguladora de los convenios debe operar “dentro del respeto a las leyes”, fórmula basada, por cierto, en la que se contenía en el art. 4 de la derogada Ley 38/1973, de 3 enero, de convenios colectivos sindicales de trabajo.

Manifestación de esa subordinación del convenio a la norma estatal y específicamente a la ley es el hecho de que el ET, cumpliendo el mandato constitucional, garantiza el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio, fuerza que interpreta, como venía haciéndose antes de la Constitución, en el doble sentido de obligatoriedad contractual y eficacia normativa. El ET establece además en su Título III el pormenorizado régimen al que debe ajustarse la negociación colectiva, trazando el concepto de convenio y regulando las relaciones entre convenios, las unidades de negociación, el contenido y vigencia de los pactos colectivos y, en fin, la legitimación para negociarlos y el procedimiento para su negociación.

De este modo, la “autonomía colectiva” de que habla el art. 82.7 ET y la “libertad de contratación” que reconoce el art. 85 ET no son absolutas ni impiden que los sujetos pactantes del convenio estén sometidos a importantes y numerosos límites legales. En este sentido, por ejemplo, los acuerdos interprofesionales y los convenios estatales y de comunidad autónoma no pueden alterar la prioridad que el art. 84.1 ET reconoce al convenio de empresa; del mismo modo, todo convenio ha de tener un contenido mínimo establecido por la ley (art. 85.3 ET); todo convenio debe negociar medidas de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres (art. 85.1 ET); los sujetos pactantes han de reunir determinadas condiciones de legitimación (art. 87 ET) y han de constituir una comisión negociadora (art. 88 ET) así como seguir unas reglas de procedimiento en sus negociaciones (arts. 89 y ss. ET). Un pacto que no cumpla esas exigencias legales será a lo sumo un contrato civil, obviamente sin eficacia normativa ni general, pero nunca un convenio colectivo.

La supremacía de la ley sobre el convenio se manifiesta además en el hecho de que es la propia ley la que reconoce a las partes del convenio los espacios de libertad de que éstas gozan; así, la libertad de fijar el ámbito del pacto (art. 83.1 ET), su contenido (art. 85.1 ET) y su duración (art. 86.1 ET).

En suma, la decidida intervención de la ley en el diseño del marco jurídico dentro del que opera la negociación colectiva es el precio que los convenios colectivos —a fin de cuentas, contratos de derecho privado— deben pagar por el reconocimiento de su naturaleza normativa y su eficacia *erga omnes* por la propia ley.

Esa naturaleza normativa del convenio colectivo presenta, sin embargo, en los últimos tiempos, una progresiva debilitación que obedece a los designios de la propia ley, movida en gran parte por consideraciones económicas. En efecto, el estudio de las sucesivas reformas del ET que se han producido en los últimos

veinte años permite advertir una clara y mantenida tendencia hacia la reducción de la fuerza normativa de los convenios; aunque esa reducción no llegue a degradar a éstos a la condición de pactos con mera eficacia contractual como pretende algún sector doctrinal.

Esa labor de reducción de la potencia normativa de los convenios la viene acometiendo el legislador desde varias perspectivas: de un lado, facultando a unos convenios para que desplacen a otros de ámbito superior; de otro, permitiendo que meros acuerdos de empresa (sobre la naturaleza de esta figura, García Murcia, 1998; Correa Carrasco, 1997, 156 y ss.; García Jiménez, 2006) puedan decidir la inaplicación de condiciones de trabajo fijadas en convenios colectivos y sustituirlas por otras adoptadas por esos mismos acuerdos; y en fin, limitando la llamada “ultraactividad” de los convenios denunciados y vencidos.

El declive de la fuerza normativa de los convenios colectivos puede observarse mediante el análisis de la evolución de las correspondientes instituciones y regulaciones, análisis al que se dedica, en abreviatura, el resto de esta exposición.

2. LA EROSIÓN DE LA PRIMACÍA DE LOS ACUERDOS Y CONVENIOS SUPERIORES Y EL FORTALECIMIENTO DEL CONVENIO DE EMPRESA

Un aspecto importante de la normatividad de los convenios colectivos ha sido durante mucho tiempo el predominio de los de ámbito superior sobre los demás. Esta concepción está presente, con toda claridad, en el Acuerdo Básico Interconfederal entre UGT y CEOE, de 10 julio 1979, en el que se manifestaba la necesidad de “reducir el número de unidades de contratación”, a cuyo efecto se pretendía que los convenios superiores agotaran los temas objetos de negociación, encomendando a los convenios de empresa la función complementaria de aplicar, concretar y adaptar lo dispuesto en el convenio de rama o sector. Por su parte, el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva entre UGT y CEOE, de 5 enero 1980, dejaba constancia de su oposición a la “atomización de los convenios” y promovía la “unidad sectorial de ámbito nacional” (sobre dicho Acuerdo, Alonso García, 1980). En este sentido, el Acuerdo proponía “reenviar compromisos adquiridos en las unidades superiores a otras de ámbito más reducido”, y se mostraba partidario de “agotar las materias que por su propia naturaleza puedan ser objeto de negociación sectorializada”. Esta *vis attractiva* del convenio superior relegaba a un papel secundario a los convenios inferiores, y en particular a los de empresa, cuyo ámbito debía quedar condicionado por lo que el pacto superior hubiera dispuesto.

El originario art. 83.2 ET, compartiendo estas ideas (como es sabido, el Título III del ET se basaba en el citado Acuerdo Básico Interconfederal de 1979), dotaba

de una capacidad normativa superior a los acuerdos interprofesionales respecto de todo tipo de convenios colectivos, y a los sectoriales de ámbito nacional o de comunidad autónoma respecto de los demás, esto es, los provinciales, locales, de empresa o de ámbito inferior a la empresa. Prueba de esa superior capacidad era la facultad que esos pactos superiores tenían para fijar la estructura de la negociación colectiva, para establecer las reglas de solución de conflictos entre convenios y las reglas de coexistencia o articulación entre éstos, y, en fin, para prohibir a los convenios de ámbitos inferiores la negociación sobre las materias que dichos pactos superiores decidieran.

El RDL 7/2011, de 10 junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (sobre el mismo, A.V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez, 2012, 56 y ss.) procedió a modificar el art. 83.2 ET, que quedó formulado en términos que la reforma de 2012 ha respetado íntegramente. El precepto se mantenía (y se mantiene hoy) con un contenido sustancialmente igual, pese a su distinta redacción, al de su precedente; ahora bien, había una importante diferencia en cuanto que se silenciaba la regla a cuyo tenor los acuerdos o convenios superiores podían vedar a los inferiores negociar sobre determinadas materias, silencio que traduce la voluntad del legislador de mermar la primacía de dichos pactos y de potenciar los de ámbito inferior liberándolos de ese control que ejercían sobre ellos los pactos superiores.

En esta misma dirección de atenuación del protagonismo de los convenios superiores y de potenciación de los de empresa se sitúa la evolución reciente del art. 84.2 ET, que insiste y profundiza en las que le precedieron. En efecto, ya la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 mayo, puso en cuestión el principio de “unicidad” y no afectación de un convenio por otro (o lo que es igual, la soberanía de cada convenio en su propio ámbito), sólo excepcionado inicialmente por lo que pudieran disponer los acuerdos interprofesionales y los convenios superiores (estatales y de comunidad autónoma) –manifestación del predominio de la negociación de ámbito superior sobre la de ámbito inferior-. Tal puesta en cuestión se formulaba desde una perspectiva inédita: el predominio del convenio inferior sobre el superior. Así, cualquier convenio, siempre que superara el ámbito de la empresa, podía afectar a lo dispuesto en otro superior (así, un convenio de comunidad autónoma podía afectar a lo dispuesto en otro de ámbito estatal), salvo en las materias especificadas en el precepto (período de prueba, grupos profesionales, régimen disciplinario, etc.), que el legislador estimaba que debían permanecer dentro de la potestad normativa del convenio superior.

Mucho más profunda fue la modificación que el RDL 7/2011 introdujo en la materia a través de la reforma del mismo art. 84 ET, llevando a cabo dos operaciones. De un lado, redujo la posibilidad de que un convenio inferior afectara a otro superior al supuesto de que el convenio de comunidad autónoma afectara al estatal; quedaba así bien claro que se trataba de potenciar a aquél sobre éste, con

la exclusión de una serie de materias no negociables, que fueron también objeto de reforma.

Por otra parte, el RDL 7/2011 introdujo en el artículo 84 ET un apartado 2 de extraordinaria importancia, en el que reconocía prioridad de aplicación a los convenios de empresa y de grupos de empresas sobre cualesquiera convenios superiores. Tal prioridad, sin embargo, tenía dos limitaciones: en primer lugar, no alcanzaba a todas las condiciones de trabajo sino sólo a las relacionadas taxativamente en la norma, aunque ciertamente el elenco era de entidad considerable puesto que alcanzaba a las retribuciones, horas extraordinarias, turnos, clasificación profesional, conciliación de la vida personal y familiar con la laboral, y alguna otra. Una segunda y seria limitación consistía en que la referida prioridad del convenio de empresa quedaba condicionada a que la permitieran los convenios superiores de ámbito estatal o de comunidad autónoma, a los que se reconocía la facultad de vetar tal prioridad. Ello significaba que la efectividad de la ampliación de la capacidad negociadora en el ámbito de la empresa quedaba a expensas de lo que los citados convenios sectoriales decidieran; en definitiva, eran éstos quienes en cada caso tenían la potestad de facultar o vedar la asunción por los convenios de empresa de funciones negociadoras prioritarias sobre las aludidas materias. Por añadidura, la preeminencia de dichos convenios superiores se reflejaba asimismo en el hecho de que recibían legitimación para ampliar las materias de posible negociación prioritaria en el ámbito de la empresa.

La reforma del mercado laboral llevada a cabo en dos fases sucesivas por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 ha supuesto un giro decisivo en la materia que nos ocupa (Llano Sánchez, 2012, 350 y ss.; Llompart Bennassar, 2012, 431 y ss.). Tal giro se debe, como razonan los preámbulos de ambas normas en términos idénticos, a la necesidad de rectificar la concepción del RDL 7/2011, que, como acabamos de ver, dejaba en manos de los convenios superiores la efectividad de las prioridades negociadoras de los de empresa.

De acuerdo con esta orientación, el RDL y la Ley 3/2012 dieron nueva redacción a los apartados 1 y 2 del art. 84 ET; redacción según la cual la negociación sectorial de ámbito superior queda desprovista de su anterior prerrogativa de permitir o impedir el juego de prioridades aplicativas a favor del ámbito empresarial. Los negociadores en este ámbito son ahora dueños de decidir sobre las materias arriba aludidas, sin que su libertad pueda verse coartada por la voluntad de los negociadores de ámbito estatal o de comunidad autónoma.

Además, la redacción de la Ley 3/2012 puntualiza, respecto de la de su antecedente directo, el RDL 3/2012, que la prioridad aplicativa del convenio de empresa puede operar “en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior”, recalcando así la posibilidad de afectación de estos convenios por lo acordado en el de empresa, clara excepción al principio general (hoy en decadencia) de no concurrencia de convenios proclamado en el apartado 1 del art. 84 ET.

3. LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN DE CLÁUSULAS DE CONVENIOS SUPERIORES

El mecanismo jurídico de la sustracción de la empresa al régimen salarial establecido en el convenio de ámbito superior aplicable a ella aparece durante uno de los numerosos períodos de crisis económica por los que ha atravesado nuestro país. En efecto, tal mecanismo fue previsto, aun de modo incipiente, en el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva entre UGT y CEOE (5 enero 1980), con antecedentes en la negociación pre-constitucional (Fernández González, 1968, 375 y ss.).

Pues bien, desarrollando este antecedente (en el que insistió, con alguna leve diferencia, el Acuerdo Marco Interconfederal revisado de 3 febrero 1981), se incluyó dentro del art. 82 del originario ET (aprobado por la Ley 8/1980, de 10 marzo), un par de párrafos que seguían a la declaración sobre la eficacia general de los convenios colectivos.

El originario párrafo primero del art. 82.3 ET –originario y vigente, pues no ha sufrido alteración alguna a lo largo del tiempo– reconoce el tradicional rasgo distintivo del convenio colectivo, su eficacia general. Manteniendo esta fórmula, y diciendo respetarla, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, añadió dos nuevos párrafos al apartado 3 del art. 82, con los que, sin embargo, lanzaba una fuerte ofensiva contra el dogma de la eficacia general y normatividad de los convenios colectivos; ataque indudable, pese al contemporizador inicio del primer párrafo (“Sin perjuicio de lo anterior”; esto es, sin perjuicio de la eficacia general del convenio), que se articulaba en torno a la figura de la inaplicación o “descuelgue” en el ámbito de la empresa frente a condiciones laborales establecidas en convenio colectivo. La nueva institución (una temprana reflexión sobre ella, en Sala Franco, 1994, 239-240) surgía, sin embargo, rodeada de cautelas: en primer lugar, la inaplicación regía exclusivamente respecto de las condiciones salariales, sin alcanzar a ninguna otra; en segundo lugar, la inaplicación estaba, lógicamente, condicionada a que la empresa se encontrara en una situación que hiciera económicamente dañoso aplicar la cláusula del convenio (sobre la noción de “daño” a la economía de la empresa, Moreno de Vega, 2001, 61-63); además, se encomendaba en primera instancia a los convenios superiores el establecimiento de las condiciones y los procedimientos para que la empresa llevara a cabo las correspondientes medidas de inaplicación; sólo a falta de tal previsión del convenio superior, eran el empresario y los representantes de los trabajadores quienes podían, mediante acuerdo (para la naturaleza de éste, García Murcia, 1998, 259 y ss.; Agut García, 1999, 246 y ss.) decidir la referida inaplicación. En realidad, los procedimientos que podían establecer los convenios superiores eran también, previsiblemente, procedimientos de negociación y acuerdo entre dichas partes; previsible pero no necesariamente, pues el convenio superior también podía “autorizar directamente a las empresas, sin necesidad de

acuerdo con el comité, a efectuar el descuelgue” (Ojeda Avilés, 2003, 832). Por último, la solución de las discrepancias que podían surgir en la negociación del referido acuerdo se atribuía a la comisión paritaria del convenio.

En la construcción del art. 82.3 por la Ley 11/1994 se reconocía, pues, la prioridad de los convenios superiores para configurar los mecanismos de “descuelgue”, pero el silencio del convenio superior en la materia abría la posibilidad de negociar acuerdos de empresa capaces de apartarse de las cláusulas salariales del convenio. En cualquier caso –hubiera o no previsión al respecto en el convenio superior-, la empresa con dificultades de asumir los costos salariales fijados en el convenio que le fuera de aplicación estaba legitimada para eludirlos (salvo en el poco probable supuesto de que el convenio superior legitimara directamente al empresario para proceder al descuelgue) mediante acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, lo que contradecía el carácter normativo y de aplicación general de las correspondientes cláusulas convencionales.

Esta ofensiva contra el carácter normativo de las cláusulas salariales de los convenios de ámbito superior a la empresa se intensificó a través de la reforma del mercado de trabajo llevada a cabo por el RDL 10/2010, de 16 junio, tramitado después como Ley 35/2010, de 17 septiembre (sobre esta reforma, Sempere Navarro y Meléndez Morillo-Velarde, 2010, 47 y ss.; López Anierte, 2010, 255 y ss.; Fernández Avilés, 2012, 98 y ss.). Respetando siempre el primer párrafo del art. 82.3 ET (“Los convenios colectivos [...] obligan a todos los empresarios y trabajadores...”, etc.), dichos RDL y Ley procedieron a modificar profundamente el resto del artículo. Lo que la reforma de 2010 se proponía era facilitar la utilización de las cláusulas de “descuelgue”, eliminando reglas que se venían traduciendo en situaciones de bloqueo de los correspondientes procedimientos. Las nuevas regulaciones (la del RDL y la de la Ley de 2010, muy próximas entre sí pero no idénticas) avanzaban en la dirección limitativa de la eficacia normativa de los convenios, y ello a pesar de que, de modo expreso, los preámbulos de ambas aseguraban su propósito de mantener tal eficacia.

Si bien la reforma de 2010 coincidía con la llevada a cabo por la Ley 11/1994 en que el objeto de la inaplicación seguía siendo exclusivamente el “régimen salarial”, las diferencias entre ambas reformas eran evidentes: el protagonismo que la Ley de 1994 atribuía a los convenios de ámbito superior a la empresa para fijar las condiciones y procedimientos del “descuelgue” desaparecía en la reforma de 2010, que procedía directamente, sin intermediación de aquellos pactos superiores, a diseñar la institución de la inaplicación; ello no obstante, dichos convenios superiores recibían otras competencias a las que nos referiremos más adelante. Por otra parte, la causa motivadora de la inaplicación del régimen salarial no coincidía en la Ley 11/1994 y en las normas de 2010: para aquélla, el presupuesto habilitante del descuelgue era el hecho de que la “estabilidad económica” de la empresa pudiera verse dañada por la aplicación de la cláusula salarial en cuestión;

para el RDL y la Ley de 2010, tal presupuesto radicaba en que la “situación y perspectivas económicas” de la empresa pudieran verse dañadas por tal aplicación. En fin, la reforma de 2010 precisaba que el acuerdo para obtener la inaplicación del régimen salarial del convenio había de ser fruto de un “período de consultas” entre las partes; referencia que, apoyada en una expresa remisión al art.41.4 ET, introducía un indudable factor de aproximación entre la figura del “descuelgue” y otras medidas de ajuste laboral (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y despidos –todos ellos colectivos- y suspensiones y reducciones de jornada basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)

El RDL 10/2010 como la Ley 35/2010 coincidían también en el propósito de establecer un sistema que supliera la falta de representación legal –unitaria o sindical- en la empresa. El texto redactado por el RDL establecía un único sistema y éste se hallaba claramente sindicalizado: los trabajadores de la empresa tenían la facultad de dirigirse a los sindicatos más representativos y representantes para que éstos designaran a los miembros de la comisión que había de desempeñar la función representativa “ad hoc”. De distinto modo, la Ley 35/2010, prefería remitirse a lo dispuesto en el art. 41.4 ET (tal y como fue redactado por ella; redacción que hoy permanece), contemplando por tanto un sistema de representación dual. Así, mientras que los sindicatos reciben la facultad de *designar* dichos miembros (respecto de los cuales la ley no exige ningún requisito: ni que sean trabajadores de la empresa ni afiliados al sindicato), los trabajadores están facultados para *elegirlos* de entre ellos. Este sistema dual supone, evidentemente una reducción de la presencia sindical en las empresas, y particularmente en las de dimensión pequeña o mediana, pero también el reconocimiento de una manifestación de la democracia directa en la empresa y de la capacidad de los trabajadores para gestionar sin intermediarios sus propios intereses.

El RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 coincidían en incorporar un párrafo en el artículo 82.3 ET en el que se precisaba el contenido que había de tener el acuerdo de inaplicación. El importante precepto partía del reconocimiento de que la situación de inaplicación del régimen salarial del convenio era excepcional y, por tanto, transitoria, con un límite temporal máximo de tres años. La Ley 35/2010 añadió al quinto párrafo del art. 82.3 ET una cláusula que no estaba presente en su antecedente inmediato, el RDL 10/2010; cláusula relativa a una concreta prohibición de discriminación: la salarial “por razones de género”. Por supuesto, aunque el precepto no lo dijera, los acuerdos y los planes de recuperación salarial tampoco podían incidir en discriminaciones salariales por otros motivos.

La Ley 35/2010 añadió también al art. 82.3 un tercer párrafo que no figuraba en el RDL 10/2010 y que reforzaba el voltaje jurídico de los acuerdos de descuelgue, dando un espaldarazo a la validez de lo acordado por las partes tras las consultas, igual que hacía con relación a las modificaciones sustanciales de condi-

ciones de trabajo, mediante una presunción *iuris tantum* de existencia de causa fundada en la decisión de descuelgue; presunción que la ley “sólo” admitía que podía destruirse cuando el acuerdo estuviera viciado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Pese al tenor limitativo de la norma, es evidente que el acuerdo podía (y puede) ser también impugnado ante la jurisdicción social cuando vulnerase (o vulnerare) derechos constitucionales o incurriese (o incurra) en manifiesta ilegalidad (v.g.: un acuerdo fijando un salario inferior al mínimo interprofesional).

En fin, tanto el RDL 10/2010 como la Ley 35/2010 se ocuparon, aunque no en términos idénticos, de regular el supuesto de falta de acuerdo en las consultas destinadas a inaplicar el convenio. Las diferencias entre ambos preceptos eran claras. En primer lugar, mientras que el RDL se remitía por dos veces a los acuerdos interprofesionales y también a los convenios (se entiende que de ámbito estatal o autonómico) como fuente de la regulación de los procedimientos para solucionar la falta de acuerdo, la Ley sólo aludía –seguramente de modo inadvertido– a los acuerdos interprofesionales. En segundo lugar, el RDL sólo se refería en principio a “procedimientos de mediación”, mientras que la Ley no se limitaba a éstos. Ciertamente, el propio RDL admitía de inmediato la posibilidad de que tales procedimientos consistieran en un arbitraje vinculante previsto en los indicados acuerdos interprofesionales o convenios; posibilidad que también aceptaba la Ley. El inciso final sobre la eficacia del laudo y su posible impugnación era común al RDL y a la Ley.

La reforma de 2010 en materia de negociación colectiva no tardó mucho en ser a su vez reformada. Esta misión la cumplió el RDL 7/2011, de 10 junio. Con el fin de dar solución a las dificultades que denunciaba en su exposición de motivos, el RDL introdujo una reforma en el art. 82.3 ET, cuyo primer párrafo respetaba, dando nueva redacción al segundo párrafo de dicho apartado. Lo que cambiaba con el RDL 7/2011 era el concepto de la causa justificativa del descuelgue: mientras que en la Ley de 2010 esa causa consistía en la posibilidad de que la aplicación del régimen salarial del convenio dañase “la situación y perspectivas económicas” de la empresa y, por tanto, del empleo en ella, en el RDL de 2011 se intentaba precisar tal causa, incluyendo una referencia adicional alternativa, de más segura evaluación, a la disminución persistente de los ingresos. Por otra parte, se flexibilizaba la indicada causa al sustituir la exigencia de que la situación y perspectivas económicas de la empresa pudieran quedar *dañadas* por la aplicación del régimen salarial del convenio, por la algo más suave de que pudieran quedar *afectadas negativamente*. Y subsistía la referencia adicional a que la situación y perspectivas económicas de la empresa incidieran negativamente sobre las posibilidades de mantenimiento del empleo en ella.

La hasta ahora última reforma laboral, llevada a cabo, como la de 2010, en dos fases –RDL 3/2012, de 10 febrero (sobre éste, López Anierte, 2012, 29 y ss.) y Ley 3/2012, de 6 julio (sobre ésta, Castro Argüelles, 2012, 371 y ss., Castro Conte, 2012, 196 y ss., y Matorras Díaz-Caneja, 2012, 341 y ss.)– ha mantenido la institución de la inaplicación del convenio, si bien introduciendo importantes innovaciones.

En primer lugar, la causa de la inaplicación ha dejado de ser una sola (la posibilidad de que la situación y perspectivas económicas de la empresa fueran dañadas por la aplicación del salario del convenio) para acoger la fórmula general empleada en el ET para fundamentar los despidos, traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y determinadas suspensiones y reducciones de jornada; esto es, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Como es sabido, estas causas se conceptúan de distinto modo en el caso de traslados y modificaciones sustanciales (arts. 40 y 41 ET) y en el de despidos colectivos y suspensiones y reducciones de jornada (arts. 51 y 47 ET, respectivamente, con alguna leve variación entre ellos). Pues bien; la reforma de 2012 ha optado por supeditar la inaplicación de condiciones establecidas en convenio a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendidas en idéntico sentido a como lo hace el art. 47.1, referido a la suspensión del contrato y la reducción de jornada. En consecuencia, procederá la inaplicación de la cláusula convencional: a) cuando exista una causa o razón económica, entendiendo por tal la situación (el texto anterior hablaba también de perspectivas) negativa de la empresa, de la que el precepto da, con intención didáctica, un par de ejemplos indicadores, las pérdidas actuales o previstas, y la disminución durante dos trimestres consecutivos de los ingresos ordinarios o las ventas (el texto anterior hablaba de “disminución persistente” del nivel de ingresos; la referencia alternativa a que la cláusula que se pretendía inaplicar afectara negativamente a la situación económica de la empresa y al mantenimiento del empleo en ella ha desaparecido en la reforma de 2012); y b) cuando exista una causa técnica, organizativa o de producción, que, respectivamente, provoque un cambio en esos ámbitos de la empresa (sobre el alcance de estas causas, Dilla Catalá, 2012, 156 y ss.).

En segundo lugar, la reforma de 2012 da un paso trascendental al ampliar la que tradicionalmente venía siendo la única condición de trabajo objeto de descuelgue (el régimen salarial), incorporando todas las materias declaradas expresamente objeto de modificación sustancial (jornada, horarios, turnos, etc.: art. 41.1 ET) y añadiendo una más: las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Con esta ampliación de las posibilidades de descuelgue del acuerdo de empresa respecto del convenio colectivo se reduce consiguientemente la eficacia normativa de éste, que ahora puede ceder en todos esos numerosos supuestos.

En tercer lugar, las condiciones laborales objeto de inaplicación pueden estar incluidas tanto en un convenio sectorial como en uno de empresa.

4. LA CRISIS DE LA “ULTRAACTIVIDAD” DE LOS CONVENIOS

Una tercera estrategia de la ley que atenúa la eficacia normativa del convenio colectivo es la reducción de su “ultraactividad”, cualidad de la que éste goza desde la promulgación del ET en 1980, que no contaba con precedentes en este punto (Rodríguez-Sañudo, 2012, 178).

Según la originaria concepción de la ultraactividad, la parte normativa del convenio –la más importante de éste, y su razón de ser– continuaba vigente, pese al vencimiento y denuncia del pacto, hasta que entrara en vigor el nuevo convenio que sucediera al vencido y denunciado. La prolongación de los efectos normativos del convenio operaba *ex lege* y sin ninguna limitación ni salvedad.

Una primera reducción del alcance del precepto fue introducida por la reforma llevada a cabo en el citado apartado 3 por la Ley 11/1994, según la cual la continuidad de los efectos normativos del convenio vencido y denunciado dejaba de ser automática y por imperativo directo de la ley, para depender de lo que pudieran haber pactado las partes del mismo convenio. Quedaba, pues, abierta la posibilidad de que en éste se acordara la pérdida de esos efectos normativos al concluir la vigencia del convenio y ser éste objeto de denuncia. Sólo supletoriamente –cuando las partes no hubieran optado expresamente por la caducidad del pacto– regía la regla de la ultraactividad. En definitiva, ésta no venía impuesta en todo caso y necesariamente por la ley sino que en principio se hacía depender de la autonomía de los negociadores del convenio, como una condición más objeto de negociación.

El RDL 7/2011 volvió a modificar el apartado 3 del art. 86 ET, que quedó redactado en minuciosos y complejos términos, a cuyo tenor la regulación del supuesto –efectos del convenio vencido y denunciado en tanto no fuera sustituido por un nuevo pacto colectivo– se mantenía en la línea de dejar en manos de las partes del convenio la eventual ultraactividad de éste, pero incorporaba una serie de reglas con las que se intentaba precisar los procedimientos a seguir para eludir dicha eficacia prolongada.

En primer lugar, la nueva redacción dejaba claro el principio de que era al propio convenio al que competía optar por la ultraactividad o por su contrario, la cesación de los efectos normativos. A continuación, se establecía una serie de reglas más concretas:

- Frente a la norma originaria del art. 86.3 ET que declaraba que las cláusulas obligacionales perdían su vigencia al denunciarse el convenio, el RDL 7/2011 limitaba la pérdida de vigencia sólo a una determinada cláusula obligacional (que la norma llamaba “convencional”): la cláusula de paz consistente en la renuncia al ejercicio del derecho de huelga durante la vigencia del convenio. Ello daba a entender, en oposición con la tradición en la materia, que las demás cláusulas obligacionales sí gozaban de ultraactividad. La regla se imponía además imperativamente por la ley, sin que las partes del convenio pudieran pactar su pervivencia.

- La facultad de las partes para decidir la posibilidad de ultraactividad de cláusulas del convenio (a este “carácter dispositivo” alude Llompart Bennassar, 2012, 442) se extendía también a la facultad de modificar o adaptar el contenido de dichas cláusulas de acuerdo con las necesidades del sector o de la empresa, así como de determinar la duración de la vigencia prolongada de dichas cláusulas objeto de adaptación.

- Previendo la posibilidad de dificultades en la negociación del convenio que habría de suceder al vencido y denunciado, el RDL 7/2011 se remitía, siguiendo el ejemplo de otros preceptos del Título III del ET, a la instancia superior de la negociación colectiva –los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos– para que en tal instancia se establecieran procedimientos para resolver las indicadas diferencias o discrepancias. Del texto del precepto –“se deberán establecer”– se desprende que dichas reglas constituían contenido obligado de los referidos acuerdos. Expresamente se incluía entre esos procedimientos el compromiso de sometimiento a un arbitraje, a cuyo laudo se atribuían efectos de convenio colectivo, siendo en consecuencia impugnables en los mismos términos en que lo es el convenio.

- En fin, el RDL 7/2011 imponía la “ultraactividad” del convenio cuando las partes no hubieran alcanzado un acuerdo ni hubiera recaído una decisión (de la comisión paritaria o del árbitro) en otro sentido. La ultraactividad, pues, seguía siendo el régimen jurídico legal supletorio en la materia.

La reforma laboral de 2012 respetó el texto del apartado 3 del art. 86 ET, salvo en su último párrafo, esto es, salvo en lo que respecta a la regla legal supletoria de ultraactividad en defecto de pacto. Tal párrafo, que seguía consagrando, siquiera fuera por vía supletoria, la eficacia indefinida de la parte normativa del convenio, fue suprimido tanto por el RDL 3/2012 como por la Ley 3/2012, que lo sustituyeron por otro de diferente signo.

Así, la Ley 3/2012 añadió un último párrafo al art. 86.3 ET, con el cual la ultraactividad supletoria ha dejado de ser indefinida (hasta que entre en vigor el nuevo convenio) y recibe un límite temporal que el RDL fijó, sin duda con excesiva amplitud, en dos años, rebajados prudentemente a la mitad por la Ley; tal regla de vigencia temporal quedó completada, respecto de los convenios que se hallaban denunciados al entrar en vigor la Ley 3/2012, por la disp. trans. 4ª de dicha Ley.

La Ley 3/2012 (y antes el RDL 3/2012) ha incorporado además una regla al art. 86.1 ET según la cual se introduce la posibilidad de revisión o modificación del convenio colectivo durante su vigencia, lo que evidentemente relativiza la disposición del art. 82.3 ET según la cual los convenios colectivos obligan *durante todo el tiempo de su vigencia*, y viene a sumarse a las diversas estrategias de reducción de la fuerza normativa de dichos convenios examinadas con anterioridad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUT GARCÍA, C.: *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ALONSO GARCÍA, M., *et al.*: *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre Negociación Colectiva*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.

- ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2002.
- CASTRO ARGÜELLES, Mª A: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en A. MONTOYA MELGAR y J. GARCÍA MURCIA (Dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters / Civitas, 2012.
- CASTRO CONTE, M.: “Inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100 (especial sobre la Reforma Laboral de 2012), págs. 193 y ss.
- CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- CORREA CARRASCO, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del trabajo*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1997.
- DILLA CATALÁ, Mª J.: “Suspensión, reducción temporal de jornada y fuerza mayor”, en A. MONTOYA MELGAR y J. GARCÍA MURCIA (Dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters / Civitas, 2012.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, en F. PRADOS DE REYES (Coord.): *Reformas estructurales y negociación colectiva*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2012.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: “Examen de la regulación salarial en los convenios colectivos. Las limitaciones coyunturales”, en: AAVV: *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Facultad de Derecho. Universidad de Madrid, 1968.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa*, Comares, Granada, 2006.
- GARCÍA MURCIA, J.: *Los Acuerdos de Empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.
- LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en A. MONTOYA MELGAR y J. GARCÍA MURCIA (Dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters / Civitas, 2012.
- LLOMPART BENNÀSSAR, M.: “Nuevas perspectivas en materia de estructura de la negociación colectiva”, en J. THIBAUT ARANDA (Dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.
- LÓPEZ ANIORTE, Mª del C.: “El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la reforma laboral de 2010”, en A. MONTOYA MELGAR y F. CAVAS MARTÍNEZ (Dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2010*, Thomson Reuters / Civitas, 2010.
- LÓPEZ ANIORTE, Mª del C.: “La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales”, en F. CAVAS MARTÍNEZ (Coord.): *La reforma laboral de 2012*, Ed. Laborum, Murcia, 2012.

- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en J. THIBAUT ARANDA (Dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012 .
- MORENO DE VEGA, F.: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2003.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100 (especial sobre la Reforma Laboral de 2012), págs. 165 y ss.
- SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Edit. CISS, Valencia, 1994.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE: “Convenios colectivos y descuelgue salarial”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.): *La reforma laboral de 2010*, Thomson Reuters / Aranzadi, 2010.

NEGACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LA LEGISLACIÓN Y LA PRÁCTICA EN CHILE

Emilio Morgado Valenzuela
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de Chile

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, en su cuarta acepción, la voz negación equivale a prohibir o vedar, impedir o estorbar. Esas cuatro modalidades negativas están consagradas en la legislación chilena sobre la negociación colectiva.

Elas contribuyen a explicar la escasa implantación de la negociación colectiva en Chile, expresada en su baja cobertura personal, temática y territorial; su limitado papel como fuente normativa, su reducida intervención como medio de participación y de diálogo social, y su escasa presencia como eficaz herramienta de acción de las políticas públicas laborales y de Seguridad Social.

Como resultado de las reformas habidas desde marzo de 1990 -durante los gobiernos de Patricio Aylwin Azócar, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Ricardo Lagos Escobar y Michelle Bachelet Jeria- el grado de negación es actualmente menor que el

establecido en la dictadura iniciada en septiembre de 1973. No obstante, persisten factores que prohíben, vedan, impiden o estorban la negociación colectiva.

Esas modalidades negativas se manifiestan en los siguientes aspectos normativos y prácticos referidos a: (i) los trabajadores excluidos de la negociación colectiva; (ii) la identificación de las partes y la determinación de los representantes colectivos de los trabajadores; (iii) las materias negociables; (iv) los niveles de negociación; (v) la tramitación de la negociación, y (vi) la función de la huelga como potencial instrumento de apoyo a la negociación colectiva. Estas materias son presentadas en la primera parte de esta monografía. En la segunda, retrato numéricamente los resultados producidos por dichas expresiones de negociación de la negociación colectiva.

PRIMERA PARTE: LA LEGISLACIÓN Y LA PRÁCTICA

1. TRABAJADORES EXCLUIDOS DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las normas sobre negociación colectiva no se aplican a todos los trabajadores por cuanto existen exclusiones permanentes (basadas en la categoría ocupacional del trabajador o en la rama de actividad del empleador), o de carácter temporal. En relación con su categoría ocupacional son excluidos permanentemente: (i) los contratados como aprendices; (ii) los que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada; (iii) los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, que estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; (iv) los autorizados para contratar o despedir trabajadores, y (v) los que ejercen dentro de la empresa un cargo superior de mando e inspección, si están dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización. Atendiendo a la rama de actividad son excluidos los trabajadores de: (i) la administración pública; (ii) las empresas estatales dependientes del Ministerio de Defensa o empresas que se relacionan con el Supremo Gobierno a través de ese Ministerio (no obstante, desde 2001, el personal civil de esas empresas puede sindicarse); (iii) las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años, hayan sido financiados en más de un 50 % por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos, y (iv) las empresas en las que leyes especiales prohíban la negociación colectiva. Son temporales las exclusiones aplicables a los trabajadores que laboran en empresas: (i) que tengan menos de un año de funcionamiento, o (ii) en las que las no exista contrato colectivo anterior, si el empleador declara uno o más períodos del año como no aptos para iniciar negociaciones, los que en conjunto no pueden exceder de 60 días.

A las mencionadas exclusiones expresas procede agregar las derivadas de los siguientes cuatro factores principales:

Primero: el no reconocimiento de la existencia de una relación laboral. Como se expresa en la Recomendación núm. 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo (2006), existen dificultades para determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación; a la vez que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho. En parte ese no reconocimiento se vincula con la formulación de los requisitos para que se entienda existente una relación de trabajo: mientras en el artículo 7° de nuestro Código del Trabajo se define al contrato de trabajo como “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”, en el artículo 3° de ese Código se dispone que “para todos los efectos legales” se entiende por trabajador a la “persona natural que presta servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”. En esta definición, las condiciones de subordinación y dependencia son separadas y basta que concorra una u otra para identificar a un trabajador, en tanto que en la definición de contrato de trabajo se exige que concurren tanto la subordinación como la dependencia.

Segundo: la mayor presencia -tanto en el sector privado como en el público- de modalidades deslaborizadoras de lo laboral, esto es, prácticas conducentes a deslizar hacia sistemas normativos distintos al Derecho del Trabajo, relaciones que, en realidad, son laborales.

Tercero: la creciente tendencia a recurrir a modalidades de subcontratación, intermediación y tercerización, con el consiguiente surgimiento de complejos entramados de relaciones bilaterales y trilaterales, laborales y no laborales, en los que la posibilidad de negociar colectivamente se dificulta y empobrece, a la vez que dan lugar a tratamientos discriminatorios a trabajadores que realizan labores de igual valor.

2. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DETERMINACIÓN DE LOS REPRESENTANTES COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES

A. Las partes. El Código del Trabajo define a la negociación colectiva como el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unen para tal efecto, para establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado en la ley.

Aunque de la expresión “uno más empleadores” se puede colegir la existencia de negociaciones multiempresariales, en la práctica ello casi no ocurre por cuanto la negociación colectiva que “afecte a más de una empresa requiere siempre acuerdo previo de las partes.” Al no existir la obligación de negociar en niveles superiores al de la empresa, en la práctica la negociación colectiva en ese ámbito es sólo una mera expectativa.

Pero la obligación de negociar en el nivel de la empresa o establecimiento de ella, no está exenta de limitaciones fácticas derivadas del concepto legal de empresa: “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.” En otros términos, ser titular de una “personería jurídica” distinta permite que las empresas derivadas de divisiones y subdivisiones de una empresa inicial, sean consideradas empresas distintas y jurídicamente independientes para los fines de la legislación laboral y de seguridad social. Como en nuestra legislación del trabajo no existe el concepto de familia o grupo de empresas, o el de empresas relacionadas o jurídicamente interdependientes, ocurre el hecho de que -incluso bajo un mismo techo físico-coexistan varias empresas, cada una dotada de individualidad legal determinada. Tal fenómeno es usualmente conocido como “empresas multi-RUT”, en razón de que poseen más de un Rol Único Tributario. La negociación colectiva se debe intentar separadamente con cada una de esas empresas, lo que -de tener éxito- conduce a una multiplicidad de negociaciones colectivas atomizadas, con un dividido y debilitado poder de negociación de los correspondientes trabajadores.

B. La representación colectiva de los trabajadores. Aunque en la empresa exista un sindicato, la ley también reconoce titularidad para negociar a grupos temporales de trabajadores, quienes actúan -en la llamada negociación reglada- en igualdad de condiciones y en un pie de igualdad con los sindicatos, lo que constituye una violación de la libertad sindical. Dicha modalidad de negociación otorga la protección del fuero laboral a los trabajadores participantes y es la única vía que posibilita el acceso al ejercicio de la huelga legal. Habida cuenta de la temporalidad de la coalición y de la protección, la negociación colectiva a cargo de grupo de trabajadores carece de una apropiada preparación y de la posibilidad de ejercer el posterior control de ejecución y de aplicación de los contenidos normativos y obligacionales de la resultante convención colectiva.

3. MATERIAS NEGOCIABLES

La naturaleza multifuncional de la negociación colectiva resulta alterada en nuestro Código del Trabajo, en el que se dispone: (i) que son materias de negociación colectiva todas las que se refieren a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo, y (ii) que

no son objeto de esa negociación “aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”. El enunciado amplio de tal exclusión restringe y limita el campo temático de la negociación colectiva, entendida en el Convenio 154 de la OIT como la vía para fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos esos fines a la vez.

De otra parte, dicha exclusión colisiona con el concepto de que la negociación colectiva es, por definición, un medio de participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones referidas a las condiciones de trabajo y empleo, lo que naturalmente conlleva una limitación de las facultades decisorias radicadas en el empleador.

4. NIVELES

En el Decreto-Ley 2758, de 1979, la negociación colectiva quedó restringida al nivel de la empresa o establecimiento de ella. En la Constitución de 1980 se dispuso: (i) que “la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar”, y (ii) que corresponde a la ley determinar las modalidades y procedimientos de negociación. Es así como, mediante la reforma de 1991 (Ley 19.069), se abrió la posibilidad de negociar colectivamente con más de una empresa si las partes así lo acuerdan previamente por escrito y ante un ministro de fe, estableciéndose una tramitación especial para tal efecto. Y, en 2001, la ley 19.759 estableció un procedimiento especial referido al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato interempresa, siendo facultativo para el empleador negociar.

En la práctica prevalece la negociación en el nivel de empresa o establecimiento, promovida y favorecida por la normatividad laboral vigente, generalmente orientada hacia las relaciones de trabajo en la empresa.

5. TRAMITACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

La negociación colectiva se inicia con la presentación de un proyecto de contrato colectivo de trabajo. La presentación y la tramitación de ese proyecto varían dependiendo de la naturaleza del sujeto negociador laboral, por lo que en el Código se regula separadamente la presentación hecha por sindicatos de empresa o grupos de trabajadores de una empresa, y la presentación hecha por otras organizaciones sindicales, sin perjuicio de la existencia de normas comunes respecto de ambas modalidades. El acuerdo escrito consensuado por la partes en la negociación colectiva reglada se denomina contrato colectivo.

La regulación es extremadamente detallada y excesivamente reglamentarista y formalista, a la vez que creadora de espacios para alegar supuestas o reales infracciones a sus normas, en vez de procurar espacios para la expresión y desarrollo de la autonomía de las partes. En importante medida la tramitación regulada se convierte en un procedimiento habilitante para poder recurrir a la huelga legal.

Junto a la evocada negociación reglada existe otra, conocida como “no reglada” establecida en la reforma de 1991, a la que las partes pueden recurrir si están de acuerdo en ello. En nuestra legislación se establece que “en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.”

Inicialmente esta modalidad no reglada también incluía como sujeto negociador laboral a los grupos de trabajadores. La experiencia demostró la inconveniencia de esa titularidad, por lo que en la reforma de 2001 se condicionó la intervención de los grupos de trabajadores al cumplimiento de tres requisitos: (i) que se trate de grupos de 8 o más trabajadores; (ii) que los trabajadores sean representados por una comisión negociadora de no menos de 3 ni más de 5 integrantes, y (iii) que los trabajadores involucrados aprueben la propuesta final del empleador mediante votación secreta celebrada ante un inspector del trabajo. Esta modalidad negocial es conocida como negociación colectiva “semi reglada.”

En la reforma de 2001, además, se estableció que el sindicato que agrupe a trabajadores agrícolas de temporada puede presentar al empleador o empleadores un proyecto de convenio colectivo, siendo facultativo para el o los empleadores aceptar negociar colectivamente.

Las negociaciones no regladas y semiregladas no se sujetan a las normas procesales previstas para la negociación reglada. A la vez, no dan lugar a los derechos y prerrogativas que para la negociación reglada establece el Código del Trabajo, vale decir, el derecho de huelga y la prerrogativa del fuero laboral (protección contra el despido o la variación unilateral de las condiciones de trabajo y empleo, salvo si se cuenta con autorización judicial previa, fundamentada en alguna de las causales de terminación de la relación de trabajo taxativamente fijadas en el Código del Trabajo).

El acuerdo escrito consensuado por las partes en la negociación colectiva no reglada y semireglada se denomina convenio colectivo y produce los mismos efectos jurídicos que el contrato colectivo acordado entre las partes de la negociación colectiva reglada. Si las partes no logran acuerdo en su trato directo o con la intervención de un mediador, pueden recurrir al arbitraje voluntario o les puede ser impuesto el arbitraje obligatorio, en los casos y condiciones que determina el Código del Trabajo. El laudo o fallo arbitral, junto con el contrato colectivo o convenio

colectivo (resultantes de la negociación reglada o de la no reglada o semireglada), reciben la denominación genérica de “instrumentos colectivos.”

Según informaciones de la Dirección del Trabajo (Unidad de Análisis Estadístico del Departamento de Estudios), durante 2012 iniciaron su vigencia 2.740 contratos y convenios colectivos, con 306.313 trabajadores involucrados. De ese total, 1.686 contratos colectivos (con 184.278 trabajadores involucrados) y 514 convenios colectivos (con 86.514 trabajadores involucrados) tuvieron como entidad negociadora a un sindicato. A su vez, trabajadores temporalmente coaligados en grupos negociadores, intervinieron en la gestación de 166 contratos colectivos (con 8.358 trabajadores involucrados), y 374 convenios colectivos (con 27.163 trabajadores involucrados).

6. FUNCIÓN DE LA HUELGA COMO POTENCIAL INSTRUMENTO DE APOYO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La huelga no sólo es la manifestación abierta de un conflicto colectivo de trabajo sino que, también, es un medio para solucionarlo. Como un derecho colectivo reconocido, cumple además la función de coadyuvar en la búsqueda de compromisos y acuerdos durante la negociación colectiva, al constituir potencialmente un factor de convencimiento de las ventajas de llegar a acuerdos que eviten su declaración e implementación. En nuestra legislación la huelga sólo puede tener cabida en la negociación reglada: es sumamente limitada mediante requisitos procesales y, muy particularmente, por el establecimiento de la facultad del empleador para contratar trabajadores sustitutos de los que han declarado la huelga, aunque la norma en la que se consagra tal atribución, comienza señalando que “estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que...”.

Al amparo de la expresión ‘*salvo que*’, se han establecido unos condicionamientos tan tenues que, en la práctica, restan exigibilidad a la supuesta prohibición de contratar trabajadores sustitutos. En efecto, en nuestra legislación se dispone que si concurren todos los requisitos exigidos en la detallada normativa del Código del Trabajo para declarar la huelga, el empleador puede contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho efectiva la huelga, si en la última oferta que ha formulado -en la forma y con la anticipación fijada en el Código- se contempla al menos: (i) idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento; (ii) una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos

meses, y (iii) un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado.

Si concurren esos requisitos, el empleador puede contratar a los trabajadores que considere necesarios para desempeñar las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día en que ella se hace efectiva. Además, en dicho caso, los trabajadores pueden optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga. En otros términos, se “descuelgan de la huelga” para así evitar ser reemplazados. Si el empleador no formula la mencionada oferta en la forma y oportunidad ya indicada, puede contratar trabajadores sustitutos a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga, siempre que ofrezca el referido bono. En tal caso, los trabajadores pueden optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga. Finalmente, si la oferta es formulada por el empleador después de la oportunidad señalada en el Código, los trabajadores pueden optar por reintegrarse individualmente a sus labores a partir del décimo quinto día de materializada tal oferta, o del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera de éstos supuestos sea el primero. En tal caso, el empleador puede contratar a los trabajadores sustitutos a partir del décimo quinto día de hacerse efectiva la huelga. Para debilitar aún más la posibilidad de recurrir a la huelga, en el Código se dispone que “el empleador podrá formular más de una oferta”, siempre que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos ya evocados.

SEGUNDA PARTE: REPRESENTACIÓN NUMÉRICA DE LA NEGOCIACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

De conformidad con informaciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en diciembre de 2012 los trabajadores dependientes asalariados eran 5.427.610. En la misma fecha, según las estadísticas de la Dirección del Trabajo, había 822.367 trabajadores involucrados en instrumentos colectivos vigentes (contratos, convenios y laudos), por lo que éstos constituyen el 15,15 % de los dependientes asalariados. En el análisis de esas cifras conviene señalar que entre los excluidos por ley de la negociación colectiva se encuentran los 553.620 trabajadores que en diciembre de 2012 estaban contratados por obra, faena o actividad.

A las exclusiones y limitaciones legales cabría agregar las de carácter fáctico derivadas de la naturaleza de la relación contractual, como es el caso de las que afectan a gran parte de los trabajadores que laboran para contratistas o subcontratistas (531.620) o para empresas de servicios temporales o suministradoras de

trabajadores (118.390), los que no pueden negociar con “la empresa principal en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”, ni con “la empresa usuaria de servicios transitorios” puestos a su disposición, a pesar de que en ellas se ejecuta el trabajo externalizado. Similares limitaciones fácticas afectan a los trabajadores contratados en labores de temporada (357.710); a los trabajadores que no tienen contrato escrito (755.100), de los cuales 311.070 laboran en empresas con menos de cinco trabajadores. Otras serias limitaciones fácticas resultan de la naturaleza de la actividad o tamaño de la empresa, afectando: (i) a los que trabajan en la agricultura, ganadería, caza y silvicultura, de los cuales 288.950 tienen contrato de plazo definido, y (ii) a los que laboran en empresas con menos de cinco trabajadores (527.770).

Las cifras recién evocadas permiten sostener que si se remueven los actuales obstáculos legales y fácticos, la negociación colectiva comprendería a un porcentaje de trabajadores superior al actualmente existente.

Espero que pronto en Chile desaparezcan las negaciones de la negociación colectiva, permitiendo que este homenaje a Antonio Ojeda Avilés no sólo constituya un fraternal recuerdo de tantas décadas de muy provechosas actividades compartidas, sino que, además, sea una contribución para las reformas que se han anunciado. Los nuevos equilibrios que se establezcan en el sistema de negociación colectiva serán una herramienta eficaz en la construcción de mejores y mayores niveles de igualdad y democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- Gamonal Contreras, Sergio: *Derecho Colectivo del Trabajo*. LexisNexis. Cono-Sur. Santiago, 2002
- Morgado Valenzuela, Emilio: *Labour Law in Chile*. Wolters Kluwe. Law & Business. The Netherlands. 2013
- Morgado Valenzuela, Emilio: *El “outsourcing” en la legislación chilena*. En: Grupo de los Nueve (Ackerman, Albuquerque, De Buen, Giglio, Montoya Melgar, Morgado Valenzuela, Murgas Torrazza, Pasco Cosmópolis, Raso Delgado): *El Outsourcing. Visión Iberoamericana*. Coordinada por Néstor de Buen. Editorial Porrúa. México DF, 2011.
- Tapia Guerrero, Francisco: *Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo*. LexisNexis, Santiago, 2005
- República de Chile: *Código del Trabajo*. Edición Oficial. Santiago, 2012.
- República de Chile (Dirección del Trabajo): *Compendio de Series Estadísticas 1990-2012*.
- República de Chile (Instituto Nacional de Estadísticas-INE): *Nueva Encuesta Nacional de Empleo, Series Trimestrales desde Año 2010*.

LA PROHIBICIÓN DE LA UE CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD Y EL PAPEL DE LOS AGENTES SOCIALES

Ann Numhauser-Henning
Catedrática de Derecho Civil en la Facultad de Derecho
Universidad de Lund, Suecia

1. INTRODUCCIÓN

La transición demográfica viniendo de una población de edad siempre mayor es uno de los desafíos más importantes de nuestro tiempo y amenaza la estabilidad económica en términos de empleo, jubilaciones y sistemas de salud así como la cohesión social en términos de la solidaridad intergeneracional. El fenómeno se llama con frecuencia “the greying of the globe” y vale sin embargo también para Europa y la Unión Europea (UE). En consecuencia tomé en 2012 la iniciativa de *the Norma Elder Law Research Environment* en la facultad de derecho de la Universidad de Lund (Lund, Sweden) (www.jur.lu.se/elderlaw). Un área principal de nuestros estudios es el de los empleados mayores, siendo “active ageing” una estrategia esencial para enfrentar el desafío indicado.

La estrategia de “active ageing” se refleja en instrumentos de política importantes a nivel de la UE como el de la Estrategia 2020 y las recomendaciones en cuanto a crecimiento y empleo. Una importante herramienta en esta área es la prohibición de discriminar por motivos de edad, introducida por la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (la Directiva) bajo las nuevas competencias en cuanto a medidas contra la discriminación en art. 13 del Tratado de Amsterdam (ahora art. 19 del Tratado de Lisboa). Aunque introduzca una prohibición de discriminación, la Directiva refleja más bien una posición ‘ambigua’ en cuanto a la discriminación por edad articulada en su art. 6.1 y el hecho de que también la discriminación directa pueda ser justificada. Según este artículo los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si “están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. – En esta contribución quiero destacar en especial el papel otorgado a los actores sociales en cuanto al mantenimiento de prácticas tradicionales de la jubilación forzosa y que el uso de edad es un criterio para otras condiciones de empleo incluyendo el despido colectivo.

2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CJUE

Hasta ahora la respuesta por las leyes de la UE y su interpretación por la CJUE a lo que ha sido llamado “the double bind” en discriminación por edad (Hendrickx, 2012, p. 21), que refleja tanto el aspecto de la no-discriminación como un derecho fundamental individual como el aspecto ‘colectivo’; la importancia unida a la edad en cuanto a organizar la sociedad reflejado en art. 6.1, no es muy convincente desde el punto de vista de la perspectiva de “active ageing”. En un número de casos la CJUE ha aceptado la jubilación forzosa a la edad ‘normal’ para jubilarse implicando “almost no limits to the discretion of Member States in adopting mandatory retirement rules” (Schlachter 2011, p. 290). Schlachter detecta dos estándares separados en cuanto a justificar las diferencias de trato por motivos de edad; un “control standard” en cuanto a sistemas generalizados de jubilación forzosa como en el caso *Rosenblatt* y otra considerablemente más estricta en cuanto a grupos profesionales específicos como en los casos *Petersen*, *Georgiev*, *Fuchs* y *Köhler* y *La Commission v Hungary*. En algunos otros casos como *Andersen*, *Prigge* y *Odar* la CJUE aparentemente ha adoptado un estándar de justificación algo más estricto en relación al término prematuro que en cuanto al caso “regular” de jubilación forzosa.

Es razonable pensar que una regulación permitiendo la jubilación forzosa – o, edad como criterio para despido colectivo y en otras situaciones – sería contrario a

la prohibición de discriminación por edad. Como se refleja en la jurisprudencia de la CJUE eso no es así. Esto refleja el art. 6.1 de la Directiva y “the double bind”. El aspecto colectivo reflejado en el art. 6.1 con los casos recién mencionados es, sin embargo, otro que el aspecto colectivo articulado en estrategias de “active ageing” recientes. Más bien representa estrategias tradicionales usando edad “as a stratifyer in employment and social policy” (Schiek, 2011, p. 781).

Como yo he discutido en otra oportunidad, eliminar la jubilación forzosa es un asunto complejo. Lo más probable es que tenga efectos negativos en el sistema de estabilidad en el empleo. Mantener la prohibición de discriminación por edad, por lo tanto, como regla general exigir causa justa para el despido en cualquier edad significaría un mayor énfasis en la capacidad del empleado y puede llegar a debilitar no solo estrategias de “active ageing” sino también la estabilidad en el empleo antes de la edad de jubilación (Numhauser-Henning, 2013). Otro argumento frecuente en favor de la jubilación forzosa – aceptado por la CJUE en casos como *Rosenblatt*, *Georgiev* y *Hörnfeldt* – es que si no existe un término formalizado a la vida del empleo no se pueden evitar situaciones en las cuales el contrato de trabajo se termina en formas que humillen a los trabajadores mayores. La regla general implicaría que terminará la vida laboral en términos de “descalificación” – un orden no satisfactorio. Hay que agregar a esto – en tiempos actuales de crisis todavía más convincentes – el argumento de una distribución justa del empleo entre las generaciones manteniendo el papel tradicional de la edad en cuanto a la organización social.

3. SOBRE EL PAPEL DE LOS AGENTES SOCIALES

Ya en el caso de *Palacios de la Villa* – el primero en aceptar la jubilación forzosa, a la edad de 65 años y en un entorno Español – la CJUE subrayó el papel de los agentes sociales en disponer sobre las diferencias de trato por motivos de edad. “No solo los Estados miembros pero también los agentes a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo a primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo” (la sentencia apartado 68, comparar también los casos *Rosenblatt* apartado 67, *Hörnfeldt* apartado 32 y *Odar* apartado 47). El hecho de que la legislación en España permitía a los agentes sociales regular la edad en cuanto a la jubilación forzosa por medio de los convenios colectivos fue destacada en términos positivos, significando “una flexibilidad considerable ... de tal modo que pueden tenerse debidamente en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo en cuestión, sino también las características propias de los puestos de que se trate” (la sentencia apartado 74, comparar también *Rosenblatt* apartado 67).

Por lo tanto parece haber un margen de apreciación significativa no solo para los Estados miembros sino también para los agentes sociales en cuanto a la jubilación forzosa. La pregunta es si eso es así también cuando se trata de convenios que

aceptan la edad como criterio en cuanto a despidos colectivos y otras condiciones de empleo antes de la edad de jubilación “normal”. Como ya se ha indicado, enfrentando estos casos la CJUE parece haber aplicado un estándar más restrictivo interpretando el art. 6.1 de la Directiva.

El caso *Andersen* se trata de una norma Danesa de indemnización reducida en un caso de despido colectivo en cuanto a empleados con derecho a percibir una pensión de jubilación por parte del empresario a la edad máxima de 63 años. Aunque la CJUE reconocía “el fin legítimo de evitar que dicha indemnización beneficie a personas que no buscan un nuevo empleo sino que van a percibir unos ingresos de sustitución en forma de pensión de jubilación derivada de un plan de pensiones” (la sentencia apartado 44), la medida que se trataba, en un análisis minucioso, no era ni adecuada ni necesaria, por lo tanto conducía a privar al empleado individual de la indemnización aunque pretendía permanecer en el mercado laboral. La legislación fue condenada como discriminación por edad, no siendo aceptable por aplicación del art. 6.1 de la Directiva, en conformidad con un análisis detallado desde el punto de vista del empleado individual. - *Prigge* es un caso Alemán que involucra a un convenio colectivo que prevé la extinción a los 60 años de la relación laboral en el caso de los pilotos de una compañía aérea con el fin de garantizar la seguridad aérea. El convenio colectivo actualizaba los artículos 2.5 y 4.1 en la Directiva y la medida no fue aceptada en términos de seguridad pública, según art. 2.5 ni tampoco bajo el art. 4.1, ante el hecho de que tanto la legislación nacional como la internacional fijaba a los 65 años la edad de extinción. (Además, la seguridad aérea no fue considerada como un fin legítimo bajo el art. 6.1.). – El caso de *La Comisión contra Hungría* no se trataba solo de la jubilación forzosa en general sino de una reducción de los derechos a seguir trabajando de unos grupos específicos (jueces, fiscales y notarios) de 70 años a 62 años de edad. El fin de “uniformizar” la edad de jubilación fue aceptada en relación al art. 6.1 de la Directiva, y los medios aplicados para lograrlo también fueron considerados adecuados. Sin embargo, los medios empleados no eran necesarios para llegar al fin. La medida frustraba al empleado individual “la esperanza fundada de que permanecerían en sus funciones hasta esa (70 años) edad ... las normas controvertidas procedieron a un descenso abrupto y considerable del límite de la edad de cese obligatorio de la actividad, sin prever medidas transitorias que protegieran la confianza legítima de las personas afectadas” (la sentencia apartados 67-68). También un argumento refiriéndose a la justicia intergeneracional en cuanto al acceso al empleo fué rechazado, muy en línea con la revisión que se hizo en el caso *Kücükdevici*. – El caso *Hennigs* se trata de la permisibilidad de un convenio colectivo relativo a la retribución de los empleados públicos de un Estado miembro. El convenio colectivo, calculando las retribuciones por escalones de edad, fué rechazado como discriminación legítima bajo el art. 6.1 de la Directiva. Una referencia al art. 28 de la Carta fue rechazada en cuanto a que “el derecho a la negociación colectiva establecido... debe, dentro del ámbito de la aplicación del (-) Derecho (de la Unión), ejercerse

de conformidad con él y los interlocutores sociales deben actuar respetando dicha Directiva” (la sentencia apartados 67-68).

En relación al el caso *Hennigs*, particularmente interesante es el papel acreditado a los agentes sociales en forma transitoria para eliminar la diferenciación por edad. Con el objetivo de sustituir un sistema retributivo aprobado por un convenio colectivo basado en gran parte en la edad y por lo tanto discriminatorio, los actores sociales habían celebrado un nuevo convenio colectivo introduciendo un nuevo sistema basado en criterios objetivos pero como medida transitoria manteniendo partes del anterior para proteger ventajas adquiridas. La CJUE en esta caso hace referencia a su anterior caso *La Comisión contra Alemania* donde declaraba “que la protección de los derechos adquiridos por una categoría de personas constituye una razón imperiosa de interés general que justifica (una restricción de la libertad de establecimiento), siempre que, sin embargo, la medida restrictiva no vaya más allá de lo que resulte necesario para alcanzar dicha protección” (la sentencia apartado 90). Y continúa: “el hecho de encomendar a los interlocutores sociales el cometido de establecer un equilibrio entre sus respectivos intereses ofrece una flexibilidad nada desdeñable, al poder cada una de las partes, en su caso, denunciar el acuerdo ... Por lo tanto, queda claro que el mantenimiento de las retribuciones anteriores y en consecuencia de un sistema discriminatorio basado en la edad, ha tenido el objetivo de evitar pérdidas en la retribución y era decisivo para permitir a los interlocutores sociales llevar a cabo la transición del sistema establecido. Por consiguiente, ha de considerarse que con el sistema transitorio... se persigue un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1 de la Directiva” (la sentencia apartado 92). El convenio también era apropiado y necesario como “los efectos discriminatorios están abocados a desaparecer a medida que evolucione la retribución de los empleados” (la sentencia apartado 96) y “era razonable que los interlocutores sociales adoptasen las medidas transitorias establecidas... habida cuenta del amplio margen de apreciación reconocido a los interlocutores sociales en el ámbito de la fijación de las retribuciones” (la sentencia apartados 96-98). Era por lo tanto compatible con el art. 6.1 de la Directiva “una medida prevista por un convenio colectivo,..., que sustituye un sistema retributivo que establece una discriminación por periodo transitorio y limitado en el tiempo, algunos de los efectos discriminatorios del primero de dichos sistemas a fin de garantizar a los empleados ya contratados la transición al nuevo sistema sin que tengan que sufrir una pérdida de ingresos” (la sentencia apartado 99).

En el caso *Hennigs* la CJUE por lo tanto de nuevo subrayó el hecho de que un convenio colectivo se diferencia en forma significativa de las medidas adoptadas en forma unilateral por un Estado miembro con referencia al artículo 28 de la carta de los Derechos Fundamentales de la UE y su papel de balancear intereses diversos. Este papel también fue apreciado en *Rosenbladt* (la sentencia apartado 67). El argumento también figura en *Odar* donde la CJUE citaba el argumento del Gobierno Alemán de que “un plan social debe prever un reparto de medios

limitados, de manera que pueda cumplir su ‘función de transición’ respecto al conjunto de los trabajadores y no sólo respecto a los más mayores de entre éstos. Un plan como ese, en principio, no puede llevar a poner en peligro la supervivencia de la empresa o los puestos de trabajo restantes” (la sentencia apartado 41). Y seguía: el plan social “es fruto de un acuerdo negociado entre los representantes de los trabajadores y los de los empresarios, en virtud del cual ambos ejercitaron el derecho a la negociación colectiva que se les reconoce en tanto que derecho fundamental. El hecho de encomendar así a los interlocutores sociales el cometido de definir un equilibrio entre sus respectivos intereses ofrece una flexibilidad nada desdeñable, al poder cada una de las partes, en su caso, denunciar al acuerdo” (la sentencia apartado 53). El caso se trataba de un plan social que preveía la reducción del importe de la indemnización por despido abonada a los trabajadores basada en la edad. Trabajadores mayores de 54 años de edad en caso de despido fueron compensados en forma reducida tomando en cuenta la edad mínima de jubilación. La CJUE reiteraba lo que ya había concluido en *Andersen* del “fin legítimo de evitar que dicha indemnización beneficie a personas que no buscan un nuevo empleo sino que van a percibir unos ingresos de sustitución en forma de pensión de jubilación derivada de un plan de pensiones” (la sentencia en *Andersen* apartado 44). La medida en *Odar* fué considerada apropiada como “la reducción del importe de la indemnización por despido concedida a los trabajadores que, en la fecha de su despido, gozan de una cobertura económica, no parece irrazonable atendida la finalidad de dichos planes sociales, consistente en aportar una mayor protección a los trabajadores para los que la transición a un nuevo empleo resulta difícil debido a sus limitados recursos económicos” (la sentencia apartado 48) y también necesario como solo preveía una reducción limitada a esos trabajadores (la sentencia apartados 51-52). (Sin embargo, la CJEU en *Odar* no ha aceptado la indemnización por despido reducida por discapacidad, aplicando un estándar más estricto que en el caso de reducción por edad).

4. ANÁLISIS

Por lo tanto, no solo la flexibilidad de una regulación hecha por los interlocutores sociales sino también su papel especial en balancear los intereses conflictivos son remitidas en la jurisprudencia de la CJUE. Esto ha sido interpretado de tal manera que “the mere fact that the social partners have made a rule would allow for less rigorous examination of the appropriate and necessary character of the means” (Foubert et al, 2013). Si eso es así se diferencia de la jurisprudencia en cuanto a discriminación por género. Ahí la CJUE claramente ha declarado la necesidad de que también los convenios colectivos cumplan con la prohibición de discriminación por género mientras que en cuanto a edad la Corte “seems to view the fact that employment policies have been introduced by collective agreement as a legitimating factor” (Schiek, 2011, p.792).

Pero, parece claro desde el caso *Hennigs* que el derecho de la UE limita la competencia de los agentes sociales a negociar la diferenciación por edad en forma colectiva. (También queda claro que existe un cierto espacio para medidas transitorias discriminatorias con motivo de sustituir un sistema previo discriminatorio.) Discrepancias eventuales en cuanto al trato diferencial por motivos de edad comparado, por ejemplo, con género, más bien refleja diferentes racionalidades entre la discriminación por edad y otros motivos de discriminación. El espacio “extra” del tratamiento diferencial será más o menos el mismo en cuanto a los agentes sociales como en cuanto a los Estados miembros.

La jurisprudencia, por ejemplo en *Odar*, también sugiere que existe un estándar más restrictivo cuando se trata de fijar medidas de edad por debajo de la edad “normal” para jubilarse. Esto se podría interpretar así, que la CJUE en estos casos mantiene “the active ageing course”. Sin embargo, esto se hace en términos más bien individuales. Parece que se deja a los Estados miembros – y los interlocutores sociales – balancear los intereses conflictivos detrás de los aspectos colectivos como el de edad como una manera tradicional de estratificación de la sociedad y las estrategias de “active ageing”.

No cabe duda de que las prácticas actuales – aceptando la jubilación forzosa y edad como un criterio de tratamiento diferencial, sea por medio de los interlocutores sociales o no, deja los desafíos futuros en términos de “active ageing” sin respuesta. Shiek ha cuestionado “the outdated reasons for age differentiation in employment [which] command greater leniency on the part of the European judiciary towards age discrimination” (Schiek, 2011, p.780).

Sin embargo, y como he indicado anteriormente, se puede también cuestionar si el mantenimiento de la prohibición de discriminar por edad, eliminando la jubilación forzosa, será totalmente beneficioso. Las experiencias en Gran Bretaña, después de abortar la jubilación forzosa en 2011, muestran un énfasis en el manejo del funcionamiento y de la capacidad de los empleados que terminan un empleo, algo que confirma mis preocupaciones en cuanto a efectos contrarios para la estabilidad en el empleo. El ejemplo de Canadá confirma la necesidad de continuar con la edad como un criterio para definir las condiciones de empleo también después de eliminar la jubilación forzosa. Tanto las leyes como la jurisprudencia reconoce “the principle that even in the absence of compulsory retirement employers, employees and government policymakers cannot simply disregard the inevitable consequences of ageing when establishing employment benefits” en términos de, por ejemplo, planos de minusvalía (Charney and Horner, 2013, p. 258).

El compromiso puede ser continuadas prácticas diferenciando por edad pero en formas más multifacéticas. La cuestión sigue siendo cual será el papel de los agentes sociales en todo esto. Está claro desde el caso *Hennigs* que los interlocutores sociales puedan tener un papel especial hablando de una transición eventual del sistema tradicional basada en edad como un elemento central para organizar la

sociedad hasta nuevas prácticas celebrando la prohibición de discriminación por edad. También tendrán un papel importante regulando medidas diferenciando por edad en la continuación de eliminar la jubilación forzosa. Como dicen Charney y Horner: “The need to balance the competing interests that bargaining unit members have at different times in their lives is an inherent part of the collective bargaining process” (Charney and Horner, 2013, p. 269). Esta función de balancear intereses adversos – aunque implicando la discriminación por motivos de edad transitoria – está ya reconocida por la CJUE.

Resta la cuestión de si se puede confiar en los agentes sociales para regular la igualdad para todos nosotros. Foubert et al presentan dudas en cuanto a esto, haciendo referencia al papel jugado justo por los interlocutores sociales en cuanto a perpetuar la no-igualdad por género en términos, entre otros, de discriminación salarial (Foubert et al, 2013). No garantizar la prohibición de discriminación por edad significa no solo priorizar los intereses colectivos por encima de los del individuo sino también la práctica tradicional de organizar a la sociedad en términos de edad ante las ambiciones más recientes de “active ageing”. Aun queda un largo camino por recorrer antes de llegar a una resolución final.

BIBLIOGRAFÍA

- CHARNEY, R. y HORNER, M.: Defending Age Distinctions in Employee Benefits after the Elimination of Mandatory Retirement, *Canadian Labour & Employment Law Journal*, Vol. 17 No. 1, 2013 pp 255-279
- FOUBERT, P., LANGHENDRIES, E., MAROCCHI, N. y PEETERS, J.: An EU Perspective on Age as Distinguishing Criterion for Collective Dismissals – With Belgium and The Netherlands as Examples, *IJCLLIR 2013* (por publicarse)
- HENDRICKX, F.: Age and European Employment Discrimination Law, HENDRICKX, F. (ed.), *Active Ageing and Labour Law. Contributions in Honour of Professor Roger Blanpain* (Antwerp, Intersentia 2012).
- NUMHAUSER-HENNING, A.: The EU Ban on Age-Discrimination and Elderly Workers – Potentials and Pitfalls, *IJCLLIR 2013* (por publicarse)
- SCHLACHTER, M.: Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law, *IJCLLIR (2011)* 27.
- SCHIEK, D: Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues, *The Common Market Law Review* **48**:777-799, 2011

Sentencias TJUE

- Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios SA, C-411/05 [2007] ECR I-8531
- La Comisión Europea contra Alemania, C-456/05 [2007] ECR I-10517

Kücükdevici y Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07 [2010] ECR I-00365
Petersen y Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe,
C-341/08 [2010] ECR I-00047
Ole Andersen y Region Syddanmark, C-499/08 [2010] ECR I-09343
Rosenblatt y Oellerking Gebäudereinigungs GmbH, C-45/09 [2010] ECR
I-09391
Georgiev y Technicheski Universitet, Sofia, C-250/09 and C-268/09 [2010] ECR
I-11869
Prigge y Deutsche Lufthansa AB, C-447/09 [2011] ECR I-08003
Fuchs und Köhler y Land Hessen, C-159/10 and 160/10 [2011] ECR I-06919
Sabine Hennigs y Eisenbahnbundesamt, Land Berlin y Alexander Mai, C-297/10
and 298/10 [2011] ECR I-07965
Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB, C-141/11 [2012] ECR I-00000
Johann Odar y Baxter Deutschland GmbH, C-152/11 [2013] ECR I-00000
La Comisión Europea contra Hungría, C-286/12 [2013] ECR I-00000

EL PAPEL Y LA EFICACIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ITALIA DESPUÉS DE LAS RECIENTES REFORMAS LABORALES

Antonello Olivieri
Universidad de Foggia

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

Tanto la contratación laboral temporal como la negociación colectiva son instituciones jurídicas especialmente sensibles a la influencia de la estructura productiva y de la coyuntura económica. En la historia de la disciplina italiana de los contratos temporales estructurales la negociación colectiva hace de colaboradora cuando el ordenamiento jurídico se abre en la dirección de una mayor flexibilidad, con la previsión de una remisión para la introducción de nuevas hipótesis de recurso al contrato de duración determinada, por añadidura a aquellos legalmente definidas.

La legislación laboral, a través de las técnicas propias de la delegación normativa y el establecimiento del carácter dispositivo de parte de la misma, habilita a la negociación colectiva para concretar el régimen jurídico y las condiciones de los contratos de duración determinada.

En general, las remisiones legales a los convenios colectivos han fluctuado entre dos almas, ambas atribuibles a mecanismos de control y limitación en caso de utilización abusiva (no solo sucesiva) de los contratos temporales: una cualitativa, que se ha concretado en la identificación de supuestos de contratación temporal, y la otra cuantitativa, que se ha concretado en el poder de fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.

Esquematisando al máximo una realidad normativa bastante compleja, que se ha formado en casi cincuenta años, puede afirmarse que el sistema previo era atribuible a dos fundamentos.

De un lado, el principio general (contenido en la ley n. 320/1962) en base al cual el contrato de duración determinada representaba una excepción, respecto al contrato a tiempo indefinido, pues se admitía solo en casos taxativamente determinados por ley. De otro lado, la devolución a la negociación colectiva de la facultad de flexibilizar la rígida disciplina legal a través de la individuación de nuevas hipótesis de recurso al contrato temporal estructural.

La reglamentación de dicha modalidad contractual provee, por ciertos aspectos, la medida del grado de implicación de la autonomía colectiva en la co-gestión del mercado del trabajo. En el curso de los años, ha sido trasladada a la negociación colectiva parte de la regulación de una materia reservada tradicionalmente a la ley. Esto ha significado que la negociación colectiva ha desarrollado un papel de adecuación de la normativa con la realidad social.

En términos generales, puede señalarse que durante la crisis de los años '70 y '80 el legislador ha venido posibilitando la intervención de la negociación colectiva en materia de contratación temporal, ensanchando progresivamente sus márgenes de competencia.

Desde tal óptica, la exigencia de una estrategia de apoyo del empleo ha sido satisfecha por la negociación colectiva que ha desarrollado el delicado papel de protagonista en relación con las políticas de empleo y del mercado del trabajo.

La conveniencia de regular a través de convenios colectivos algunos de los múltiples aspectos de la contratación temporal puede ser explicada desde diferentes perspectivas.

La elección de confiar a la amplia participación, a los sindicatos más representativos el gobierno de un mercado del trabajo caracterizado por la desestandarización del modelo normativo de referencia (el contrato *sine die*) ha sido necesaria para evitar que el momento de "crisis" (sobre todo la tensión ocupacional) se resolviese en una mera reducción de los niveles de tutela de los trabajadores.

Los intereses en juego no podían afrontarse con el auxilio de la norma general, abstracta e inderogable, sino con un instrumento más dúctil en grado de establecer

“la medida y la cualidad de la relación de equilibrio entre dos poderes colectivos antagonistas” (Giugni, 1979, P. 31).

En realidad, la atribución de una función normativa a favor de los sindicatos no representaba el objetivo principal, sino el necesario instrumento para realizar una más amplia finalidad: el incremento de los niveles de empleo a través la necesaria adquisición del consentimiento sindical.

Esta función de adaptabilidad estaba lejos, obviamente, de significar una renuncia a la causalidad de la contratación temporal, sino que pretendía arbitrar aquellas fórmulas de contratación más adecuadas a las reales necesidades de las empresas y de los trabajadores.

La causalidad se configuraba, por lo tanto, como una exigencia que establecía el ordenamiento jurídico para permitir la estipulación del contrato de trabajo de duración determinada, funcionando como mecanismo dirigido a tutelar la posición del trabajador.

Esta operación habría podido traducirse mediante la negociación colectiva de manera eficaz si se hubiera reconocido, *simplemente*, un poder de prever hipótesis o situaciones de temporalidad. En verdad, la posibilidad de individualizar no solo hipótesis ulteriores sino, sobre todo, concurrentes respecto de las establecidas por ley, en virtud de una delegación plena, representaba el instrumento idóneo para satisfacer las exigencias del empleo; al mismo tiempo, la amplia delegación permitía no solo responder de manera eficaz al objetivo de *job creation*, sino que, además, tenía el objetivo descrito de una matiz más social (*id est* la adquisición del consentimiento sindical).

La intervención de la negociación colectiva ha representado un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad, por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas.

En un contexto como el tan brevemente expuesto, la autonomía colectiva no debe más echar las cuentas con el empleador en calidad de acreedor de la prestación de trabajo, sino en calidad de empresario. Así, la actividad del sindicato se dirige a elecciones negociales que redujesen el peligro del bien primario del empleo: de la reivindicación “económico-normativa” se pasa a una “económico-política”.

2. LA DESCAUSALIZACIÓN POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Luego de este plantamiento preliminar, la amplitud del tema requiere de una delimitación. El enfoque está centrado en dar cuenta de la función que tiene la negociación colectiva en la regulación de los principales supuestos legales de contratación temporal estructural de trabajadores, sobre todo, tras las reformas la-

borales italianas del 2012 (ley n. 92/2012, dicha también reforma Monti-Fornero) y del 2013 (ley n. 99/2013, dicho también Decreto Lavoro).

La constatación de la permanencia de los niveles de desempleo conducirá a que las legislaturas desde 2001 al 2013 tomasen nuevas medidas en la materia. Entre ellas, efectuó nuevas remisiones a la negociación colectiva con una lógica distinta al pasado.

Con la actual regulación legal (decreto legislativo n. 368/2001), que es consecuencia de la Directiva 1999/70/CE, el legislador intentó despotenciar la negociación colectiva y dotarla de menor funcionalidad, privándole de un papel de adecuación de las distintas modalidades de contratación temporal existentes a las necesidades y características de cada sector empresarial.

Tal empobrecimiento se ha aguzado desde la reciente reforma laboral italiana del 2012.

En este sentido, el ordenamiento italiano no aporta amplias y relevantes perspectivas, por lo menos hasta 2013, acerca del contenido y función de la negociación colectiva frente a institutos laborales especialmente sensibles, como es el caso de la determinación de la duración de los contratos de trabajo. La diferencia con respecto al pasado atiene sobre todo a la función de la autonomía colectiva en la co-gestión del mercado del trabajo.

El objetivo más amplio de la reforma Fornero es favorecer la realización de un «mercado del trabajo inclusivo y dinámico, en grado de contribuir a la creación de empleo, en cantidad y cualidad, al crecimiento social y económico y a la reducción permanente del porcentaje de desempleo» (art. 1, ley n. 92/2012). El ambicioso dibujo se basa, en primer lugar, sobre la instauración de relaciones de trabajo más estables, remachadas, al interno de un darwinismo contractual, el relieve prioritario del trabajo subordinado a tiempo indefinido cual contrato «dominante»; en segundo lugar, sobre el contraste al uso impropio la instrumental de las tipologías contractuales flexibles.

Así pues, el vigente ordenamiento legal italiano manifiesta expresamente una precisa preferencia, al menos en el plano teórico, por los contratos de duración indefinida frente a los contratos de duración determinada.

Sin embargo, las acciones deben ser juzgadas no a partir de las intenciones (ética de las intenciones), sino desde los efectos (ética de las responsabilidades), al menos hasta que son previsibles (cfr. Weber, 2004, P.109). La realidad puede ser bien diferente si analizamos el ordenamiento jurídico con un poco más de atención. Parece necesario, por lo tanto, verificar sí, y en qué medida, las modificaciones introducidas son efectivamente coherentes con las declaraciones de principios dirigidos a endurecer la flexibilidad de entrada, con particular referencia a la disciplina del contrato de duración determinada.

En este sentido, en la lucha contra la dualidad del mercado del trabajo, entre «privilegiado» y «perjudicado» (Ojeda Avilés, 2010, P. 2), no se introduce en realidad un sistema eficaz y coherente dirigido a limitar (o racionalizar) la utilización de formas temporales de trabajo. Así, el carácter dominante del contrato a tiempo indefinido viene relativizado por el creciente espacio legal concedido al contrato por tiempo determinado. En esta lógica, los espacios otorgados a la autonomía colectiva asumen una forma nebulosa y privada de concreta eficacia a través de una reconfiguración parcial de las relaciones entre ley y convenio colectivo, con la consiguiente supresión del carácter dispositivo, para la actividad contractual colectiva, de determinadas reglas reguladoras sobre la contratación temporal.

Explicaré mejor, dentro de la brevedad de una intervención de este tipo, cuanto ha afirmado en modo así *tranchant*:

En primer lugar, se incide profundamente en los dos fundamentos del modelo normativo recordados al comienzo, innovando tanto sobre la vertiente de la determinación legislativa de las razones temporales, cuanto sobre los poderes de la negociación colectiva.

En este sentido, se ha tenido un pasaje desde un *numerus clausus* de razones por las cuales era admitido el recurso al contrato temporal, determinadas por la ley o la negociación colectiva, a una situación caracterizada por la destipificación causal introducida gracias a la fórmula abierta por la cual se deroga la causalidad, tasada por la ley n. 230/1962, para dar paso a unas limitaciones mucho más elásticas, las «razones de carácter técnico, productivo, organizativo o sustitutivo».

Además, el legislador del 2012 ha resquebrajado el rigor de la cláusula general, mientras con la reformas del 2013 el ordenamiento ha, de hecho, renunciado al principio de causalidad, aumentando así «los fines extrínsecos de las modalidades temporales» (Ojeda Avilés y Gorelli Hernández, 2006, P. 43).

Sobre esta cuestión hemos de tener en cuenta cómo la causalidad en tema de contratos temporales en el sistema jurídico italiano está ahora enormemente limitada.

En efecto, la indicación de las razones objetivas no es jurídicamente necesaria «por la primera relación laboral», de duración no superior a 12 meses, para el desarrollo de «cualquier» tarea y, segundo el art. 1.9 de la ley n. 92/2012, “en cualquier otra hipótesis especificada en los convenios colectivos, también empresariales, estipulados por los sindicatos más representativos”.

Sustancialmente, la ruptura del principio de causalidad se llevó a cabo a lo largo de dos vías: una primaria y directa autorizada por la ley que pone dos límites fundamentales (una duración no superior a 12 meses y siempre que se trata de la primera relación laboral entre el mismo trabajador y el empresario); la otra secundaria y “administrada” directamente dado a la autonomía colectiva.

Por el tenor literal de la norma, la negociación colectiva podrá prever las actividades y las circunstancias que pueden legitimar la posibilidad de derogar a la clausula general sin demostrar la existencia de razones objetivas.

Pero, ¿qué significa “en cualquier otra hipótesis”?

Si queremos dar un sentido a la remision del legislador, este se puede encontrar en el la tentativa de regresar al pasado (a los '70 y '80), es decir, socializar, a traves del consentimiento sindical, el objetivo del fomento del empleo precario.

La negociación colectiva, tambien empresarial, puede derogar los limites legales y, en este sentido, autorizar, por ejemplo, un contrato a termino sin causa de duración superior a 12 meses.

¿Cuál es la *ratio* que subyace a esta alteración? Muy simple. Hay una razon puramente económica.

Antes de la reforma del 2013, el “modelo contratato” de recurso a los contratos a termino se ponía como alternativo a la hipótesis primaria autorizada por ley. Además, la autonomia colectiva solamente podía autorizar el nuevo modelo sin la posibilidad de incidir sobre la disciplina (por ejemplo, no podia prever ni las actividades, ni las circunstancias). A eso tiene que añadirse que habia un porcentaje maximo de contratos temporales de este tipo en relación a la plantilla total de la empresa, igual al 6%.

La lectura en clave alternativa con respecto al modelo a-causal legal y el limite cuantitativo se ha mostrado, inevitablemente, insignificante o poco interesante para la negociación colectiva, en tanto y en cuanto que para el empleador era mas conveniente, sobre un plano cualitativo y cuantitativo, acceder al modelo contractual a-causal definido por ley.

Frente el silencio del legislador respecto a la duración de tal tipología contractual, el único elemento que podía inducir al empresario a acceder al modelo autorizado por la autonomía colectiva estriva en la posibilidad, para los convenios, de definir una duración también superior a los 12 meses (una duración inferior, incluso posible, configuraría otro desaliento para el empresario).

No por casualidad, la modificación del 2013 interviene justamente en este sentido: de un lado, se elimina el limite cuantitativo del 6% y, de otro lado, se atribuye a la autonomia colectiva “cualificada” la posibilidad de establecer libremente los supuestos de recursos a los contratos a-causales.

La elección de atribuir un importante papel, al sindicato, en la implementación del modelo a-causal de contrato temporal, se justifica por el intento de encontrar un equilibrio entre exigencias de las empresas y mantenimiento de los valores sociales adquiridos por los trabajadores.

Es evidente que con la descausalización el poder privado del empresario se

presenta totalmente desvinculado de los límites que ha preconstituido desde siempre el ordenamiento jurídico en materia de flexibilidad de entrada.

En este escenario, el legislador deja de tener responsabilidad en la creación de empleo precario, introduciendo al sindicato mas representativos, tambien empresarial, en la gestión concertada del mercado de trabajo. En efecto, la reforma del 2013 amplió las facultades concedidas a los convenios colectivos para determinar los supuestos de contratación temporal y otorgó a la negociación colectiva un papel de control del uso generalizado de la temporalidad laboral en una logica diferente con el pasado.

Antes que jurídica, la incoherencia reside en el plano teleológico: combatir la precariedad, como afirma el legislador italiano, favoreciendo, contextualmente, la estipulación de contratos a tiempo determinado por una derogación del principio de causalidad.

Con las palabras de Antonio Ojeda, «es la práctica excesiva, y en concreto el abuso de sus modalidades para situaciones que en verdad son estables, lo que lleva a la formulación de un reproche contra el trabajo temporal, en principio perfectamente válida» (Ojeda Avilés, 2010, p. 2).

3. OTRAS FUNCIONES ENCOMENDADAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL PODER DE CONTINGENTACIÓN

Procediendo con orden dentro de la compleja disciplina, además del poder antes examinado, la actual disciplina italiana reconoce a la autonomía colectiva un papel reconducido esencialmente a un control cuantitativo de dicha modalidad contractual (art. 10.7, decreto legislativo n. 368/2001) y a la posibilidad de derogar *in peius* a algunas normas imperativas, por ejemplo, en tema de encadenamiento de contratos temporales.

El principal papel de la negociación colectiva en esta materia está situado esencialmente después de la estipulación del contrato a término, comúnmente con poderes de gobierno-control del *stock* total de contrataciones a tiempo determinado.

A los sindicatos más representativos se ha atribuido un poder devolutivo/integrativo a través de la determinación de límites cuantitativos a la utilización de los contratos de duración determinada, así como a través de la determinación del porcentaje maximo de contratos temporales respecto a la plantilla total de la empresa (art. 10.7, decreto legislativo n. 368/2001).

En realidad, se trata de una atribución meramente exhortativa en cuanto no se entiende por que la ley debería expresamente llamar a la autonomía colectiva respecto a la fijación de los límites porcentuales, atribuyendo una competencia ya poseída normalmente.

En este escenario, el legislador ha venido a dar reconocimiento legal a facultades que ya tenían los convenios colectivos.

Desde una perspectiva general, de hecho, nada impide a la autonomía colectiva introducir límites al número de contratos de duración determinada hasta un determinado porcentaje de trabajadores fijos o de la plantilla total, según el evidente esquema de la inderogabilidad *in peius*/derogabilidad *in melius* en la relación entre ley y convenio colectivo.

Sin embargo, esta tradicional función sufre algunas importantes excepciones que redimensionan, de hecho, el papel de la negociación colectiva.

En efecto, está expresamente prohibido prever límites cuantitativos en caso de servicios estacionales o por razones de sustitución, intensificación de la actividad de trabajo en determinados periodos del año, para específicos programas de radio u de televisión, para la realización de obra o servicio determinado con carácter no habitual o excepcional, así como en el sector aéreo (en este caso los límites son puestos por ley).

Quedan, de otro lado, exentos de límites cuantitativos los contratos temporales estipulados a conclusión de un periodo de prácticas y aquellos de duración inferior a siete meses o una duración superior definida en la negociación colectiva.

4. EL PODER DE DEROGACIÓN *IN PEIUS*

Uno de los principios fundamentales plasmados en la Directiva 1999/70/CE es el establecimiento de medidas destinadas a evitar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos temporales.

El legislador italiano de 2007 (l. n. 247/2007), preocupado por la excesiva difusión de los contratos a duración determinada, ha introducido límites ulteriores con respecto de la originaria disciplina que hizo indudablemente más fácil el recurso al contrato a término con respecto a la legislación preexistente.

Junto a la causa objetiva de carácter temporal ha insertado por ley un límite subjetivo, previamente inexistente, con la intención de encauzar la difusión de contratos a término y, sobre todo, su reiteración: los trabajadores que hubieran estado contratados durante un plazo superior a 36 meses en la misma empresa, adquirirán automáticamente la condición de trabajadores fijos.

Aunque existan fundadas razones para la estipulación del contrato (por ejemplo, la sustitución de trabajadores ausentes con derecho a reserva de puesto, los incrementos de actividad en determinados periodos), la ley impone un “techo” máximo a la reiteración de las relaciones. La voluntad es la de evitar que, incluso frente a exigencias legítimas, el trabajador se convierta en un precario a tiempo indefinido.

En estos casos, pues, las exigencias económicas de la empresa ceden ante la necesidad de protección del trabajador. Las necesidades organizativas del empresario en relación a determinadas tareas (o a aquellas equivalentes), por los que se ha agotado el límite del trienio, podrán ser satisfechas con el recurso a una relación temporal con un trabajador diferente, a través de las muchas tipologías contractuales excluidas del límite de los 36 meses o por una derogación colectiva (*in peius*).

Entonces, ¿cuál es el papel de la negociación colectiva?. Se trata del poder de derogar el límite máximo de 36 meses de encadenamiento de los contratos temporales, que podrá ser suprimido una sola vez por la negociación colectiva.

Concretamente, se otorga a los convenios colectivos el encargo de remover el límite legal de 36 meses (que es una disposición inderogable). La función del sindicato consiste en respaldar la formación de una voluntad individual consciente en la óptica de un derogación asistida.

Compete a los “avisos comunes”, estipulados por los sindicatos más representativos, establecer la “duración” del ulterior contrato. Este último debe, en todo caso, estar basado en exigencias temporales.

En este sentido, no se atribuye un papel activo a la negociación colectiva, es decir, ninguna posibilidad de establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal.

De esta manera, el legislador italiano, a diferencia del español (Gorelli Hernández, 2006, 2049), admite claramente que la regulación legal es un instrumento suficiente para evitar la utilización indeseada de los contratos de duración determinada.

Además de esta hipótesis, la ley n. 92/2012 atribuye a la autonomía colectiva un ulterior poder de derogación (siempre *in peius*).

El legislador italiano reduce, notablemente, los intervalos temporales entre un contrato y el otro, en contraste con cuánto ha afirmado la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de la consolidación de los instrumentos dirigidos a contrarrestar la reiteración abusiva de los contratos temporales (C. Giust. C 212/04, *Adeneler*).

En caso de que el trabajador encadene un contrato temporal causal dentro de un período de 10 días desde la fecha de caducidad de un contrato de duración hasta seis meses o bien 20 días desde la fecha de caducidad de un contrato de duración superior a los seis meses, el segundo contrato se considera a tiempo indefinido.

La norma, que facilita el recurso a los contratos de duración determinada (se piensa que previamente el término era de 60 y 90 días), vuelve a enviar a los sindicatos más representativos, también a nivel empresarial, la posibilidad de prever las circunstancias de supresión de lo establecido por la ley. Es decir, en una lógica de lucha contra los abusos en el caso de sucesión de los contrato a tiempo determi-

nado, la negociación colectiva puede ampliar el lapso temporal entre un contrato y el otro, facilitando así la transformación en tiempo indefinido.

Finalmente, en el ámbito de los poderes derogatorios *in peius*, encontramos la discutible previsión que autoriza a la negociación colectiva a expresar como legítimas las contrataciones en aquellas empresas en las que se haya procedido al despido colectivo en los seis meses anteriores.

La derogación a la prohibición legal de empleo del contrato a término tiene una precisa finalidad: el mantenimiento de los niveles profesionales en la empresa.

Tras este rápido análisis de las varias formas de remisión a la negociación colectiva, debemos señalar, brevemente, el tema de la gestión colectiva en materia de formación e información.

Si la obligación de formación de los trabajadores asume carácter cogente para los empresarios (art. 7.1, decreto legislativo n. 368/2001), la norma asume, en cambio, carácter promocional en cuanto al papel de la negociación colectiva que *puede* prever “modalidades e instrumentos directos para facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo determinado a oportunidades de formación adecuada, para aumentar la cualificación, promover la carrera y mejorar la movilidad profesional”.

Omitiendo el juicio sobre la (in)eficacia de la norma, se trata de una disposición que tiene un mero valor exhortativo en cuanto la intervención de la autonomía colectiva es solo eventual.

Hay una diferencia fundamental con las anteriores previsiones. No se atribuye una facultad de intervenir en ámbitos donde operan normas que asumen un carácter inderogable.

Además, la negociación colectiva bien podría introducir los instrumentos formativos para mejorar también la ocupabilidad de los trabajadores en ausencia de una expresa previsión de ley.

Consideraciones, en sentido opuesto, que pueden ser desarrolladas, en cambio, con respecto a la determinación de los cauces de transmisión de la información a los trabajadores temporales sobre la existencia de vacantes, en especial, de puestos de trabajo permanentes del empresa.

En el caso de la información, la locución “*pueden*” indica la precisa voluntad del legislador de considerar la información como necesaria y no meramente eventual, de conformidad con cuanto ha postulado la Directiva 1999/70/CE que establece que los empresarios deben procurar la información adecuada a los órganos de representación de los trabajadores existentes sobre el trabajo de duración determinada en la empresa: los convenios colectivos estipulados por los sindicatos mas representativos definen las modalidades para las informaciones a recibir por los trabajadores a tiempo determinado y por las representaciones sindicales de

los trabajadores acerca de los puestos vacantes disponibles en la empresa (art. 9, decreto legislativo n. 368/2001).

Los trabajadores y la representación sindical en la empresa de los trabajadores tienen derecho a recibir información sobre los contratos temporales celebrados. En particular, la representación sindical en la empresa tiene entre sus competencias la de recibir información periódica acerca de las previsiones del empresario sobre el número, modalidad y tipos de nuevos contratos, y notificación de las correspondientes prórrogas y denuncias.

5. CONCLUSIÓN

En conclusión, si hemos de resumir de manera breve y concisa cuál es el verdadero papel de la autonomía colectiva en la regulación de la contratación temporal en Italia, podemos decir que está llamada a facilitar el proceso de flexibilización de las relaciones laborales que ha generado un ámbito de empleo de baja calidad.

Ciertamente, nuestro ordenamiento ha establecido un conjunto de límites a la facultad del empresario de estipular libremente contratos a termino. Ahora se impone, a través la intervención de la autonomía colectiva, un cambio radical y cultural. Esta tentativa de hacer coincidir el interés público y aquél colectivo comporta la negación del uno y el otro y también de la escasa disponibilidad del Estado para regular el sistema productivo a la búsqueda de un equilibrio maduro entre todos los diferentes y antitéticos intereses en juego (E. Gragnoli, 2013, 675).

Desde este punto de vista, la composición de los diferentes y antitéticos intereses ha sido efectuada por la atribución a favor de la autonomía colectiva de importantes poderes de control-autorización en la gestión de mano de obra diferente del modelo tradicional. Tal posibilidad nació de la conciencia de que el mercado de trabajo fuera “caracterizado por sobresalientes aspectos de imperfección y desequilibrio” y que, no sólo la legislación, sino también la contratación colectiva, pudiera y tuviera que desarrollar una “función normativa” del mismo mercado, sobre todo por el control de las modalidades de acceso al trabajo (Giugni, 1979, 3). Es innegable que la negociación colectiva - en cuanto escenario dúctil de concertación social - puede desempeñar un papel central en la búsqueda de fórmulas que permitan armonizar el desarrollo económico y la mejora en las condiciones de trabajo.

Por el contrario, en una «sociedad del riesgo» (Beck, 2000, 79) el actual sistema italiano consagra una situación de paradoja: para facilitar el fomento de la contratación *sine die* y la estabilidad en el empleo se atribuye una absoluta libertad al empresario de estipular, sin límites causales, contratos a tiempo determinado, aumentando, así, los niveles de precariedad laboral, incluso a través de la negociación colectiva empresarial.

Es decir, se habla en términos jurídicos pero se responde en términos económicos.

Sin embargo, no parece emerger la voluntad de un cambio que concilie la creciente demanda de flexibilidad con la necesidad de evitar la precarización y la segmentación del mercado de trabajo; sino de adoptar la crisis, parafraseando las palabras de Antonio Ojeda, como pauta.

BIBLIOGRAFÍA

BECK, U.: *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma 2000.

GIUGNI, G.: “Diritto del lavoro (voce per un’enciclopedia)”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* n° 1 (1979).

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral 2006 y la contratación temporal: la lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia”, *Actualidad Laboral* n° 17 (2006).

GRAGNOLI, E.: La parabola del contratto collettivo nella società economica italiana, *Il lavoro nella giurisprudenza* n°7 (2013).

OJEDA AVILES, A.: *La deconstrucción del derecho del trabajo*, La Ley, Madrid 2010.

OJEDA AVILES, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajos temporales*, Iustel, Madrid 2006.

WEBER, M.: *Il lavoro intellettuale come professione*, Giappichelli, Torino 2004.

LA “DISSACRANTE” EREDITA DI GAETANO VARDARO IN TEMA DI CONTRATTO COLLETTIVO

Luca Nogler
Professore Ordinario di Diritto del Lavoro
Università di Trento

1. UN «GIOVANE IPERSENSIBILE»

Nell'intervento d'apertura di un volume intitolato «Francesco Santoro-Pasarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo», lo storico del diritto Severino Caprioli apostrofa Gaetano Vardaro come un «giovane ipersensibile» che proprio per questo cadde nell'errore di denunciare la «matrice autoritaria del sistema posto dall'art. 2077 c.c.» (Caprioli 2009, 4 riferito a Vardaro 1980). Non mi sento di condividere questo giudizio e ritengo che esso sia frutto di un'impostazione culturale lontana dal pensiero di Antonio Ojeda che ha sempre riconosciuto in V. uno dei suoi interlocutori più accreditati (1997, 1417). Ciò in linea con Gino Giugni il quale ebbe modo, come noto, di affermare che sul “retaggio corporativo” dell'art. 2077 c.c. V. scrisse “splendide pagine” (Giugni 1992, 461) e già questo avrebbe dovuto suggerire una maggior cautela (e umiltà) nel giudizio.

Nel seppur breve spazio del *Liber amicorum* intendo perciò richiamare alla mente l'importanza che gli studi di V. rivestono per il pensiero giuslavoristico, italiano ma anche europeo, contemporaneo in tema di contratto collettivo (v. sul tema anche Ghera 2012, 238 ss.) fermo restando che non potrò sviluppare una trattazione sistematica, ma dovrò limitarmi solo ad evocare – senza svilupparle adeguatamente – le principali questioni delle quali si compone la diatriba, che riprenderò peraltro in un prossimo scritto storico sul concetto di “autonomia collettiva”.

In limine alla mia “difesa” del ruolo che V. ha storicamente giocato nell'evoluzione del pensiero giuslavoristico italiano in tema di contratto collettivo, vorrei, peraltro, precisare che sono al riparo da qualsiasi eventuale giudizio di partigianeria. Troppo fondamentali sono stati, infatti, i punti, oltre che di debito, di dissenso nei confronti del pensiero di V., ad iniziare da alcuni passaggi sulla dottrina tedesca pre-weimariana e weimariana. Ma qui rilevano, soprattutto, le differenze in ordine al terreno prescelto da Caprioli per il suo giudizio tranciante. Sul punto, ebbi modo in un'altra occasione di argomentare diffusamente che V. fece l'errore di non ripartire da Lotmar e, perciò, di non distinguere adeguatamente la questione della sorte delle deroghe individuali peggiorative dello standard di regolamentazione collettiva, dal problema – del tutto distinto sul piano concettuale ed operativo – dell'efficacia immediata del contratto collettivo stesso (Nogler 1997). Proprio per questo, al fine di evitare l'incorporazione della clausola collettiva nel contratto individuale che imputava all'art. 2077 c.c., V. stesso fu costretto ad imboccare l'impraticabile strada di sottoporre le deroghe individuali al regime dell'annullabilità prevista dall'art. 2113 c.c. per le rinunzie e transazioni operando in tal modo l'evidente forzatura di estendere l'applicazione di quest'ultima disposizione del c.c. anche al contratto individuale (Vardaro 1985, 307; alla stessa errata conclusione sono, peraltro, poi giunti anche Ballestrero 1989, sulla quale v. Nogler 1997, 170 e Di Maio 2008, 144 ss. sul quale v. Speciale 2012, 377-378). Solo approfondendo anche la seconda citata questione di cui si compone l'efficacia oggettiva, V. avrebbe potuto concludere che, essendo l'efficacia immediata del contratto collettivo di tipo “regolativo” (Nogler 1997; hanno aderito a tale impostazione, tra gli altri, Runggaldier 1999, 1079; Cataudella 2008; Cester 2009, 42; Di Maio 2008, 153; Zoli 2010; Romei 2011, 211; Ghera 2012a, 234; Speciale 2012, 370; Pedrazzoli 2012, 12-13; Corazza 2012, 67) il problema dell'incorporazione può dirsi ormai superato.

Il profilo di differenziazione dell'efficacia immediata del contratto collettivo rispetto a quella propria dalla legge si coglie poi ancor più nitidamente se si considerano i riflessi che essa esercita sul diverso fronte dell'efficacia soggettiva (che purtroppo non viene considerato da Novella 2009, 224).

E' per tutte queste ragioni che non si può assecondare né la famosa affermazione di Carnelutti secondo la quale il contratto collettivo avrebbe il corpo del contratto e l'anima della legge (1928, 184), né quella di Santoro Passarelli secondo cui il contratto collettivo ha sia l'anima che il corpo del contratto (1956, 1219).

Colgo, infine, l'occasione per chiarire che la natura *regolativa* dell'efficacia immediata del contratto collettivo emerge con molto chiarezza proprio se si affronta il problema pratico della decisione giudiziale. Ciò può *prima facie* ingenerare l'idea che tale tipo di efficacia immediata sia il frutto di "un certo *judicialismo*" (così Ojeda 1997, 102) ed indurre a classificarla quale "*justizielle Wirkung*" (Kempen 1998, 327). E' poi altrettanto indubbio che la categoria qui in discussione, come tutti i concetti giuridici, *deve* essere collegata con la soluzione di un problema pratico che, nel nostro caso, coincide con quello dell'individuazione del parametro del giudizio che decide la diatriba giuridica. Ma questo, a ben vedere, è un problema che si pone, più in generale, sempre quando si affronta la questione della nozione del diritto giacché quest'ultimo è un fenomeno umano nel senso che esso è forgiato, ed utilizzato, da singoli individui (come affermava la Glossa: *auctor iuris est homo*). Un profilo che purtroppo viene troppo spesso occultato dalle diffuse nozioni olistiche del diritto che si possono leggere in molti manuali giuridici.

2. LA COLPA DI VARDARO

Ciò che taluno non riesce a perdonare a V. è il carattere «dissacrante» (così giustamente Romagnoli 1999, 6) con cui argomentò alcune delle sue tesi storiche ad iniziare da quella secondo cui «il peccato originale» della dottrina giuslavoristica italiana è consistito nel primo secondo dopoguerra proprio nell'«aver preteso di trovare fuori della costituzione quanto era già scritto in quest'ultima» (Vardaro 1984, 68) ed, in particolare, nel primo comma dell'art. 39. Il nostro a. disse, anzi, *apertis verbis* che «la qualificazione privatistica del contratto collettivo è stata (...) impiegata in Italia non solo come strumento di supplenza interpretativa, ma (almeno inizialmente) anche come strumento di decostituzionalizzazione» (Vardaro 1983, 768). Questa è l'affermazione che è costata, e costa, cara a V. Ma ciò non certo per opera dei due „mostri sacri“ del pensiero giuslavoristico italiano (Francesco Santoro Passarelli e Gino Giugni) che rappresentarono il principale bersaglio della rivisitazione vardaroiana. Infatti, Giugni era perfettamente consapevole che all'inizio degli anni Sessanta aveva affermato che «l'inefficacia dell'art. 39 per il contratto collettivo di diritto comune è ormai acquisita, ed è soltanto attraverso funambolismi concettuali che si può arrivare a diverse conclusioni» (Giugni 1960, 99 nt. 4), così come Santoro Passarelli non mise certo tra parentesi il fatto che, qualche anno prima, nella sua fondamentale voce sull'*Autonomia collettiva* del 1959, non aveva mai citato il primo comma dell'art. 39 Cost., ma solo quelli successivi al primo. Il problema è un altro ed è stato individuato con molta precisione da Georg Orwell in un libro che curiosamente porta il titolo dell'anno (1984) in cui fu pubblicato il libro dissacrante di V.: chi aspira ad affermarsi come paradigma segue spesso il motto secondo cui „chi controlla il passato controlla il futuro“.

3. DISTORSIONI

Ad aggravare l'affronto ha poi cospirato il fatto che dopo V. la dottrina giuslavoristica italiana cominciò a caricare il primo comma dell'art. 39 cost. di significati che si riflettevano direttamente sulla disciplina del contratto collettivo. Si riscopri, in tal modo, pur senza averne sempre consapevolezza, Philipp Lotmar al quale risale l'opinione secondo cui l'accordo collettivo, in quanto aspira a regolamentare i futuri rapporti di lavoro, rappresenta «uno degli strumenti principali per la realizzazione dello scopo della coalizione» e cioè «il raggiungimento di migliori condizioni retributive e di lavoro» (Lotmar 1900, 54).

Un'analisi storica che si facesse carico di analizzare l'evoluzione del pensiero gius-sindacale italiano del secondo dopoguerra dovrebbe, in tal senso, giungere alla semplice conclusione che perfino Santoro Passarelli e Giugni furono figli del loro tempo, che era un tempo in cui non si riconosceva (ancora) alle norme costituzionali il valore di principi interpretativi del diritto positivo.

Di ciò dovrebbero, invero, prendere atto anche alcuni esponenti delle scuole create dai due grandi Maestri del diritto del lavoro italiano che ho richiamato in precedenza.

Alludo, anzitutto, al tentativo di Persiani di dimostrare che l'intuizione di V. fosse ascrivibile al suo stesso Maestro (2004, 716). Ma questa tesi (alla quale concede un credito eccessivo anche Romei 2011, 186 laddove evoca il ruolo giocato nel pensiero di Santoro-Passarelli dal primo comma dell'art. 39 Cost. senza peraltro indicare precisi riscontri bibliografici) opera un'evidente de-storicizzazione del pensiero di Santoro Passarelli. Siccome quest'ultimo riconduceva la "categoria professionale" alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. ed affermava che essa "solo" «*di regola* si realizza attraverso l'opera dei sindacati» (1959, 370; il corsivo è mio), non si vede come Persiani possa fondatamente affermare che nel pensiero del Maestro la categoria professionale «non ha alcuna rilevanza giuridica e, cioè non esiste per il diritto, finché i suoi componenti, nell'esercizio della libertà sindacale, non costituiscono un sindacato» (Persiani 2004, 721; v. nuovamente Santoro Passarelli 1959, 370 laddove soggiunge anche che i sindacati si formano *nell'ambito* del gruppo; egli smentisce in tal modo implicitamente la tesi di Persiani secondo egli riteneva, invece, che fosse il sindacato a formare la categoria).

Una parte della scuola di Giugni ha, invece, tentato la classica quadratura del cerchio e cioè l'impossibile conciliazione tra la teoria dell'ordinamento intersindacale e la norma costituzionale sulla libertà sindacale (v. ad esempio, Bortone 1992; molto critici Mariucci 1998; Cassese 2004, 375; possibilista Ojeda 1997, 1420) quando, in realtà, dal primo comma dell'art. 39 Cost. non è possibile ricavare direttamente, senza cioè la mediazione di norme legislative, regole di disciplina del contratto collettivo. In quanto *principio*, tale primo comma può semmai influire sull'appli-

cazione o meno delle norme generali sul contratto e sulle obbligazioni all'accordo collettivo di autoregolamentazione delle condizioni di lavoro che, se non sono conformi al valore costituzionale tutelato, possono essere oggetto di operazioni (interpretative) di riduzioni teleologiche del loro ambito applicativo. Per un esempio, di riduzione dell'ambito applicativo si pensi alle norme del codice civile italiano sull'interpretazione integrativa del contratto (artt. 1366-1371 c.c.), che mirano direttamente ad «identificare una regola, dato che in tal caso il collegamento tra regola posta e procedimento di formazione e dunque parti che l'hanno predisposta, se non scompare spesso sfuma» (Bigliuzzi Geri 1991, 40). Tali norme, delle quali non a caso non si riscontra un significativo utilizzo giurisprudenziale, porterebbero all'esito deprecabile di sovrapporre al volere delle parti collettive una regola (eteronoma) ricavata dall'ordinamento. Laddove siffatto spazio interpretativo sia, invece, inesistente l'interprete deve limitarsi, ove ne sussistano le condizioni, a ricavare dal primo comma dell'art. 39 Cost. un obbligo d'intervento da parte del legislatore (cd. garanzie istituzionali o, meglio, funzionali del diritto fondamentale, note anche alla giurisprudenza costituzionale spagnola: v. Ojeda 1997, 1419). In conclusione, gli sforzi compiuti da una parte della dottrina per argomentare un'efficacia diretta, senza cioè la necessità di un intervento del legislatore, del 1° comma dell'art. 39 cost. sulla questione dell'efficacia oggettiva del contratto collettivo non possono essere assolutamente assecondati. Non a caso, per introdurre la già citata efficacia regolativa del contratto collettivo di diritto comune è stato necessario riscrivere l'art. 2113 c.c. (Nogler 1997, 161 ss.) ed, altrettanto è avvenuto per l'inderogabilità in peius dello stesso.

4. PERCHÉ VARDARO AVEVA RAGIONE SULL'ART. 2077 C.C.

Qui – avendo preso le mosse da Caprioli – interessa poi, soprattutto, il profilo della sorte delle deroghe individuali peggiorative delle regole collettive. E' proprio tale questione che conforta, da ultimo, l'opinione di V. – e poi di molti altri con lui – che è improprio rifarsi all'art. 2077 c.c. e, quindi, identificare la questione dell'inderogabilità della disciplina del contratto collettivo con la diversa questione dell'efficacia inderogabile delle prescrizioni legislative (Vardaro 1985, 298; in senso critico v. ora anche Speciale 2012, che fa leva sull'art. 1419, 2° comma, ma in fondo anche Romei 2011, 218 che sembra però poi negare l'inderogabilità stessa).

Questa identificazione induce, infatti, a concepire sia l'una che l'altra inderogabilità come «demolizione» del contenuto dei contratti individuali; ciò in coerenza con il fine limitativo-autoritativo che, nella diffusa concezione positivista, contraddistinguerebbe sempre l'inderogabilità. Ma così argomentando non si coglie l'assoluta estraneità di quest'ultimo fine al diverso fenomeno dell'autoregolamentazione collettiva delle condizioni di lavoro (per una recente riaffermazione del medesimo regime di inderogabilità v., invece, Novella 2009, 229 il quale, pur ammettendo i dubbi

ermeneutici dell'art. 2113 c.c., non si avvale peraltro, sorprendentemente, dell'interpretazione conforme ai principi costituzionali preferendo il ragionamento a contrario rispetto al regime giuridico delle rinunzie e transazioni). Come anticipato, il contratto collettivo di diritto comune, a differenza della legge, si mantiene nel solco – tracciato da Santoro Passarelli - del diritto privato proprio perché, essendo la sua operatività, in coerenza (ancora una volta) con il primo comma dell'art. 39 Cost., basata sul consenso delle parti individuali interessate alla sua applicazione, esso non può essere considerato un'espressione dell'esercizio dell'*imperium* dell'autorità statale che, al contrario, è invece alla base dei rapporti di diritto pubblico.

L'unica soluzione coerente con il principio della libertà sindacale (individuale) è, in realtà, la «semplice» inefficacia - e non l'invalidità - delle deroghe individuali peggiorative delle regole collettive. Il contratto collettivo rappresenta, in altre parole, un impedimento di carattere solo estrinseco che incide dall'esterno sulla capacità del contratto individuale di governare il rapporto di lavoro. Una soluzione già affermata (riprendo quanto ho già scritto in Nogler 1997, 167 ss.) da chi ha sostenuto che «a fronte delle clausole concordate in sede sindacale per la disciplina dei rapporti di lavoro sul piano degli interessi collettivi, le clausole stabilite dai contratti individuali rimangono prive di rilevanza: *tamquam non essent*» (Scognamiglio 1971, 251). La tesi dell'irrelevanza delle deroghe del contratto individuale – ripudiata in tempi più recenti da Scognamiglio (2011, 507) - è stata riproposta, in modo ancor più convincente da Massimo D'Antona secondo il quale «come la norma comunitaria va applicata dal giudice nazionale senza tener conto di qualsiasi norma nazionale che interferisca nella relativa sfera di competenza, così la norma inderogabile viene applicata al rapporto senza tener conto del diverso precetto creato dall'autonomia individuale» (1994, 47). Ma anche questo autore, come Ulrich Zachert e molti altri amici di Antonio Ojeda, era evidentemente ipersensibile ad una corretta costruzione del fondamento costituzionale dell'autonomia collettiva.

BIBLIOGRAFIA

- BALLESTRERO M.V., *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, I, (1989).
- BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, Milano: Giuffrè. (1991).
- CAPRIOLI S., *Interpretazione di Francesco Santoro-Passarelli*, in Santoro Passarelli G. (a cura di) (2009).
- BORTONE R., *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Bari: Cacucci. (1992).
- CATAUDELLA A., *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino: Giappichelli, (2008).

- CASSESE S., *La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi*, in *RTDPC*, (2004).
- CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in AIDLASS (a cura di), *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Milano: Giuffrè, (2009).
- CORAZZA L., *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Milano: Franco Angeli. (2012).
- D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in AIDLASS (a cura di), *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, (1994).
- DI MAIO V., *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli: Jovene. (2008).
- GIUGNI G., *Intervista a Pietro Ichino*, in *RIDL*, I, (1992).
- GIUGNI G., voce *Libertà sindacale*, Dig. IV ed., Disc. privatistiche, Sez. commerciale, v. IX°, 31. (1993).
- GHERA E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, I, (2012).
- KEMPEN O.E., *Recensione a Nogler (1997)*, in *AuR*, p. 327-328. (1998).
- LOTMAR P., *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 15, (1900).
- MARIUCCI L., *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano: Giuffrè, (1998).
- NOGLER L., *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova: Cedam. (1997).
- NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè. (2009).
- OJEDA A., *Recensione a Nogler (1997)*, in *RL*, (1997).
- PEDRAZZOLI M., *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un re-perto archeologico?*, WP M. D'Antona, n. 149. (2012).
- PERSIANI M., *Rileggendo l'«Autonomia dei privati nel diritto dell'economia» di Francesco Santoro Passarelli*, in *ADL*, (2004).
- ROMAGNOLI U., *L'opera di Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, (1999).
- ROMEI R., *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, (2011).
- RUNGGALDIER U., *Limiti del potere regolativo delle parti collettive e parità di trattamento – profili di diritto comparato*, in *Studi in onore di G. Giugni*, II, Bari: Cacucci, (1999).
- SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, (1949).
- SANTORO PASSARELLI F., *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *DE*, (1956).

- SANTORO PASSARELLI F., voce *Autonomia collettiva*, Enc. dir. IV, Milano: Giuffr , (1959).
- SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Francesco Santoro Passarelli e l'auto-nomia collettiva. Prima e dopo*, Napoli: Jovene. (2009).
- SCOGNAMIGLIO R., *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *RDC*, I, (1994).
- SCOGNAMIGLIO R., *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, (2011).
- SPEZIALE V., *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale*, in *DLRI*, (2012).
- VARDARO G., *Le origini dell'art. 2077 cod. civ. e l'ideologia giuridico-sindacale del fascismo*, in *MSCG*, (1980).
- VARDARO G. , *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli: Jovene. (1984).
- VARDARO G., *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, Milano: F. An-geli. (1985).
- ZOLI C., *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in Persiani M., Carinci F. (dir. da), *Trattato di diritto del lavoro*, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, Padova: Cedam, (2010).

EL MODELO DESVIRTUADO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL FRANQUISMO

Manuel Carlos Palomeque López
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

Podemos decir que en España surge la negociación colectiva por la fuerza de la necesidad, para terminar un conflicto colectivo: los acuerdos de terminación de huelga jalonan todo el siglo XIX.

A. Ojeda Avilés, *Derecho Sindical*, 1980, 1ª edición.

1. EL GOLPE DE GRACIA DEL FUERO DEL TRABAJO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Fuero del Trabajo, que se promulgaba por Decreto de 9 de marzo de 1938 en plena Guerra Civil, hacía desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico la negociación colectiva, conocida por cierto en España desde los primeros momentos de formación del Derecho Obrero (Gallart Folch, 1932, P. 178), aunque hubiera que esperar hasta la Ley de Contrato de trabajo republicana, de 21 de noviembre

de 1931, para disponer de una configuración normativa general y rigurosa del convenio colectivo.

Los presupuestos en que se asienta el Régimen surgido de la contienda civil, de cuya ideología en el ámbito de la política social son cumplida expresión el Fuero del Trabajo y la Ley de Reglamentaciones de trabajo —esta de 16 de octubre de 1942—, resultarán desde luego incompatibles con una práctica auténtica de negociación colectiva. Así, frente a quienes en su día creyeron que una redacción «no muy precisa» del Fuero en la materia podía amparar la subsistencia de los convenios colectivos, o que inclusive era dudoso que la Ley de Reglamentaciones constituyera en estricta opinión un obstáculo insalvable para la negociación colectiva, podía oponerse de modo contundente que formulaciones institucionales tales como el monopolio del Estado en la regulación de las condiciones de trabajo (declaración III. 4 FT y art. 1 LRT) o el reconocimiento de la «organización nacional-sindicalista del Estado basada en los principios de unidad, totalidad y jerarquía» (declaración XIII, 1 FT) —que no dudaba en erigir al sindicato vertical en una «corporación de derecho público» (decl. XIII, 3 FT)—, imposibilitaban de modo efectivo, en el plano de los principios y de las normas y habiendo sido proscrita la libertad sindical, el juego propio de aquella. Lo que no habría de impedir, a fin de cuentas —más adelante y tal como se verá de seguido—, que el plano de los principios quedara subordinado a las exigencias del crecimiento económico y social, que postulaban la introducción urgente de algunos elementos de liberalización y flexibilización del sistema en el modelo cerrado del primer momento. Y, en este contexto de “modernización”, la negociación colectiva —una variante *desvirtuada* de la misma propiamente—, estaría llamada a cumplir un papel de relevancia dentro del sistema.

2. LA LEY DE CONVENIOS COLECTIVOS SINDICALES DE 1958

La Ley de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo, de 24 de abril de 1958 (Reglamento aprobado por Orden Ministerial de 22 de julio), va a llevar a cabo decididamente la reposición de la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico español tras un período de veinte años de ausencia forzosa, aunque ciertamente con la puesta en circulación de un modelo de contratación *desvirtuado*, intervenido y heteroconfigurado, que tendrá que soportar además, durante casi nueve años, una eventual tacha de ilegalidad «fundamental» [no puede hablarse propiamente de «inconstitucionalidad» en un sistema político no constitucional] por oposición de aquella Ley al sistema normativo del Fuero del Trabajo, inmodificado hasta la Ley Orgánica del Estado de 1967.

Interesa, sin duda, la identificación de las particulares razones que deban explicar la incorporación al sistema autárquico de relaciones laborales, precisamente en 1958, del instrumento de la contratación colectiva de trabajo, cuando

subsisten en su formulación originaria las bases de sustentación político-jurídicas del Estado nacional-sindicalista. La propia Ley justificaba en su preámbulo su razón de ser a partir de la existencia en la realidad social española de una «red viva y auténtica de entidades sindicales», junto a la «exigencia doctrinal de que se reconozca cierta autonomía normativa negocial a tales entidades». El ministro de Trabajo Romeo Gorría abundaba, por su parte, en el discurso de presentación del proyecto legislativo ante las Cortes, que «no cabe confundir la prohibición temporal con la condenación conceptual» de la negociación colectiva, para añadir que «no ha sabido encontrar el hombre todavía otro medio mejor que el contrato para armonizar su libertad y la ajena».

Las razones *reales* de la asunción por el Estado de la negociación colectiva permanecían, sin embargo, suficientemente ocultas en las declaraciones oficiales. La Organización Internacional del Trabajo apuntaba años después, en su informe sobre la situación laboral y sindical en España (OIT, 1969, 201), a necesidades de la realidad social, cifradas en la conveniencia de dar mayor flexibilidad y realismo a la fijación de salarios y condiciones de trabajo con un incremento productivo esperado, así como al ofrecimiento de un cauce adecuado para la solución de los conflictos laborales, previniendo los excesos a que podría conducir un sistema que desconociera las realidades conflictivas de las relaciones de trabajo. La clave explicativa de la puesta en marcha en 1958 de un sistema de contratación colectiva se asienta, de modo inequívoco, en las exigencias plurales de la expansión y desarrollo del sistema capitalista español, cuyos gestores, no en balde localizados en el momento en los sectores tecnocráticos del Régimen, habían preparado para un año después la «estabilización» del orden económico (D-1 de 21 de julio de 1959, de ordenación económica), previa al desarrollo planificado de los años sesenta (planes de desarrollo económico y social, a partir de 1963), en el seno de cuya operación el instrumento de la negociación colectiva debía desempeñar un papel decisivo. La práctica negociadora colectiva aportaba así al sistema los incrementos de productividad del trabajo necesarios para el crecimiento económico, que en ningún caso podrían haberse conseguido a partir de la técnica *administrativa* de fijación de condiciones de trabajo propia de las Reglamentaciones, al propio tiempo que servía para atender con holgura a la reivindicación de los trabajadores en la mejora de sus condiciones de vida y de trabajo.

El restablecimiento de la negociación colectiva en 1958 exigía desde el punto de vista técnico la superación de un doble obstáculo, legal e instrumental, derivado de las peculiares características del sistema de relaciones laborales en vigor. Por lo pronto, la autonomía normativa que la negociación colectiva presupone entraba en colisión llanamente con el monopolio atribuido al Estado en la regulación de las condiciones de trabajo (decl. III. 4 FT), dentro de cuyo esquema es claro que no había papel alguno para la iniciativa de los grupos sociales, por muy loable y dinámica que quisiera hacerse la interpretación del Fuero del Trabajo (Bayón

Chacón, 1963, P. 43). La amenaza de ilegalidad fundamental de la Ley de 1958 o, mejor dicho, la reserva meramente doctrinal que pudiera efectuarse a este propósito —ante la ausencia hasta 1968 de un instrumento técnico, aunque limitado, para ello que permitiera plantear la “fundamentalidad” de las leyes: el «recurso de contrafuero», regulado por los artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y la Ley 8/1968, de 5 de abril—, pudo ser diluida, sin embargo, configurando un modelo *sui generis* de negociación colectiva, fuertemente intervenido en todas sus fases (Montalvo Correa, 1972), en el que la agobiante presencia del Estado fuese la garantía última de la compatibilidad del proceso con las soluciones estatistas propugnadas por el Fuero del Trabajo.

El convenio colectivo resultante, cuya virtualidad normativa se hacía depender a la postre de un acto de aprobación administrativa por los órganos competentes del ministerio de Trabajo, se asemejaba así más a un reglamento administrativo (De La Villa Gil, 1969, P. 53, y 1972, P. 19) que a un producto propio de una autonomía colectiva inexistente. «El perfeccionamiento legal [del convenio colectivo sindical] —dirá hasta la saciedad el Tribunal Supremo— no se produce por el mero acuerdo de las partes negociadoras, sino que exige el complemento de la autoridad laboral competente, surtiendo plenos efectos tras su inserción en el Boletín Oficial del Estado» (sentencia de 23 de enero de 1969). O bien, que «la peculiar naturaleza jurídica del convenio colectivo (...) desborda el marco estrictamente contractual de las obligaciones laborales concretas para erigirse, a virtud del refrendo que le presta el poder público, en conjunto de normas de carácter abstracto y obligatorio» (sentencia de 3 de julio de 1973).

La contradicción existente, en segundo lugar, entre la “bilateralidad” que exige la formalización de todo pacto, y por ende de un convenio colectivo, y la estructura vertical y unitaria del sistema sindical del momento. Para cuya superación se había de configurar propiamente un régimen *intrasindical* de contratación colectiva, acudiendo, esto es, al recurso de conceder “entidad diferenciada” a las colectividades de trabajadores y de empresarios en el seno de la unitaria Organización Sindical Española. La formulación precisa vendría de la mano del artículo 6 de la Ley de 1958: «se reconoce capacidad para convenir en nombre de empresarios y trabajadores a sus correspondientes representaciones profesionales en el seno de la Organización Sindical, según el ámbito del convenio». Lo que venía a suponer, audazmente, no solo el reconocimiento de una cierta personalidad a tales representaciones profesionales diferenciadas, la personalidad convencional cuando menos, sino también y fundamentalmente la creación, aun sin haberse modificado la propia organización, de auténticos entes sindicales dentro de los sindicatos existentes.

El convenio colectivo sindical había de resultar en la práctica, con todo, un factor fundamental de dinamización social y de potenciación del conflicto laboral, a pesar de su filosofía integradora, facilitando así de modo paradójico la articula-

ción y desarrollo del movimiento obrero, todavía en clandestinidad (la creación de las Comisiones Obreras como hecho relevante). A pesar del ropaje estrecho de que se le provee en su “renacimiento” institucional, el convenio colectivo diseñado por la Ley de 1958, así como los sucesivos procesos de negociación, habrían pues de contribuir de modo notable a la mejora de las condiciones de trabajo de la clase obrera. Por lo que la cuestión acerca de la legalidad “fundamental” de la contratación colectiva iba a pasar pronto a un segundo plano ante la virtualidad socioeconómica y jurídico-laboral que los convenios colectivos adquirirían en la práctica. Hasta la Ley Orgánica del Estado de 1967, que corregirá tardíamente el monopolio estatal en la regulación de las condiciones de trabajo, al adicionar el adjetivo «mínimas» a la expresión «bases para la ordenación del trabajo» que debería fijar el Estado (nueva redacción de la declaración III.4 del Fuero del Trabajo), no se abría la puerta jurídicamente segura que la negociación colectiva precisaba, solventándose así la cuestión desde el punto de vista de las Leyes Fundamentales.

3. LAS CORRECCIONES NORMATIVAS DE 1973 Y 1977

Una nueva Ley de Convenios Colectivos vendrá en 1973 (Ley 18/1973, de 19 de diciembre, desarrollada por OM de 21 de enero de 1974), en las postrimerías del Régimen, a —al decir de su propio preámbulo— efectuar un «perfeccionamiento de la institución», a la vista de la práctica negociadora colectiva habida desde 1958, de modo que pudiera servir más adecuadamente a la «realidad socioeconómica del país (y a) los objetivos de armonía y concordia» de los elementos de la producción. De otra parte, la entrada en vigor de la Ley Sindical de 1971, de 17 de febrero, y la puesta en marcha de la «planificación indicativa» económica y social a partir de 1963 justificaban decididamente una actualización del marco normativo de la contratación colectiva. En cualquier caso, la Ley de 1973 debe ser tenida sin duda como una norma meramente correctora de determinados aspectos del marco regulador —por importantes que se quisieran hacer ver en su momento— de un modelo desvirtuado de negociación colectiva que subsistía en lo sustancial.

La negociación colectiva que se había puesto en marcha en 1958 habría de contar prácticamente a lo largo de todo su recorrido histórico con un importante elemento adicional de *frenaje* que limitará su juego en materia de acuerdos retributivos. Tal es, sin duda, la política de “congelación y bloqueo de las rentas salariales” que, dentro de una general moderación de rentas y estabilidad de precios, va a acompañar en variable medida a la contratación colectiva, primero como actuación económica coyuntural y de urgencia, para convertirse realmente con el tiempo en un elemento estructural y permanente de la política económica. Baste retener así que en un período de diez años, el comprendido entre noviembre de 1967 y noviembre de 1977, se llegaron a dictar nada menos que diez disposiciones

de congelación salarial: siete Decretos-leyes, dos Decretos y la disposición transitoria de la LCC de 1973, lo que significa, ciertamente, que la libertad de pactos salariales en los convenios colectivos solo haya regido en dicho período durante 236 días, esto es, desde el 15 de agosto de 1974 al 9 de abril de 1975.

La política de congelación de salarios se inauguraba propiamente un año después de la promulgación de la LCC de 1958 con el «plan de estabilización» de 1959, pero es a partir de 1967 cuando se convierte en elemento sistemático o permanente de la misma. El «bloqueo salarial», o técnica de establecimiento de «topes» o límites de carácter cuantitativo a la pactación salarial, fue llevado a cabo así de modo sucesivo a través de las siguientes disposiciones básicas: el Decreto-ley 15/1967, de 27 de noviembre, que aprueba medidas complementarias a la nueva paridad de la peseta establecida días antes; el Decreto-ley 10/1968, de 16 de agosto, sobre regulación de salarios y tramitación de convenios colectivos sindicales; el Decreto-ley 22/1969, de 9 de diciembre, sobre regulación de salarios, rentas no salariales y precios; el Decreto-ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre medidas coyunturales de política económica; el Decreto-ley 6/1974, de 27 de noviembre, sobre medidas coyunturales de política económica; el Decreto 696/1975, de 8 de abril, en aplicación por vez primera de las medidas previstas en la disposición adicional 3ª de la LCC de 1973; el Decreto 2931/1975, de 17 de noviembre; y, en fin, el Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas.

El RD-I 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de trabajo, vendrá por su parte, a comienzos de la Transición democrática, a dar nueva redacción a seis artículos de la Ley de 1973, amén de introducir una doble modificación normativa por vía de su disposición adicional 3ª. Las correcciones operadas, que en la exposición de motivos de la norma se justifican en términos de armonizar esta legislación con el reconocimiento del derecho de huelga (?) y la concepción del convenio como «auténtico instrumento de paz social», dentro de la sustitución de una «concepción política intervencionista» por otra inspirada ya en el «principio de liberalización de las relaciones de trabajo», afectarán a determinados extremos de la negociación y del régimen jurídico del convenio colectivo.

Las ideas fuerza que inspiran el modelo normativo de negociación colectiva a la altura de 1977 seguían siendo, es claro, lo que el artículo 2 de la Ley de Convenios Colectivos de 1973 entonces en vigor denominaba objetivos de los convenios colectivos sindicales de trabajo: 1) la mejora de las condiciones laborales y de vida de los trabajadores; 2) el incremento de la productividad; 3) la integración en una «comunidad de intereses y de unidad de propósitos» de los elementos personales que intervienen en el proceso económico; y 4) el fortalecimiento de la paz social. Las dos primeras nociones o elementos tipifican, ciertamente, el “intercambio material” que se encuentra en la base del propio convenio colectivo, desde el punto de vista de las posiciones e intereses de cada parte, mientras que las siguientes expre-

san el “modelo ideológico” asumido por el Estado en la construcción normativa de la negociación colectiva.

La configuración del convenio colectivo como instrumento “comunitario” de paz social, de eliminación o postergación temporal del conflicto, es elemento esencial del modelo normativo de negociación colectiva afianzado en 1958-1973 y sobre el que se inserta el RD-l 17/1977. El reconocimiento por parte de la Ley de 1958 de que los convenios colectivos tienden a fomentar el sentido de la unidad de producción y la comunidad de trabajo, es reforzado por la propia de 1973 mediante la elevación a la categoría de *objetivo* del convenio de la «integración en una comunidad de intereses y de unidad de propósitos de los elementos personales que intervienen en el proceso económico y el fortalecimiento de la paz social». El DLRT sancionaba expresamente, en fin, la concepción del convenio como auténtico instrumento de paz social. El convenio colectivo y la huelga se presentan así en el esquema del legislador como alternativas excluyentes y la acotación de un período temporal de tregua entre los antagonistas sociales se acomodaba perfectamente, por lo demás, a los términos de un método estático de negociación colectiva.

4. LA PRÁCTICA NEGOCIADORA DURANTE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

El rasgo definitorio de los procesos de negociación colectiva durante el período de la Transición es seguramente el de la disociación entre el marco normativo formalmente en vigor (Ley de 1973-DLRT de 1977), inservible ya para canalizar la dinámica de las relaciones industriales que exhibía el proceso económico, y una práctica negociadora que pugnaba por encontrar cauces renovados de desarrollo a la luz de las nuevas realidades, tales como, entre otras, la promulgación de la Ley de Asociación Sindical, de 1 de abril de 1977, la legalización de las organizaciones sindicales hasta entonces en ilegalidad tolerada, el desmantelamiento del aparato orgánico y representativo del sindicalismo oficial, etc. La *anomia* será así, en la negociación colectiva como en tantos otros aspectos del sistema de relaciones laborales colectivas, el elemento caracterizador de la Transición (Sastre Ibarreche, 1987, P. 144) (Palomeque López, P. 82). El proceso de transición política venía, pues, a operar la fractura, gradual y paulatina, de los presupuestos institucionales y funcionales, los principios informadores, la matriz ideológica en suma, de la legalidad preexistente, para dar paso a un sistema informal de negociación colectiva.

El proceso referido se hacía todavía más visible en relación con los sujetos de la negociación o agentes negociadores, sobre lo que conviene reparar un instante. Un hecho de alcance considerable contribuirá, ciertamente, a delimitar una doble fase o etapa dentro de la práctica negociadora colectiva en este período, por lo que a aquellos sujetos se refiere: las elecciones a representantes de los trabajadores

en las empresas habidas durante los primeros meses de 1978, al amparo del RD 3149/ 1977, de 6 de diciembre, que llevarán a la realidad social, amén de la imprescindible clarificación en la composición y estructura del mapa sindical español, la implantación mayoritaria del sindicalismo de clase.

Hasta finales de 1977 no existe, con seguridad, un protagonismo contractual decidido de las centrales sindicales. En el ámbito de la empresa, es la asamblea de trabajadores el instrumento predominante de elaboración de los convenios en representación de aquellos, en tanto que la negociación de rama o sector seguía conociendo la intervención preferente de los órganos del sindicato vertical. La negociación colectiva de empresa va a estrenar en 1978, sin embargo, nuevos agentes negociadores con capacidad legal: delegados de personal y comités de empresa (art. 7 RD 3149/1977), que paulatinamente irán afirmando en la práctica su poder contractual en detrimento de la intervención sindical y de los procedimientos asamblearios y demás instancias de democracia directa. Esta pauta general debe ser completada, si bien, con una doble matización. Por lo pronto, no ha sido irrelevante en determinados supuestos el papel negociador desempeñado por las secciones sindicales de empresa, sin que pueda olvidarse que el propio artículo 7 del RD 3149/1977 sentaba la capacidad convencional de delegados y comités «sin perjuicio de las acciones que en este campo puedan ejercer los sindicatos de trabajadores». La asamblea de trabajadores no dejaría asimismo de cumplir, en segundo término, una importante función en no pocas negociaciones, como instancia de fiscalización y control de la gestión negociadora de delegados y comités, a la par que como cuerpo decisor o de ratificación en último grado, y a través del instrumento del referéndum, acerca del contenido de las propuestas finales que presentaban los negociadores directos, cuando no de designación de representantes *ad hoc* para la negociación, exclusiva o compartida con delegados o comités. La riqueza de formas de expresión que adoptan en la práctica las relaciones entre representantes negociadores y base trabajadora escapa decididamente, sin embargo, a todo intento de tipología simplificadora.

La cuestión de los sujetos negociadores del convenio colectivo en el ámbito de la empresa es objeto, a partir de 1978, de una polémica de estrategia sindical entre las dos confederaciones obreras mayoritarias (CCOO y UGT), que no deja de implicar al resto de las fuerzas sindicales del país, acerca de si el poder contractual de los trabajadores en la empresa debe residir en los órganos unitarios de representación (delegados y comités) o, por contra, en las secciones sindicales implantadas en los centros de trabajo. El debate dejaba a las claras, en realidad, la dialéctica general entre dos concepciones del sindicalismo. En tanto que para la Confederación Sindical de Comisiones Obreras el agente negociador del convenio de empresa en representación de los trabajadores no debía ser otro que el propio comité de empresa o, en su defecto, los delegados de personal («el comité negocia, pero ello no quiere decir que las centrales no negocien, negocian también a través

de sus delegados en el comité, pues allí llevan sus propuestas, sus iniciativas y alternativas, lo mismo que al conjunto de los trabajadores, a contrastar con otras posiciones de diferentes sindicatos») (Comisiones Obreras, 1978), la estrategia sindical de la Unión General de Trabajadores se decantaba, por su parte, en favor inequívocamente de «la implantación de las secciones sindicales en la empresa como tarea prioritaria» (UGT, 1978).

Es, con todo, en la negociación de rama de actividad o sector donde el grado de anomia apuntado ofrecía sus más visibles efectos. Se admitía generalmente en la práctica, no obstante, que el poder negociador de los convenios sectoriales debería residir en las centrales sindicales, sin faltar por ello pujas esporádicas en favor de la legitimación de instancias asamblearias, y las organizaciones patronales con implantación en la unidad de contratación. La tensión entre sindicatos mayoritarios y minoritarios a la hora de discutir en cada caso la composición de la comisión deliberadora del convenio (el notable grado de concentración asociativa del empresario español explicaba, sin duda, la menor conflictividad en su seno al respecto) será a lo largo de 1978, sin embargo, común denominador de la negociación sectorial.

Las centrales obreras mayoritarias no dejaron de proponer con énfasis la atribución de la capacidad negociadora del sindicato solo en función de la representatividad o grado de implantación efectiva en el sector, lo que por lo demás habría de hacer suyo el Gobierno en el proyecto de ley de negociación colectiva remitido a las Cortes en diciembre de 1978 [en el mes de septiembre ya se había remitido un texto normativo, retirado no obstante pocas semanas después], cuya tramitación parlamentaria se habría de interrumpir sin embargo ante la disolución de las Cortes subsiguiente a la promulgación de la Constitución.

Vendrá después la Constitución y, de su mano, el modelo democrático vigente de relaciones colectivas de trabajo. Y, en materia de negociación colectiva, en desarrollo de aquella, la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Pero esa es ya, naturalmente, otra historia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Capitalismo español: de la autarquía a la estabilización (1939-1959)*, Blume, Barcelona, 1979.
- BAYÓN CHACÓN, G.: «La interpretación dinámica del Fuero del Trabajo», *Revista de Trabajo*, 1963, núm. 2.
- COMISIONES OBRERAS, *Criterios de Comisiones Obreras sobre algunos aspectos de la negociación colectiva y las nuevas condiciones democráticas*, Madrid, 1978.
- GALLART FOLCH, A.: *Los convenios colectivos de trabajo en la doctrina y las legislaciones española y extranjera*, Bosch, Barcelona, 1932.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *La situación laboral y sindical en España*, Ginebra, 1969.
- GONZÁLEZ, M. J.: *La economía política del franquismo (1940-1970). Dirigido, mercado y planificación*, Tecnos, Madrid, 1979.
- MONTALVO CORREA, J.: *Las normas de obligado cumplimiento. Un estudio sobre el intervencionismo del Estado en la negociación colectiva en España*, Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), Madrid, 1972
- MOYA, C.: *Señas de Leviatán. Estado nacional y sociedad industrial: España 1936-1980*, Alianza, Madrid, 1984.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La negociación colectiva en España. 1978-1979. De la Constitución al Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Política Social*, 1982, núm. 135.
- SASTRE IBARRECHE, R.: *Derecho sindical y transición política*, Tecnos, Madrid, 1987.
- VILLA GIL, L. E. de la: «Un tipo especial de reglamento administrativo: el convenio colectivo sindical», *Documentación Administrativa*, 1969.
- VILLA GIL, L. E. de la: «Los convenios colectivos sindicales como normas socio-profesionales desvirtuadas», *Nuestro Tiempo*, 1972.
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES: *XXXI Congreso. Resolución de política sindical*, Barcelona, 1978.

NEGOCIACION COLECTIVA Y ARBITRAJE EN EL PERÚ

Mario Pasco Cosmópolis
Profesor Principal
Pontificia Universidad Católica del Perú

¿Tiene algún interés actual el estudio del arbitraje en los conflictos colectivos económicos? ¿Ha cambiado algo en los últimos tiempos en la relación entre negociación colectiva y arbitraje, que justifique un estudio en particular?

La respuesta a estas dos interrogantes liminares es afirmativa en ambos casos, en especial para España, patria del homenajeado Antonio Ojeda Avilés, y del Perú, del autor. En los dos países se han producido variaciones muy recientes en materia de arbitraje en conflictos colectivos, y en ambos se han suscitado dudas y críticas.

En el presente artículo desarrollaremos, como es natural, sólo el caso peruano, con alguna referencia tangencial al español

La negociación colectiva en el Perú es reglada por la Ley de Relaciones Colectivas –Decreto Ley 25593- y responde a un sistema cerrado. Para el legislador, si las partes no llegan a acuerdos en la negociación directa, debe proveérselas del máximo de instrumentos para llegar a una solución. Hay un manifiesto horror al vacío, ante la perspectiva de que una negociación se frustre sin llegar a un resultado.

Para eso, abre una panoplia de medios alternos de solución, incluida la misma huelga, asumida como un conflicto y al mismo tiempo como un medio para solucionarlo.

Ello responde en cierta forma al mandato constitucional (artículo 28.2), según el cual el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

Culminada sin acuerdo total una negociación, que se desarrolla sin sujeción a plazos preestablecidos, salvo los que acuerden las propias partes, cualquiera de ellas puede solicitar que se instaure una *conciliación*, y si ninguna de ellas lo hace puede convocarla de oficio la autoridad de trabajo.

Está prevista así mismo la posibilidad de *mediación*, aunque a efectos prácticos nadie jamás la ha utilizado.

Finalmente, frente al fracaso definitivo de la negociación directa o en conciliación, pueden las partes someter el diferendo a *arbitraje*, aunque los trabajadores pueden alternativamente desdeñar el arbitraje y recurrir a la acción directa.

La secuencia procesal de la negociación viene a ser, entonces: trato directo, conciliación (a petición de parte o de oficio), mediación (por acuerdo de partes) y arbitraje, salvo que los trabajadores opten por la huelga. Aún en este último caso, durante el desarrollo de la huelga, los trabajadores pueden proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso –dice la norma– se requerirá de la aceptación del empleador.

Demarcado así someramente el campo de los medios alternos, nos centraremos en las especificidades o peculiaridades que presenta el arbitraje en el Perú.

1. EL ARBITRAJE EN CONFLICTOS ECONÓMICOS

En puridad, el arbitraje es ofrecido como una alternativa a la acción directa, dentro de la premisa de ser excluyentes entre sí: si los trabajadores promueven o aceptan el arbitraje, ello implica simultáneamente abstenerse de recurrir a la huelga.

Incluso, estallado el conflicto aún pueden los trabajadores plantear la opción conflictual, caso en el cual la ley exige la aceptación del empleador, sea en forma explícita, sea de modo tácito al dejar transcurrir el plazo de tres días para rechazarla.

No precisa la normativa si el recurso a la acción directa implica por necesidad la retracción de la paralización. Esta falta de precisión abre diversas posibilidades, como, por ejemplo, que el empleador lo exija como condicionante de su aceptación o, por el contrario, que acepte la coexistencia de las dos situaciones.

2. MODALIDADES DEL ARBITRAJE COLECTIVO

La dicotomía clásica reconoce dos tipos de arbitraje: voluntario y obligatorio. El primero tiene su origen en la voluntad común de las partes; el segundo viene impuesto por la normativa.

Sin embargo, en el mundo laboral existe un *tertius genus*: el denominado *arbitraje potestativo*, con arreglo al cual la solicitud de una de las partes arrastra necesariamente a la otra. Es decir, no se necesita que concurra la decisión de ambas, sino que basta la de una de ellas.

No es, pues, voluntario, en tanto que no hay concierto de voluntades, pero tampoco es obligatorio, porque se requiere siempre la acción de por lo menos una de las partes.

El sistema peruano acoge las tres formas o modalidades. Así, en su formulación clásica, el arbitraje es normalmente voluntario. Lo conciertan ambas partes, las cuales además designan a los árbitros y sientan las pautas generales del procedimiento, dentro del marco muy genérico que establece la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593, en lo sucesivo LRCT).

Hay también una modalidad residual de arbitraje obligatorio. El artículo 67° LRCT señala que cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar éstas, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva.

Esta franquicia excepcional ha sido desvirtuada por algunos funcionarios regionales que suelen invocar este artículo apenas la huelga estalla, con lo cual se arrogan de modo automático la capacidad de decidir la controversia.

3. EL CASO ESPECIAL DEL ARBITRAJE POTESTATIVO

Sin duda, es el llamado arbitraje potestativo, también llamado unilateral o voluntario vinculante, el que más interés despierta por sus particularidades.

Puede ser definido como aquel tipo de arbitraje cuya promoción proviene de una sola de las partes, pero con efecto vinculante para la otra respecto de la instauración del procedimiento.

Se diferencia del arbitraje voluntario, que requiere la aceptación de ambas partes; y del arbitraje obligatorio, que no requiere aceptación de ninguna. En el arbitraje potestativo, la decisión de una de las partes arrastra necesariamente la de la otra.

No ha estado claro si la LRCT lo contempla o no en forma expresa; el artículo 61° señala que “Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”, con lo que *prima facie* parecería tipificar un arbitraje voluntario, consensuado, porque la norma hace uso del plural: las partes, no una sola de ellas.

No obstante, el artículo siguiente tiene, a partir de ello, una formulación insólita:

Artículo 63°.- Durante el desarrollo de la huelga, los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador.

Si la convocatoria a arbitraje requiriera siempre y en todo caso la concurrencia de voluntad de ambas partes, no tendría sentido exigir la aceptación del empleador sólo durante el desarrollo de la huelga. ¿Es que acaso no sería también necesaria aunque no hubiera huelga?

La aparente falta de relación entre los dos artículos tiene una explicación histórica: en el proyecto de LRCT, donde el artículo 62° utiliza el plural, el proyecto usaba el singular: cualquiera de las partes puede solicitar el arbitraje. Que es, *mutatis mutandis*, lo que a la larga señaló el artículo 46° del Reglamento: Decreto Supremo N° 011-92-TR:

Artículo 46°.- Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el Artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga(...)

Éste era, más o menos, el texto del proyecto original, no recogido en la ley y pretendidamente subsanado por el Reglamento. El arbitraje voluntario de la ley habría querido ser transformado en potestativo por el reglamento, en homenaje póstumo al proyecto inicial.

Sin embargo, una exégesis sistemática, que relacione dicho artículo 61° no sólo con el 63° sino con otros de la misma norma, parece robustecer la tesis de que en efecto la LRCT contiene dicha modalidad peculiar. Por ejemplo, el artículo 58°, cuando se refiere a la solicitud para conciliación, utiliza también de forma ambigua el plural: las partes –dice– informarán a la Autoridad de la terminación de la negociación, pudiendo simultáneamente solicitar el inicio de un procedimiento de conciliación, de lo cual se colige que la expresión “las partes” resulta claramente identificada con cualquiera de ellas. Nadie en efecto ha sostenido, hasta ahora, que la solicitud para la conciliación deba ser suscrita por ambas partes, y se ha aceptado siempre pacíficamente que puede hacerlo, de modo unilateral, cualquiera de ellas.

Pues bien, si ése es también el texto del artículo 61°, no cabe interpretar que en un artículo la expresión se refiera a cualquiera de las partes y en el otro la misma expresión signifique exigir la presencia conjunta de ambas.

La aparente disparidad entre la norma matriz y la reglamentaria ha dado pábulo a innumerables controversias, a las que el actual gobierno trató de poner fin de mala manera con la dación del Decreto Supremo N° 014-2011-2011, primero, y con la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, después, dos normas fallidas, que presuntamente interpretan la posición del Tribunal Constitucional adoptada en la Resolución N° 03561-2009-AA, de 29 de septiembre de 2009, y en especial su aclaratoria de fecha 17 de junio de 2010, que dice en su considerando 6 que “es evidente que el arbitraje a que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR no se ajusta al denominado obligatorio, en razón de que su instauración es dependiente de la voluntad de las partes”; y añade, en el considerando 6 que “si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje a que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR (...) es potestativo y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto”.

En realidad, las resoluciones emitidas por el Ministerio de Trabajo, so capa de interpretar la jurisprudencia constitucional, en realidad la trastocan y tergiversan, al exigir como requisito para la viabilidad del arbitraje potestativo la mala fe de una de las partes. Sólo esa mala fe habilitaría a la otra a invocar el arbitraje en forma unilateral, comprometiendo con ello la participación forzosa de la otra, salvo que, de tratarse de la parte laboral, ésta opte por la huelga.

Las dos normas administrativas, de muy mala factura técnica, abrieron graves resquicios legales y fueron fuente indudable, no únicamente de polémicas, sino de verdaderos conflictos, ya que el propósito último y poco encubierto de las mismas no fue dar paso al arbitraje facultativo, como parecería la intención, sino en realidad someter los conflictos colectivos a la hegemonía del Ministerio de Trabajo.

Este, recuperando de modo indirecto atribuciones de la época del gobierno militar de los años setenta, ha vuelto a actuar como árbitro supremo, aunque disimulado detrás de tribunales arbitrales. Los integrantes de éstos tienen que someterse a una calificación y registro previos, que el Ministerio de Trabajo dirige y administra, lo que le permite de algún modo orientar, cuando no controlar, la designación.

En un reciente pronunciamiento (Expediente N° 02566-2012-PA/TC, de 16 de julio de 2013), el Tribunal Constitucional retoma el tema y considera que el arbitraje potestativo está contemplado en la norma en tanto que, al disponer la Constitución que es deber del Estado promover las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, “entonces resulta claro que el arbitraje al que alude el artículo 61° es uno potestativo, y no voluntario”(13° Considerando).

A ello añade que “una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositi-

va de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga; solución que no sólo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, lo que equivaldría a vaciar de contenido a este derecho fundamental”.

Y concluye en que “sólo así cobra cabal sentido la especificación realizada por el artículo 63° (...), conforme al cual “(d)urante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador”; precisión esta última que sólo guarda coherencia si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61° no requiere de dicha aceptación”.

Carlos Blancas Bustamante (2011, p. 14) considera que “esta modalidad consiste en dar a los trabajadores o sindicatos, la opción, una vez frustrada la negociación directa entre las partes, de optar por el ejercicio del derecho de huelga y, por esta vía, presionar al empleador”, que es una manera de enfocar el tema.

Esa posición parecería estar en línea con el *arbitraje obligatorio para el empleador*; así denominado por Rolando Murgas Torraza (1985, p.176), ya que la petición de los trabajadores, concluido el procedimiento de conciliación, antes o durante la huelga, vincula al empleador al sometimiento obligatorio al arbitraje.

En el sistema peruano, en puridad, cualquiera de las partes tiene la posibilidad de plantear el arbitraje y obligar con ello a la otra, aunque, como Blancas señala, a la parte laboral se le otorga la alternativa de preferir la acción directa, que no está abierta en el caso inverso ya que la legislación peruana no contempla el paro patronal o *lock out*.

Un comentario al margen, para referirnos muy sucintamente al caso español. La figura del arbitraje potestativo no es del todo novedosa. Ya Alonso Olea (1980, p.533) se refería al *proceso arbitral voluntario o rogado*, por contraste con el arbitraje voluntario público, y que se caracterizaba como aquel en el que “las partes o una de ellas conservan la facultad de sumisión de la controversia a la decisión del tercero”, lo que lo situaría todavía como un “procedimiento voluntario de solución”.(La cursiva es agregado nuestro).

Más recientemente, con la reforma laboral del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, se dispone que en caso de “descuelgue”, si hay desacuerdo en el periodo de consultas, *cualquiera de las partes* podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse.

Finalmente, debe advertirse que la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo parece no simpatizar con este método, tal como se colige de lo siguiente:

En lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que de manera general es contrario al principio de negoci-

ación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio num. 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación.” (Párrafo 257).

4. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

LRCT es muy amplia y flexible respecto de la integración del órgano arbitral; su artículo 64° indica que puede estar a cargo de un árbitro unipersonal, un tribunal ad-hoc, una institución representativa, la propia Autoridad de Trabajo o cualquier otra modalidad que las partes específicamente acuerden.

Se prohíbe, como es lógico, que puedan ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado.

5. LAS REGLAS PROCESALES

El mismo artículo señala que las normas procesales son idénticas para toda forma de arbitraje y estarán regidas por los principios de oralidad, sencillez, celeridad, intermediación y lealtad.

Como es natural, la propia ley y su reglamento –el Decreto Supremo N° 011-92-TR- contienen reglas más precisas respecto de la forma de designación de los árbitros, la del presidente cuando los árbitros no concuerdan, etc., pero que no presentan mayor interés.

6. EL CONTENIDO DEL LAUDO: LA FORMULA “LAST OFFER POSITION O LAST OFFER DECISION”

La regla más importante consagrada por la LRCT para todo tipo de arbitraje –voluntario, obligatorio o potestativo- es la limitación de la capacidad discrecional de los árbitros. Dice el artículo 65:

Artículo 65.- El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra.

El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas.(...)

La idea que solventa esta modalidad tan especial es empujar a las partes a adoptar en la negociación posiciones razonables, y no extremistas como es lo común.

En efecto, aunque la norma no necesita explicitarlo, lo que subyace es que los árbitros preferirán la posición más congruente, y castigarán más bien a la parte intransigente.

Ello debe llevarlas, por hipótesis, a presentar una oferta que resulte aceptable, porque la que sea apreciada como irreal o exagerada será simplemente desechada.

Como señala Julio Martin Wong Abad (2013, p. 3), “las partes pueden considerar que la decisión que finalmente adoptará el árbitro siempre será mejor que el acuerdo que pueden alcanzar tratando directamente con su contraparte; en estos casos se producirá el llamado *chilling effect*, es decir que las partes “enfriarán” las negociaciones esperando que el árbitro solucione el problema por ellas./ De acuerdo con la teoría este comportamiento estratégico es desalentado por el *final offer arbitration* pues por la forma en la que está diseñado este tipo de procedimiento la parte que realice la propuesta más razonable incrementará las posibilidades de que su posición sea elegida por el árbitro; de esta forma, se sostiene, las partes tienen un mayor incentivo para acercar sus posiciones y, finalmente, una mayor oportunidad de arreglar por sí mismas sus diferencias./ Se puede afirmar, por ello, que el *final offer* esta diseñado para que las partes resuelvan sus conflictos en forma negociada y eviten recurrir al arbitraje”.

El mismo autor señala a continuación que otra ventaja “es que impide que los árbitros resuelvan el conflicto simplemente dividiendo la diferencia (*Split the difference*) entre las partes, alcanzando de ese modo una solución de compromiso que finalmente lo único que promueve es la adopción de posiciones irrazonables. En efecto, cuando los involucrados en una negociación prevén este comportamiento en el árbitro lo que harán es incrementar o reducir sus ofertas para lograr que el punto medio de la diferencia se encuentre lo más cerca posible de sus puntos mínimos de acuerdo.”

Ese es el quid de la cuestión. Desafortunadamente, quien reglamentó la ley no la entendió y consignó una exigencia absurda: que la última propuesta sea presentada al inicio del arbitraje, y no al final como es lo lógico. La idea que subyace en este tipo de arbitraje, y que Wong destaca, es inducir, casi impeler a las partes a seguir dialogando hasta el último minuto, y sólo pronunciarse resolutivamente cuando las partes, al cabo del proceso, llegan a posiciones irreductibles, entre las que el tribunal escogerá.

En cambio, el reglamento peruano convirtió un mecanismo de promoción del diálogo en un debate abogadil y en una especie de apuesta a ciegas, porque al manifestar cada parte su oferta desconoce la de la contraria, cuando de lo que se trata es precisamente de lo opuesto: que, conociéndola, trate de superarla, abriéndose así paso a una competencia por tener la mejor posición, la más conciliadora o razonable, no con una sola oferta final, sino con sucesivas ofertas, hasta llegar al punto en el que los árbitros consideren culminado el proceso y, recién allí, adopten la decisión, con la realmente última oferta de las partes a la vista, a favor de la más congruente.

De otro lado, la LRCT franqueó a los árbitros, desafortunadamente, la posibilidad de “atenuar las posiciones extremas”, con lo que las ventajas de este tipo de arbitraje por la posición final quedaron relativizadas, y muchas veces las negociaciones se trasladan al tribunal, donde los árbitros nombrados por las partes fungen de representantes informales, y es el presidente el que termina adoptando posiciones contemporizadoras.

7. NATURALEZA DEL LAUDO

Es muy importante advertir que la naturaleza jurídica del laudo que se emite en un proceso colectivo es muy diversa a la del laudo de los procesos jurídicos.

El laudo económico es expresión de un *jus dare* y no de un *jus dicere*, como señala con precisión Krotoschin (1968, p.663)

”No es sentencia en sentido material; no pone término a un litigio jurídico, sino a un conflicto económico de intereses; el contenido del laudo no consiste en una condena ni en la declaración de derechos existentes, sino que ordena *ex novo* las relaciones entre las partes...Desde este punto de vista, el laudo semeja a una Ley más que a una sentencia.”

La LRCT lo denomina “fallo de equidad”.

8. IMPUGNACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral, por esencia, se expide en instancia única. Pueden surgir, empero, situaciones que lleven a su impugnación. La LRCT limita a solo dos supuestos la impugnación del “laudo arbitral económico”, que es como lo denomina la Nueva Ley Procesal del Trabajo: (i) por razón de nulidad, y (ii) por establecer el laudo menores derechos a los contemplados por la ley a favor de los trabajadores.

En cuanto a la nulidad, dada la parquedad de la norma, hay que recurrir al Decreto Legislativo N° 1971, Ley de Arbitraje general, que contempla un recurso de anulación como única vía de impugnación de un laudo, y que contiene como causales las siguientes: (i) inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral; (ii) falta de notificación de la designación de un árbitro; (iii) incumplimiento de los acuerdos contenidos en el convenio, (iv) pronunciamiento sobre materia no sometida a decisión, (v) pronunciamiento sobre materias no susceptibles de arbitraje, (vi) vencimiento del plazo para laudar sin haberse emitido el laudo.

Aunque estas previsiones corresponden más ajustadamente al arbitraje en materia jurídica, nada obsta para que se apliquen a los arbitrajes en materia económica.

La segunda causal de la LRCT tiene que ver con los derechos indisponibles.

Los derechos laborales nacidos de la Constitución y de la ley son irrenunciables, por expreso mandato del artículo 26°, numeral 2, constitucional. Una convención colectiva no podría contener renuncia a un derecho de esa jerarquía, de lo que se colige axiomáticamente que un laudo arbitral, que es su sucedáneo, tampoco puede hacerlo.

La irrenunciabilidad, empero, no se extiende a los derechos convencionales, los cuales son renunciables, pero sólo al nivel en que se generaron. Así, es válida la ne-

gociación *in pejus*: los trabajadores, a través de su sindicato o actuando en coalición, pueden válidamente dejar sin efecto estipulaciones de una convención colectiva, aún cuando puedan representar desmedro para sus derechos, ya que la negociación colectiva es manifestación suprema de la autonomía colectiva. Por consiguiente, nada obsta, tampoco, para que un laudo puede proceder de igual forma, con la obvia diferencia de que en el primer caso bastará el acuerdo interpartes, pero en el segundo tendrá que haber una justificación muy razonable para una decisión tan especial.

En cuanto a lo procesal, la Nueva Ley Procesal del Trabajo le dedica el Capítulo III del Título II, con la rúbrica de “Proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos”, del modo siguiente:

- La demanda debe ser interpuesta dentro de diez días de notificado el laudo ante una Sala Laboral, y calificada por ésta, la que actúa en el primer grado. Si la declara improcedente, cabe apelación en cinco días. Sólo se admite prueba documental.
- Se señala someramente el trámite de admisión y emplazamiento, que comprende a los árbitros, quienes pueden intervenir discrecionalmente.
- La Sala Laboral debe emitir su fallo en el plazo de diez días de contestada la demanda, por el solo mérito de lo ofrecido por las partes, al término de la audiencia de alegados.
- Contra la sentencia cabe recurso de apelación, que se sujeta al procedimiento general, y es resuelto por la Sala competente. Contra la resolución de la Corte Suprema no cabe recurso de casación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.A.: *Derecho del Trabajo*, 6ª Edición Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 1980.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C.: “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”, *Soluciones Laborales* N° 46, Lima, octubre 2011.
- MURGAS TORRAZZA, R.: “La solución de los conflictos laborales en la legislación panameña”. AA.VV : *La solución de los conflictos de trabajo*, Secretaría de Trabajo, México
- OIT. *La Libertad Sindical y la Negociación Colectiva*. Conferencia Internacional del Trabajo 81º Reunión 1994. Ginebra, 1994.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, 2ª. Edición, Madrid 1984.
- KROTOSCHIN, E.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.
- WONG ABAD, J.M.: “Final Offer Arbitration”, *Revista Jurídica Thompson Reuters* Año I N° 35, Lima 2013.

**SULL'AUTONOMIA COLLETTIVA
«EVANESCENTE»: VARIAZIONI CRITICO-
METODOLOGICHE**

Marcello Pedrazzoli
Professore Ordinario
Università di Bologna

1. Il declino della rilevanza collettiva. – 2. Un esempio inglese: il caso Wilson. 3. Un esempio statunitense: la strategia tracotante del *Boulewarism* - 4. Un esempio italiano: il regolamento unilaterale alla Juventus. - 5. Determinazione bilaterale-collettiva della disciplina del rapporto di lavoro e costituzione del lavoro. 6. Brevi conclusioni: è irreversibile il metodo contrattuale?

1. Non mi soffermo sugli incontri con Antonio Ojeda, di antica data¹, per entrare subito *in medias res*. Lo scorso anno gli allievi hanno allestito per me sessantottenne, e *ex sessantottino*, un omaggio a cui hanno partecipato 68 amici italiani e stranieri (*Risistemare il diritto del lavoro* 2012). In questa occasione per me indimenticabile, Antonio è intervenuto da par suo - con lo spessore storico-comparato che ha acquisito nei suoi studi - incalzandomi perché rispondessi ad alcune obiezioni di fondo. In sostanza, dopo aver elogiato lo sforzo teorico che avevo compiuto negli anni ottanta del secolo scorso (Pedrazzoli 1985), mi ha fatto brutalmente notare che poi le cose sono andate in una maniera del tutto diversa da quanto supponevo. Che per democrazia industriale si debba ritenere il modello anglosassone, imperniato sul *collective bargaining*, ovvero il modello germanico, imperniato sulla *Mitbestimmung*, era evidente che l'importanza di tali istituti, negli ultimi decenni, era molto diminuita.

La fattispecie negoziale grazie a cui l'imprenditore può esercitare autorità su un soggetto che vi deve soggiacere, è munita negli ordinamenti giuridici del capitalismo industriale al suo apogeo di un controbilanciamento intrinseco, costituito dalle espressioni di democrazia industriale, dall'effetto della coalizione. Sotto i ponti di questa idea di una interazione di poteri operante dentro la stessa fattispecie è ormai passata molta acqua: sarebbe ora - mi provocava amichevolmente Antonio - che scrivessi un'altra opera, per spiegarci come sono realmente andate, o stanno andando, le cose nel diritto del lavoro e per vedere se ai regressi più vistosi si può opporre qualche rimedio.

Bella domanda, fatta da chi aveva da poco scritto una sorta di compendio sistematico per mostrare come non fossero più riconoscibili, o fossero mutati, l'imprenditore (ora occupatore-utilizzatore: che altro significa il termine «empresario», usato per il passato, di contro al termine «employador», usato per il presente?), il lavoratore e il contratto di lavoro. Bella domanda specialmente considerando che, nella menzionata *Deconstrucción*, Antonio se ne sta alla larga del diritto collettivo del lavoro per cui il compito di illustrare la decostruzione nel relativo ambito, e in specie rispetto all'autonomia collettiva, è lasciata ad altri.

¹ Ci siamo conosciuti nel febbraio 1981 a Dortmund, dove eravamo relatori nazionali ad un convegno della *Sozialakademie* dal titolo *Gewerkschaftliche Betriebspolitik in Europa*. Ricordo in particolare la lunga passeggiata che in quel primo incontro sostituii ... un concerto dei Pink Floyd. Il gruppo inglese, ormai americano, era quei giorni in tournée europea (solo due concerti, uno alle *Westsfaltenhallen*). Per partecipare all'evento, così, all'ultimo momento, dovevamo comperare i biglietti dai «bagarini»: erano talmente costosi, per le nostre tasche, che preferimmo fare una camminata nei viali attorno. Fin da allora ci raccontiamo sempre molte cose: i confronti, le condivisioni e anche le divergenze con il «bell'andaluso», come ho sempre chiamato Antonio, sono stati continui e hanno consolidato la nostra amicizia e la mia considerazione per la sua conoscenza comparata e per la sua attenzione alla storia in molti campi, dal diritto sindacale a quello dei rapporti individuali a quello della sicurezza sociale. Sono rimasto ammirato, un paio d'anni fa, per lo sforzo, coraggioso e impegnativo, da giovane, a cui si è sottoposto, pieno di esperienza e di acume critico, per offrire una rappresentazione sistematica della «Deconstrucción del derecho del trabajo».

Ma la richiesta di ricercare altre dotazioni di senso del diritto del lavoro è legittima. L'immagine costruttiva senza la quale mi sembrava che l'intera materia auto-implodesse per la contraddizione insostenibile che ne minava la fattispecie di base, se vale ancora, avrebbe quanto meno bisogno di ricalibrature e di aggiustamenti. Sono incoraggiato a dire qualche parola in proposito perché, nel sopra citato *liber amicorum*, pure altri autori, oltre Antonio (Edoardo Ales, Luisa Corazza, Antonio Lo Faro, Andrea Lassandari, Roberto Pessi e Franco Scarpelli), mi pare ritengano che la mia teoria possa servire ad arginare la deriva del diritto del lavoro.

2. Gli esempi addotti da Antonio Ojeda a smentita dello sviluppo che sembrava prospettato nella mia ricostruzione sono molto probanti. Egli cita anzitutto il caso Wilson (con tale nome si può indicare riassuntivamente la sentenza 2 luglio 2002 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU - sui ricorsi 30668, 30671 e 30678 del 1996, introdotti, oltre che dal giornalista Wilson, del Daily Mail, da due sindacati inglesi, il Sindacato nazionale dei giornalisti - NUJ – e altresì il Sindacato nazionale dei lavoratori dei trasporti ferroviari e marittimi – NURMTW). Nelle relative cause era principalmente dedotta una violazione dell'art. 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, per il quale: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi. // 2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, ... per la protezione dei diritti e delle libertà altrui» (questa disposizione può essere vista come un antecedente dell'art. 28 della più recente «Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea», col quale si assicura ai lavoratori «il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi ai livelli appropriati», conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni o prassi nazionali).

Nel 1989, l'editore del Daily Mail aveva inviato una lettera (in buona parte trascritta da Antonio) ai redattori del giornale (a quelli, più precisamente, della succursale locale «The Chapel»), nella quale annunciava che, dalla successiva scadenza del contratto collettivo, nell'aprile 1990, non avrebbe più riconosciuto il sindacato NUJ quale agente contrattuale nella succursale (si badi che lo era stato dal 1912 ininterrottamente); e in sostanza chiedeva ai redattori *singulatim*, uno a uno, che rinunciassero ai risultati della *collective bargaining* che il sindacato stava portando avanti, con riconoscimento di trattamenti più favorevoli e di migliori sviluppi di carriera se non avessero aderito a quanto veniva patrocinato dal sindacato per ottenerlo sul piano collettivo. Questa proposta aziendale veniva giustificata con l'assunto che in tal modo erano meglio tutelate la professionalità e il merito dei dipendenti, obiettivo per il quale la società dichiarava di voler introdurre il sistema premiale in esame.

Dopo svariate vicende giudiziarie nell'ambito del diritto nazionale, in un conclusivo ricorso alla Camera dei Lord venne dato torto ai ricorrenti, lavoratori e

sindacati. La Corte ravvisò sì il tentativo dei datori di indurre i lavoratori a rinunciare alla copertura della negoziazione collettiva e ad accordarsi per il futuro direttamente con i datori sui termini e le condizioni di impiego. Aggiungeva però la Corte che l'appartenenza al sindacato non poteva essere identificata con l'uso dei servizi della contrattazione collettiva, perché i sindacati potevano offrire ai loro membri pure altri servizi. Senza dilungarci in particolari, la decisione di una corte superiore nel senso della legittimità del contegno dell'editore, rendeva improbabile esiti diversi nel Regno Unito e la controversia venne spostata in ambito internazionale, avanti alla Corte Europea.

Davanti alla CEDU il Governo inglese difese energicamente la decisione della Camera dei Lord, affermando che l'art. 11 Convenz. non prevedeva un diritto alla negoziazione collettiva, né un diritto degli appartenenti al sindacato di ricevere i benefici superiori accordati ai altri dipendenti che avevano rinunciato a farsi rappresentare da esso. A tali affermazioni venne opposto, sul versante dei ricorrenti, che il diritto *ex art. 11 Convenz.* di essere membri del sindacato «per la protezione dei propri interessi», includeva necessariamente il diritto di ogni lavoratore di essere rappresentato dal suo sindacato nella negoziazione con il datore di lavoro, e il diritto di non essere discriminato per la scelta di avvalersi del diritto di essere rappresentato.

La decisione della Corte Europea, si doveva misurare su un ordinamento nazionale che era divenuto, e tuttora è, molto proclive alle ragioni del liberismo individualizzante. E' una decisione sapiente ed equilibrata, che procede in modo analitico e con passi prudenti. Nel Regno Unito, secondo la Corte, all'epoca dei fatti non era giuridicamente possibile un ricorso dei lavoratori per impedire ai datori di lavoro di disconoscere il loro sindacato e di rifiutare il rinnovo di accordi di negoziazione collettiva. E poiché «la legge permetteva ai datori di lavoro di trattare con meno favore i lavoratori che non rinunciavano alla libertà sindacale», nel diritto inglese era ammissibile «che i datori di lavoro cercassero di frustrare ogni protesta del sindacato e dei suoi appartenenti contro l'imposizione di limiti alla volontaria negoziazione collettiva, offrendo considerevoli aumenti di stipendio ai lavoratori che ne accettavano l'estinzione» e che si rifiutavano di firmare i contratti conclusi dalla rappresentanza sindacale.

Senonchè una «tale condotta comportava per i lavoratori un disincentivo o freno all'utilizzo dei sindacati per tutelare i propri interessi», il che costituisce l'aspetto essenziale e il fine dell'appartenenza ad un sindacato. La Corte Europea, in sostanza, rovescia le ragioni accolte dalla Camera dei Lords: «il diritto interno non impediva al datore di lavoro di offrire un incentivo a coloro che rinunciavano al diritto di rappresentanza sindacale, ancorchè lo scopo ed il risultato dello stesso fosse quello di porre fine alla negoziazione collettiva e di ridurre il potere del sindacato», e quindi neppure se il datore agisse «con il chiaro intento di impedire o dissuadere il lavoratore, semplicemente, dall'esser membro del sindacato».

In conclusione, «secondo la legge del Regno Unito, all'epoca dei fatti, era possibile che il datore di lavoro effettivamente minasse o frustasse la facoltà del sindacato di adoperarsi per la protezione degli interessi dei suoi membri»; e ciò violava l'art. 11, Convenz. Aggiungendo la Corte che, «permettere ai datori di lavoro di usare incentivi economici per indurre i lavoratori a rinunciare ad importanti loro diritti, era una grave mancanza da parte dello Stato che aveva l'obbligo di assicurare il godimento di questi diritti ex art. 11», rispetto sia ai ricorrenti individuali, sia ai sindacati ricorrenti.

3. Antonio Ojeda, sempre a riprova del ruolo decrescente del collettivo, ricorda pure il *Boulwarism*, un atteggiamento in cui l'unilateralità soppianta, di nuovo, quella bilaterale che il potere collettivo aveva ricostituito nell'avviare il diritto del lavoro, atteggiamento coeso ad un'idea paternalistico-tutoria delle relazioni industriali, intese come volontarismo padronale autocentrico e nel contempo prevaricatorio. L'espressione viene da un certo Lemuel Boulware, dirigente della General Electric (di cui fu vice-presidente dal 1956 al 1960) al quale è dovuta una strategia nel condurre le trattative di *collective bargaining* che egli mise a punto quale responsabile delle relazioni col personale e sindacali in occasione della scadenza (1° ottobre 1960), del contratto collettivo dell'imponente *company*.

La strategia contrattuale in esame si compone di quattro passaggi: (a) i direttori del personale indagano su quali vantaggi o miglioramenti i dipendenti aspirano a ottenere col rinnovo del contratto collettivo; (b) i *desiderata* dei lavoratori vengono tradotti in una proposta attraente per i dipendenti nei limiti dei costi sostenibili dall'impresa; (c) il «prodotto» (beneficio) così individuato costituisce la «first, last and best offer», senza che alla controparte sindacale sia concessa una negoziazione; (d) su tale offerta l'impresa organizza un *battage* pubblicitario (attraverso i media, o comunque con l'attivismo dei direttori del personale), «sponsorizzando» l'opzione migliore per i lavoratori, al fine di far apparire ingiustificata la mancata accettazione del sindacato e/o la sua richiesta di contrattazione.

La questione della legittimità di una tale metodo del «prendere o lasciare» (*Take-it or Leave-it bargaining tactics*), con la tracotanza annessa di una «fair, firm offer» che non poteva più essere modificata, venne portata avanti al *National Labour Relations Board*, quando, nel 1969, l'*International Union of Electrical, Radio and Machine Workers* (IUE) chiese che fosse dichiarata *unfair practice* una condotta tenuta da di General Electric nei termini che ora riassumo. L'azienda aveva proposto al sindacato IUE l'istituzione di un fondo per gli infortuni sul lavoro alimentato dai contributi dei lavoratori e di un piano di assicurazioni sulla vita. Il sindacato, tuttavia, non intendeva accettare l'ipotesi senza negoziarne i vari aspetti e senza una informazione sui suoi costi. La società precisò che in caso di rifiuto le condizioni proposte sarebbero state applicate ai soli lavoratori non affiliati. La IUE insistette nel chiedere alla società di posticipare la campagna di sponsorizzazione per consentire le trattative, ripartendo dalla informazione sui costi che

l'impresa doveva affrontare. L'azienda glissò ancora, asserendo che non di costi occorreva parlare, ma del livello di benefici che sarebbero stati attribuiti. Di fronte al protrarsi del rifiuto di IUE, la società applicò le nuove condizioni di lavoro ai soli lavoratori non affiliati. La IUE indisse allora uno sciopero, al quale la società rispose richiamando al lavoro gli scioperanti e minacciando di intimare loro il licenziamento. La IUE fu costretta a capitolare e accettò la proposta «prendere o lasciare» della General Electric, firmando un breve *memorandum*, senza nemmeno leggere il contratto definitivo.

La strategia di Boulware è una variante, non so quanto ingentilita, del vecchio approccio «sangue, minacce e tuoni» (*blood-and-threat-and-thunder*). Chiamato a giudicare l'intento dell'azienda di «far bene volontariamente» (*do right voluntarily*) imponendo in via unilaterale le nuove condizioni contrattuali, il NLRB emanò una significativa decisione (cfr. *NLRB v. General Electric Company Co.*, 418 F.2d 736 (2d Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 965 (1970), nella quale la condotta sopra descritta dalla GE venne dichiarata *unfair labor practice* sotto diversi profili. Li elenco in modo sintetico: la materia delle assicurazioni (*insurance*) è riservata esclusivamente al contratto collettivo, per cui occorre una effettiva negoziazione; la sezione 8 (d) del NLRA, statuisce che ogni modifica di termini e condizioni di lavoro richiede una “discussione” o un “accordo”; l'applicazione dei benefici ai soli non affiliati è in contrasto con l'art. 8 (a) (3), del NLRA, che impedisce discriminazioni che incoraggino o scoraggino l'affiliazione a sindacati; è contrario a buona fede negare alla controparte le informazioni rilevanti durante le negoziazioni; è contrario a buona fede, dopo aver sempre interloquuto con il Conference Board generale di IUE, tentare di raggiungere quanti più accordi possibile a livello locale come ha fatto nell'occasione GE aggirando quel Board generale.

Nell'affermare il carattere *unfair* del piano della società, il NLRB si appunta sui due elementi che principalmente lo caratterizzano: l'approccio «prendere o lasciare» è rivolto a mostrare la debolezza e l'inutilità del sindacato; un programma di comunicazione nel quale la società assume il ruolo di difensore degli interessi dei lavoratori, denigra ulteriormente il sindacato. In conclusione, la GE ha assunto durante la trattativa contrattuale una condotta indirizzata a screditare il sindacato agli occhi dei suoi affiliati e dell'opinione pubblica». Con la strategia Boulware, l'impresa «ignora la legittimazione e l'importanza della posizione del sindacato quale rappresentante dei suoi membri».

4. Nella scia del boulwarismo si pone un emblematico caso italiano, che è passato inosservato ma non pare proprio da sottovalutare. Nel 2003, la Juventus Football Club S.p.A. ha emanato, per i suoi «dipendenti che svolgono le mansioni di quadro, impiegato ed operaio», un «regolamento» contenente la disciplina dei loro rapporti di lavoro che espressamente sostituisce «la disciplina normativa prevista dal contratto collettivo nazionale di lavoro [del settore spettacolo] in quanto non più adeguata alle esigenze della Società e dei suoi dipendenti» (ancora una

volta l'imprenditore pensa di dover interpretare lui, l'interesse della controparte!). Viene poi specificato che, apponendo la firma «per presa visione e piena accettazione» dei contenuti, il presente «regolamento aziendale ... diventa parte integrante del contratto di lavoro individuale». Seguono, in calce, la sottoscrizione «per l'azienda» e di seguito *nominatim* la sottoscrizione di una sessantina di lavoratori, incolonnati per nome uno dopo l'altro in ordine alfabetico.

Difficile trovare un esempio più plastico della mitica differenza – enucleata alle origini e costitutiva del diritto del lavoro - fra «contratto cumulativo (plurilaterale) di lavoro» e «concordato di tariffe» (*Tarifvertrag*) ovvero «contratto collettivo di lavoro». Anche se il suddetto regolamento Juventus non pare essere per il lavoratore peggiorativo o ablativo di vantaggi, rispetto al contratto collettivo che soppianta, la questione è ovviamente un'altra: quella, se l'imprenditore possa lecitamente disporre una sostituzione delle fonti regolative del rapporto di lavoro, stabilendo che per i propri dipendenti valga la fonte unilaterale posta dall'imprenditore stesso, e non più quella collettiva in precedenza concordata e applicata.

Anche per questo caso è agevole trovare specifici motivi di illegittimità. Se il contratto collettivo realizza sotto il profilo dinamico l'attività sindacale, la predisposizione in via unilaterale della disciplina dei rapporti di lavoro lede il principio di libertà sindacale; per cui può ben affermarsi che la sostituzione autoritativa del contratto collettivo possa integrare o comporre un'ipotesi di comportamento antisindacale, suscettibile nell'ordinamento italiano di un ordine di cessazione della condotta e di conseguente rimozione degli effetti, a stregua dell'art. 28, Statuto dei lavoratori. Né può esserci obiezione sulla «attualità» del pregiudizio richiesta dalla norma italiana, posto che la scelta datoriale si concretizza in una condotta con effetti pregiudizievoli permanenti nel tempo (Per un caso paragonabile, nel quale è stato concluso per la sussistenza del comportamento antisindacale. cfr. la sent. Tribunale di Pisa – Giudice Tarquini, del 2 maggio 2012, in causa FLC-CGIL contro società EGO).

Scorrendo la giurisprudenza italiana non si incontrano casi simili: il che non esclude che possano verificarsi. In una lontana decisione la Suprema Corte di Cassazione aveva ritenuto, ad esempio, che violi l'art. 28, Statuto il contegno datoriale di intraprendere trattative dirette con i singoli lavoratori, proponendo loro di sottoscrivere una normativa che nel corso del rinnovo del contratto collettivo era stata rifiutata dalla controparte sindacale (così Cass. 9 aprile 1992, n. 4319, in *Foro It.* 1993, I, 2318 ss.). Ma nella specie si presentavano elementi di frode e di lesività, che facevano propendere per il comportamento antisindacale, non la semplice e disarmante situazione di un imprenditore che cambia le carte in tavola e ciò viene accettato per silente acquiescenza, senza strepito.

Del resto, dietro la società sportiva Juventus c'è la FIAT, i cui atteggiamenti anche in questi anni hanno marcato le relazioni industriali italiane nel segno dei «contratti separati». Con l'uscita da Confindustria, FIAT ha imposto una unità di

contrattazione a sé stante, nella quale ha potuto siglare contratti collettivi con i soli sindacati CISL e UIL, e in corrispondenza escludere il sindacato CGIL (nella specie, la FIOM, che almeno nei numeri è più rappresentativa). Nella anomia che contrassegna il fragile sistema italiano, le pretese che accrescano il disordine normativo sono un pò di casa: imprenditori che pretendono di selezionare il contraente collettivo che più loro piace; sindacati che pretendono di optare per la forma di rappresentanza in azienda che più loro conviene. Per cui sono sempre all'ordine del giorno questioni quali l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale e quali la derogabilità *in pejus* della legge *e/o* del contratto collettivo, ad opera di un contratto di livello inferiore (v. esemplarmente l'art. 8 della l. 14 settembre 2011, n. 148, sulla ora chiamata «contrattazione collettiva di prossimità» che ha introdotto regole dirompenti, suscitando contraccolpi fra le parti sociali e discussioni che tuttora perdurano).

Tornando al regolamento unilaterale Juventus, non possiamo nasconderci dietro un dito. Se la nota società sportiva ha presentato il regolamento detto ai suoi dipendenti, che hanno apposto in calce la loro firma, uno dopo l'altro come pecore, ciò significa anzitutto che il sindacato in azienda neppure esiste: esso non è presente come struttura di rappresentanza, e neppure come singoli associati isolati: se anche qualche lavoratore fosse stato iscritto, di certo non era libero di opporsi *e/o* di scegliere. Che un'operazione tanto avversa al contratto collettivo sia passata nel più assordante silenzio e nell'acquiescenza implicita mostra che il problema sta a monte, è più generale e psicologico. Sempre di più, nel nuovo millennio, l'imprenditore può contare sul tracollo della propensione alla autotutela collettiva, su una diffusa e compatta disaffezione dei lavoratori verso la partecipazione all'azione collettiva.

5. Nell'analizzare il caso Juventus avevo addotto alcune ragioni di fondo – al di là della antisindacalità della condotta – per le quali non sono in generale ammissibili, né lecite, operazioni siffatte, avvalendomi di svariati argomenti di stampo weimariano (Pedrazzoli 2012). Ad esempio, una volta che l'imprenditore ricorre all'accordo (contratto) con l'unione dei lavoratori (*Verband*), per determinare l'*Arbeitsnorm*, diceva Hugo Sinzheimer, prescelto questo metodo non può più tornare indietro (Sinzheimer, II, 1908, primo capitolo *passim*, specie 15, 21 ss., 36). Per Heinz Potthoff la stessa conclusione era tratta per il fatto che «il contratto collettivo non dà luogo ad un mero rapporto obbligatorio, ma ad una costituzione del lavoro fondata in via contrattuale»: onde il contratto collettivo assurge ad *Arbeitsgesetz des Betriebs* una volta per tutte (Potthoff 1924, 37 s.). Per non dire di Franz Neumann, per il quale la trattazione collettiva era da ritenere «istituto connesso» della libertà di coalizione (Neumann 1932, 141 ss., 229 ss., 257 ss.). Tanto che nel processo di affermazione dei valori di libertà, l'autore assegnava uno specifico ruolo alla giurisprudenza del lavoro: concorrendo con «la protezione del lavoro» all'emancipazione della classe operaia, essa doveva «riconoscere il

diritto di collaborazione delle rappresentanze aziendali nonché ... la posizione costituzionale delle coalizioni come soggetti collettivi espressione dell'autodeterminazione sociale» (Neumann 1929, 102).

Forse con qualche addentellato a argomenti siffatti, molto più di recente è stata affermata la necessità che il giudice ricorra «al contratto collettivo quale criterio del suo giudizio». Invero, interrogandosi sull'«assetto normativo che meglio garantisce il libero funzionamento dell'organizzazione sindacale», un giovane e importante autore ha individuato la causa-funzione del contratto collettivo nell'interesse «regolativo» di entrambe le parti stipulanti, e cioè nell'«attitudine a fornire al giudice le regole di giudizio» (Nogler 1995 cap. V°, specie p. 136, 137 ss., 143).

Potrei aggiungere molti altri plausibili riscontri, maturati specialmente nella temperie politico-istituzionale tedesca: non per caso fra gli esempi dell'eclisse del collettivo in precedenza segnalati, nessuno proviene da tale ordinamento, che ha interiorizzato profondamente il significato costituzionale della coalizione e del contratto collettivo. Quasi cent'anni di *Betriebsverfassung* (a cui è immanente l'idea della *konstitutionelle Fabrik*) e di regolazione legislativa del *Tarifvertrag* hanno lasciato un segno indelebile nella cultura politico-giuridica di quel paese, fissandone valori fondativi e costitutivi che l'hanno immunizzata da molti opportunismi e dalle improvvisazioni.

A parte la tenuta istituzionale dell'ambiente tedesco, in ogni ordinamento giuridico paragonabile si rintracciano forti antidoti alla deriva del collettivo. Limitandoci a quello italiano, e senza attardarmi sulla inattuazione dell'art. 39, Cost. (che è l'inevitabile sfondo su cui andrebbe declinato il discorso), l'ottica più produdente è analizzare il significato, evolutosi nel tempo, della proposizione di cui all'art. 39, 1° comma «l'organizzazione sindacale è libera».

Parto da un importante commentatore, Gino Giugni, per il quale «la fattispecie sindacale contemplata nella Costituzione è quella che si esprime in forma organizzata e che coinvolge una pluralità di soggetti»: tale fattispecie rinvia a una coalizione o è «riferibile ad un interesse collettivo», come massimamente avviene con la contrattazione collettiva, (Giugni 1972, 274). Ma all'inizio degli anni '60, Rosario Flammia aveva esplicito la «fattispecie sindacale», in un modo ricco di presupposti e implicazioni, riconnettendola alla scelta costituente di munire gli «interessi di lavoro», sia di una «tutela statutale», mediante la norma inderogabile di legge, sia di una «tutela extrastatutale», mediante l'«autotutela», nella quale si realizzano la garanzia che discendono dall'attuazione del principio di libertà sindacale.

In quanto attribuito al singolo, il diritto di organizzazione sindacale non è incondizionato: secondo Flammia è condizionato ad un onere del lavoratore di partecipazione all'azione collettiva. In questo quadro, la libertà negativa di coalizione è bensì riconosciuta, ma l'esercizio positivo di tale libertà vale, costitu-

zionalmente, di più. Il lavoratore che si organizza per la tutela dell'interesse di lavoro partecipando all'azione collettiva, ha un merito maggiore del lavoratore *free rider*, è più protetto dalla garanzia costituzionale. Un giovane autore ha poi operato una saldatura ulteriore, osservando come «dall'insieme della normativa giuslavoristica emerge un atteggiamento di sospetto sulla genuinità della forma individuale di autonomia» (Scarpelli 1997, 234 ss., 302 ss.). L'organizzazione sindacale è l'*habitat* in cui si determina il «comportamento organizzatorio del singolo» che è l'oggetto della tutela costituzionale: sulla scorta di Flammia (e, *si parva licet*, pure dello scrivente), si giunge così alla riaffermazione che l'unica autonomia realmente posseduta dal lavoratore è quella collettiva.

6. Torno alla affermazione di Sinzheimer, per il quale, quando la modalità unilaterale di determinazione delle *Arbeitsnormen* viene «superata» dalla loro «consensualizzazione», il vincolo alla contrattazione collettiva e alla codeterminazione diventa irretrattabile. Certo tutto è più semplice se tanto è dichiarato dalla legge: deve però essere rimarcato che il metodo contrattuale non è più nella disposizione degli attori, comunque e anzitutto, perché è assunto a elemento costituzionale. E lo stesso vale pure per il metodo, parimenti bilaterale, della «codeterminazione» (*Mitbestimmung*) e per gli accordi in cui sfocia, che «tecnicamente» non sono contratti collettivi. In apparenza questi ragionamenti sembrano imperniati su una sorta di divieto di regresso. Ma sarà meglio dire che le alternative circa i modi in cui le discipline dei rapporti di lavoro vengono stabilite, non rinviano soltanto a una questione di metodo, ma anche e più esattamente a una questione costituzionale.

Nelle costituzioni moderne, la costituzione economia e del lavoro è stata plasmata dal capitalismo industriale. Uno dei punti più salienti dell'impronta così ricevuta è quello su cui stiamo riflettendo della garanzia della coalizione, che ha segnato l'origine del diritto del lavoro. I connotati della materia si sono poi consolidati con una sostanziale identificazione-sovrapposizione, intendendo «la parola "lavoro" come una sineddoche (*pars pro toto*), cioè quale espressione della persona umana» (Mengoni 1998, 7): assunto che stabilizza assiologicamente, con una portata appartenente nello stesso tempo al diritto e alla morale, la dimensione collettiva del lavoro, quale «formazione sociale» che (per noi italiani: art. 1 e 2, Cost.) fornisce fondamento alla stessa Repubblica (Pedrazzoli 2012).

Queste ragioni confermano l'idea di fondo che il diritto del lavoro può essere «pensato» in modo sistematico, erigendolo sulla interazione, asimmetricamente strutturata, del potere imprenditoriale di subordinazione e del contropotere di coalizione dei lavoratori. Ma come osservavo nella premessa di questo omaggio, Antonio Ojeda è giustamente scettico sulla tenuta di una tale immagine di base. L'individualizzazione del diritto del lavoro sembra avere ora il sopravvento e si affievolisce il metodo del contratto collettivo e della partecipazione, quasi non fosse più necessaria l'autodeterminazione sociale dell'economia e del lavoro. Non sta scritto da nessuna parte che non vi possa essere un regresso da questa struttura

normativa identificante: anche nella costituzione economica e del lavoro, si cumulano impercettibili oscillazioni che spostano l'orologio.

Nell'era industriale, latamente, la produzione manifatturiera era correlata ad interessi della vita materiale, fondati su bisogni limitati ancorchè crescenti; realizzava prodotti che soddisfacevano tali interessi e bisogni; identificava classi, ceti, professioni e ruoli sociali grazie ai quali la società e i suoi valori erano stratificati in essa si contrapponevano posizioni politiche differenziate anche ideologicamente. In questo quadro, alla diffusione dell'esercizio positivo della libertà sindacale concorrono la realtà economica, politica, psicologica e sociale, perché è uno strumento indispensabile per l'identificazione e differenziazione dell'interesse di produttori.

Nella nostra epoca, la questione della partecipazione è diventata un'*optional*, non ha più presupposti altrettanto validi, ma in gran parte marginali, transeunti e inafferrabili. Nella tirannia del consumo, in cui predominano i desideri (che sono invece illimitati), le identità socio-economiche si confondono e la stratificazione sociale è avvolta nella nebbia: il consumatore ha fatto scomparire il cittadino e l'economico prevale in modo tanto netto sul politico, che lo stesso significato della democrazia ha perduto valore (Reich 2008). Che il *free riding*, o più elegantemente la libertà sindacale negativa, possano riespandersi è quindi nell'ordine delle cose e nello spirito del tempo. Così come sarà inevitabile l'inclinazione, miope, del versante imprenditoriale a trarre profitto da questa perdita di coesione rilanciando l'individualizzazione.

Ho provato a dire qualcosa, contro questa inclinazione, anche se è solo una goccia nel mare delle diversità che contrassegnano la società odierna, perché bisogna tener sempre desto il discorso a cui Antonio Ojeda mi ha sollecitato. Si tratta di non abbassare la guardia e di riaffermare, di fronte ai mutamenti intervenuti nell'organizzazione dell'economia globale, che permangono i contrassegni costituzionali che hanno forgiato la inconfondibile fisionomia del diritto del lavoro e i suoi valori.

BIBLIOGRAFIA

- Gewerkschaftliche Betriebspolitik in Westeuropa. Vergleiche und Möglichkeiten der Zusammenarbeit.* Hrsg. P. Kühne (XVI. Internationale Tagung der Sozialakademie Dortmund, febbraio 1981), Duncker & Humblot, Berlin 1982
- Risistemare il diritto del lavoro*, Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli, a cura di Luca Nogler e Luisa Corazza, Angeli Milano 2012
- FLAMMIA R.: *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. I. Autotutela degli interessi di lavoro*, Giuffrè Milano 1963
- GIUGNI G.: *Commento sub art. 39*, in *Commentario alla Costituzione* diretto da Giuseppe Branca, Zanichelli-il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979.

- NEUMANN F.: “Il significato politico e sociale della giurisprudenza dei tribunali del lavoro” (1929), in *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, con introduzione di G. Vardaro, Il Mulino, Bologna 1983, 89 ss.
- NEUMANN F.: “Libertà di coalizione e costituzione” (1932), in *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, cit., 141 ss.
- NOGLER L.: *Saggio sull’efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, CEDAM 1997
- OJEDA AVILES A.: «Democracia industrial y subordinacion», in «Risistemare il diritto del lavoro», Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli, 116 e ss.
- OJEDA AVILES A.: *La deconstrucción del derecho del trabajo*, Claves La Ley, Las Rozas, 2010
- PEDRAZZOLI M.: *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè Milano 1985
- PEDRAZZOLI M.: “Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica: il lavoro è una «formazione sociale?»” in *Quaderni Cost.* 2011, n. 4, 969 ss.
- PEDRAZZOLI M.: “Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?” in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 149/2012,
- POTTHOFF H.: “Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht” (1924), poi in *Arbeitsrecht und Politik, Quellentexte 1918-1933*, a cura di Th. Ramm, Luchterhand, Neuwied u. Berlin 1966, 1 ss.
- REICH R.: *Supercapitalismo. Come cambia l’economia mondiale e i rischi per la democrazia*, Fazi Roma 2008
- SCARPELLI, F.: *Lavoro subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè Milano 1993
- SINZHEIMER H.: *Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung II. Die Rechtswirkung*, Duncker & Humblot, Leipzig 1908.

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL

Antonio-Enrique Pérez Luño
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Sevilla

Al promediar el año 2008 se produjo una grave crisis económica de alcance planetario. En sus repercusiones jurídicas la crisis plantea importantes cuestiones teóricas y prácticas en relación con una categoría de los derechos fundamentales inmediatamente ligada a los procesos económicos: los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, uno de los dilemas más arduos que se plantean ahora al Estado constitucional y a las libertades es el que afecta a la propia fijación de sus objetivos básicos.

Desde la génesis del Estado de Derecho en la modernidad, a través de la garantía constitucional de los derechos humanos, se consideró que estos fenómenos entrañaban un inequívoco sentido ético: el Estado de Derecho y los derechos humanos suponían el reconocimiento de determinados valores de la persona y, en definitiva, implicaba cifrar la legitimación del orden jurídico y político en valores éticos.

Durante casi dos siglos no se ha discutido la finalidad y el fundamento ético de estas categorías de legitimación. No obstante, en los últimos años, esta dimen-

sión axiológica está siendo combatida y, en ocasiones, arrinconada en nombre de una lógica económica o economicista. En función de ella se juzga que el fin y el fundamento del orden constitucional y de las libertades consiste en la aceptación sumisa de las denominadas “leyes del mercado”. La economía y el mercado, antes instrumentos al servicio de los grandes fines éticos de la sociedad política, han pasado a ser los fines de esa actividad.

En el siglo XIX las luchas sociales se encargaron de mostrar que la finalidad ética del Estado cifrada en la emancipación, requería completar el catálogo de los derechos individuales con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos se reconocerán con la decantación del Estado liberal de Derecho hacia el Estado social de Derecho, que se produjo en el pasado siglo.

Uno de los elementos básicos del sistema de los derechos económicos sociales y culturales se hallaba constituido por el conjunto de garantías laborales, que tutelaban el status social de los trabajadores. Hoy se plantea como un aspecto de la metamorfosis de los ordenamientos jurídicos del presente, el fenómeno que, certeramente, ha sido denominado como “deconstrucción del Derecho del Trabajo” (Ojeda, 2010). Esa circunstancia supone un riesgo de desmantelamiento de algunos de los logros más importantes alcanzados tras el reconocimiento de los derechos sociales.

La trayectoria tendente al reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, se ha visto interrumpida en los últimos años en los que se ha defendido y repetido, con monótona insistencia, la tesis neoliberal conservadora sobre la perversidad y/o inviabilidad de los derechos sociales y del Estado social.

Desde estas premisas se insiste en afirmar el carácter irreductible de la contraposición entre la libertad y la igualdad, al tiempo que se sostiene que cualquier avance igualitario implica necesariamente un menoscabo de la libertad. Se acusa, desde esta óptica, al intervencionismo del Welfare State, dirigido a promover un equilibrio en el disfrute del bienestar, de haber generado un gasto público insostenible responsable de la denominada “crisis fiscal del Estado”, a la vez que se le hace responsable de haber corroído la libertad y la prosperidad de los individuos. Resumiendo este punto de vista señalan Milton y Rose Friedman que: “una sociedad que anteponga a la libertad la igualdad, en el sentido de los resultados, acabará sin una ni otra. El uso de la fuerza para lograr la igualdad destruirá la libertad, y la fuerza, introducida con buenas intenciones, acabará en manos de personas que la emplearán en pro de sus propios intereses” (Friedman, M. y R., 1980, P. 194-195). El intervencionismo del Estado social y la tutela de los derechos sociales desembocará, de modo irremediable, en el fenómeno definido por Friedrich von Hayek como Camino de servidumbre (Hayek, 1978).

Como quiera que la imagen del ser humano a que responden estas críticas se halla deformada por la ideología neoliberal que la inspira sus conclusiones incur-

ren en una evidente parcialidad. Todo ese esfuerzo especulativo no toca el nudo de la cuestión, es decir, si es bueno o malo que el Estado realice una política tendente a satisfacer las necesidades básicas en materia educativa, sanitaria, laboral, asistencial... Por eso, en los últimos años esta cuestión no se debate en términos éticos o axiológicos, sino prioritariamente económicos. Hoy el asalto neoliberal a los derechos sociales y su asedio al Estado social se dirime en nombre del condicionamiento económico de los derechos y la política estatal dirigida a satisfacerlos. Se alude así a expresiones tales como la de “el condicionamiento fiscal”, o la “reserva económica de lo posible”, para negar, supeditar, limitar o aplazar la satisfacción de los derechos sociales.

Debo indicar, de inmediato, mi personal preferencia por la opción ética de este dilema, lo que en las circunstancias de crisis económica actual adquiere un significado perentorio. No pretendo ignorar con ello los condicionamientos económicos que gravitan sobre la acción del Estado y, especialmente, sobre la que tiende a garantizar los derechos sociales. Soy consciente del riesgo que para cualquier derecho implica el ser reconocido en Declaraciones internacionales o constitucionalmente con formulaciones tan grandilocuentes como ilusorias. La frustración y desconfianza que provocan esas proclamas solemnes, carentes de eficacia, no autoriza a abordar esta cuestión en términos de un utopismo ingenuo o un voluntarismo irreflexivo.

Pero no conviene resbalar sobre dos falacias concomitantes que se deslizan en numerosos planteamientos actuales de la cuestión:

a) La primera, consiste en una variedad de “falacia naturalista” que tiende aquí a confundir hechos y valores; es decir, la fundamentación de los derechos con su realización. Cuando se afirma que sólo se pueden sostener como derechos aquellos para los que existen medios económicos para satisfacerlos, se está postulando que “debe ser lo que es”. Esa falacia ha sido denominada “la lógica de Palmström”, a tenor de la cual se dice que una cosa o un comportamiento “debe ser así porque así es” (Mückenberger, 1977, P. 102).

De aceptarse esta tesis la fundamentación de los derechos humanos, lejos de cifrarse en la universalización de la exigencia de unos derechos básicos para todos los hombres, legitimaría todo tipo de discriminaciones en su reconocimiento, que quedaría supeditado a la contingencia de las posibilidades de su satisfacción en cada situación concreta. De este modo, los derechos humanos perderían su dimensión emancipatoria y su misma entraña axiológica, al quedar identificados con los contenidos empíricos del Derecho positivo de cada sistema político, que es, a la postre, quién interpreta las condiciones de posibilidad para la realización de los derechos (Pérez Luño, 1982, P. 257 ss.; 1985, P. 253 ss.; 2007; Garrido, 2008, P. 69 ss., 2009, P. 57 ss.; Prieto Sanchís, 1994, P. 367 ss).

b) La segunda, es la falacia determinista, que entraña la paradójica apología neoliberal de las versiones más crudas del determinismo economicista marxista.

Según esta postura son las inexorables leyes del mercado las que deben definir el alcance de los derechos, a través del análisis económico de los presupuestos de cada uno de ellos. Esta tesis ha desembocado en el sofisma del denominado “fin de la historia”, al postular que el desarrollo histórico converge necesariamente en un marco de economía de mercado y democracia liberal, que constituye la plasmación definitiva del progreso social y político. Con razón refuta esta falacia Noam Chomsky, para quién representa: “una descripción ridícula pero natural para los dirigentes culturales, mientras sigan fieles a su vocación de servicio al poder y de control del populacho” (Chomsky, 1994, P. 21).

Hoy juristas, economistas y filósofos, de diversas culturas lingüísticas e idéntica observancia neo-conservadora, se inclinan ficticiamente compungidos sobre lo que ellos consideran como el cadáver del Estado social de Derecho y los derechos sociales, que ellos no han engendrado ni nutrido. Las leyes infalibles del mercado son, a tenor de estas tesis, el síntoma y la causa de la defunción. Pero frente a ese determinismo fatalista de signo economicista hay que recordar que las leyes económicas no son leyes físicas producto de una causalidad ineluctable sino leyes creadas por los hombres que sirven a fines humanos. “El mercado no es un Moloch intocable e inflexible; se ha indicado que: “el mercado es una hipóstasis una abstracción... bajo la que se esconde simplemente una pluralidad de voluntades humanas, voluntades que pueden ser modificadas y que pueden llegar a acuerdos” (Contreras Peláez, 1994, P. 99).

Pienso, por tanto, que sólo a través de una concepción ética de las metas que corresponden al constitucionalismo y a los derechos humanos será posible mantener vivo un programa humanista emancipatorio en favor de todos los hombres y todos los pueblos. Este planteamiento permitirá mantener la reivindicación y la denuncia de aquellas situaciones internas o internacionales (por desgracia todavía innumerables) que revelen discriminación en el disfrute de los derechos, pero sin que ello afecte al fundamento y a la propia existencia de los mismos (Peces-Barba, 1993, P. 193 ss.; Pérez Luño, 2009, P. 37ss.; 2010, P. 84 ss.; 2013, P. 15ss).

BIBLIOGRAFÍA

- CHOMSKY, N.: *Política y cultura a finales del siglo XX*, Ariel, Barcelona, 1994.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J.: *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.
- FRIEDMAN, M. y R.: *Libertad de elegir*, trad. cast. de C. Rocha, Grijalbo, Barcelona, 1980.
- GARRIDO, I.: “La complementariedad entre la igualdad y la diferencia”, en *Frónesis*, 2008, vol., 15, n.2.

- GARRIDO, I.: “Los planos de la vigencia de la igualdad material en el contexto de una comprensión compleja de la igualdad” en *Derechos y Libertades*, 2009, n. 20.
- HAYEK, von F.: *Camino de servidumbre*, trad. cast. de J. Vergara, Alianza, Madrid, 1978.
- MÜCKENBERGER, U.: “La legitimación a través de la negación de la realidad”, en el vol. col. de P. BARCELLONA, D. HART y U. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. cast. de C. Lasarte, Civitas, Madrid, 1977.
- OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo, La Ley (Wolters Kluwer)*, Madrid, 2010.
- PECES-BARBA, G.: “Escasez y derechos humanos” en el vol. col. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993.
- PEREZ LUÑO, A.E.: “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1982, tomo 1.
- PEREZ LUÑO, A.E.: “Dimensiones de la igualdad material”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, tomo 3.
- PEREZ LUÑO, A.E.: *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson & Universidad Carlos III, Madrid, 2ª ed., 2007.
- PEREZ LUÑO, A.E.: “Los derechos sociales y su significación actual” en el vol. col., a cargo de V. Zapatero y Mª I. Garrido, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2009.
- PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, (10ª ed., revisada y aumentada).
- PEREZ LUÑO, A.E.: “Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales”, en el vol.col., a cargo de A. Sánchez Bravo y otros, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, Punto Rojo Libros, Sevilla, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, L.: “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, en *Doxa*, 1994, nº 15.

EUROPEAN AND INTERNATIONAL SOCIAL SECURITE LAW AND COLLECTIVE AGREEMENTS

Danny Pieters & Joris Beke
University of Lovaina

INTRODUCTION

Antonio Ojeda Aviles is certainly one of the most notorious labour lawyers of Spain and indeed of Europe. His publications have dealt mainly with Collective Labour Law. I had the opportunity however to work on several occasions with this celebrated colleague in another area of his and my interest: Social Security Law and more specifically European Social Security Law.

In this contribution I would like to pay tribute to Antonio, by combining my primary interest in European and International Social Security Law with the topic of this *Liber Amicorum*: collective bargaining. I will do so by addressing a simple question: do European and international social security law instruments mention non-statutory schemes based on collective labour agreements? Are these included in their material field of application and can we find some logics behind their inclusion or exclusion? Do these instruments refer in any other way to collective labor agreements?

By answering these questions a clarifying image of the link between international and European legal instruments and collective bargaining in the field of social

security can be sketched. By doing so, it will become clear if social partners have to bear in mind these instruments during the negotiation of non-statutory schemes.

Before embarking upon a journey through European and international social security law instruments, let us observe that collective labour agreements and their possible counterparts for self-employed professional groups constitute a special version of autonomous regulation. These collective arrangements do indeed quite often contain engagements about social security; these engagements can not only involve the autonomous creation of certain (often supplementary) schemes but sometimes also the enactment of certain modalities of statutory social security schemes. When it involves the creation of completely autonomous schemes it then belongs to the contractual freedom of the social partners, c.q. the autonomy of the organized professional groups, to establish such social security schemes. Obviously, one may inquire what the legal basis is that legitimizes that the binding force of these schemes is extended to those persons who are not affiliated voluntarily with those professional organizations; but that question widely exceeds the boundaries of this contributions.

OVERVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN SOCIAL SECURITY INSTRUMENTS

In this central part of the contribution I will give an overview of the inclusion of collective labour agreements in the material scope of application of important international and European social security instruments. Firstly, the ILO instruments will be discussed. Secondly, the social security instruments of the Council of Europe and finally the instruments of the European Union.

ILO Instruments

The ILO standard setting instruments in the field of social security (in particular ILO Conventions 102, 121, 128, 130, 168 and 183) do not explicitly mention collective labour agreements in their material field of explication. On the other hand, these instruments do not explicitly exclude collective labour agreements. When we take a closer look at the definitions included in the ILO instruments, it is clear that they have a strong focus on legislation *sensu stricto*. So, while collective agreements about statutory schemes are covered by the Conventions, for example when national law prescribes implementation of the scheme by collective labour agreements, agreements on purely non-statutory schemes are not covered by the ILO standards.

Instruments of the Council of Europe

With regard to the European Convention on Human Rights and its first Protocol it is unclear if these instruments are applicable to collective labour agreements about non-statutory social security schemes. While the European Court of Human Rights clearly applies the articles 4, 8 and 14 of the Convention and article 1 of

the first Protocol to national social security legislation *sensu strictu* (Klaus Kapuy, 2011, 79), it is not clear whether these protective articles are also applicable to social security benefits which are established by means of collective labour agreements. We are however inclined to hold that there are no reasons to exclude them as such from the material scope of application of the European Convention on Human Rights provisions.

The Council of Europe has established three other important social security instruments: (1) the European Social Charter, (2) the European Convention on Social Security and (3) the European Code of Social Security.

The European Social Charter, established in 1961 and revised in 1996, has the aim to complete the European Convention on Human Rights with mere social rights. Although the revised Charter mentions collective labour agreements as a possible way of implementing the, social-security related, articles 3, 4 and 24, it does not include collective labour agreements in its material scope of application. Non-statutory schemes based upon collective bargaining are also not included in the material scope of application of the Charter.

The European Convention on Social Security (1972) only includes statutory social security schemes based upon collective bargaining in its material scope of application. Moreover, the fixed conditions of the inclusion of these schemes have to be determined by additional bi- or multilateral agreements between the Member States of the Council of Europe. Without these agreements, the Convention does not apply to any form of collective bargaining.

The final social security instrument is the, revised version, of the European Code of Social Security. In the explanatory report that accompanies the Code (Council of Europe, 1990, 26), it is emphasized that the term legislation in the Code is understood in a broad sense and also embraces provisions introduced by way of collective agreement. However, it only hints at collective labour agreements that are made binding by the public authorities. In other words, only collective labour agreements that are made binding by the public authorities fall under the material scope of application of the Code.

The European Union

Although the European Union only has limited competences in the field of social security it has, beside its Treaties, adopted some Regulations and Directives related to social security.

We will start with article 157 of the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU). This article guarantees the equal pay between man and woman in the European Union. Because of the broad definition of 'pay', the article could potentially have consequences for non-statutory social security schemes. Thus, the question has to be raised if non-statutory schemes fall under the material scope of application of this article. The European Court of Justice (ECJ) answered this

question in the Barber case (case C-262/88, Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group). This case dealt with different occupational pension entitlement ages. The ECJ stated that article 157 TFEU also includes social benefits established by means of occupational pensions (non-statutory social security schemes). Therefore, these non-statutory schemes, for example when they are introduced by means of collective bargaining, have to ensure an equal ‘pay’ between man and woman. Social partners certainly have to bear this in mind when closing collective labour agreements.

The material scope of application of the European social security Coordination Regulation (Regulation 883/2004/EC) is determined in the articles 3 and 1 (1) of the Regulation (Paul Schoukens and Lieve Monserez, 2011, 21). Article 3 focuses on the different branches of social benefits covered in the Regulation and has a rather broad scope. It applies to all general and special schemes, included schemes related to the obligations of an employer. This broad scope of application is however limited by article 1 (1) which determines the different legal instruments that fall under the scope of application. Article 1 (1) starts from the assumption that the Regulation is applicable to all ‘legislation’. However, the article explicitly excludes non-statutory collective agreements. Only in the case when these non-statutory agreements are made obligatory or extended by the public authorities and the member states informed the Parliament and the President of the Council of these operations, the Coordination Regulation will apply to such non-statutory agreements. For these reasons, the Coordination Regulation will most of the time not be applicable to non-statutory collective social security agreements.

Despite the fact that the Coordination Regulation in principle is not applicable to non-statutory social security schemes, the EU took in 1998 a modest step towards the coordination of non-statutory pension schemes with the introduction of Directive 98/49/EC (Paul Schoukens and Lieve Monserez, 2011, 21). This Directive, which includes collective agreements in its scope of application (article 3 (b)), establishes some general principles related to the non-obstruction of the free movement of workers and capital (Mihaela Catana, 2012, 217). However, due to the restriction to pension schemes, the Directive only has a limited impact on social security bargaining.

The Freedom of Movement for Workers Regulation (Regulation 492/2011/EC) also influences the social security legislation of EU Member States. Because of the fact that not every benefit is covered by the Coordination Regulation, the Freedom of Movement for Workers Regulation can be useful as a supplementing instrument. Without doubt, the non-discrimination clause of article 7 (2) can play an important supplementing role (Frans Pennings, 2010, 121). During a long period of time, the material scope of application of this article was not that clear. With the Cristini judgment (Case C-32/75), the ECJ clarified the term “social advantages” as follows:

“[All advantages] whether or not linked to a contract of employment, [...] generally granted to national workers primarily because of their objective status as workers or by virtue of the mere fact of their residence on the national territory [...]”

Until now, the ECJ consistently held this interpretation. With regards to collective labour agreements about non-statutory social security schemes there has been brought until now no case law before the ECJ. However, bearing in mind the non-restrictive interpretation of the term ‘social advantages’ by the Court, it should not be a surprise that these schemes also fall under the non-discrimination clause of article 7.

A fourth and final EU instrument in the field of social security is the Directive on the principle of equal treatment of man and women on matters of employment and occupation (Directive 2006/54/EC). Article 5 of this Directive establishes the principle of equal treatment between man and woman in occupational social security schemes. An occupational social security scheme has the intention to supplement the benefits provided by statutory social security schemes or to replace them. It is not decisive whether the membership of these schemes is compulsory or optional (Frans Pennings, 2010, 334). This Directive does include collective labour agreements about occupational, thus non-statutory, social security schemes in its material scope of application. Only the following type of schemes are explicitly excluded: (1) individual contracts for self-employed persons and schemes for self-employed persons with only one member, (2) insurance contracts to which the employer is not a party (which is uncommon in the case of collective labour agreements), (3) optional provisions of occupational schemes offered to participants individually in order to guarantee them additional benefits, (4) optional provisions of occupational schemes which offer the participants a choice of date on which the normal benefits for self-employed persons will start or which offer a choice between several benefits and (5) occupational social security schemes which benefits are financed by contributions paid by workers on a voluntary basis. When the collective labour agreement does not fall under one of these exceptions, it falls under the scope of the Directive and has to respect the principle of equal treatment between man and woman.

CONCLUSION

Non-statutory social security arrangements are most likely to gain importance in the next couple of years/decades. This is often to the detriment of the importance statutory social security arrangements for the concrete social protection of people. More and more people are more dependent for their social protection on collective agreements and private arrangements. Hence the importance of the question raised here: are the social security arrangements established by collective agreement subject to the international and European social security instruments.

However, our journey has taught us that, at this moment, most of the international and some of the European social security instruments are not applicable to collective labour agreements about non-statutory social security schemes. This is a pity, because in this way, collective agreements do not have to comply with the social rights, norms and guarantees established by international law. Moreover, these international and European instruments do not give clear reasons for the exclusion of these schemes. Questions about the expediency of the exclusion are left unanswered.

Still, when we compare the international instruments with the European instruments, we can notice that in the past decade non-statutory schemes which were established by collective labour agreements gained more and more attention in the European instruments. In the light of this finding, the exclusion of the schemes might have to be attributed to the blessed age of most of the international instruments.

To conclude, we would like to advocate that international and European instruments would systematically examine the possibility to broaden their material scope of application to non-statutory social security schemes established by collective labour agreements. When new instruments are being developed, it should be self-evident to start from the idea that these instruments apply both to statutory schemes and schemes established by collective agreement. Yet this will probably need to be part of a more fundamental rethinking of the international law involvement with modern social security.

BIBLIOGRAPHY

Case Law

European Court of Justice, C-262/88, Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group.

European Court of Justice, C-32/75, Cristini.

Doctrine

CATANA, M., "Labour Mobility – European Union and National Rules", *Perspectives of Business Law Journal* 1 (2012).

COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report on the European Code of Social Security*, online: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/reports/html/ets139e.pdf>.

KAPUY, K., "The European Convention of Human rights" in D. PIETERS, *European and International Social Security Law*, Leuven, 2011-2012.

PENNINGS, F., *European Social Security Law*, Intersentia, Antwerp 2010.

PIETERS, D. *European and International Social Security Law*, Leuven, 2011-2012.

SCHOUKENS, P. and MONSEREZ, L., "General introduction to social security coordination in the EU" in PIETERS, D., *European and International Social Security Law*, Leuven, 2011-2012.

BREVE REPASO A LA BUENA FE COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Rosa Quesada Segura
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

Por buena fe en la negociación del convenio colectivo se entiende una actitud general que debe impregnar la conducta de las partes dirigida, al igual que el deber de negociar, a la consecución del acuerdo.

En este sentido la buena fe posibilita la negociación misma y la orienta por esos cauces de conducta socialmente adecuada que configuran sus contornos jurídicos. Pero al mismo tiempo, este deber de negociar de buena fe los convenios colectivos - que recoge entre nosotros experiencias de Derecho comparado, singularmente el mantenido en la legislación y práctica laboral en los EE.UU. (Guiugni, 1980, 73)-, posee un sentido especial que le lleva más allá de las reglas de la *bona fides* de los contratos civiles. Como señala Ojeda Avilés (2012), el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva y el esfuerzo del legislador en el desarrollo legal de tal derecho, no puede por menos que conducir al entendimiento de un deber de buena fe en la negociación que supera al mantenido en nuestro Derecho común.

Para tratar de fijar el contenido de la buena fe -si es que ello fuese posible- se ha optado por relacionar ésta con cada uno de los períodos por los que transcurre el proceso de negociación del convenio a partir del momento en que, aceptada la oferta de negociación, las partes constituyen la comisión negociadora.

-Requisitos formales y buena fe en la constitución de la comisión negociadora

Con la constitución de la comisión negociadora, comienza la negociación propiamente dicha y por lo tanto la acentuación de la autonomía negocial de las partes. Ello se traduce en las reglas del Estatuto de los Trabajadores en un tratamiento legal respetuoso con ese “espacio de acción” que se le garantiza a la autonomía colectiva para que pueda desarrollar una ordenación autónoma tanto de las normas sustantivas que van a crear y por las que van a regirse, como de las propias reglas formales y de organización que van a conformar el procedimiento de negociación en sí. Lo que no es óbice para que, en base a la eficacia general del convenio, el Título III ET establezca unas reglas formales que deberá seguir todo proceso de negociación, que se imponen a la autonomía colectiva y en este punto, la condicionan. Pese a ello no puede decirse que se trate de un sistema legal rígido, al contrario, las reglas legales son escasas y en muchos casos de carácter opcional, por lo que, más que limitar la autonomía de los sujetos sociales, contribuyen a potenciarla, al asegurar, mediante esta vía, la eficacia general del convenio colectivo. Y puesto que es aquí cuando la autonomía de los sujetos negociadores alcanza uno de sus niveles más altos, es también aquí cuando la buena fe en la negociación deberá estar presente con mayor intensidad.

Los requisitos formales que se exigen en este momento son dos: la escritura del acto de constitución -art. 88.4 ET-, y el establecimiento de un *numerus clausus* en la elección de los miembros representantes de ambas partes -art. 88.3 ET-. El primero, la obligación de documentar por escrito el acto de constitución, es considerado por los Tribunales de lo social -STCT de 6 de noviembre de 1984 y STS 5 de octubre 1995 (Ar.866)- y la doctrina científica (De la Villa Gil, García Becedas, y García-Perrote Escartín, 1991, 227) como requisito *ad solemnitatem*, haciendo derivar de su cumplimiento, la eficacia *erga omnes* del convenio.

En cuanto al contenido de este primer acto de constitución, existen pocas previsiones legales, aunque, sin duda, se deberá hacer constar en el escrito quienes sean los miembros que van a formar dicha comisión por ambas partes: “donde se expresen nombres y apellidos de sus componentes junto con la credencial de legitimación de cada una de las partes y constancia de a quienes representan” -STCT de 10 de agosto de 1983-.

El nombramiento de los componentes de la comisión negociadora en representación de los distintos sujetos que pueden participar en la negociación de acuerdo con la unidad de negociación, debe hacerse según los criterios de proporcionalidad respetando la representatividad de cada sindicato o asociación empresarial.

Ya que, como es doctrina constitucional, atentaría a la libertad sindical –además de ser contrario a la buena fe en la negociación-, reducir de forma injustificada y arbitraria el número de miembros de la comisión para excluir de la misma a algún sujeto con legitimación inicial -STC 137/1991, de 20 de junio y SSTS 9 julio 1993 y 16 de junio 1997-; o excluir a los independientes -STS 10 diciembre 1993 y 27 abril 1995-, si bien, como igualmente señala la jurisprudencia, los sujetos negociadores son libres en principio para fijar una composición numérica inferior -STS 13 noviembre de 1997-.

Una cuestión no mencionada por el Estatuto de los Trabajadores es si la ausencia de alguno de los componentes de la comisión invalidaría el acto constitutivo.

Pero, como bien se sabe, la doctrina de nuestros tribunales ha considerado que la ausencia de algunos representantes -de una parte o de las dos- no obstará la validez del acto -STCT de 26 de enero de 1981- y de sus acuerdos siempre que, antes de la firma del convenio, sea subsanado el defecto mediante la aceptación de lo hasta entonces negociado por aquellos miembros ausentes, una vez que se produzca su incorporación.

Manifestación de la autonomía colectiva en este punto es el reconocimiento mutuo de su legitimación para convenir -STS 14 de julio de 2000- lo que debe recogerse necesariamente en el Acta de constitución, así como la fijación del tiempo de duración de las sesiones, la fecha de su celebración, el lugar donde se vayan a producir las mismas, la designación de un presidente; el procedimiento de moderación de las sesiones; la actuación mediante portavoz; la asistencia de asesores; los días en que se va a liberar a los miembros de la comisión de sus ocupaciones profesionales para llevar a cabo sus funciones de negociación -que pueden ser más de los previstos para las reuniones-... Y, muy importante, corresponde igualmente a la autonomía de las partes el establecimiento de reglas para facilitar el progreso en los acuerdos y en la negociación: formas para evitar las situaciones de *impasse*, aceptación de medios para la solución de posiciones encontradas que bloquean la continuación del proceso negociador, reglas sobre contenido de las Actas parciales -si bien ya la jurisprudencia señaló con referencia a éstas que “no es necesario un contenido mínimo ni exhaustivo de cada sesión por su carácter meramente instrumental” - STS 27 de abril 1995 -.

En este primer momento la buena fe actúa impulsando a los sujetos a constituirse en comisión, vedando aquellas conductas dirigidas a limitar o, directamente, a impedir la acción negociadora. Serán actitudes contrarias a la buena fe en la negociación: “adoptar conductas claramente obstruccionistas dirigidas a dilatar el proceso negociador, así como la presentación de propuestas o la exclusión de las negociaciones de ciertos temas con la clara intención de impedir o dificultar el acuerdo, o aquellos comportamientos desleales que excluyan el acuerdo a través de una aproximación razonable de posturas” (Rivero Lamas, 1998, 971).

La buena fe, sin embargo, no sólo exige que las partes no actúen de forma obstruccionista o meramente pasiva, sino que debe entenderse también en un sentido positivo. Por ello la buena fe en la negociación significa una forma de actuar diligente que vincula a las partes y dirigida a alcanzar el acuerdo. Si bien ello no suponga, como bien se sabe, que el convenio deba celebrarse finalmente -STCT de 19 de junio de 1987-, ni impide que los sujetos negociadores abandonen la comisión -STCT de 18 de enero de 1988-.

En todos estos casos la conducta atentatoria del deber de buena fe se manifiesta como una actitud “frente” a la otra parte de la negociación, sin embargo, también se considera conducta contraria a la buena fe aquélla que, con igual finalidad obstruccionista, se dirige a otros sujetos del mismo banco social, buscando mediante mecanismos directos o indirectos, la exclusión de determinados sujetos legitimados de la formación de la comisión negociadora, o de la participación en otras comisiones de desarrollo o de revisión que a partir de la misma pudiesen formarse.

Como igualmente se considera contraria a la buena fe, la negociación celebrada al margen de la comisión negociadora, imponiéndose los acuerdos a la otra parte que ha permanecido ajena a la negociación encubierta -STC 39/1986-.

Por el contrario, no se considera vulneración de la buena fe en la negociación el no citar a todos los sujetos con legitimación inicial para la formación de la comisión negociadora, siempre que quien inicie el proceso reúna ya en sí la mayoría legalmente exigida para constituirarla, al entender que la obligación de comunicar la iniciativa de negociación al Registro de Convenios Colectivos de Trabajo, abierto a la consulta de cualquier interesado, salva cualquier impugnación en la que pueda alegarse desconocimiento del proceso negociador -SAN de 15 de octubre de 1997-.

- Requisitos formales y buena fe en el funcionamiento de la comisión negociadora.

Constituida la comisión negociadora, las representaciones que forman parte de ella han de realizar los tratos, ofertas y contraofertas en que consiste la negociación y que preceden a la adopción de los acuerdos. En esta etapa el proceso negociador se desarrolla en el seno de la comisión negociadora sin apenas sujeción a trámites o formalidades, al ser la dinámica de la negociación muy difícil de reducir a esquemas normativos.

Existen, sin embargo, algunas previsiones legales en este período del procedimiento. La más importante es la relativa a la mayoría de cada una de las dos representaciones necesaria para adoptar el acuerdo -art. 89.3 ET-, de cuyo cumplimiento depende que el convenio colectivo alcance finalmente la naturaleza de estatutario.

Salvo esta regla formal la comisión negociadora actúa con libertad y bajo el principio de buena fe: “por lo que deja libertad a los negociadores para que, de mutuo acuerdo, señalen qué cuestiones deben reflejarse, y son (las actas parciales) formalmente válidas con que reseñen los acuerdos fundamentales de la negociación” (sin que sea preciso que) “constituyan un relato pormenorizado de las diversas posiciones adoptadas para cada uno de los componentes de la mesa negociadora” -STCT de 19 de abril de 1983-.

De hecho, la práctica negocial tiene comúnmente acuñadas una serie de reglas de conducta que generalmente se respetan. Así es común la aprobación de las actas de cada sesión al comienzo de la sesión posterior, como es usual que en éstas se recojan literalmente cuantas intervenciones se realicen -especialmente cuando las partes expresamente lo soliciten-, o que se haga constar el acuerdo de las partes sobre modificación total o parcial del plan de negociación o calendario, si debe variarse la primera redacción a la vista del desarrollo de las negociaciones; o que se recoja el acuerdo de sumisión a procedimientos de mediación o arbitraje; así como las fórmulas para salvar las situaciones de *impasse*; o el procedimiento para salvar el voto cuando los acuerdos adoptados pudiesen incurrir en alguna clase de ilicitud.

El convenio colectivo aparece de esta forma como un negocio jurídico de formación compleja, pero de perfeccionamiento en un sólo acto: la aprobación final del texto completo, con las mayorías exigidas en el art. 89.3 ET, y respaldado con la firma de los integrantes de la comisión. Y como todo negocio jurídico con tales características, la existencia de una serie de actos previos -como los preacuerdos, las actas parciales o los textos preparatorios-, no convierte al convenio colectivo en una actividad continuada en el tiempo y perfeccionada de forma sucesiva por acuerdos parciales de las partes, ya que, “cualquiera que sea el avance o grado o intensidad de los actos previos, carecen de relieve para que las partes queden obligadas por el contenido de los mismos, de tal suerte que, sólo cuando se logra el objetivo final del acuerdo definitivo con la suscripción del convenio es cuando el contenido de aquellos resulta trascendente o sustantivo” - STCT, de 25 de enero de 1989-, sin que quepa entender que la buena fe imponga el mantenimiento de las reivindicaciones iniciales ni las que después pudiesen producirse -STS 19 de junio 1991-.

En el desarrollo de la negociación “ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe”, dice el art. 89.1 ET, considerando como manifestación expresa de actitudes contrarias a la buena fe la existencia de violencias “tanto sobre las personas como sobre los bienes”. Conducta grave que podría dar lugar a una sanción penal por coacciones o genéricamente a una sanción administrativa como infracción laboral grave si fuese por parte del empresario, y de la que hace derivar el art. 89.1 ET como consecuencia “la suspensión de la negociación en curso hasta la desaparición de aquellas”. Es decir, parece que de una actitud violenta

y contraria al principio de buena fe quien podría beneficiarse sería la parte que no quiere negociar o que le interesa en un momento dado interrumpir la misma. Siempre que, además, añade el precepto “y ambas partes comprobaran su existencia”, condición que merece la misma crítica anterior pero que, en buena lógica, debe interpretarse entendiendo que la negativa del hecho notorio es un exponente más de la mala fe de la parte que, por tales medios, quiera impedir la negociación.

Sin más indicaciones legales expresas que la señalada cabe deducir de ésta que la buena fe en la negociación no sólo implica la prohibición de actos violentos, sino también de aquellas conductas que supongan engaños, intimidaciones o maquinaciones fraudulentas.

Por lo demás, la delimitación de la buena fe en la negociación, como todas aquellas cuestiones referidas a deberes de impalpable e inapreciable valoración, es de difícil concreción. Como ejemplo, las vacilaciones que se aprecian en los Informes del Comité de Libertad Sindical, que, interpretando el Convenio OIT núm. 98, y tras afirmar que empresarios y sindicatos “deben negociar de buena fe”, no considera que la negativa a negociar, ni la actitud intransigente de las partes, supongan vulneración del principio de la buena fe. Es la jurisprudencia la que, en sentido limitativo, se ha pronunciado sobre el alcance de este deber: “la buena fe no obliga a mantener en todo momento las ofertas hechas durante las deliberaciones” -STS 19 junio 1991- o, “el deber de negociación de bona fide no llega hasta la obligación de convenir y el hecho de iniciar las conversaciones no desemboca forzosamente en la firma de un convenio -STS 17 noviembre 1998-, así como el deber de negociación tampoco llega a la obligación “de reanudar aquellas conversaciones ya finalizadas salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido” -STS 30 septiembre 1999-; ni impide pactar un convenio colectivo extraestatutario inmediatamente después de la ruptura de negociaciones con quien no ha contribuido a ello por la convocatoria de una huelga -SAN 9 de marzo 2000 -.

Si bien en otros supuestos “se considera contrario al principio de buena fe exigir la negociación de un nuevo convenio estatutario inmediatamente después de haberse negado a firmar un convenio precedente, negociado de acuerdo con los preceptos del Título III ET -STS 3 febrero 1998-.

Y como señala la doctrina (Alonso Olea, Casas Baamonde, 2000, 861), habrá que estar a las circunstancias de cada caso para valorar la conducta de las partes y determinar el cumplimiento o infracción del deber de negociar de buena fe, poniendo de ejemplo como la escasa duración del proceso de negociación, la presentación de una oferta innegociable, la ruptura inmediata de las negociaciones... configura un “panorama de indicios contrarios” al deber de negociar de buena fe y consiguientemente a la libertad sindical de los negociadores sindicales -STC 107/2000-.

Muy útil, en este sentido, el I Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva en cuanto fija las reglas de conducta destinadas a los sujetos negociadores para su actuación dentro del principio de la buena fe. Según éstas se debe proceder de la siguiente forma: a) inicio inmediato de las negociaciones una vez denunciado el convenio colectivo; b) establecimiento de procedimientos y cauces para evitar bloqueos y rupturas; c) formulación por escrito de propuestas y alternativas; d) limitación de los tiempos de consulta y deliberación; e) cumplimiento de los compromisos adquiridos en la negociación y sometimiento a soluciones de mediación y arbitraje previstas en el ASEC.

Una de las manifestaciones más importantes del deber de buena fe es, sin duda, el deber de información de las razones que justifican la propia postura en la negociación. Obligación difícil de hacer cumplir en la práctica, ya que, junto al recelo de la patronal de suministrar información, sobre todo la de carácter económico, no existe regla específica que la imponga, ni siquiera que delimite el marco de la misma. Por ello es importante recordar las notas que atribuye Ojeda Avilés (2012, 334-335) al deber de información: a) Es un deber que obliga por igual a las dos partes. b) La información no impide el establecimiento de medidas conflictivas. c) Debe considerarse ilícita la ocultación de información a los sindicatos a través de medidas indirectas o la utilización de mecanismos diversos.

En España, fueron los grandes pactos institucionales, singularmente los Acuerdos Marco de 1980 (UGT/CEOE) y Acuerdo Interconfederal de 1983, los que establecieron la obligación de información económica si bien limitado a las empresas con déficit continuado. Sin embargo, fue a través del I Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva cuando comienza a enfocarse de manera más decidida el derecho de información en la negociación colectiva (IV, 7º), con un desarrollo que confluye en el genérico principio de buena fe contractual, cuyas líneas hemos enumerado más arriba, si bien, como señala Vida Soria (1997), todo ello queda relativizado por el carácter no obligacional de dicho Acuerdo.

Por otra parte en aquellos países donde existe el deber de información durante la negociación colectiva, singularmente en los EE.UU., Gran Bretaña, Italia y Bélgica (García Blasco, 1981, 210); se garantiza que la información sea útil, precisa y real, potenciando el control administrativo a través de oficinas ad hoc. Lo que, como se sabe, no ocurre en nuestro país.

Quizá el art. 90.5 ET que difiere competencias a la jurisdicción competente para adoptar “las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes”, cuando un convenio conculca la legalidad vigente - STC 81/1990, de 4 de mayo- podría ser una vía de control de actitudes contrarias al deber de buena fe en la negociación; así como la regla del art. 89. 4 ET “en cualquier momento de la deliberaciones, las partes podrán acordar la designación de un mediador designado por ellas” pueda contribuir como fórmula de desbloqueo de la negociación. Por lo demás el incumplimiento del deber de

negociar de buena fe por la parte empresarial se puede considerar genéricamente incluido en los supuestos del art. 7.10 LISOS y por tanto objeto de sanción administrativa como infracción laboral grave.

-Requisitos formales y buena fe en el acuerdo de las partes y en el control de legalidad del convenio.

Alcanzado el acuerdo final, se extenderá éste por escrito -art. 90.1 ET-. La obligación formal de la escritura es requisito *ad solemnitatem*, cuyo incumplimiento se sanciona con la nulidad del mismo. Lo que se justifica no sólo porque únicamente es posible así el control de legalidad, sino también y fundamentalmente porque el carácter de norma *erga omnes* atribuida al convenio colectivo estatutario así lo exige. De este primer requisito se derivan los demás de registro, depósito y publicación.

La reducción del intervencionismo administrativo consecuente con la promoción de la autonomía colectiva llevó a sustituir los anteriores acuerdos de homologación de los convenios, aplicables a los que se tramitaban en la legislación anterior, a una mera intervención administrativa, consistente en la obligación de presentarlos ante la Autoridad Laboral a los solos efectos de registro -art. 90.2 ET-. Sin embargo, la función que cumple el Registro en nuestro ordenamiento va más allá de la simple constatación de la existencia del convenio. Ciertamente, aunque el Registro al que hacen referencia los arts. 89 y 90 del ET puede tener aspectos estrictamente internos -conocimiento por la Administración de los datos relativos a la negociación colectiva, racionalización y organización de la actividad administrativa, a través del establecimiento de una forma adecuada para el tratamiento de estos datos-, resulta evidente que presenta aspectos propios de los Registros establecidos para facilitar la actividad de la Administración en orden a la delimitación y control de actividades privadas y las relaciones externas a la Administración. Pero, además, la inscripción en el Registro constituye un presupuesto de la publicación del convenio colectivo aprobado en el periódico oficial, y permite, a su vez, importantes efectos externos sobre la existencia de una negociación colectiva en vías de iniciación o de desarrollo y de la existencia de un convenio aprobado eventualmente, susceptible de impugnación ante la Jurisdicción laboral. De ello resulta que los efectos de publicidad del Registro de Convenios Colectivos excede de los intereses de la organización interna, pues sirve para poner en conocimiento de los posibles interesados, la existencia de hechos o actos relacionados con la negociación colectiva que les permiten tomar iniciativas ante otros particulares, ante la propia Autoridad laboral o ante los propios órganos jurisdiccionales competentes, a fin de hacer respetar su derecho a la negociación colectiva, o a fin de oponerse a actos que puedan ocasionar perjuicio para sus intereses -STC 18/1982, de 4 de mayo, SAN 7 de octubre de 2000 y SSTS 15 octubre 1996 y 14 de abril de 2000 -.

La publicación del convenio supone, finalmente, una presunción de legalidad y por tanto su carácter de norma jurídica exigible y de preceptiva aplicación

-STCT de 16 de febrero de 1982-. Presunción *iuris tantum* destruible por prueba en contrario (art. 1.251 Código Civil), que acredite el incumplimiento de alguno de los requisitos legales o “la concurrencia de los vicios que alega”-STS 27 de abril de 2000-.

- En resumen.

El deber de negociar, en el contexto de nuestro ordenamiento actual, más allá de asegurar el funcionamiento del procedimiento de negociación, tiende directamente a garantizar la eficacia de la negociación colectiva. Y ello porque, con su establecimiento, la norma estatal ha regulado una verdadera presunción *iuris et de iure* de que los interlocutores sociales han aceptado la negociación colectiva como medio principal de regulación de las relaciones laborales.

Al mismo tiempo, el deber de negociar y además de negociar de buena fe – como una concreta manifestación del primero – opera como impulsor de la negociación colectiva en su conjunto, genera obligaciones recíprocas de conducta entre las partes, y, finalmente, impide actitudes negativas u obstruccionistas. En este sentido el deber de negociar y la buena fe en la negociación, como obligación accesoria de la principal – negociar- suponen una actitud general que debe impregnar la conducta de las partes (Quesada Segura, Vila Tierno, 2002, 36).

Sin embargo, deben distinguirse ambas obligaciones, tanto por su naturaleza específica como por la finalidad que cumplen en dos momentos diferentes del procedimiento negocial. Así, mientras que el deber de negociar se configura como una obligación legal que solamente surge si se produce un supuesto de hecho perfectamente delimitado y reglamentado, como es la recepción de la comunicación de iniciativa negocial por la parte a la que se dirige, y cuya finalidad se centra en el inicio de la negociación, la buena fe, por el contrario, es un concepto jurídico indeterminado, un estándar de conducta, cuya esencia puede resumirse en actuar con veracidad y lealtad.

Distinción, no obstante, que no deja de ser artificiosa – aunque la legislación no deja opciones al respecto – en cuanto que ambas obligaciones constituyen la manifestación de un solo y único deber: hacer posible la conclusión de acuerdos en los que se concreta la actividad promocional de la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., “Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo”, en REDT, Civitas, núm. 100, 2000.
- DE LA VILLA GIL, L.E., CARCÍA BECEDAS, G. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1991.
- GARCÍA BLASCO, J., “El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el Derecho español”, en REDT, Civitas, núm. 6, 1981.
- GIUGNI, G. “La negociación colectiva en el ordenamiento constitucional”, en AA. VV. *Los trabajadores y la Constitución* (coord. M. Rodríguez-Piñero), Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980.
- OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2012.
- QUESADA SEGURA, R. y VILA TIERNO, F. *El procedimiento de negociación de los convenios colectivos. Un estudio jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 2002.
- RIVERO LAMAS, J. “Artículo 89” en AA.VV. Monereo Pérez, J.L. (dir.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- VIDA SORIA, J. “Los Acuerdos para la Estabilidad en el Empleo y para la Negociación Colectiva de 1997 en el marco del sistema normativo para las relaciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1997, págs. 19 y ss. (Tomo 1, pp. 591-608).

INTERVENCIÓN Y AUTONOMÍA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA REFLEXIÓN DESDE EL MODELO PLURALISTA URUGUAYO DE RELACIONES LABORALES

Juan Raso Delgue
Catedrático de Relaciones Laborales
Universidad de la República, Montevideo – Uruguay

1. INTRODUCCIÓN

En 1993, en oportunidad de editar – conjuntamente a Oscar Ermida Uriarte – un libro sobre *La Negociación Colectiva en América Latina*, Ojeda Avilés expresaba que la intervención del Estado en el proceso negociador es en América Latina “un fenómeno tan complejo y trascendente, que seguramente alguno llega a pensar que sin dicho intervencionismo, no puede existir ni comprenderse esa negociación colectiva” (Ojeda Avilés A.- Ermida Uriarte O., 1993, p. 11). Agregaba que “contra lo que ordinariamente se entiende, de que el intervencionismo público se concreta en establecer condiciones de trabajo mínimas y máximas, también existe esa otra clase de presencia administrativa consistente en la instalación de resortes burocráticos a la negociación colectiva, capaces de decidir las situaciones en el sentido que las autoridades administrativas o políticas estimen oportuno” (*idem*, p. 51).

Sobre esta alerta lanzada en plena época de neoliberalismo por el juslaboralista español, queremos reflexionar a la distancia de 20 años y desde la realidad de Uruguay, en que ha existido en los últimos ocho años una intervención del Estado claramente orientada hacia la promoción de la libertad sindical.

El modelo uruguayo de relaciones laborales tuvo tradicionalmente características particulares, que lo distinguieron en el derecho comparado latinoamericano.

Resumimos esas características en sus tres principales aspectos:

- a) Alta autonomía en la regulación de las relaciones colectivas de trabajo;
- b) Preeminencia del sindicalismo a nivel de actividad;
- c) Importancia de la doctrina y la jurisprudencia que siempre consideraron al convenio colectivo como una fuente principalísima del derecho del trabajo.

Era posible distinguir en el Derecho del trabajo uruguayo dos vertientes: la estatal o heterónoma en el derecho individual del trabajo, que expresa la intensa intervención protectora del Estado y, por el otro, la vertiente de la autonomía en lo que respecta al derecho colectivo del trabajo (Rosenbaum J., Ameglio E. y Raso Delgue J., 1993, p. 275).

En este marco se desarrolló una amplia negociación colectiva pura o informal, no regulada, de surgimiento espontáneo y curso discontinuo, impuesta casi siempre por el conflicto y la reivindicación sindical (*idem*, p.296). Hablábamos de negociación colectiva “típica” o “pura”, para diferenciarla del sistema nacido en el año 1943, que se expresó en una negociación estructurada por grupos de actividad en el ámbito de los Consejos de Salarios (con suspensiones en los años 1968 a 1985 y 1992 a 2005). Las dos modalidades de negociación – informal/bipartita y orgánica/tripartita – operaron contemporáneamente en los períodos de convocatoria de los Consejos de Salarios, mientras que en las épocas en que éstos no fueron convocados, siguió operando la negociación colectiva informal. Esta estructura separada y a la vez complementaria, permitió expresar a Bronstein que en Uruguay existe un sistema de negociación de “doble pista” (Bronstein A., 1989, p. 92).

En este modelo en el que convivieron tradicionalmente una negociación no estructurada y autónoma y la experiencia de los Consejos, se aprobó - luego de un intenso debate político, jurídico y mediático - la Ley N° 18.566 promulgada el 11.09.2009. Sus orígenes se remontan a la plataforma política de la coalición de izquierda del *Frente Amplio*, que alcanzó el gobierno en marzo de 2005. En la misma se establecían tres objetivos concretos en materia laboral: a) la convocatoria de los Consejos de Salarios; b) una ley de protección de la libertad sindical; c) una ley de negociación colectiva. Cumplida la convocatoria de los Consejos en los primeros meses de 2005 y aprobada la ley de libertad sindical el 2 de enero de 2006, quedaba pendiente la cuestión relativa a la regulación de la negociación colectiva (Raso Delgue J. *et al*, 2010, p. 59 y ss.).

2. EL ROL DEL ESTADO EN EL MODELO URUGUAYO EN LAS DOS ÚLTIMAS DÉCADAS

A partir de la reflexión inicial de Ojeda Avilés, es posible diferenciar en el modelo uruguayo de relaciones laborales de las dos últimas décadas dos diferentes formas de intervención del Estado: un Estado prescindente, aparentemente neutral en el período 1992 a 2005; un Estado promotor de las políticas del trabajo desde 2005 a la fecha. En el primer período - coincidente con el auge y decadencia del neoliberalismo -, el modelo se caracterizó por un Estado supuestamente imparcial, que dejaba librada a las partes la iniciativa de negociar colectivamente. Algunos hablan de una época de amplia autonomía de los actores sociales, porque el Estado no influía en la negociación, pero la neutralidad de un Estado prescindente en el sistema, en los hechos implica un apoyo silencioso a los empleadores, quienes - por su característica de proveedores de empleo - tienen en un sistema capitalista mayor poder que las organizaciones sindicales. La autonomía negocial – sin intervención pública – puede constituir un espacio de falsa libertad para los sujetos más débiles.

El sistema cambia radicalmente a partir del 2005, en que el nuevo gobierno “frenteamplista” asume como política pública las relaciones laborales e interviene en el sistema con una clara finalidad: devolver poder a las organizaciones sindicales, para que negocien en pie de igualdad con el actor empleador. La aprobación de la Ley 18.566 de 11 de setiembre de 2009 sobre negociación colectiva culmina un plan, que marca el neointervencionismo del Estado uruguayo en la negociación. (Raso Delgue J., 2009, pp. 19 y ss.). Hoy el debate en Uruguay se centra en determinar si es posible seguir hablando de un modelo negocial autónomo o la intervención del Estado a través de leyes de sostén del sistema colectivo ha debilitado esa característica, para colocar el modelo en la franja del intervencionismo público. Es cierto que puede afirmarse que en el modelo neoliberal existía mayor autonomía de los actores sociales, aunque en la actualidad el intervencionismo estatal apunta a una dirección diferente de la que había sido tradicional en América Latina.

Lo que planeamos en esta breve nota – como lo hacía Ojeda Avilés hace veinte años – es si la intervención del Estado en la negociación colectiva (por la doble vía de la integración de los Consejos de Salarios y de la regulación legal de aspectos importantes de la negociación) – es expresión de una “legislación de soporte” o constituye un intervencionismo administrativo que somete la negociación colectiva a los intereses “que las autoridades administrativas o políticas estimen oportuno”.

3. INTERVENCIONISMO RESTRICTIVO E INTERVENCIONISMO DE PROMOCIÓN

Al abordar el tema de la intervención del Estado en el derecho colectivo del trabajo y en especial en la negociación, se vuelve necesario calificar la intenciona-

lidad de esa intervención. No es lo mismo un Estado que interviene para reprimir la organización sindical, que un Estado que opera en el sistema para sostener a los sindicatos y, en definitiva, al sistema mismo.

Como ha expresado Oscar Ermida Uriarte, tradicionalmente el intervencionismo del Estado en las relaciones colectiva de trabajo en América Latina respondió a una clara intencionalidad política: el Estado en América Latina “ha mostrado, generalmente, una obsesión por el control político del sindicato y de su acción. La reglamentación heterónoma de los sindicatos en Latinoamérica es asimétrica, no ya porque tenga caracteres de promoción, soporte o apoyo a la acción sindical, sino por lo inverso: por ser más reglamentarista, exigente, limitadora y restrictiva con los sindicatos de trabajadores que con las organizaciones de empleadores y, asimismo, por ser más proclive a la reglamentación estructural del sindicato que a la protección de la acción sindical” (Ojeda Avilés A.- Ermida Uriarte O., 1993, pp. 109 a 113).

Pero el mismo autor recuerda que la intervención estatal puede también expresarse en una reglamentación y acción promocionales, de soporte o apoyo a la autonomía colectiva; es decir, una intervención que no reprime la autonomía, sino que la garantiza. ¿Cómo calificar el actual intervencionismo estatal en el sistema uruguayo de relaciones laborales?

La cuestión implica una evidente valoración: ¿es necesariamente “malo” un sistema en que predomina el intervencionismo estatal? Como dijimos antes, en este abordaje no podemos afirmar que el sistema anterior era de amplia autonomía, porque existía un intervencionismo estatal “por omisión”: los momentos de amplia autonomía (sin la convocatoria de los Consejos de salarios) no coincidieron con la promoción del derecho colectivo del trabajo y no son hoy un ejemplo para celebrar (ver en sentido contrario, Slinger L., 2009, pp. 67).

En definitiva lo que planeamos en esta breve nota – como lo hacía Ojeda Avilés hace veinte años – es si esa intervención (y en especial la intervención en la negociación colectiva, por la doble vía de la integración de los Consejos de Salarios y de regular por ley aspectos importantes de la negociación, que se ha plasmado a través de decisiones políticas y leyes a partir de 2005) – es expresión de una “legislación de soporte” o constituye un intervencionismo administrativo que somete la negociación colectiva a los intereses “que las autoridades administrativas o políticas estimen oportuno”.

4. DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO, IDEOLOGISMO Y EL PLURALISMO DE OXFORD

Cualquier abordaje a temas del derecho laboral estará necesariamente influido por cierta dosis de ideologismo. No nos referimos a la ideología como color polí-

tico o partidario, sino como una visión del mundo y de la vida en la que el trabajo humano adquiere mayor o menor relevancia. Este “ideologismo” inevitablemente acompaña o guía las posiciones del laboralista, y si ello es cierto en el derecho individual del trabajo, más lo será en la esfera colectiva.

¿Es preferible la intervención de un Estado “amigo” del trabajador o esa intervención – aún con la intención de apoyo y soporte – se vuelve inexorablemente una intervención administrativa que quita autonomía a las partes (en este caso también a la parte trabajadora, que el Estado pretendía ayudar)?

Las respuestas ante preguntas complejas nunca deben ser absolutas, porque es siempre necesario dejar espacios para relativizar las opiniones en temas arduos. Pero tampoco queremos eludir toda opinión, y para ello recurrimos a una concepción de las relaciones laborales que ha sido recibida favorablemente por nuestra doctrina laboral, encabezada por el propio Oscar Ermida Uriarte: la teoría pluralista de Oxford.

Ya otras veces hemos recordado que nuestro derecho colectivo del trabajo está fuertemente influido por un enfoque británico sobre las relaciones laborales o “industriales”. Esta influencia se ha expresado en dos cuestiones centrales del sistema nacional: a) la creación de los Consejos de salarios, b) la visión pluralista del sistema de relaciones laborales y el derecho colectivo del trabajo, como ampliamente afirma la doctrina uruguaya.

Los primeros antecedentes de la Ley 10.449 del sistema de los Consejos de salarios (columna vertebral de nuestro modelo de relaciones laborales) son los proyectos del senador Frugoni de 30 de marzo de 1912 y de 18 de febrero de 1920, quien se inspiró en *Trade Boards Act*, ley inglesa de 20 de octubre de 1909 que instituyó Consejos (*Trade Boards*, luego *Wage Councils*).

La segunda influencia británica en nuestro derecho colectivo de trabajo la ubicamos en la llamada escuela pluralista de Oxford.

La Escuela de Oxford – cuyos máximos exponentes fueron Clark Kerr (Pionero), Allan Flanders, Hugh Clegg y Alan Fox – postula que las relaciones laborales se apoyan sobre fuerzas opuestas, porque trabajadores y empleadores tienen objetivos distintos y adhieren a roles distintos. El estudio de las relaciones industriales debe tomar en cuenta su naturaleza conflictiva, originada en la contradicción de intereses y en la búsqueda de la satisfacción de objetivos de las partes que le son particulares.

El conflicto es considerado para la Escuela de Oxford como algo inevitable y legítimo y la negociación colectiva – en la medida en que esté asegurada la organización de los intereses de los trabajadores y el derecho de huelga – es el método principal susceptible de mantener en límites tolerables los conflictos que se manifiestan en el campo de las relaciones laborales (Fox, A. y Flanders, A. 1969, pp. 151-180).

¿Cómo llegó el enfoque británico a nuestras latitudes? La conexión se produjo por obra de Otto Kahn-Freund, quien, luego de abandonar su Alemania natal para escapar al nazismo, escapa a Londres, donde inició nuevos estudios en la *London School of Economics*. Su brillante condición lo llevó rápidamente a ser primero asistente y luego profesor de esta Universidad. Luego fue también profesor de la Universidad de Oxford (*Brasenose College*). Su obra “Trabajo y Derecho” influyó notablemente en la generación de laboristas europeos de los ’80, y en Uruguay fue defendida por Ermida Uriarte, que defendió y promovió una concepción pluralista y por ende no unitaria de los intereses y perspectivas de los empresarios (Ermida Uriarte O., 1988, pp. 74 y 75). Esa concepción encuentra en la negociación colectiva el principal instrumento normativo.

En esta visión un interés especial tiene la negociación colectiva como mecanismo esencial de interacción entre los actores. Pero la Escuela de Oxford – y luego Otto Kahn Freund – señalan que por encima de los diversos intereses, existe el interés público y el Estado es su guardián. Éste es el encargado de lograr un cierto equilibrio entre las partes impidiendo la hegemonía de un grupo sobre otro. Más allá de los intereses de los diversos grupos está el interés público superior a los otros. El Estado es el guardián del interés público. El Estado debe proteger a los más débiles e impedir que ciertos grupos dominen sobre otros (Cedrola G., 1994, p. 52 y ss.).

5. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA

En el debate sobre la oportunidad (o inoportunidad) del intervencionismo estatal en las relaciones laborales, debemos ser selectivos, descartando aquellas formas que pretenden reprimir la autonomía, pero justificando aquellas otras que buscan la promoción y consolidación del sistema.

Sin perjuicio de ser siempre cautos y atentos con relación al rol del Estado en el sistema, consideramos oportunas las políticas públicas en materia de trabajo, que tutelan al trabajador en lo individual y lo colectivo. En tal sentido el Estado uruguayo ha tenido un protagonismo en las relaciones laborales que en definitiva ha significado crecimiento y empoderamiento de las organizaciones de los trabajadores. Asistimos hoy a la particular situación que esas organizaciones – fuente del poder que obtuvieron a partir del intervencionismo estatal “*pro-labor*” - hoy confrontan a ese mismo Estado, pero no por ello puede desconocerse que la intervención estatal – especialmente en lo legislativo y en lo relativo a la consolidación de los Consejos de salario – ha sido muy beneficiosa para sus intereses.

Nos hemos referido al enfoque pluralista de Oxford, porque consideramos que el Estado, aún en el marco del más amplio pluralismo, tiene la responsabilidad de ser “árbitro y guardián” del sistema. Ello debe ser así, porque el Estado

representa a intereses de toda la ciudadanía, que no siempre son coincidentes con los intereses de los actores sociales. Vivimos en sociedades cada vez más diferenciadas y complejas, donde los intereses de los actores sociales (aquellos a los que *tradicionalmente* se los adjetiva como “actores sociales”, es decir empleadores y organizaciones de trabajadores) deben coexistir con otros intereses jurídicamente relevantes de los ciudadanos. No existen *Consejos de salarios* para los jubilados o los desempleados o los informales, pero estas categorías sociales no dejan de tener intereses que muchas veces son diferentes y hasta contrapuestos a aquellos de los interlocutores sociales. El riesgo de un sistema de relaciones laborales con un poder excesivo en los empleadores y trabajadores, es el de ingresar en un modelo corporativo, donde los intereses de las organizaciones primen sobre todos los demás intereses en una sociedad plural.

Por lo tanto en el dilema intervencionismo promotor o intervencionismo represor optamos claramente por el primero, en el entendido que es bueno que el Estado establezca estructura de soporte del sistema (en especial con las tutelas de las libertades sindicales). Pero también, reconocido el poder como disperso a través de los distintos grupos de interés, el Estado acepta su rol mediador e interventor, para lograr el equilibrio de los grupos, impidiendo la hegemonía de unos sobre otros. En un sistema amplio de relaciones laborales, el Estado debe asumir la *gobernanza* del mismo, que no significa gobernar en el sentido de organizar y administrar determinada realidad, sino **crear, promover, estimular los instrumentos necesarios para una amplia participación de todos los actores en nuestra sociedad que directa o indirectamente están vinculados al sistema de relaciones laborales**: más que al gobierno público, la gobernanza refiere al cogobierno participativo de toda la sociedad civil (Raso Delgue J., 2010, p. 10).

BIBLIOGRAFÍA:

- BRONSTEIN A., *La evolución de las relaciones de trabajo en el Uruguay: logros y desafíos*, en Rev. Internacional del Trabajo, vol. 108, Ginebra 1989.
- CEDROLA G., “Los enfoques teóricos en relaciones industriales”, en *Revista de Relasur*, Montevideo, 1994, N° 2.
- ERMIDA URIARTE O., *Sindicatos en Libertad Sindical*”, 2ª Edic., Montevideo 1988.
- ERMIDA URIARTE O., “La Intervención administrativa – Origen, características y perspectivas”, en *La negociación colectiva en América Latina* (Editores Antonio Ojeda Avilés, Oscar Ermida Uriarte), Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Madrid, 1993.
- FOX, A., FLANDERS, A.: “Collective bargaining: from Donovan to Durkheim”, en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 7, n. 2, Londres 1969.

- OJEDA AVILÉS, A., Prólogo a *La negociación colectiva en América Latina* (Editores Antonio Ojeda Avilés, Oscar Ermida Uriarte), Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Madrid, 1993.
- RASO DELGUE J., *La nueva ley de negociación colectiva: entre Autonomía y regulación*, en revista “Relaciones Laborales” N° 20, Montevideo, 2009.
- RASO DELGUE J., *¿De qué hablamos cuando hablamos de la Gobernanza de las Relaciones Laborales?*, en revista “Relaciones Laborales” N° 22, Montevideo, 2010.
- RASO DELGUE J. et al., *Las nuevas Relaciones Laborales en Uruguay*, Montevideo 2010.
- ROSENBAUM J., AMEGLIO E. y RASO J., *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Uruguay* en AA. VV., *Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo (Coordinador Oscar Ermida Uriarte)*, Montevideo 1993.
- SLINGER L., *La Regulación legal de la negociación colectiva*, en revista “Relaciones Laborales” N° 20, Montevideo, 2009.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN TIEMPOS DE DEUDOCRACIA

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla¹

1. PRESENTACIÓN

Cuando se habla de “deudocracia” se hace referencia al control que sufren algunos Estados por parte de agentes y entidades externas, como consecuencia de su dependencia de financiación exterior mediante emisiones de deuda pública. Esta expresión comenzó a utilizarse en 2011, cuando se realiza en Grecia un documental con este nombre; y se ha generalizado en todo el mundo, como término para definir (y criticar) la situación en que han quedado muchos países con la crisis financiera mundial. Se utiliza en sentido estricto para referirse a la situación que se encuentran aquellos Estados formalmente soberanos pero que se someten a la dirección de unos sujetos externos, como consecuencia de la necesidad de obtener financiación de éstos. Cuando estos Estados no son capaces de financiarse en los mercados de deuda, se ven obligados a solicitar otras fuentes para obtener los

¹ Grupo de Investigación PAI SEJ-322. Proyecto de Investigación DER2012-36755, “Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años”.

créditos que eviten su bancarrota. Éstos vienen de entidades internacionales que acuden al rescate del país en dificultades, a cambio de la firma de memorandos de entendimiento que le comprometen a realizar una serie de reformas y a someterse a una serie de controles periódicos, cuyo cumplimiento determina la entrega de las distintas fases o tramos del paquete global de ayudas. Estos controles han generado su propio imaginario, con una “Troika” formada por tres entidades exteriores que dirigen el proceso (formada a su vez por unas siglas que han comenzado a sonar siniestras: UE; FMI y OCDE), unos “hombres de negro” que forman las misiones de verificación periódica, unos “exámenes” a los que se somete a los Gobiernos, unos “deberes” que éstos deben presentar en reuniones periódicas del Consejo de la Unión Europea, del Eurogrupo o del G-20.

España no ha llegado a ser intervenida del todo, como lo han sido Grecia o Portugal. Pero sí ha tenido un rescate parcial, limitado a sus instituciones financieras y por consiguiente restringido también a este sector en cuanto a las indicaciones exteriores. No por ello estas entidades, y otras similares, han dejado de fijarse en la regulación de las relaciones laborales en nuestro país como objeto de análisis y crítica, aprovechando de su capacidad de persuasión y de presión para forzar unas reformas laborales conforme a sus modelos y prioridades. De esto me ocuparé en este trabajo, en el que me dedicaré a analizar un aspecto particular de estos reproches, cuya selección me parece oportuna en un trabajo colectivo de homenaje a un gran experto en Derecho Sindical, el profesor Antonio Ojeda Avilés; se va a prestar atención a las presiones que en los años de la crisis estos organismos han efectuado sobre nuestro sistema de negociación colectiva, identificando y valorando éstos, y estudiando a la vez el impacto que han tenido sobre nuestro Derecho colectivo, en un período de intenso reformismo laboral.

Las opiniones de estos sujetos externos han sido a lo largo de este período de dos tipos. Por un lado, aquellas elaboradas en el seno de procedimientos de evaluación o análisis, que vienen recibiendo desde hace tiempo pero que en este contexto han adquirido una trascendencia sin precedentes. Este es el caso, por ejemplo, del procedimiento de supervisión previsto en el Capítulo IV del Convenio Constitutivo del FMI; o de las recomendaciones de la Comisión Europea en el marco de la Estrategia Europea de Empleo. Por otro, aquellos documentos producidos por estos organismos de forma ocasional y singular, como reacción ante un hecho o coyuntura determinados. Entre estos últimos encontramos dos muy relevantes: el Memorando de Entendimiento firmado entre el Gobierno español y la Comisión Europea con ocasión del rescate bancario a nuestro país, en 2012; y la famosa, pero nunca revelada, carta del Banco Central Europeo al Presidente Zapatero de 2010. En uno y otro documento vamos a encontrar indicaciones sobre cómo debe ser la negociación colectiva española.

A pesar de que todos estos documentos tienen un origen externo, no cabe duda de que las visiones que recogen son en muchos casos las de actores nacionales,

sujetos españoles contactados por estas instancias para recabar su parecer. Tal es el caso, por ejemplo, de las propuestas sobre contrato único, elaboradas entre nosotros por FEDEA pero impulsadas por distintos documentos de estas agencias, para las que esta institución es más relevante que para el propio Gobierno español. Lo mismo puede decirse del Banco de España, cuyo presidente Fernández Ordóñez se preocupó durante su mandato más de impulsar una reforma laboral que de ejercer las funciones propias de su cargo, con el resultado de todos conocido. Las propuestas de éste pasaban directamente al Banco Central Europeo, que pretendía imponer su puesta en práctica entre nosotros.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: DE LA CRÍTICA CRÓNICA A LA OBSESIÓN EXTERNA

En España la negociación colectiva no deja de ser una institución paradójica, que se ve sometida a juicios y presiones contradictorias. Por un lado, le llueven las valoraciones positivas sobre su desarrollo en pocos años, su papel en el sistema de relaciones laborales, su índice de cobertura o sus efectos en moderación salarial y paz social. Por otro, sufre de lo que en otro lugar he denominado “crítica crónica”, una valoración negativa de muchos de sus aspectos centrales que la ha acompañado desde su reinstauración como una institución plenamente libre en nuestro país. Se le reprocha su estructura negocial, por irracional, desarticulada y excesivamente fragmentada; se prueban sus contenidos de los convenios, por pobres y anticuados, ni gusta tampoco su capacidad para la evolución y el cambio. Este juicio negativo lo encontramos en muchos estudios sobre la realidad negocial española, e incluso en las declaraciones y posiciones de los interlocutores sociales, en cuyos documentos interconfederales se repite este tipo de diagnóstico negativo.

Cuando las agencias económicas internacionales comenzaron a interesarse por la situación española, centrándose como era de rigor en su legislación social, se hicieron eco de estas críticas; especialmente porque fueron sensibles a las opiniones de interlocutores e instituciones particularmente negativos con nuestra negociación, a la que culpaban de todos los males de nuestro mercado de trabajo. Tales reproches calaron bien en entidades cuyo código genético no es especialmente sensible a lo social y a lo colectivo. Y pronto comenzaron a aprovechar su posición de fuerza para indicarnos qué debíamos hacer al respecto.

La carta del Presidente del Banco Central Europeo al Presidente del Gobierno español, cuyo contenido no llegó nunca a ser revelado del todo, contenía ya unos primeros ingredientes de las reformas que se pretendían para nuestro país. Eran, en concreto, ocho ámbitos de reforma, entre los que se incluía expresamente una reforma de la negociación colectiva. De los otros siete han sido varios los que se han traducido en cambios normativos: abaratamiento del despido, legitimar la concatenación de contratos temporales, medidas de control del gasto público... Esta carta se

convirtió a todos los efectos en una hoja de ruta de las políticas públicas en nuestro país, tanto para su destinatario directo, el presidente Rodríguez Zapatero, como para su sucesor en el cargo, el presidente Rajoy, que hizo suyas las recomendaciones y procuró darles cumplimiento. La información de la que disponemos sobre los contenidos de estos cambios impuestos es limitada, dada la falta de transparencia al respecto de nuestro Gobierno y de la entidad que gobierna a éste.

En cambio el otro documento fundamental en la regencia deudocrática de nuestro país, el “Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality” de julio de 2012 nada dice sobre esta institución, al centrarse en la reordenación de nuestro sistema financiero. Esto es consecuencia no de la falta de ganas de sus firmantes, sino de sus objetivos, que se limitan según lo acordado en la Decisión del Consejo de 20 de julio de 2012, a reforzar la estabilidad financiera de España. Las medidas son por consiguiente “financial-sector specific” y “bank specific conditionally”. Si el rescate de nuestro país hubiera sido completo, como el sufrido por otros Estados miembros en situaciones algo peores que la nuestra, las medidas impuestas hubieran llegado mucho más lejos.

El Fondo Monetario Internacional ha sido otro de los organismos que más ha presionado a los países afectados por la crisis de deuda soberana para que alteren sus Derechos laborales; y aunque en los últimos meses parece haber enfriado un poco la radicalidad de sus propuestas, no es menos cierto que en los primeros años fue uno de los socios más entusiastas de la troika que personificaba la deudocracia en Europa. De éste opiniones recurrentes, al emitir anualmente declaraciones finales de las misiones enviadas a España en desarrollo de las Consultas del Artículo IV. Ya en 2010 el FMI señalaba que la auténtica flexibilización del mercado de trabajo y del empleo pasaría, por ejemplo, por la transformación de un sistema de la negociación colectiva “opt-out” en otro “opt-in”. Por ello, esperaba que tal reforma laboral, consensuada por los interlocutores sociales, pusiese remedio a este rasgo, alentando al Gobierno español para que, de no ser posible finalmente, estableciese por sí mismo una reforma que englobase la negociación colectiva (FMI, 2010). Un año más tarde, y tras reconocer la labor que España estaba desarrollando con la reforma de 2011 acrecentó la flexibilidad iniciada en 2010, el FMI apuntó a la necesidad de profundizar unas medidas que pecaban de graduales y tímidas. Para este organismo la reforma de la negociación colectiva debía profundizarse para alcanzar su efectiva descentralización, de modo que se pudieran tratar de forma particular las necesidades de cada empresa, se fomentara el empleo y se permitiese la reasignación de la mano de obra. Si ello no se conseguía mediante la actuación libre de los interlocutores sociales ni mediante la tramitación parlamentaria de la última reforma, se instaba de nuevo al Gobierno para que tomase la oportuna decisión.

La OCDE, que ha ido valorando positivamente las sucesivas reformas pero las ha considerado igualmente insuficientes, ha indicado dos opciones para mejo-

rar la adaptación económica: la abolición de la prórroga legal de los convenios o su sustitución por un sistema de consentimiento expreso, al menos, como posibilidad de las empresas de decidir si van a verse vinculadas por los pactos salariales que se fijen en los convenios colectivos de ámbito superior (OCDE, 2012c). Entre estas dos opciones, ante el mantenimiento de la extensión legal de los convenios colectivos, se considera preferible la instauración de un sistema voluntario de negociación colectiva, en el que los empresarios puedan decidir *ex ante* si van a quedar obligados por un convenio, antes que la ley le permita, aún bajo ciertas condiciones, alterar y suspender un contrato que él mismo acordó con sus trabajadores. Y ello porque la permisión de cambios a posteriori en los contratos de trabajo puede generar una fuerte inseguridad jurídica en los trabajadores (OCDE, 2012c).

Analizando éstos y otros documentos encontramos algunas ideas recurrentes, una identificación de aspectos negativos a reformar en los que coinciden estas agencias internacionales con muchas de las voces críticas que desde nuestro país atacaban nuestro Derecho de la negociación colectiva: la necesidad de alterar la estructura negocial para asegurar la prioridad de los convenios de empresa; la conveniencia de introducir mecanismos de salida de los convenios (*opting-out*); y la obligación de modificar el régimen de la vigencia de los convenios para hacer posible su adaptación continua a las nuevas necesidades empresariales. Todo ello bajo la cobertura general de que se tenía que promocionar la flexibilidad interna como alternativa a la externa y como mecanismo de competitividad, subordinando la negociación a objetivos económicos. Y subyaciendo la idea de que ésta era culpable de muchos de los males que sufría el país.

3. LAS REFORMAS DE LA CRISIS FINANCIERA MUNDIAL: LA ACEPTACIÓN DE LOS MANDATOS EXTERIORES

Con todo este conjunto de indicaciones y consejos; y con la presión que suponía los graves momentos que íbamos pasando una vez nos impactó de lleno la crisis, no es de extrañar que tales opiniones acabaran por ordenar la agenda de los sucesivos gobiernos, socialista y popular, que nos gobernaron durante este período. Período que está siendo el de mayor activismo legislativo en lo laboral en los últimos años, sucediéndose las intervenciones normativas que, entre otras cosas, han supuesto la reforma más importante de la negociación colectiva desde el Estatuto de los Trabajadores. Reforma que ha alterado por primera vez elementos estructurales del sistema.

Entre otras medidas, el nuevo Derecho de la negociación colectiva ha logrado lo siguiente:

- La preferencia del convenio colectivo de empresas, iniciada en 2011 y consagrada en 2012 como una verdadera prevalencia aplicativa.

- La previsión de mecanismos para la inaplicación del convenio, pasando del descuelgue salarial a un auténtico *opting out* convencional.
- El debilitamiento de la vigencia temporal de los convenios, primero mediante la limitación de la duración de los procesos negociales, y después barrenando el mecanismo de la ultraactividad.
- El cambio de paradigma en cuanto a la negociación, pasando de un modelo de negociación cerrada y secuencial a otro abierto y permanente.

De esta manera, podemos decir que los grandes núcleos de atención de las críticas de los organismos económicos internacionales han sido atendidos por nuestros Gobiernos cuando se han convertido en legisladores laborales de emergencia. Resulta por ello llamativo que en ninguno de los tres grandes textos legislativos de este período, la Ley 35/2010, el RDL 7/2011 y el RDL 3/2012, se haga referencia en sus Exposiciones de Motivos a las recomendaciones o mandatos recibidos desde el exterior, más allá de alguna genérica remisión a la flexibilidad.

4. NUNCA ES BASTANTE: ÚLTIMOS ATAQUES

Cautiva y desarmada la negociación colectiva, pareciera que estos gobernantes deudocráticos habían alcanzado sus últimos objetivos. Nada de eso. Los documentos emitidos tras las leyes de 2012 combinaron una valoración positiva general con la indicación de que faltaban muchas cosas por lograr.

La OCDE emitió un informe bianual en noviembre de 2012 que contenía entre sus doce principales recomendaciones una específica sobre convenios: “una opción para mejorar la flexibilidad necesaria para adaptarse a las condiciones económicas es abolir la extensión legal de los acuerdos de negociación colectiva de nivel superior o reemplazarla por un régimen de consentimiento previo, donde los empleadores decidan si desean ser representados en la negociación salarial sectorial”. Del *opting out* generalizado del RDL 3/2012 a un *opting in* unilateral todavía no conseguido. En la misma línea en 2013 el FMI afirmaba que “las herramientas actualmente disponibles podrían fortalecerse, especialmente mediante la simplificación de los procedimientos de descuelgue”.

Objeto central de ataque fue el tratamiento que el legislador laboral de 2012 arbitró para la ultraactividad, especialmente la solución que se arbitró para los convenios vigentes en el momento de entrar en vigor la reforma. El plazo adicional y cerrado de ultraactividad, no gustó a esos observadores externos. Y no sólo por las dudas aplicativas que planteaba, que eran muchas, sino por su propia filosofía de restringir su alcance respetando la autonomía de los sujetos negociadores en caso de mantener este instituto en sus convenios respectivos. Se buscaba una medida más radical, y ello dio lugar a una nueva serie de admoniciones. Así, en la Decla-

ración Final de la misión enviada a España a España en desarrollo de las Consultas del Artículo IV de 2012, emitidas tras haberse producido la reforma, tras afirmarse que “valoramos muy positivamente la reciente reforma laboral”, ya se decía que “la reforma podría, sin embargo, ser reforzada, por ejemplo (...) eliminar la práctica de la indexación y la ultraactividad”. En 2013 se anunciaba una mejora de la flexibilidad interna en las empresas “en los próximos meses, especialmente con el término de muchos convenios. Pero si no es así, podrían necesitarse reformas más profundas en la negociación colectiva”. En idéntico sentido el G-20, en su reunión de 2013 en Moscú, también exigió la desaparición completa de este mecanismo.

Frente a esto el Gobierno adoptó una postura de bajo nivel; rechazar la necesidad de llevar a cabo más reformas, alegando incluso que había llegado al límite de lo que la Constitución permitía; y esperar a que el transcurso del plazo y la actuación de los tribunales terminaran de aclarar la cuestión. Así ocurrió tras la llegada de la fecha límite, el fatídico 8 de julio de 2013; y tras los primeros pronunciamientos judiciales relevantes sobre la situación de los convenios ultraactivos tras ésta. Las normas reformadoras del verano de 2013 no han afectado a nuestro ya profundamente tocado Título III del Estatuto de los Trabajadores. No parecen avecinarse nuevos cambios, lo que dejará insatisfechas a estas entidades que durante los últimos años han tenido la potestad de gobernar la evolución de nuestras relaciones laborales. Vistas sus últimas manifestaciones, es de esperar que nos veamos sometidos de nuevo a importantes presiones para ir más allá en unos cambios legislativos que han tenido una indudable importancia.

La relativa mejora de la situación económica (que no del empleo) en los últimos meses; el alejamiento de las zonas más peligrosas en el mercado de la deuda; y el aprobado que por lo general estas entidades han dado a nuestro país en los últimos eventos nos dará seguramente algo de respiro, al menos una reducción en la presión de este Gobierno deudocrático. Lo que está claro es que han sido estas presiones las que han producido la mayor reforma de nuestro Derecho colectivo en los treinta años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores. Lo incuestionable es que estos vigilantes exteriores no están completamente satisfechos, y siguen estando ahí fuera.

BIBLIOGRAFÍA

- FMI (2010): Spain: 2010 Article IV Consultation—Staff Statement; Staff Supplement; Staff Report; Statement by the Executive Director for Spain; and Public Information Notice on the Executive Board Discussion, IMF Country Report, n° 10/254. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2010/cr10254.pdf>
- FMI (2011a): Spain: 2011 Article IV Consultation—Staff Report; Public Information Notice; Statement by the Staff Representative; and Statement by the Executive Director for Spain, IMF Country Report, n° 11/215. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11215.pdf>

- FMI (2011b): Spain: Selected Issues, IMF Country Report, n° 11/216. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11216.pdf>
- FMI (2012): Spain: 2012 Article IV Consultation-Staff Report; Staff Supplement; Informational Annex; Public Information Notice; and Statement by the Executive Director and Senior Advisor for Spain, IMF Country Report, n° 12/202. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12202.pdf>
- FMI (2013b): Consulta del Art. IV de 2013 con España; Declaración final de la misión, de 18 de junio de 2013. Disponible en: <http://www.imf.org/external/spanish/np/ms/2013/061813s.htm>
- OCDE (2010): *OECD Economic Surveys: Spain*, OECD Publishing. Disponible en: <http://www.oecd.org/economy/surveys/46654901.pdf>
- OCDE (2011): “Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising”, Nota País: España. Disponible en: <http://www.oecd.org/els/soc/dividedwestandwhyinequalitykeepsrising.htm>
- OCDE (2012a): Employment Outlook 2012, Country notes: Spain. Disponible en: <http://www.oecd.org/els/emp/oecdemploymentoutlook.htm#countrynote>
- OCDE (2012b): Employment Outlook 2012, Chapter 2. What Makes Labour Markets Resilient During Recessions? Disponible en: http://www.oecd.org/els/emp/EMO%202012_Chapter%202-Annexes%20A1%20and%20A2.pdf
- OCDE (2012c): Economic Surveys: Spain 2012, OECD Publishing. Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-spain-2012_eco_surveys-esp-2012-en
- OIT (2013): World of Work Report 2013: “Repairing the economic and social fabric”, 03/06/2013. Disponible en: http://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-of-work/2013/WCMS_214476/lang--es/index.htm
- REINO DE ESPAÑA Y COMISIÓN EUROPEA (2012): Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012. BOE de 10 de diciembre de 2012.

EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Carmen Sáez Lara
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

Las reformas del régimen legal de los procesos de reestructuración empresarial y del despido colectivo desde 1994 hasta 2012 y 2013 han determinado la consolidación de un procedimiento de negociación colectiva en el que se sigue denominando periodo de consultas, preceptivo para la validez y eficacia de aquellas decisiones empresariales. La fórmula de partida fue la introducción por la reforma de 1994 de “la obligación de negociar de buena fe para alcanzar un acuerdo” en las decisiones colectivas de modificación de condiciones de trabajo, y que, como se recordará, vinieron a reforzar fórmulas de participación o de garantismo colectivo para compensar la desaparición de garantías individuales y, singularmente, de la exigencia de autorización administrativa.

La inserción de un mecanismo negocial, como es el deber de negociar para llegar a un acuerdo, en la fase de consultas, ha determinado el tránsito desde una forma de participación a un procedimiento que es expresión del derecho a la negociación colectiva, pues, como se destacaría doctrinalmente, la tradicional dis-

tinción entre negociación colectiva y participación, basada en su diferente función, ha perdido su significado y, antes que prácticas alternativas, se pueden presentar en la práctica articuladas en una especie de “*continuum*” de intensidad. De esta forma, la intervención de los representantes de los trabajadores no sólo ejerce un control del poder de gestión empresarial (facultad o competencia de consulta) sino que además los acuerdos presuponen una limitación negociada de este poder. El acuerdo presupone una actividad negociadora sobre contenidos diversos que condicionan o modalizan la decisión empresarial, formando un todo inescindible.

En definitiva, la obligación de negociar de buena fe “con vistas a la consecución de un acuerdo” así como los procedimientos de mediación y arbitraje, sustitutos de las consultas, se insertan en esa lógica negocial, que define el periodo de consultas. Tanto el acuerdo directo en la fase de consultas como el de sometimiento a procedimientos de mediación o arbitraje son expresión del principio de autonomía colectiva.

Pues bien, en este sentido interpretan la fase de consultas del procedimiento de despido colectivo, tanto nuestra doctrina judicial como el TJCE. Partiendo de que para la Directiva 1998/59/CE, del Consejo, la información, la consulta y la participación de los trabajadores deberán desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados, el TJCE afirma que el periodo de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, ya que si no fuera así, devendría imposible la eficacia de los procedimientos de información y la consulta previstas en dicha Directiva, cuyo objeto es que sea posible, “...por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente” (Sentencia del TJCE 27- 01-2005, Asunto Junk). También ha declarado el citado Tribunal que los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor situación para alcanzar el objetivo perseguido por la referida Directiva. De otra forma ni será posible evitar, ni reducir o atenuar las consecuencias del despido colectivo, ni realizar observaciones a la autoridad laboral (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237).

En igual sentido, para nuestra doctrina judicial “el período de consultas se constituye, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva, garantizada por los arts. 28.1 y 37.1 CE, que tiene unas finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos, (SAN núm. 112/2012, de 15 de octubre).

De la referida naturaleza del procedimiento de despido colectivo, la doctrina judicial ya ha señalado además alguna consecuencia importante, por ejemplo se ha sostenido que mantener, durante la negociación del despido colectivo, negociaciones paralelas con los trabajadores afectados constituye un fraude de ley

determinante de la nulidad del despido. Esas negociaciones individuales, se dice, vaciarían de contenido el proceso negociador del periodo de consultas, impidiendo que alcanzase sus objetivos, la empresa que negoció individualmente con determinados trabajadores vació de contenido el periodo de consultas, restando fuerza a la negociación colectiva (SAN Social núm. 90/2012, de 25 de julio).

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTAS - NEGOCIACIÓN

La reseñada promoción legal en 1994 de la negociación y el acuerdo colectivo en el ámbito de la gestión del personal no articuló, sin embargo, una regulación procedimental completa y homogénea de la consulta, negociación y acuerdo, parangonable a la prevista para los convenios colectivos en el Título III ET. En la reforma de 2010 se completa aquella promoción legal de los acuerdos de empresa en este ámbito con la regulación del régimen jurídico (legitimación, plazo máximo de la negociación, mediación y arbitraje). Las reformas de 2010 y 2012-2013 avanzan la regulación de estos procedimientos sobre decisiones de flexibilidad interna y externa, reduciendo plazos y ampliando el catálogo de sujetos negociadores. La Ley 35/2010 para facilitar acuerdos introdujo nuevas formas de representación ad hoc para el acuerdo, en el caso de centros de trabajo o empresas sin representantes legales.

En la vigente regulación estatutaria existe un régimen procedimental con muchos puntos comunes para decisiones de movilidad funcional (art. 39.5), traslados colectivos (art. 40.2), modificaciones sustanciales y colectivas de condiciones de trabajo (art. 41.2) y despidos colectivos (art. 51.2). Pero estos últimos tienen como particularidad una regulación reglamentaria propia, el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo aprobado por el RD 1483/2012, heredero de la regulación reglamentaria de los antiguos expedientes de regulación de empleo de 1996 y, sobre todo, del Reglamento de 2011. A pesar de que la supresión del procedimiento administrativo de autorización para el despido colectivo suscite una regulación reglamentaria para regular el nuevo procedimiento, de carácter privado pero de naturaleza colectiva. La tradicional inercia en el mundo jurídico o el protagonismo que sigue manteniendo la autoridad pública pueden explicar la continuidad de tal regulación.

Pues bien, se trata de una ordenación del procedimiento de consultas negociación bastante más intervencionista que otras regulaciones de procedimientos de negociación colectiva. En términos generales, debemos recordar que el régimen legal garantista de la autonomía colectiva se articula tradicionalmente en garantías subjetivas, para verificar la existencia de un poder negociador suficiente, materiales, para reservar un determinado contenido y formales, para favorecer el conocimiento y eventual control judicial del producto negocial. Así, puede apreciarse en

el Título III del ET y en la regulación procedimental contenida en el ET sobre los acuerdos relativos a decisiones de flexibilidad interna.

Para el periodo de consultas-negociación del despido colectivo, sin embargo, la regulación legal del art. 51 ET es completada por una regulación reglamentaria muy detallada y continuista en muchos aspectos del anterior Reglamento de 2011. Esta regulación determina los sujetos negociadores y otros intervinientes en el periodo de consultas (comisión negociadora y autoridad administrativa) y el contenido mínimo de las materias a tratar (las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad). También regula, con mucho detalle, la documentación que ha de aportar el empresario para acreditar la concurrencia de la causa que motiva el despido colectivo, requisito procedimental esencial cuyo incumplimiento determina la nulidad del despido. Además, como otra expresión de la celeridad que imprime toda la regulación procedimental, se establece una duración máxima para este procedimiento (treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores). Finalmente, se fija también un calendario de sesiones dirigido al cumplimiento de un deber de negociar de buena fe. Este procedimiento de consultas negociación puede sustituirse por un procedimiento de mediación o arbitraje.

Al tratarse de un procedimiento complejo de consultas y negociación cobra un papel destacado la regulación sobre la información que el empresario ha de suministrar a los representantes de los trabajadores. Se trata de la información sobre la causa y efectos de la medida colectiva propuesta. En particular, resulta especialmente importante la documentación que ha de aportar para acreditar la concurrencia de la causa pues esta es el presupuesto necesario para negociar el contexto en el que debe adoptarse la decisión de despido colectivo, el número de afectados y las medidas sociales previstas en favor de su recolocación, de su vuelta al mercado laboral. La causalidad del despido colectivo no es sólo un límite al poder o libertad empresarial de despido sino que es también un límite a la autonomía colectiva. Lo anterior justifica la exhaustividad de la regulación en este tema. Además, la promoción de la autonomía colectiva y del acuerdo, en la regulación sobre los despidos colectivos no puede referirse a cualquier acuerdo con cualquier contenido, por el contrario, la regulación pretende alcanzar acuerdos sobre medidas sociales, dirigidas a la tutela del interés profesional y a largo plazo de los trabajadores afectados, a su reincorporación al mercado de trabajo, mejorando su empleabilidad.

Finalmente y como nota más destacable ha de señalarse que la garantía más importante de la efectividad de las consultas negociación en los despidos colectivos se incardina fuera de su regulación procedimental y tiene una naturaleza procesal, la declaración judicial de la nulidad del despido por falta de procedimiento (art. 124 LRJS).

Atendiendo a lo anterior no puede interpretarse la regulación del periodo de consultas y negociación en los despidos colectivos sólo como una regulación dirigida a garantizar la autonomía colectiva sino también a tutelar las necesidades empresariales de flexibilidad, y a la tutela del interés público, pues no puede desconocerse el impacto sobre el gasto público de los despidos colectivos. Como se ha dicho, la regulación de los plazos máximos para imprimir celeridad y la propia regulación sobre el calendario de reuniones para facilitar un cumplimiento formal del deber de negociar de buena fe, por parte del empresario, se dirigen directamente a la tutela del interés empresarial. La importante presencia de la autoridad pública, además de otras funciones, desarrolla un papel de garante del interés público.

En definitiva, el referido régimen jurídico y su interpretación judicial no pueden desconocer la complejidad de este procedimiento de consultas y negociación colectiva. Un procedimiento de consultas y negociación para el control de la causalidad de la medida y para alcanzar un acuerdo sobre su intensidad y efectos. Un procedimiento privado y colectivo pero con una importante presencia de la autoridad administrativa, que adquiere un renovado papel de garante del interés público en la medida que se trata de una materia con impacto sobre el gasto público en prestaciones de desempleo y en muchas ocasiones también en pensiones de jubilación.

2. GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LA NEGOCIACIÓN: NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO POR DEFECTOS PROCEDIMENTALES

Como antes destacamos en el nuevo régimen jurídico del despido colectivo la promoción de la autonomía colectiva se realiza fundamentalmente a través de un nuevo instrumento: la sanción de nulidad del mismo por dos motivos procedimentales concretos, si el empresario no facilita la documentación prevista y si no se realiza el periodo de consultas (art. 124 LRJS).

Las diversas redacciones de este artículo 124 LRJS dadas por el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el RDL 11/2013 han ido progresivamente concretando o delimitando las causas de nulidad del despido colectivo, basadas en defectos procedimentales. Estos “continuos” cambios que se realizan, según el legislador, con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica parecen dirigidos, en mayor medida, a reducir el ámbito de discrecionalidad judicial en el control del procedimiento del despido colectivo. La doctrina judicial está realizando, en efecto, una interpretación finalista de las exigencias procedimentales, dirigida a impedir un cumplimiento formalista del procedimiento de consultas y negociación, y en la que a través de la expresión estrella, negociación efectiva, está dotando de contenido el deber legal de negociar de buena fe.

Ahora bien, esta línea jurisprudencial, inobjetable desde la perspectiva de los derechos constitucionales y legales que tutela, y con un fuerte anclaje en la normativa y la jurisprudencia comunitaria se está consolidando sólidamente entre nosotros. Veamos con algo más de detalle la interpretación judicial sobre las dos causas de nulidad del despido colectivo por defectos del procedimiento.

En primer lugar, por lo que se refiere a la nulidad por ausencia e insuficiencia de la documentación preceptiva, la doctrina de la Audiencia Nacional ha venido afirmando, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es requisito constitutivo para que la negociación en el período de consultas pueda alcanzar sus fines, que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos (SAN núm. 112/2012 de 15 octubre). En relación con la exigencia de la documentación justificativa de la causa empresarial se realiza una interpretación judicial finalista. Y así la documentación es insuficiente y el despido nulo si se impide, en palabras del Tribunal Supremo, tener por cumplida la finalidad que el legislador ha querido cubrir con esas exigencias documentales. Pues aunque en el concreto supuesto resuelto era claro el incumplimiento de la norma (pues además de una memoria insuficiente no se aportaron las cuentas anuales, cuentas de pérdidas y ganancias, ni la documental exigible en caso de grupo empresarial) se advierte que, en todo caso, para determinar el alcance de estos requisitos habrá de estarse, no solo a lo que la norma exige, sino a si con la documentación facilitada se cubre la información que deben tener los representantes durante las consultas para tener constancia de causa alegada por el empresa (STS de 20 de marzo de 2013).

En segundo lugar, por lo que respecta la inexistencia del período de consultas, como irregularidad procedimental determinante de nulidad, esta comprendería tanto la inexistencia formal como real de las consultas, es decir si el desarrollo de las mismas ha pretendido sólo un cumplimiento formal de tal exigencia sin que se haya verificado una “negociación efectiva”. La doctrina judicial considera que la existencia de periodo de consultas, atendiendo a la finalidad de las mismas, comprende también la exigencia de una negociación efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, (aunque no se alcance el acuerdo), lo que además, puede añadirse, derivaría también de la existencia de un deber legal de negociar de buena fe (SAN de 25 de noviembre de 2012).

El análisis de la práctica judicial permite comprobar que, aunque exista algún supuesto de falta de acreditación en el expediente de la existencia de las reuniones durante el periodo de consultas, en la mayor parte de los supuestos, la cuestión debatida ha sido no la existencia de un periodo de consultas sino la existencia de una negociación real y efectiva, en definitiva, de un cumplimiento del deber de

negociar de buena fe. Pues bien, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 20 de marzo de 2013 también acoge esta interpretación seguida por la Audiencia Nacional y algunos tribunales superiores de justicia, entendiendo que la ausencia del periodo de consultas también existe si la desinformación de los representantes afecta a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas, así como la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo.

En definitiva, la aplicación judicial de las causas de nulidad por defectos o falta de procedimiento está permitiendo un amplio margen de apreciación, pues debe exigirse un cumplimiento real de la exigencia de negociar, atendiendo a la finalidad del procedimiento de consultas. La nulidad del despido colectivo se afirma en aquellos casos en los que resulta acreditada una falta de negociación, en el sentido de de una falta de negociación real, de una falta de voluntad negociadora contraria al deber legal de negociar de buena fe. A estos efectos, resulta esencial el análisis de las actas cuyo contenido cobra una gran importancia, pues las irregularidades procesales son relevantes si determinan que la negociación no sea real y efectiva.

La nulidad del despido colectivo se ha fundamentado en actuaciones contrarias a una negociación efectiva y que, en términos generales, podemos entender que son contrarias al deber de negociar de buena fe. De esta forma, podríamos afirmar que de la configuración legal de la causa de nulidad por inexistencia de consultas se ha desarrollado judicialmente una causa de nulidad por incumplimiento del deber de negociar de buena fe.

Así se ha declarado la nulidad del despido colectivo por actuaciones fraudulentas en las negociaciones, por presiones inadmisibles a los negociadores en el periodo de consultas (SAN núm. 91/2012 de 26 julio); por fraude de ley al llevar a cabo la empresa, durante el período de consultas, negociaciones paralelas con los trabajadores afectados (SAN núm. 90/2012 de 25 julio); porque la empresa notificó a los trabajadores su despido cuando aún no había finalizado el período de consultas (SAN núm. 112/2012 de 15 octubre); o porque la empresa mantuvo en todo momento una posición rígida e inamovible, que impidió que tuviera lugar una efectiva negociación durante el período de consultas.

En efecto, no cabe entender existente una verdadera negociación si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder. La negociación es un proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Una postura inamovible, por ejemplo en relación con el número de los trabajadores afectados (STJ del País Vasco, de 11 diciembre 2012), según esta doctrina judicial se consideraría limitada a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe (...). Distinto será si el rechazo a las peticiones y alterna-

tivas ofrecidas por el banco social ha sido razonado y justificado en un contexto en el que se asuman exigencias de los representantes de los trabajadores (SAN. núm. 61/2012, de 28 de mayo).

La cuestión que habrá que resolver, caso a caso, no es otra que la relevancia de cualquier irregularidad procedimental para declararse la nulidad del despido, la exigencia de gravedad o de omisión de trámites esenciales para el cumplimiento del fin de las consultas o que impliquen un incumplimiento del empresario de su deber de negociar de buena fe. En este juicio o ponderación es preciso tener en cuenta que la reciprocidad del deber de buena fe y la intervención de la autoridad administrativa deben llevar a pretender la subsanación de las irregularidades, una vez advertidas, para así alcanzar el buen fin del procedimiento de información consulta y negociación con los representantes de los trabajadores. Como se ha señalado, la pasividad de los representantes no puede jugar después en su beneficio (SAN de 15 de octubre de 2012).

BIBLIOGRAFÍA

OJEDA AVILÉS, A.: Compendio de Derecho Sindical, Tecnos, 2012.

OJEDA AVILÉS, A.: Los acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva, en AAVV El arbitraje Laboral, Los acuerdos de Empresa, Tecnos, 1996.

OJEDA AVILÉS, A.: Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos, Actualidad Laboral, nº 17 de 1995.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

José Luis Gil y Gil
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá

En el ejercicio de la libertad de empresa, cada vez es más frecuente que empresas independientes desde un punto de vista jurídico se agrupen para el logro de ciertas finalidades legítimas, como la reducción de costes fiscales, el mejor aprovechamiento de los efectivos patrimoniales y humanos, o el mantenimiento del empleo. En el derecho del trabajo español, el concepto de grupo de empresas nace primero como una construcción jurisprudencial. Durante años, la jurisprudencia se ha preocupado por la búsqueda de un centro de imputación de las responsabilidades laborales y de seguridad social, para proteger los derechos de los trabajadores y reprimir el fraude y el abuso de derecho (Sagardoy, 1987). Se ha centrado así, sobre todo, en la dimensión patológica del fenómeno. Más tarde, por el influjo del derecho de la Unión Europea, se ha pasado de un concepto jurisprudencial de grupo de empresas a otro legal, circunscrito a los grupos de empresas por subor-

dinación (Terradillos, 2008, y Gil, 2011: 26 ss). Hoy en día, el grupo puede contemplarse también en su dimensión positiva o fisiológica, como derivación del principio constitucional de la libertad de empresa (Gil, 2011: 33).

Las agrupaciones de empresas suscitan complejos problemas jurídicos, también en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. El ET no contiene normas acerca de la representación de los trabajadores en los grupos de empresas, la cual solo podrá llevarse a cabo si completa, pero no elimina, la representación de los trabajadores en cada una de las empresas que integran el grupo. Será una representación voluntaria, prevista en acuerdos *ad hoc*, y que mejore lo establecido, con carácter imperativo, en el ET. Del mismo modo, y hasta hace poco, el ET tampoco se refería expresamente al grupo de empresas como ámbito funcional de aplicación del convenio. Al regular las unidades de negociación, el artículo 83 y siguientes del ET solo preveían dos niveles: la empresa o un ámbito inferior a esta, y la rama o sector. El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, regula ya la negociación colectiva en los grupos de empresas. Tras hacer una referencia al modo en que la jurisprudencia reconoció la negociación colectiva en los grupos de empresa (1), analizaremos la regulación legal del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio (2).

1. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, el Título III del ET no contenía reglas específicas sobre la negociación colectiva en el grupo de empresas, salvo quizá la referencia ambigua y equívoca del artículo 92.1 a “una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad”, a propósito de la extensión de los convenios colectivos (Gómez Abelleira, 2001: 310 y 311). Para algunos autores, el que la ley no hubiese contemplado el grupo como unidad de negociación, se debía a una opción de política del derecho deliberada y consciente, aunque adecuada y funcional a las razones de organización y gestión flexibles del grupo y de la acción representativa del lado de los trabajadores (Valdés, 1993: 36). En este sentido, debe recordarse que las Leyes de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo, de 1958 y 1973, preveían ya el grupo de empresas, como una unidad de negociación posible. Pese a la ausencia de regulación, la negociación colectiva en el grupo de empresas encajaba en el ET: en primer lugar, el principio de libertad de negociación, que recoge el artículo 83.1 ET, permite crear una nueva unidad de negociación; en segundo lugar, la diferenciación de los convenios en las dos categorías del ET lo es para determinar los sujetos negociadores, y no el tamaño de la unidad de negociación y, en fin, la consideración del grupo como una o varias empresas permite utilizar una de las dos variantes del ET (Sempere y Areta, 2004: 112). Surgía entonces la duda de elegir una unidad de negociación idónea para los grupos. En efecto, el artículo

83.1 ET reconoce libertad a las partes para determinar el nivel de la negociación colectiva. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto a los sujetos con legitimación para negociar, pues esta viene predeterminada por la norma y escapa al poder de disposición de las partes, que no pueden modificarla. Por eso, la problemática de la negociación colectiva en los grupos de empresas no encontraba un obstáculo en el plano del nivel de la negociación, sino en el de la legitimación para negociar los convenios de grupo (Sempere y Areta, 2004: 112, nota 63).

En los grupos de empresas, y pese a lo que pudiera pensarse, la unidad de negociación apropiada no es el ámbito superior a la empresa a que alude el artículo 87 ET. Con esa dicción, la ley contempla, más bien, los convenios de rama o sector, ya sean provinciales, de comunidad autónoma o estatales. En efecto, la doctrina mayoritaria justificó la consideración del convenio de grupo como un convenio de empresa (cfr. las síntesis que ofrecen Terradillos, 2000: 178 ss; Gil, 2011: 29 y 30, y Ojeda, 2012: 374 y 375). Así, se sostuvo la cobertura estatutaria de los convenios de grupo de empresa, al entender que los mismos no constituían propiamente un convenio general, al que debían aplicarse las reglas de legitimación del artículo 87.2 en relación con el artículo 88.1 ET, sino una unidad de contratación específica a nivel de empresa, sujeta a efectos de capacidad convencional a lo dispuesto en el artículo 87.1 ET (Sagardoy, 1984: 60). Al respecto, se equiparó el convenio de grupo al convenio de empresa en atención a la dirección unitaria que vertebra el grupo (Sempere, 1985: 384, y Cabero, 1990: 376). De igual modo, la jurisprudencia entendió que la negociación en el grupo de empresas había de asimilarse a la negociación colectiva de ámbito empresarial (SSTS de 27 de abril y 30 de octubre de 1995, Ar. 3273 y 7930; 28 de octubre y 21 de diciembre de 1999, Ar. 8510 y 528/2000; 10 de junio de 2002, Ar. 10643, y 18 de mayo de 2004, Ar. 4521).

La jurisprudencia admitía el convenio colectivo de grupo en virtud del principio general de libre elección de las unidades de negociación del artículo 83.1 ET (STS de 28 de octubre de 1999, Ar. 8510), y aceptaba incluso la negociación de un convenio para varias empresas del grupo (STS de 27 de abril de 1995, Ar. 3273), o, simplemente, para dos o más empresas (STS de 8 de octubre de 1993, Ar. 7581). A falta de una indicación legal expresa, se juzgaba que poseían legitimación para negociar esos convenios los sindicatos que acreditaran una representatividad suficiente en el ámbito en cuestión, y los empresarios afectados, con el fin de facilitar la composición de la mesa negociadora. Se presuponía que no había razones de peso ni para exigir la actuación conjunta de todas las representaciones unitarias afectadas, ni para obligar a los empresarios a estar representados a través de una asociación empresarial, habida cuenta de la dirección única del grupo.

En un principio, la jurisprudencia estimó que la negociación del convenio de grupo de empresas podían llevarla a cabo tanto las representaciones unitarias como las sindicales, por no existir razón alguna en favor del monopolio sindical (SSTS de 27 de abril y 30 de octubre de 1995, Ar. 3273 y 7930). Más tarde, sin

embargo, hizo hincapié en que si por la parte empresarial es lógico atribuir legitimación directa a los empresarios implicados, por la parte de los trabajadores ha de posibilitarse la intervención de los sindicatos más representativos, por las dificultades de articulación y operatividad de los sujetos previstos en el artículo 87 ET (STS de 28 de octubre de 1999, Ar. 8510). En algún caso muy particular, llegó a decirse que, desde el punto de vista de la negociación colectiva, el grupo de empresas constituye una unidad “artificial”, en el sentido de que puede crearse por la voluntad de los interesados, pero también desglosarse o suprimirse (SSTS de 27 de abril de 1995, Ar. 3273; 20 de octubre de 1997, Ar. 8083, y 11 de noviembre 2010, Ar. 8834). También precisó que no pueden considerarse representantes legítimos de los trabajadores del grupo quienes lo son tan solo de una de las empresas, en especial cuando el interés del personal de una empresa puede ser opuesto al del resto (STC 121/2001, de 4 de junio).

Así, no sin vacilaciones, la jurisprudencia elaboró una posición o fórmula sincrética o mixta, que combinaba las reglas de legitimación de los convenios supraempresariales con las de los convenios de empresa: aplicaba las reglas relativas a los convenios de empresa para la determinación de los sujetos legitimados por el lado empresarial, y las previstas para los convenios supraempresariales a la parte social. De lado patronal, negociaban siempre el convenio las personas designadas por la dirección del grupo, de la empresa o de las empresas, o bien por los representantes nombrados por las distintas empresas del grupo. Por lo que hace a la parte trabajadora, para fijar las reglas aplicables a la legitimación para negociar, la jurisprudencia tenía en cuenta si se trataba o no de “grupos de empresas con una estructura organizativa relativamente simple” (STS de 29 de octubre de 1999, Ar. 8510). En los grupos con una estructura compleja, la unidad de negociación presentaba más semejanza con una unidad supraempresarial que con otra de carácter empresarial y, por tanto, se atribuía la legitimación a los sindicatos más representativos y los suficientemente representativos en el grupo de empresas (STS de 29 de octubre de 1999, Ar. 8510). Tal regla se aplicaba a supuestos tales como los de “una unidad de negociación de la extensión y complejidad de la que constituye el objeto del convenio controvertido”, relativa a “toda la Generalidad de Cataluña, sus organismos autónomos y otras entidades públicas asimiladas” (STS de 29 de octubre de 1999, Ar. 8510), o de cierto grupo privado de empresas con acusada “diversificación de actividades”, que cubrían las “del ramo sanitario, seguros e inmobiliario” (STS de 10 de junio de 2002, Ar. 10643). En cambio, en los grupos simples, se aplicaban como excepción las reglas del artículo 87.1 ET para la negociación de los convenios colectivos de empresas (STS de 29 de octubre de 1999, Ar. 8510). En esa hipótesis, por la parte trabajadora, estaban legitimados para negociar el convenio de grupo: los representantes designados “mediante elección [...] por los Comités de Empresa y Delegados de Personal [de las empresas del grupo]” (SSTS de 27 de abril y 30 de octubre de 1995, Ar. 3273 y 7930); el propio “Comité [intercentros] del Grupo de empresas” (STCT de 25 de enero de 1989, Ar.

33) y, en fin, las “secciones sindicales de ‘grupo’ STS de 27 de junio de 1994 (Ar. 6316), siempre que contasen “con más del 50 por 100 de los representantes [unitarios] de los trabajadores en el ámbito del convenio” (STS de 27 de junio de 1994, Ar. 6316). En definitiva, la jurisprudencia acuñó una fórmula que debía denominar de capacidades cruzadas (Ojeda, 2003: 748).

Sin embargo, la regla y la excepción apenas citadas resultaban discutibles, quizá por estar formuladas sobre la base de afirmaciones de carácter estadístico no verificadas ni demostradas (Martínez Girón, 2003: 35). El problema principal de la doctrina jurisprudencial es que carecía de respaldo legal (Marín e Igartúa, 2001: 635, y Ojeda, 2003: 750). El que fuese razonable, no era óbice para reclamar una intervención legislativa urgente (Esteve, 2002: 428 y 429). En suma, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitieron la calificación del convenio de grupo como convenio de empresa. En la práctica negocial, en lo que hace a la legitimación de la parte empresarial, los convenios colectivos de grupo de empresas se configuran como verdaderos convenios empresariales; en lo que mira a la legitimación de la parte trabajadora, la inmensa mayoría se negocian de conformidad con las reglas para negociar convenios de empresa, pero también hay un porcentaje que se negocia con las reglas para los convenios de ámbito superior a la empresa (Ron, 2003: 45 ss).

El que, hasta hace poco, la ley no regulase el grupo de empresas como unidad de negociación, podía considerarse como una opción de política del derecho adecuada y flexible. Con todo, dejaba sin resolver muchos problemas en la práctica. Tras asimilar el convenio colectivo de grupo al convenio de empresa, la jurisprudencia se veía obligada a combinar las reglas de legitimación de los convenios de empresa y de los de ámbito superior a esta. Como se desprende del análisis de la propia jurisprudencia, tal postura no estaba exenta de ambigüedades e incertidumbres. De igual modo, resultaba excesiva la atribución a los tribunales de la tarea de conformar el régimen jurídico de los convenios colectivos de grupo, en materias tales como la concurrencia de convenios (Esteve, 2002: 429). Por eso, era conveniente que el legislador regulase la materia, para proteger la seguridad jurídica y disipar las dudas que pesaban en la práctica de la negociación (Gil, 2011: 33). El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, acometió esa tarea.

2. REGULACIÓN LEGAL

En el grupo de empresas, como ámbito en que se ejerce el derecho a la negociación colectiva, surgen problemas de determinación de la capacidad negocial de las partes contratantes, de representatividad, tanto de los trabajadores como de la parte empresarial, así como de concurrencia del convenio de grupo con otros convenios (Bueno, 1981: 182 y 183 y 1982: 70 ss y Sempere y Areta, 2004: 111 ss). Tales problemas aumentan cuando el grupo actúa a escala multinacional (OIT,

1973: 107 ss; Buen, Bueno y Albuquerque, 1982, y Montoya, 1983: 497 ss). Al modificar las reglas de legitimación para negociar, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, se refiere expresamente al grupo de empresas como ámbito funcional de aplicación del convenio colectivo, y aplica a la representación de los trabajadores la regla de legitimación de los convenios sectoriales. Asimismo, el Real Decreto-ley garantiza la prioridad aplicativa del convenio colectivo de grupo de empresas sobre el convenio colectivo de rama o sector, pero deja sin resolver el problema de la concurrencia entre el convenio colectivo de grupo y los convenios colectivos de las empresas que lo integran.

Tras el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, la ley concede la legitimación para negociar los convenios de grupo de empresas, en representación de los trabajadores, a los sujetos legitimados para negociar los convenios sectoriales (art. 87.1, párrafo tercero, del ET): los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos y, por último, los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio (art. 87.2 ET). El que, por parte de los trabajadores, se atribuya la legitimación a los sujetos que la tienen para negociar los convenios colectivos sectoriales, implica excluir de la negociación a los sindicatos con menos del 10 por ciento de audiencia electoral, así como a las candidaturas independientes. En representación de los empresarios, la legitimación se confiere a la representación de las empresas implicadas [art. 87.3 b) ET]. Así pues, el legislador ha consagrado el criterio mixto que ya había mantenido la jurisprudencia. La solución del legislador es más accesible si, como en EADS, hay un “comité interempresas” en el grupo (SSTS de 18 de mayo de 2004, Ar. 4521), y el convenio de creación le atribuye, a su vez, facultades negociadoras (Ojeda, 2012: 375). Las mismas reglas se aplican a la negociación de convenios colectivos para una pluralidad de empresas [arts. 87.1, párrafo tercero, y 87.3 b) ET]. Para que se constituya esa unidad de negociación particular, ha de tratarse de “empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación” [arts. 87.1, párrafo tercero, y 87.3 b) ET]. Cabe identificar la descripción de la ley, un tanto ambigua, con las redes de empresas, de mayor autonomía que los grupos (Ojeda, 2012: 375).

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, modificado luego por la Ley 3/2012, de 10 de junio, aborda los problemas de concurrencia entre el convenio colectivo de grupo empresa y el convenio colectivo sectorial, y

dispone que, en determinadas materias, el primero es un convenio prioritario con respecto al segundo. Así, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior, tiene prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en las materias que establece el artículo 84.2 ET, entre las que se encuentra, por ejemplo, la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. Igual prioridad aplicativa tienen, en esas materias, los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas, a que se refiere el artículo 87.1 ET (art. 84.2, apartado segundo, ET). Los acuerdos y convenios colectivos a que alude el artículo 83.2 ET no pueden disponer de esa prioridad aplicativa (art. 84.2, apartado tercero, ET). En definitiva, el legislador ha empleado el principio de competencia, no de jerarquía, para resolver los supuestos de concurrencia entre el convenio del grupo de empresas y el convenio sectorial. Así, por ejemplo, incluso con beneficios, un convenio de grupo de empresas puede reducir los salarios del convenio de sector, o implantar una jornada continuada (Ojeda, 2012: 436).

Pero el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, dejan sin resolver la cuestión de la concurrencia entre el convenio de grupo y los convenios de las empresas que forman parte del mismo. En efecto, es posible discutir si la negociación, aprobación y publicación de un convenio colectivo de grupo de empresas vulnera la prohibición de concurrencia, establecida en el artículo 84 ET, al afectar a los convenios en vigor de las empresas del grupo. Es posible aplicar tres soluciones, ante la falta de previsión legislativa sobre si la regla de la no concurrencia de convenios opera entre un convenio de grupo de empresas y los convenios de las empresas que forman dicho grupo: el principio de jerarquía normativa, el principio de norma más favorable (art. 3.3 ET) y el principio de prohibición de concurrencia *prior in tempore potior in iure* (art. 84 ET) (Gil Plana, 2001; Marín e Igartúa, 2001: 639 ss, y Sempere y Areta, 2004: 113 y 114). El Tribunal Supremo ha declarado que nada impide que se negocie o entre en vigor un convenio colectivo de grupo, aunque pre-existan convenios colectivos de las empresas integrantes del grupo, si “queda preservada la regulación mínima o peculiar establecida en el convenio anterior todavía vigente” (SSTS de 29 de septiembre de 1993, Ar. 7088, y 28 de octubre de 1999, Ar. 8510, y, asimismo, SAN de 27 de abril de 2001, Ar. 1231). Por eso, desde un punto de vista práctico, cabe pensar que la prohibición de concurrencia del artículo 84 ET halla otra de sus excepciones en el principio de complementariedad entre el convenio de grupo y los convenios de las empresas que lo integran, como recoge, de forma expresa, la propia negociación colectiva (Sempere y Areta, 2004: 114).

Aunque la ausencia de un marco legal no ha impedido las prácticas de negociación, los convenios colectivos de grupos de empresas han tenido, hasta ahora, una presencia marginal, aunque creciente, en la negociación colectiva. El desarrollo de los convenios colectivos de grupo no encuentra su único obstáculo en la ausencia de un marco legal claro; inciden también otros factores, que se presentan con frecuencia en la práctica, como la necesidad de coordinar tres niveles diferentes (centro de trabajo, empresa y grupo), la posibilidad de que las empresas pertenezcan a sectores de actividad distintos, o el constante flujo de entrada y salida de empresas del grupo (Sempere y Areta, 2004: 111). Pese a las carencias legales y los obstáculos apuntados, la negociación colectiva en los grupos de empresas se ha desarrollado poco a poco en los últimos años. En la experiencia española, esa negociación se ha materializado en tres tipos de acuerdos, que presentan diferencias en cuanto al objeto y contenido y, además, en cuanto a los sujetos que tienden a negociarlos: los convenios colectivos de grupo, los acuerdos de grupo y los acuerdos marco de grupo. Los primeros reflejan la práctica de regulación directa de condiciones de trabajo; los segundos, la de negociación procedimentalizadora, cooperativa y descentralizadora del grupo, y los terceros, la de negociación coordinada o articulada en el grupo (Molina y Monereo, 1999: 55; Baz, 2002: 440 y ss, y Sempere y Areta, 2004: 113). En ocasiones, el contenido de la negociación tiene un carácter novedoso, así en el plano del derecho individual como del derecho colectivo del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- BAZ, JESÚS (2002), *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Editorial Comares, Granada, 528 pp.
- BUEN, NESTOR DE; BUENO, OCTAVIO; ALBURQUERQUE, RAFAEL (1982), *Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 100 pp.
- BUENO, OCTAVIO (1981), “Los grupos de empresa en el Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 6, abril-junio 1981, pp. 171-185.
- BUENO, OCTAVIO (1982), “Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores”, en BUEN, NESTOR DE; BUENO, OCTAVIO; ALBURQUERQUE, RAFAEL, *Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 49-73.
- CABERO, E. (1990), “Negociación colectiva y representación de los trabajadores en los grupos de empresas nacionales y multinacionales”, *Actualidad Laboral*, Tomo III, pp. 371-380.
- ESTEVE, MARÍA AMPARO (2002), *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 461 pp.

- GIL, JOSÉ LUIS (2011), “La négociation collective dans les groupes de sociétés en Droit espagnol”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2011/1, pp. 23-33.
- GIL PLANA, JUAN (2001), “Concurrencia de convenios y grupo de empresa”, *Aranzadi Social*, nº 27, BIB 2001\971, en <http://www.westlaw.es>
- GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO J. (2001), “Adhesión y extensión”, en BORRAJO, EFRÉN (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII, Volumen I, Edersa, Madrid.
- MARÍN, INMACULADA; IGARTÚA, MARÍA TERESA (2001), “Reflexiones en torno a la negociación colectiva en los grupos de empresa: legitimación y concurrencia de convenios”, *Relaciones Laborales*, 2001, I, pp. 639-643.
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS (2003), “La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas”, en MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS (coord.) (2003), *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp.13-42.
- MOLINA, CRISTÓBAL; MONEREO, JOSÉ LUIS (1999), “La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas”, *Tribunal Social*, nº 98, pp. 49-62.
- MONTOYA, ALFREDO (1983), “Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 16, pp. 485-501.
- OIT (1973), *Las empresas multinacionales y la política social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 198 pp.
- OJEDA, ANTONIO (2003), *Derecho sindical*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 996 pp.
- OJEDA, ANTONIO (2012), *Compendio de Derecho sindical*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 479 pp.
- RON, RICARDO P. (2003), “La legitimación para negociar y las relaciones colectivas en el contenido de los convenios colectivos de grupos de empresas”, en MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS (coord.) (2003), *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp.43-62.
- SAGARDOY, JUAN ANTONIO (1984), “Un acuerdo empresarial frente a la crisis: el acuerdo sobre salarios y empleo de ERT”, *Revista de Política Social*, nº 142, abril-junio 1984, pp. 33-77.
- SAGARDOY, JUAN ANTONIO (1987), “Cuestiones jurisprudenciales de delimitación de grupos de sociedades”, en AA.VV., *Jornadas sobre grupos de sociedades*, CEOE, Universidad de Alcalá de Henares, pp. 154-164.

- SEMPERE, ANTONIO V. (1985), “La ley 32/1984 y la materia de los convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma”, *Relaciones Laborales*, 1985, I, pp. 371-400.
- SEMPERE, ANTONIO V.; ARETA, MARÍA (2004), “El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 48, pp. 97-133.
- TERRADILLOS, EDURNE (2000), *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas. Modernas fórmulas de regulación*, Consejo Económico y Social, Madrid, 339 pp.
- TERRADILLOS, EDURNE (2008), “De un concepto jurisprudencial de grupo de empresas a otro legal, circunscrito a los grupos de empresa por subordinación”, *Aranzadi Social*, 38/2008, BIB 2008\1981, en <http://nuevo.westlaw.es>
- VALDÉS, FERNANDO (1993), “Negociación cooperativa, flexibilidad laboral y crisis económica: El Acuerdo para las empresas del Sector Metal del Grupo INI-TENEO (I)”, *Relaciones Laborales*, 1993, II, pp. 31-38.

LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

SUMARIO

I.-EL RÉGIMEN LEGAL DE LA ULTRACTIVIDAD: EL ART. 86.3 DEL ET.

II.-EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS.1.- El significado de la ultractividad de los convenios colectivos.2.- La finalización de la ultractividad de los convenios colectivos.2.1.- La finalización de la ultractividad del convenio colectivo por acuerdo de las partes.2.1.1.- El carácter dispositivo del Art. 86.3 del ET.2.1.2.- Los tres escenarios posibles.2.2.-La finalización de la ultractividad del convenio colectivo por desacuerdo de las partes.2.2.1.- La posible utilización de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos colectivos laborales.2.2.2.- Los efectos de la pérdida de ultractividad normativa de los convenios colectivos.2.3.- La pérdida de vigencia de las cláusulas convencionales de deber de paz absoluto.3.- La limitación de la ultractividad a los convenios colectivos estatutarios.4.- La incidencia de un convenio colectivo extraestatutario sobre la ultractividad normativa de un convenio colectivo estatutario.5.- La ultractividad y la prohibición legal de concurrencia de

convenios colectivos estatutarios. 6.- La ultractividad versus la retroactividad. 7.- El juego de la ultractividad en las transmisiones de empresa.

III.- LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.

IV.- VALORACIÓN CRÍTICA.

V.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- EL RÉGIMEN LEGAL DE LA ULTRACTIVIDAD: EL ART. 86.3 DEL ET

1.- El Art. 86.3 del ET, según redacción efectuada por la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012), establece que *“la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.*

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

II.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

1.- EL SIGNIFICADO DE LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

2.- La ultractividad de los convenios colectivos es la situación de vigencia prorrogada forzosa, por voluntad legal o convencional, en la que se encuentra un convenio colectivo una vez denunciado y finalizada su vigencia inicialmente pactada hasta la aplicación de un nuevo convenio colectivo o por un determinado tiempo si no hay un nuevo convenio colectivo aplicable.

2.- LA FINALIZACIÓN DE LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

3.- En defecto de pacto expreso en el propio convenio colectivo (en cuyo caso la vigencia del convenio colectivo se producirá *“en los términos que se hubiesen establecido en el convenio”*), durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo se mantendrá su vigencia, hasta que trascurra un año desde su denuncia sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia y a salvo la posibilidad de adoptar *“acuerdos parciales”* para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados.

4.- Según la literalidad del último párrafo del Art. 86.3 del ET (*transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo*), el periodo de ultractividad legal de un año parece comenzar a partir de la denuncia del convenio colectivo. Sin embargo, en el primer párrafo se dice que *“la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”*.

A mi juicio, pese a la desafortunada literalidad del último párrafo, éste debe interpretarse sistemáticamente a la luz del primero, entendiendo que el periodo de ultractividad legal comienza cuando, denunciado previamente el convenio colectivo, ha concluido su duración pactada. En caso contrario se plantearían serios problemas aplicativos en aquellos casos en que, en el ejercicio de la libre voluntad de las partes, se hubiera pactado en el convenio colectivo la no necesidad de denuncia o la denuncia automática del mismo desde el momento de su aplicación. Por otra parte, adviértase el absurdo que supondría afirmar que el periodo de ultractividad es de un año y que *“durante las negociaciones ... se mantendrá la vigencia”* del convenio e incluir al mismo tiempo parte de ese año de ultractividad dentro del periodo normal de vigencia del convenio colectivo.

2.1.- LA FINALIZACIÓN DE LA ULTRACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO POR ACUERDO DE LAS PARTES

2.1.1.- EL CARÁCTER DISPOSITIVO DEL ART. 86.3 DEL ET

5.- La vigencia prorrogada del convenio colectivo o ultractividad del mismo finalizará en el momento en que las partes hubieran pactado expresamente, siendo todo lo dispuesto en el Art. 86.3 del ET sobre la ultractividad de los convenios colectivos de naturaleza dispositiva, por admitir pacto en contrario *“en el propio convenio”*.

Esto significa que el convenio colectivo tienen libertad plena para establecer una ultractividad parcial (reducida a ciertas materias: salarios, jornada, etc.) (STS de 29 de Abril de 2003, Rec. 126/2002) o total para un periodo superior o inferior al año desde la denuncia (STS de 22 de Diciembre de 1998, Rec. 1545/1998) o, incluso, su no ultractividad, total o parcial (STS de 19 de Junio de 2009, Rec. 103/2008) y también la exigencia o no de denuncia del convenio colectivo para

activar la ultractividad, debiendo en estos casos estar a lo en él establecido, según dispone el propio Art. 86.3 del ET (STS de 24 de Abril de 2012, Rec. 141/2011).

6.- En esta misma línea de dispositividad normativa, el propio Art. 86.3 del ET establece que, “*durante las negociaciones para la renovación del convenio*”, las partes podrán adoptar “*acuerdos parciales*” para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados, con la vigencia temporal que las partes determinen, “*con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa*”.

7.- Finalmente, en el último párrafo del Art. 86.3 del ET vuelve a aludirse a un “*pacto en contrario*” en relación con los efectos del transcurso de un año sin nuevo convenio o laudo arbitral sustitutivo aplicable. La cuestión interpretativa que esta última alusión legal a un “*pacto en contrario*” plantea es la de si la ultractividad legalmente establecida para un año puede ser modificada (ampliando el plazo de un año) durante el periodo de ultractividad o incluso en el mismo momento de su finalización y por quién (si solamente por los negociadores del convenio de renovación y por los árbitros que los sustituyan o también, por ejemplo, por otros sujetos colectivos, tales como las Confederaciones o Federaciones empresariales y sindicales a través de un acuerdo interprofesional o de un convenio colectivo marco del Art. 83.2 del ET) o si se refiere a los pactos anteriormente efectuados en el propio convenio colectivo o a los “*acuerdos parciales*” suscritos durante la negociación del convenio de renovación.

De interpretarse la tercera alusión legal al “*pacto en contrario*” de esta última manera, habría que concluir que la dispositividad del Art. 86.3 del ET se limita a los dos momentos y sujetos que pueden modificarla (ver supra), siendo fuera de estos dos casos un precepto imperativo de necesario respeto. Así pues, un eventual acuerdo de las Confederaciones o Federaciones empresariales y sindicales de prórroga de la ultractividad legalmente prevista de un año por razones coyunturales tendría el valor jurídico de mero “*acuerdo obligacional*” solamente vinculante para las Confederaciones o Federaciones pactantes y no para sus representados y, mucho menos, para los empresarios y trabajadores no afiliados a las mismas que podrían negarse lícitamente a seguirlo, cumpliendo con lo que la Ley señala.

A mi juicio, no hay razón jurídica (ni literal, ni sistemática ni teleológica o finalista) para hacer esta última interpretación restrictiva, por lo que me decanto por la primera de las dos interpretaciones, esto es, por la posibilidad de pactar durante el periodo de ultractividad legal del año y en todo caso antes de finalizar el mismo una ultractividad distinta a la legal. Y respecto de la posibilidad de que otros sujetos colectivos distintos de los sujetos que negociaron el convenio colectivo ultractivo (las Confederaciones o Federaciones empresariales y sindicales), puedan incidir a través de un acuerdo interprofesional o un convenio colectivo marco en términos jurídico-normativos vinculantes sobre el convenio colectivo

ultractivo en cuestión, ello será posible por cuanto la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos del Art. 84 del ET no resulta aplicable a los convenios colectivos prorrogados ultractivamente (por todas, STS, u.d., de 2 de Febrero de 2004, Rec. 3069/2002).

Así pues, habrá dos momentos para pactar una ultractividad distinta de la legalmente prevista: en el propio convenio colectivo y durante el periodo de ultractividad misma antes de finalizar ésta.

8.- Respecto de los pactos sobre la ultractividad del convenio colectivo habidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, habrá que decir que continúan vigentes tras la entrada en vigor de esta última, dado el carácter dispositivo que antes tenía la regulación legal de la ultractividad y que sigue teniendo después de la reforma. Habrá que estar, pues, a lo que en ellos se establezca (una ultractividad de duración superior o inferior al año o indefinida hasta la aplicación de un nuevo convenio colectivo), sin que resulte de aplicación el nuevo Art. 86.3 del ET (en este mismo sentido, Alfonso Mellado, C. *La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultractividad*. Ponencia en las XXV Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de 4 de Octubre de 2012; Lahera Forteza, J. *Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la Reforma Laboral 2012*. Relaciones Laborales 2013. Nº 3).

Ahora bien, si la cláusula convencional sobre la ultractividad del convenio colectivo se remitía sin más a la legislación vigente o al Art. 86.3 del ET, habrá que entender que lo hace a la legislación o al Art. 86.3 del ET vigente en cada momento, esto es, al Art. 86.3 del ET reformado, donde se establece la duración anual de la ultractividad (en este mismo sentido, Alfonso Mellado, C. Op. Cit.; Lahera Forteza, J. Op. Cit).

2.1.2.- LOS TRES ESCENARIOS POSIBLES

9.- Para el caso de que el propio convenio colectivo nada hubiera establecido acerca de la ultractividad del mismo, la vigencia prorrogada del convenio por la vía de la ultractividad legalmente prevista dependerá de las distintas situaciones convencionales que pudieran producirse en la realidad.

Así, cabrían tres escenarios distintos:

1º) En primer lugar, el acuerdo expreso de las partes revisando el anterior convenio colectivo.

2º) En segundo lugar, el acuerdo expreso de las partes sustituyendo el convenio colectivo anterior por un convenio colectivo de ámbito superior.

3º) En tercer lugar, el acuerdo expreso de las partes sustituyendo el convenio colectivo anterior por varios convenios colectivos de ámbito inferior.

En el primer escenario, las partes negociadoras del nuevo convenio colectivo, del mismo ámbito territorial y funcional, que pasará a sustituir al anterior han llegado a un expreso acuerdo de revisión.

En este caso, a partir de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo dejará de aplicarse el convenio anterior, esto es, cesará la ultractividad normativa del mismo. Se cumple así fácilmente la finalidad perseguida por el precepto legal, cual es la de cubrir el vacío convencional existente entre la pérdida de la vigencia del convenio colectivo anterior y la entrada en vigor del nuevo.

11.- En el segundo escenario, las partes negociadoras legitimadas no llegan a un acuerdo revisorio del convenio colectivo anterior pero sí llegan a un acuerdo sustitutorio del mismo, esto es, al acuerdo de aplicar otro convenio colectivo de ámbito superior funcional y/o territorial a esa unidad de negociación (por todas, SS.TS de 17 de Octubre de 1994, Rec. 2197/1993 o de 18 de Febrero de 1999, Rec. 2983/1997).

En este caso, también dejará de aplicarse el convenio colectivo anterior normativamente ultractivo a partir de la entrada en vigor del expreso acuerdo de las partes negociadoras, cumpliéndose igualmente con la finalidad legalmente prevista con la ultractividad, entendiéndose que el *“acuerdo de un nuevo convenio”* o la *“renovación de un convenio colectivo”* a que se refiere la literalidad del Art. 86.3 del ET, se refieren tanto a alcanzar un nuevo convenio colectivo en la misma unidad de negociación como a la decisión de aplicar un convenio colectivo que, aunque abarque la unidad de negociación, antes no se aplicaba a la misma.

12.- En el tercer escenario, en la medida en que la denuncia de un convenio colectivo abre la posibilidad de negociar convenios colectivos de ámbito funcional y/o territorial inferior en esa unidad de negociación desgajándose de la misma, determinados sujetos colectivos legitimados podrán iniciar esas negociaciones que, llegadas a buen puerto, supondrían que al convenio colectivo anterior le sucederían, en todo o en parte, varios convenios de ámbito inferior, finalizando así en cada una de estas nuevas unidades de negociación la ultractividad del mismo

2.2.-LA FINALIZACIÓN DE LA ULTRACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO POR DESACUERDO DE LAS PARTES

2.2.1.- LA POSIBLE UTILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES

13.- En el caso de que las partes negociadoras no lleguen a un expreso acuerdo revisorio ni tampoco a un expreso acuerdo sustitutorio del convenio colectivo anterior por un convenio colectivo de ámbito superior o por uno o varios convenios colectivos de ámbito inferior ni se haya dictado un laudo arbitral, durante el plazo

de un año a partir de la denuncia del convenio, salvo pacto en contrario pactado en el propio convenio colectivo, finalizará igualmente la ultractividad del mismo.

El Art. 86.3 del ET establece para estos casos que *“mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”*.

14.- De esta dicción legal cabe deducir lo siguiente:

1º) Que los acuerdos interprofesionales de solución autónoma de los conflictos colectivos laborales, previstos en el Art. 83 del ET, deben establecer obligatoriamente procedimientos de solución de las discrepancias surgidas en el trascurso de las negociaciones durante el periodo de ultractividad, esto es, procedimientos de conciliación/mediación y de arbitraje.

2º) Que los laudos arbitrales tendrán *“la misma eficacia jurídica”* que los convenios colectivos y que solamente serán recurribles por el procedimiento y por los motivos de la impugnación judicial de los convenios colectivos, esto es, por el procedimiento previsto en los Arts. 163 a 166 de la LJS y por los motivos de ilegalidad o de grave lesividad de los intereses de terceros, además de por el incumplimiento del procedimiento o por la eventual actuación *“ultra vires”* de los árbitros.

3º) Que *“dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”*.

De esta manera *“oblicua”*, la Ley establece el arbitraje obligatorio, lo que plantea el ya clásico problema en nuestro ordenamiento de si éste resulta constitucional o si por el contrario atenta contra el derecho a la autonomía colectiva reconocido en el Art. 37.1 de la Constitución.

En cualquier caso, entiendo que la solución práctica y razonable en este supuesto (y en otros en los que se plantea el mismo problema: supuesto de inaplicación de un convenio colectivo del Art. 82.3 del ET) es la de pactar en los Acuerdos Interprofesionales de solución autónoma de los conflictos colectivos laborales o en los convenios colectivos marco sectoriales un “*arbitraje voluntario/obligatorio*”, de impecable legalidad constitucional por venir avalado por el previo acuerdo interprofesional pese a su obligatoriedad para las partes en conflicto (en sentido contrario, manteniendo que atenta contra el contenido esencial de la autonomía colectiva, Cruz Villalón, J. “*Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012*”. En AA.VV. Dirs. García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2012).

2.2.2.- LOS EFECTOS DE LA PÉRDIDA DE ULTRACTIVIDAD NORMATIVA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

15.- Una vez finalizada la ultractividad del convenio colectivo, éste “*perderá, salvo pacto en contrario, su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*” (Art. 86.3 del ET).

Esto significa que, a falta de pacto en contrario establecido en el propio convenio colectivo o de un acuerdo parcial referido a alguna materia del convenio colectivo pactado durante el periodo de ultractividad, caben dos posibilidades:

- 1ª) Que exista un convenio colectivo aplicable de ámbito superior.
- 2ª) Que no exista un convenio colectivo aplicable de ámbito superior.

16.- En el primer caso, dejará de aplicarse el convenio colectivo anterior y pasará a aplicarse sin solución de continuidad el convenio colectivo de ámbito superior (funcional y/o territorial).

No hay duda de las dificultades que esta solución legal plantea a las empresas:

1ª) Por un lado, la dificultad de saber cual es el convenio colectivo de ámbito superior aplicable a esa empresa, dado que los ámbitos funcionales de los convenios colectivos supraempresariales no se pactan cuidadosamente sino, al contrario, “*copiando*” el ámbito funcional de los convenios colectivos anteriores y olvidándose en muchas ocasiones de los subsectores de actividad que han ido surgiendo con el tiempo.

Por otra parte, muchas empresas realizan varias actividades (de las que constituyen “*paradigma*” las denominadas “*empresas multiservicios*”) que pueden ser calificadas de “*principales*” o “*accesorias*” de acuerdo con unos criterios “*legal o convencionalmente inexistentes*”, lo que plantea sin duda conflictividad para saber cual es la actividad principal y, por ello, cual es el/los convenio/s colectivo/s aplicable/s (STS de 3 de Octubre de 2003, Rec. 17/2002). En este sentido, es pre-

visible que aumenten por este motivo las consultas no vinculantes a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos autonómicos similares y, por ende, la conflictividad judicial.

2ª) Por otro lado, en la medida en que es más que posible que el convenio colectivo de ámbito superior no tenga exactamente el mismo contenido que el convenio colectivo anteriormente vigente en la empresa, planteando por ello problemas interpretativos para saber cuales son realmente las materias no reguladas, las cuales, en aplicación de la Ley, deberán pasar a regirse por la legislación laboral general.

Además, puede también darse el caso de que el convenio de ámbito superior incluya cláusulas nuevas, esto es, no existentes en el convenio colectivo anterior, de dudosa y acaso difícil encaje en la empresa.

3ª) Cabrá en todo caso la posibilidad de aplicar más de un convenio colectivo de ámbito superior, cuando no sean concurrentes, esto es, cuando regulen materias diferentes (por todas, SS.TS de 2 de Febrero de 2004, Ar/1069 o de 17 de Mayo de 2004, Ar/4969).

4ª) Y, para el caso de que haya más de un convenio colectivo de ámbito superior concurrente (un convenio colectivo estatal, y otro de Comunidad Autónoma o de ámbito provincial), habrá que aplicar las reglas del Art. 84 del ET sobre el principio de no concurrencia, siendo de aplicación el convenio colectivo más antiguo, salvo que se den alguna de las excepciones legales en él establecidas: la existencia de un pacto en sentido distinto de un acuerdo interprofesional o convenio colectivo marco del Art. 83.2 del ET o que el convenio colectivo posterior sea un convenio colectivo de ámbito autonómico, salvo en determinadas materias de imposible concurrencia (cfr. Art. 84.3 y 4 del ET).

5ª) Finalmente, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior parece que impedirá la aplicación sobrevenida de otro convenio colectivo de ámbito más reducido mientras dure su vigencia (incluso, de un nuevo convenio colectivo de la misma unidad de negociación del anterior convenio colectivo), salvo que se trate de un convenio colectivo de ámbito autonómico o de un convenio colectivo de empresa, de grupo de empresas o de empresas afines, en los términos establecidos en el Art. 84.2, 3 y 4 del ET, respectivamente.

17.- En el caso de que no exista un convenio colectivo aplicable de ámbito superior, aunque la Ley no se haya atrevido a explicitarlo, es obvio que estaremos en una situación de *"anomia convencional"* (al haber perdido su vigencia el convenio colectivo anterior ultractivo) y por ello debiendo aplicarse la legislación laboral general (Estatuto de los Trabajadores, RD de salario mínimo interprofesional, etc.).

18.- Ahora bien, en ambos casos (de existencia o de inexistencia de convenio colectivo superior), habrá que tener en cuenta si el trabajador tiene reconocidas condiciones más beneficiosas (retributivas o de cualquier otra naturaleza) de ori-

gen contractual, en cuyo caso la empresa lógicamente habrá de respetarlas, como sucedía antes de la pérdida de ultractividad del convenio colectivo aplicable, sin aplicarle la legislación laboral general.

19.- Igualmente, habrá que tener en cuenta en ambos casos que, si la empresa mantuviera de hecho las condiciones convencionales anteriores después de haber perdido el convenio colectivo su vigencia ultractiva, por propia voluntad unilateral tácita, estaría constituyendo condiciones más beneficiosas de origen contractual tácito de las que no podría volverse atrás más tarde alegando “*error*”, ya que el “*error de derecho*” no constituiría causa justificativa suficiente para ello (Art. 6.1 del Código Civil y STS de 13 de Julio de 2009, Rec. 30/2008), si bien en uso del procedimiento establecido en el Art. 41 del ET para la modificación sustancial de las condiciones contractuales, dada la “*descausalización*” del mismo producido por la Ley 3/2012, de Reforma Laboral, podría suprimirlas con una cierta facilidad, no exenta, desde luego, de riesgos.

Hay que dejar claro las condiciones convencionales, por tratarse de un convenio colectivo estatutario y por ello de eficacia normativa, no podrán “*contractualizarse*” automáticamente a partir de la pérdida de su vigencia normativa ultractiva (en sentido contrario, Molina Navarrete, C. “*Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios: ¿en serio es una cuenta-atrás hacia el abismo laboral español?*”. Temas Laborales. 2013; y Casas Baamonde, M^a. E. La pérdida de ultractividad de los convenios colectivos. En prensa). A mi juicio, tal posibilidad habría de ser establecida por ley (cosa que no sucede en la legislación laboral española, a diferencia de otros ordenamientos: francés, belga o griego: ver infra) o por convenio colectivo.

En todo caso, cabrá que la empresa, unilateralmente, decida mantener las anteriores condiciones convencionales con carácter temporal (por ejemplo, durante un determinado periodo de tiempo o en tanto no sea de aplicación un nuevo convenio colectivo en la empresa, en el caso de no existir), comunicando por escrito a los trabajadores que este mantenimiento está limitado en el tiempo, en cuyo caso estaremos ante una condición más beneficiosa de origen contractual si bien limitada en el tiempo y deducible tal limitación temporal del escrito de comunicación al/os trabajador/es de la voluntad empresarial.

20.- Por otra parte, siempre cabrá la posibilidad de pactar un acuerdo de empresa o de carácter supraempresarial de carácter temporal por el que se mantengan las condiciones convencionales anteriores (prorrogando la ultractividad del convenio en cuestión, tal como ha sucedido con el “*Preacuerdo para la Comisión de Seguimiento del II AENC sobre ultraactividad de los convenios colectivos*” de 21 de Mayo de 2013, si bien de naturaleza obligacional y de carácter recomendatorio, sin más obligación jurídica que cumplir ambas partes negociadoras el “*deber de influencia*” sobre sus representados), u otras, indicando en él, o no, la voluntad de las partes de condicionar su aplicación a la existencia de un nuevo convenio colectivo aplicable.

21.- Una vez finalizada la ultraactividad del convenio sin un nuevo convenio acordado y sin laudo arbitral sustitutorio, salvo que exista un pacto anterior de prórroga de la negociación, se plantea la cuestión interpretativa de si desaparece o no la unidad de negociación y, con ella, el deber de negociar en la misma.

Parece razonable que, tras el periodo de posibles negociaciones durante el periodo de ultraactividad, el deber de negociar de las partes en esa unidad de negociación desaparezca (en este sentido, Merino Segovia, A. "*La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*". RDS. nº 57. 2012. pags. 260; o Goerlich Peset, J.M^a. "*La ultraactividad de los convenios colectivos*". En Foro de Debate sobre "*La ultraactividad de los convenios colectivos*". Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Mayo 2013. Página web de la CCNCC), necesitando su recuperación del acuerdo de ambas partes.

Ello no obstante, se trata de un supuesto no previsto expresamente en la ley o en el Art. 89.1 del ET, por lo que cabe dudar de su desaparición.

En todo caso, jugará el principio de no concurrencia entre convenios colectivos estatutarios del Art. 84 del ET en el caso de que, como corolario de la ultraactividad sin convenio colectivo y sin laudo arbitral sustitutivo, se haya aplicado un convenio colectivo de ámbito superior.

2.3.- LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE DEBER DE PAZ ABSOLUTO

22.- Conforme establece expresamente el Art. 86.3 del ET, "*las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia*".

De esta manera, el nuevo Art. 86.3 del ET, surgido de la Reforma Laboral aclara de una vez por todas el delicado tema de la interpretación de las denominadas con anterioridad "*cláusulas obligacionales*", que quedaban igualmente excluidas de la ultraactividad normativa del convenio colectivo, reduciéndolas a las que la mayoría de la doctrina había denominado "*cláusulas de deber de paz absoluto*", por las que se renuncia a toda huelga durante la vigencia del convenio colectivo, más allá del "*deber de paz relativo*" establecido por el Art. 11 c) del RDLRT, esto es, la prohibición legal de las huelgas novatorias

3.- LA LIMITACIÓN DE LA ULTRACTIVIDAD A LOS CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS

23.- La ultraactividad normativa establecida en el Art. 86.3 del ET alcanza únicamente a los convenios colectivos estatutarios, con exclusión de los convenios colectivos extraestatutarios.

En este sentido se manifiestan de antiguo las SS.TS, u.d., de 25 de Enero de 1999, Rec. 1584/1998 o de 17 de Abril de 2000, Rec. 1833/1999, al señalar que

“la ultractividad de los convenios colectivos, establecida en el Art. 86.3 del ET respecto a las cláusulas normativas de un convenio ya vencido, solo es predicable respecto de los que hayan sido negociados y concluidos con los requisitos y trámites establecidos en el Título III del propio cuerpo legal” (en el mismo sentido se expresa la STS de 9 de Febrero de 2010, Rec. 105/2009).

Esta jurisprudencia continúa siendo de aplicación tras las modificaciones operadas en el Art. 86.3 del ET tras la Ley 3/2012.

24.- Ahora bien, ante la ausencia de ultractividad de los convenios colectivos extraestatutarios, la cuestión que se plantea es la de si, una vez finalizada la vigencia pactada de los mismos, se consolidan sus condiciones, por entenderse incorporadas a los contratos individuales como condiciones más beneficiosas de origen contractual o derechos adquiridos o si dejan de aplicarse, dada la natural temporalidad de su aplicación, de necesaria coincidencia con la duración del convenio colectivo extraestatutario.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifestó en el primer sentido durante un breve tiempo (por todas, SS.TS de 12 de Diciembre de 2008, Rec. 538/2008, de 23 de Diciembre de 2008, Rec. 2199/2008 o de 20 de Marzo de 2009, Rec. 1923/2008), llegando a afirmar que las condiciones establecidas por un convenio colectivo extraestatutario eran independientes de las vicisitudes que atravesase éste y que se incorporaban al patrimonio contractual de los trabajadores más allá de la duración del convenio, de acuerdo con la *“doctrina de la condición más beneficiosa”*, muy pronto corrigió este *“desvario”*, volviendo a la doctrina tradicional, manteniéndose que las condiciones establecidas por convenio colectivo extraestatutario e incorporadas a los contratos individuales de trabajo del personal al que se aplica tienen la misma duración que su fuente de origen (por todas, SS.TS de 11 de Mayo de 2009, Rec. 2509/2008, de 10 de Junio de 2009, Rec. 103/2008, de 16 de Junio de 2009, Rec. 2272/2008 o de 14 de Octubre de 2009, Rec. 625/2009).

4.- LA INCIDENCIA DE UN CONVENIO COLECTIVO EXTRAESTATUTARIO SOBRE LA ULTRACTIVIDAD NORMATIVA DE UN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO

25.- Aunque, a mi juicio, la incidencia de un posterior convenio colectivo extraestatutario sobre la vigencia ultractiva de un anterior convenio colectivo estatutario es nula o inexistente (STC 108/1989, de 8 de Junio; STS de 30 de Septiembre de 1999, Rec. 3652/1998), existe no obstante jurisprudencia que, criticablemente desde mi punto de vista, ha aceptado la finalización de la vigencia ultractiva del convenio colectivo estatutario por la celebración de un convenio colectivo extraestatutario para quienes se les aplique (por vía de representación de las partes negociadoras) o se adhieran posteriormente al mismo, manteniéndose la ultractividad del convenio colectivo estatutario solamente para quienes no acepten el convenio

extraestatutario (SS.TS de 17 de Octubre de 1994, Rec. 2197/1993, de 30 de Marzo de 1999, Rec. 2947/1998 o de 1 de Marzo de 2001, Rec. 2019/2000).

Tal vez la pauta que inspira esta jurisprudencia sea la evitación de una suerte de “*espiguelo*” que permita al adherido al convenio colectivo extraestatutario seleccionar, caso por caso, las cláusulas que más le convengan de uno y otro convenio. Pero debe tenerse en cuenta que, en una situación así, no se está ante un problema de concurrencia al que quepa aplicar el Art. 84 del ET, sino que la regla aplicable a las relaciones entre los convenios estatutarios y extraestatutarios es la del Art. 3.1 c) del ET, de suerte que tratándose de un problema de aplicación normativa, los convenios colectivos extraestatutarios se sitúan por debajo de los convenios estatutarios y al mismo nivel de los contratos de trabajo, de modo que el convenio colectivo extraestatutario solamente se aplicará en cuanto establezca condiciones más ventajosas, pero no en cuanto regule condiciones menos favorables a las previstas en el convenio estatutario (STS de 18 de Febrero de 2003, Rec. 1/2002).

26.- En todo caso, el deber de negociar se mantiene, ya que la existencia de un convenio colectivo extraestatutario no puede alegarse como motivo para justificar la negativa a negociar un convenio colectivo estatutario (por todas, STS, u.d., de 30 de Septiembre de 1999, Rec. 3652/198).

5.- LA ULTRACTIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN LEGAL DE CONCU- RRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS

27.- La vigencia prorrogada del convenio colectivo estatutario durante el periodo de ultractividad, legal o convencional, no impedirá, como hemos visto (ver supra), la negociación de la revisión del convenio colectivo en cuestión o el cambio de unidad de negociación, perdiendo aplicabilidad la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos del Art. 84 del ET (por todas, STS, u.d., de 2 de Febrero de 2004, Rec. 3069/2002).

6.- LA ULTRACTIVIDAD VERSUS LA RETROACTIVIDAD

28.- La ultractividad de los convenios colectivos no está reñida con la retroactividad de los mismos pactada por las partes negociadoras del convenio colectivo posterior.

La jurisprudencia ha venido a establecer los siguientes criterios respecto de la retroactividad en relación a la ultractividad (por todas, SS.TS de 11 de Marzo de 2002, rec. 2412/2001, de 29 de Diciembre de 2004, Rec. 106/2003 o de 10 de Octubre de 2005, Rec. 217/2004):

1º) No existe una regla general de prevalencia de la retroactividad sobre la ultractividad o viceversa sino que hay que estar a lo pactado en cada caso, debiendo deducir la solución del contenido de cada convenio, aunque en línea de principio, si se deduce con claridad la retroactividad del convenio, a ella habrá que estar.

2º) Si la voluntad retroactiva no se encuentra lo suficientemente clara y expresa, primará la ultractividad sobre la retroactividad.

3º) La retroactividad afecta y beneficia a cuantos trabajadores hayan prestado sus servicios a la empresa durante el periodo de vigencia retroactiva, aun cuando su relación se haya extinguido en el momento de la firma del nuevo convenio colectivo.

4º) No se acepta la retroactividad aplicada a situaciones ya totalmente consumadas bajo la vigencia ultractiva del convenio colectivo anterior, como sucede, por ejemplo, con un traslado ya completamente ejecutado.

7.- EL JUEGO DE LA ULTRACTIVIDAD EN LAS TRANSMISIONES DE EMPRESA

29.- Una cuestión del mayor interés reside en saber si la ultractividad del convenio colectivo de la empresa cedida jugará o no más allá de la transmisión de la empresa. En este sentido, el Art. 44.4 del ET viene a señalar lo siguiente: “- *Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida*”.

30.- A la vista de este precepto, cabría hacer dos interpretaciones encontradas respecto del término empleado legalmente de “*fecha de expiración del convenio colectivo de origen*” en orden a la aplicación del convenio colectivo estatutario de la empresa cesionaria en situación de ultractividad en el momento de la transmisión de ésta:

1ª) Por un lado, la doctrina científica, ha entendido inaplicable el juego de la ultractividad prevista en el Art. 86.3 del ET en el supuesto de sucesión de empresas, con base en una interpretación teleológica o finalista del mismo, dado que la “*ratio legis*” de este precepto legal viene referida al íterim producido entre la pérdida de la vigencia ordinaria del convenio colectivo y el acuerdo de revisión del mismo, siendo así que este acuerdo de revisión tras la sucesión de la empresa no podrá ya producirse por haber desaparecido la contraparte. En este sentido se han expresado Valdes Dal-Re, F. (“*Las garantías colectivas en la transmisión de empresa*”. Relaciones Laborales. 2002. Nº 1. Pag. 208), Del Rey Guanter, S. (“*El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresa: Anotaciones a las novedades esenciales del Art. 44 TRET*”. Temas Laborales. 2000. nº 100. Pag. 337) o Moreno Gene, J. (“*El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. Pags, 114 y ss).

2ª) Por el contrario, el Tribunal Supremo (SS.TS 22 de Marzo de 2002, Rec. 1170/2001, de 11 de Octubre de 2002, Rec. 920/2002, de 30 de Septiembre de 2003, Rec. 88/2002, de 15 de Octubre de 2003, Rec. 4552/2002, de 18 de Septiembre de 2006, Rec. 91/2005 o de 12 de Abril de 2011, Rec. 132/2011) ha mantenido, con base en una interpretación literal del término legal “*expiración*”, que “*el convenio en fase de ultractividad sigue obligando a la cesionaria hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa*”.

III.- LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

31.- En cuanto a la posible “*ultractividad normativa*” del convenio colectivo más allá de la fecha de su vencimiento denunciado en tanto no sea sustituido por otro o por un laudo arbitral sustitutivo, predominan los países en los que la ley establece expresamente la ultractividad normativa general del convenio colectivo más allá de la fecha de su vencimiento denunciado por una de las partes. Esto sucede en Alemania (Art. 3.3. de la Ley de Convenios Colectivos, de 9 de Abril de 1949), Austria (Art. 13 de la Ley Federal de Relaciones Laborales, de 14 de Diciembre de 1973), Eslovenia (Art. 17 de la Ley de Convenios Colectivos de 4 de Abril de 2006), Estonia (Art. 11.5 de la Ley de Convenios Colectivos de 14 de Abril de 1993), Letonia (Art. 19.3 de la Darba Likums), Holanda (Ley sobre Convenios Colectivos de 1927) o Malta (en la práctica, ante la inexistencia de previsión legal al efecto), donde la ultractividad del convenio colectivo no tiene límite temporal, manteniéndose hasta tanto no se aplique otro convenio colectivo; o en Luxemburgo (Art. L-162-9 y 10 del Código de Trabajo), donde la ultractividad dura solamente un año.

En Italia no existe previsión legal pero es frecuente que los propios convenios colectivos establezcan una “*cláusula de ultractividad*”.

En otros países, como Francia, Bélgica (Art. 23 de la Ley de Convenios Colectivos, de 5 de Diciembre de 1968) o Grecia (Art.9 de la Ley de la negociación colectiva, de 7 de Marzo de 1970), en el periodo de ultractividad del convenio colectivo se contractualizan las condiciones convencionales anteriores.

Hay, finalmente, países donde la ultractividad se limita materialmente a determinadas condiciones convencionales. Tal sucede en Finlandia, referida solamente a la materia salarial o en Portugal, referida a las retribuciones, tiempo de trabajo, clasificación profesional y protección social (Art. 501. 2 a 9 del Código de Trabajo).

IV.- VALORACIÓN CRÍTICA

32.- La conversión de las condiciones de un convenio colectivo en “*cuasi derechos adquiridos*”, convirtiéndolas en irreversibles por un periodo ilimitado, bastando para ello con la simple negativa de una de las partes al acuerdo, puede sin duda provocar la paralización de algunas negociaciones y grandes dificultades para acomodar el nuevo convenio colectivo a las nuevas circunstancias (nuevos costes o nuevas exigencias del mercado), petrificando de alguna manera la negociación colectiva (Mercader Uguina, J. La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012, la empresa como nuevo centro de gravedad. AA.VV. Dirs. García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2012. Pag. 382).

De esta manera, por la parte empresarial se critica la institución de la ultractividad por entender que desincentiva la negociación y que, no alcanzando un nuevo acuerdo, se perpetúan las condiciones convencionales anteriores, postulándose en consecuencia “*que nadie se encuentre más cómodo en el desacuerdo que en el acuerdo*”.

33.- En sentido contrario, la reducción de la ultractividad a un año, puede suponer una ampliación de los poderes organizativos empresariales y, como mínimo, una ampliación de las posibilidades de individualización de las relaciones laborales y de una negociación colectiva “*a la baja*”, aprovechando que la alternativa al acuerdo será la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior si lo hubiere y, de no haberlo, de la legislación laboral general.

Está claro sin embargo que todas las empresas que se encuentren en la situación de pérdida de ultractividad del convenio aplicable puedan aplicar con facilidad la Ley, esto es, puedan aplicar el convenio colectivo de ámbito superior o, de no existir éste, la legislación laboral general. Piénsese, en este último caso, a modo de ejemplo, en materia salarial, lo que supondría aplicar a “*todos*” los trabajadores de la noche a la mañana el salario mínimo interprofesional, que sería la única norma laboral general aplicable en materia salarial, sin distinguir entre grupos profesionales y puestos de trabajo; o, en materia disciplinaria, partiendo de la exigencia legal de que el régimen disciplinario esté establecido en un convenio colectivo estatutario (Art. 58.1 del ET), lo que supondría no poder sancionar sino con el despido, al no existir otras sanciones disciplinarias en la ley; o, en materia de clasificación profesional, donde la ley establece igualmente la exigencia de que sea establecida “*mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores*” (Art. 22.1 del ET).

Por otra parte, parece evidente el crecimiento de la conflictividad y, con ella, de la judicialización de las relaciones laborales que puede derivar de la nueva regulación de la ultractividad de los convenios colectivos, sobre todo en los casos

en que el salario del trabajador, o cualquier otra condición de trabajo, no coincida exactamente con lo dispuesto en el convenio colectivo.

34.- De ahí que la solución a esta importante cuestión debería haberse solucionado con fórmulas prudentes o intermedias, que combinaran los criterios temporales y los materiales, como sucede en otros países de nuestro entorno (Portugal, por ejemplo).

En mi opinión, una fórmula óptima en este último sentido hubiera sido la de establecer la ultractividad “*sine die*” para determinadas materias –retribuciones, tiempo de trabajo, régimen disciplinario y clasificación profesional,- justamente las mismas materias que regulaban los “*Acuerdos de Cobertura de Vacíos*” que pusieron fin a las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas laborales.

Se trataría así de mantener los derechos básicos de los trabajadores (retribución y tiempo de trabajo) y aquellas dos materias que, de no estar reguladas en un convenio colectivo, no podrían aplicarse de ninguna manera, según nuestra legislación (ver supra).

V.- BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C. *La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultractividad*. Ponencia en las XXV Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de 4 de Octubre de 2012.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E. La pérdida de ultractividad de los convenios colectivos. En prensa.
- CRUZ VILLALÓN, J. “*Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012*”. En AA.VV. Dirs. García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2012, pags. 385 y ss.
- DEL REY GUANTER, S. “*El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresa: Anotaciones a las novedades esenciales del Art. 44 TRET*”. Temas Laborales, nº 100. 2000.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. “*Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos*”. En AA.VV. Dirs. Rodríguez Piñero, M. y Valdés Dal-Re, F. *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*. La Ley. Madrid. 2012, pags. 381 y ss.
- GOERLICH PESET, J.M^a. “*Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.; “*La ultraactividad de los convenios colectivos*”. En Foro de Debate sobre “*La ultraactividad de los convenios colectivos*”. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Mayo 2013. Página web de la CCNCC.

- LAHERA FORTEZA, J. “*Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la Reforma Laboral 2012*”. Relaciones Laborales, nº 3. 2013.
- LLANO SÁNCHEZ, M. “*La negociación colectiva*”. En AA.VV. Dirs. Montoya Melgar, A. y García Murcia, J. Comentario a la reforma laboral de 2012. Ed. Civita. Madrid. 2012, pags.H00345 y ss.
- LLOMPART BENNÁSAR, M. “*Nuevas perspectivas en materia de estructura de la negociación colectiva y de duración del convenio colectivo*”. En AA.VV. Dir. Thibault, J. La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo. Ed. La Ley. Madrid. 2012, pp.419 y ss.
- MERCADER UGUINA, J. *La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012, la empresa como nuevo centro de gravedad*. En AA.VV. Dirs. García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2012, pp. 419 y ss.
- MERINO SEGOVIA, A. “*La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*”.RDS. nº 57. 2012.
- MOLINA NAVARRETE, C. “*De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “Estatuto del Trabajo Subordinado”*”. RTSS (CEF). Nº 348. 2012; “*Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios: ¿en serio es una cuenta atrás hacia el “abismo laboral” español?*”. Temas Laborales. 2013.
- MORENO GENE, J. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- NAVARRO NIETO, F. “*La reforma del marco normativo de la negociación colectiva*”. Ponencia del XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.San Sebastián, Mayo de 2012.
- OLARTE ENCABO, S. “*Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos*”. En Foro de Debate sobre “*La ultraactividad de los convenios colectivos*”. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Mayo 2013. Página web de la CCNCC.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. “*La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión*”.Relaciones Laborales, nº 1, 2010.
- PURCALLA, M.A. y PRECIADO, C.H. “*Cambios en la negociación colectiva tras la ley 3/2012: breves notas para el debate*”. RGTSS. nº 31. 2012.
- ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.
- VALDES DAL-RE, F. “*Las garantías colectivas en la transmisión de empresa*”. Relaciones Laborales, nº1. 2002; “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*”. Relaciones Laborales. nº 2/24, 2012.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES QUE NO PUEDEN VALERSE POR SÍ MISMOS

Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Discípula de Antonio Ojeda Avilés

1. LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES QUE NO PUEDEN VALERSE POR SÍ MISMOS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

El artículo 46.3, segundo apartado, del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), regula la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos y atribuye a la negociación colectiva la potestad de ampliar la duración temporal de la misma.

El objeto de este estudio es analizar qué uso han hecho las partes negociadoras de esta facultad y si en el ejercicio de la misma los convenios colectivos analizados (los publicados en 2012 y 2013) han regulado igualmente otros aspectos relacionados con esta modalidad de excedencia que es una pieza clave para la consecución de una efectiva conciliación de la vida laboral y familiar.

2. NATURALEZA JURÍDICA ATRIBUIDA POR LOS CONVENIOS COLECTIVOS

De conformidad con la clasificación contenida en el artículo 46.1 TRET la excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. Sin embargo, respecto a la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos, el legislador guarda silencio sobre su naturaleza jurídica.

Siendo innegable que la excedencia por cuidado de familiares presenta rasgos en común con la excedencia forzosa (reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad) también lo es que tiene características que la diferencian nítidamente de ésta última.

La complejidad que conlleva calificar jurídicamente esta modalidad de excedencia encuentra su reflejo en la negociación colectiva, no siendo infrecuente que en épocas no tan lejanas fuera regulada como un supuesto de excedencia voluntaria en algunos convenios y como excedencia forzosa en otros. Sirva como ejemplo de lo primero el II Convenio colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea vigente hasta 31 de diciembre de 2013 (BOE 9.3.2011 nº 58) cuyo artículo 25 bis lleva por rúbrica “excedencia voluntaria por cuidado de familiares”.

Respecto a los convenios colectivos publicados en 2012 y 2013 que son objeto de análisis en este trabajo, lo primero que hay que señalar es que son minoría los que contienen expresas referencias a esta modalidad de excedencia en su articulado.

Dicho lo cual, sin embargo, hay que destacar como dato positivo el hecho de que aparezca regulada de manera separada respecto a los supuestos de excedencias voluntarias y forzosas, lo cual refleja una técnica jurídica más depurada.

Lo anterior no implica, sin embargo, que la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos sea objeto siempre y en todo caso de una regulación autónoma, pues no faltan ejemplos en los que los convenios analizados incluyen bajo un mismo epígrafe “la excedencia por cuidado de familiares y la de hijos” (art. 78 del convenio colectivo estatal del sector de la madera –BOE 27.11.2012 nº 285); o “la excedencia especial por maternidad y cuidado de familiares”(artículo 54 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal-BOE 18.5 2012, nº 119-).

3. PREAVISO: FORMA Y PLAZOS

Tradicionalmente los convenios colectivos no han regulado la cuestión del plazo o la forma de preaviso para el ejercicio de este derecho, cuestión que tampoco está expresamente contemplada en el TRET.

Sin embargo, entre los convenios analizados encontramos algunos que sí lo han previsto expresamente. Es el caso del artículo 55.2 del XIV convenio colecti-

vo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 9.10.2012 nº 243) que establece que “deberá solicitarse siempre por escrito con una antelación de al menos treinta días a la fecha de su inicio, a no ser por causas demostrables, de urgente necesidad, debiendo recibir contestación escrita por parte del centro en el plazo de los cinco días siguientes”.

4. CONCEPTO DE FAMILIAR

Respecto al restringido círculo de familiares enumerado en el segundo párrafo del artículo 46.3 TRET cuya necesidad de cuidados puede ser justa causa para solicitar la excedencia, hay que señalar como aspecto positivo que no faltan los convenios colectivos que atendiendo a las nuevas realidades socio-familiares hayan extendido el concepto de familiar para incluir también a la pareja de hecho, tal y como hace el artículo 55.1 del XIV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 9.10.2012 nº 243).

Por el contrario, es decepcionante comprobar que ninguno de los convenios colectivos examinados incluya el parentesco por adopción. La única explicación plausible es que al no preverlo expresamente el artículo 46.3 TRET, los negociadores miméticamente lo omiten. Pero no por ello queda excluido el parentesco por adopción —que produce los mismos efectos jurídicos que el parentesco por consanguinidad— como supuesto de hecho para solicitar la excedencia objeto de este estudio.

5. CUIDADO ¿DIRECTO? DE FAMILIARES

El artículo 30 del VII convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios (BOE 5.10.2012 nº 240) al regular esta excedencia establece como requisito para su ejercicio que el trabajador excedente se dedique al cuidado “directo” del familiar que no puede valerse por sí mismos.

No parece, sin embargo, que pueda exigirse como requisito imprescindible que el trabajador excedente sea el que tenga que ocuparse de prestar personalmente todas las atenciones que requiera el familiar necesitado de cuidados, pues nada impide que pueda ser ayudado en tales menesteres por otros familiares o que contrate a profesionales para el mismo fin.

A mayor abundamiento, el legislador laboral faculta a la negociación colectiva para ampliar el plazo de duración de esta modalidad de excedencia y, por tanto, a mejorar la regulación legal, pero no a establecer una regulación menos favorable y más restrictiva para los trabajadores.

La posible explicación del motivo por el cual algunos convenios colectivos prevén la necesidad del “cuidado directo” podría obedecer a que “copian” la letra del artículo 37.5, segundo párrafo del TRET, olvidando que este último artículo regula la re-

ducción de jornada por cuidado de familiares que es un supuesto de hecho diferente al contemplado en el artículo 46.3, segundo párrafo del TRET que en modo alguno exige que sea el propio trabajador/a el que haya asumido el cuidado “directo de un familiar”.

6. SUSPENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES SINAGMÁTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DEBER DE BUENA FE

Es del todo evidente que la excedencia conlleva la suspensión de las obligaciones sinalagmáticas que traen causa del contrato de trabajo y que son, fundamentalmente, la obligación de prestar voluntariamente un trabajo personal a cambio de una retribución.

De ahí que resulte en principio superfluo lo prevenido en el artículo 55.1 del XIV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 9.10.2012 nº 243), según el cual el trabajador/a excedente no tiene derecho mientras dure la excedencia a “percibir retribución alguna”.

Sin embargo, a efectos puramente polemizadores –ya que salvo error u omisión ningún convenio colectivo ha regulado hasta la fecha esta materia- cabría plantearse si la prohibición de percibir cualquier tipo de retribución incluye una de las modalidades del salario en especie: cuando el empresario pone a disposición del trabajador/a un inmueble como vivienda. Una interpretación estricta conduciría a considerar que suspendido el contrato cesa la obligación del empresario de proporcionar vivienda, aunque no han faltado autores que hayan considerado que la “utilización de la vivienda no sigue la suerte del resto de las percepciones salariales en los casos de suspensión del contrato de trabajo (ALBIOL MONTESINOS, 1992, 51).

En otro orden de ideas y por lo que respecta al deber de buena fe, éste sigue desplegando eficacia incluso durante el supuesto de suspensión del contrato como consecuencia de la excedencia. Es por ello que resulta plenamente aplicable a esta situación lo prevenido en el artículo 21.1 TRET que prohíbe expresamente la concurrencia desleal, como plasmación del principio de buena fe (art. 20.2. TRET).

No obstante, no faltan ejemplos de convenios colectivos que reiteran esta prohibición de concurrencia desleal durante la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos. Es el caso del artículo 79.2 del convenio colectivo estatal del sector de la madera (BOE 27.11.2012, nº 285) que señala que “durante el período de excedencia, el trabajador, en ningún caso, podrá prestar servicios que supongan una concurrencia desleal en relación a la empresa. Si así lo hiciera, perdería automáticamente su derecho de reingreso”. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 93.3 del V Convenio colectivo del sector de la construcción (BOE 15.3.2012 nº 64): “durante el periodo de excedencia el trabajador no podrá prestar sus servicios en otra empresa que se dedique a la misma actividad. Si así lo hiciera, perderá automáticamente su derecho de reingreso”.

7. DURACIÓN

Siguiendo lo que ha sido la tónica dominante en la última década, son casi excepcionales los ejemplos de convenios colectivos que amplían el plazo de duración respecto al previsto en el TRET para la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos.

Los convenios colectivos publicados en 2012 y 2013 que prevén un plazo de duración superior al establecido por el legislador tienen como nota en común que prevén como duración un período de excedencia de duración no superior a los tres años. Es el caso del artículo 54 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 18.5.2012, nº 119); del artículo 93.2 del V convenio colectivo del sector de la construcción (BOE 15.3.2012 nº 64); y del artículo 54 del XVII convenio colectivo general de la industria química (BOE 9.4.2013 nº 85).

Un supuesto realmente original por lo novedoso en comparación con los convenios publicados en la última década, es el artículo 93.2 del V convenio colectivo del sector de la construcción (BOE 15.3.2012 nº 64) que prevé que el plazo de duración de la excedencia por cuidado de familiares puede ampliarse por plazo superior a dos años –sin límite temporal- “por acuerdo entre las partes”.

8. REINGRESO

Ante la parquedad del legislador laboral sobre esta cuestión algunos convenios colectivos contienen previsiones específicas. Es el caso del artículo 30 del VII convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios (BOE 5.10.2012 nº 240) que establece que “desaparecida la causa que motivó la excedencia, el trabajador tendrá treinta días naturales para reincorporarse al centro de trabajo y, caso de no hacerlo, causará baja definitiva en el mismo”.

9. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES QUE NO PUEDEN VALERSE POR SÍ MISMOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Conforme al artículo 7 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) “el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. La exégesis de dicho precepto lleva a afirmar que respecto al personal laboral no existe ninguna particularidad legal en materia de excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos. Se aplica, por tanto, la normativa laboral ya analizada que

remite a la negociación colectiva por lo que a la ampliación de la duración de esta modalidad de excedencia se refiere.

Respecto a los funcionarios de carrera esta materia es objeto de regulación en el artículo 89.4 del EBEP –que no ha sido objeto de ninguna reforma hasta la fecha- en los siguientes términos: “los funcionarios de carrera tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida”.

Dos son las principales diferencias que se observan entre el régimen jurídico aplicable al personal laboral y a los funcionarios de carrera respecto a la excedencia por cuidado de familiares:

- El plazo de duración previsto para esta modalidad de excedencia en el EBEP supera en un año al contemplado en el TRET.

- Pero a diferencia del TRET, el EBEP no faculta a la negociación colectiva para ampliar el plazo de duración de la excedencia por cuidado de familiares

El que resulte vedada a la negociación colectiva ampliar la duración de la excedencia por cuidado de familiares traería causa, en última instancia, del artículo 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución. A tenor de dichos preceptos se atribuye la competencia exclusiva al Estado respecto a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios y las bases de planificación general de la actividad económica y de régimen de los funcionarios.

Puesto que las situaciones administrativas de los funcionarios –y entre ellas la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos- tiene carácter básico, corresponde al Estado su regulación.

Esto explicaría, por tanto, que el Estatuto Básico del Empleado Público no menciona en su artículo 37.1 esta materia entre las que pueden ser objeto de negociación.

10. CONCLUSIÓN

A pesar de las esperanzas depositadas en la negociación colectiva como fuente para ampliar la duración de la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos -o al menos para regular aquellos aspectos relacionados con el ejercicio de este derecho sobre los que el legislador laboral guarda silencio-, lo cierto es que la regla general es que los convenios colectivos no aportan novedad alguna puesto que o bien no regulan esta modalidad de excedencia o se limitan a copiar el contenido del artículo 46.3, segundo párrafo, TRET.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, I.: *El Salario. Aspectos Legales y Jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992.
- ARROYO GONZÁLEZ, M.:“La Contribución de la Negociación Colectiva a la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral. Un Análisis en Determinados Sectores con Mayor Presencia Femenina”, Documentación Laboral n º74 (2005).
- BENGOETXEA ALKORTA, A.: *Negociación Colectiva y Autonomía Colectiva en la Función Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- COSTA REYES, A. et alli:“El Convenio Colectivo como Instrumento para la Flexibilidad” en: M. Rodríguez-Piñero Royo (Dir.): *Veinticinco Años de Estatuto de los Trabajadores: Balance y Perspectivas para un Nuevo Estatuto*, CARL, Sevilla, 2006.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.:“Suspensión del Contrato de Trabajo y Excedencias. La Extinción del Vínculo Laboral” en: VV.AA.: *Los Convenios Colectivos Extraestatutarios. Contenido y Régimen Jurídico*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.:*Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*. 12ª ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La Excedencia Por Cuidado de Familiares que no pueden valerse por sí mismos. El Régimen Jurídico del Cuidador No Profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

EFICACIA JURÍDICA DE LOS PRODUCTOS DE LA ACCIÓN SINDICAL TRANSNACIONAL

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

“... la responsabilidad social merece la máxima atención por nuestra parte. Estamos hablando de compromisos con la naturaleza, con la abolición del trabajo infantil, con la igualdad de género, con el respeto del diálogo social, que hasta el momento y por la mera acción de los convenios de la OIT no conseguían observancia en vastas zonas del globo, pero que (...) comienzan a adquirir la anhelada eficacia erga omnes. Decenas de poderosas multinacionales actúan como canales de introducción de dichos principios formando una tupida red que se acompaña con frecuencia de la capilaridad resultante de exigir a su vez el mismo respeto a las empresas suministradoras y subcontratistas ..”.

A. Ojeda Avilés, **Derecho Transnacional del Trabajo**, pág. 360.

1. UNA CUESTIÓN DELIBERADAMENTE COMPLEJA

La asunción por los sindicatos de una dimensión reguladora transnacional corre paralela al desarrollo por parte de las empresas multinacionales de fórmulas diversas de compromiso con el respeto de un conjunto de estándares justos de

trabajo a lo largo de sus cadenas de producción. Y en particular a la preocupación de los primeros por garantizar su aplicación real y efectiva.

Por ello, preguntarse por la eficacia jurídica de los productos de la acción sindical transnacional equivale, en el fondo, a interrogarse por el valor jurídico que es posible atribuir a dichos instrumentos y por las fórmulas a través de las cuales las organizaciones sindicales pueden estar en condiciones de exigir su cumplimiento.

La anterior es una cuestión sumamente compleja, para la que no existen respuestas claras y concluyentes. Esto se debe, antes que nada, a que se trata de instrumentos aún en fase de formación, los cuales pueden además adoptar en la práctica una gran variedad de formulaciones y contenidos. Pero también a que los mismos carecen de un marco jurídico específico, tanto en el ámbito nacional como internacional.

De todos los instrumentos posibles, sólo voy a prestar atención en mi análisis aquí exclusivamente a dos:

- Los *Códigos unilaterales de Conducta* que incluyen el compromiso de las empresas multinacionales de hacer respetar un núcleo básico de derechos laborales a sus filiales, proveedores y contratistas.

- Los *Acuerdos Marco Internacionales* suscritos con objetivos semejantes por las empresas multinacionales con las federaciones sindicales internacionales y otros sujetos (Comités de Empresa europeos o mundiales, sindicatos del país sede de la empresa, etc.).

Naturalmente, lo que se diga sobre la eficacia jurídica de estos instrumentos puede ser aplicado, *mutatis mutandi*, a los demás productos de la acción sindical internacional que guarden semejanza estructural con ellos.

2. LA EFECTIVIDAD SOCIAL COMO PUNTO DE PARTIDA

En los dos supuestos a los que acabo de referirme, no creo que pueda dudarse de que se trata instrumentos de un claro valor jurídico. La cuestión es determinar *cuál* es éste y *cómo* los sindicatos pueden hacerlo valer, de ser necesario.

En principio, como todos sabemos, la efectividad de esta clase de instrumentos se basa en la capacidad que tiene la casa matriz de imponer su cumplimiento a sus filiales, contratistas y socios comerciales, debido al control que ejerce sobre el proceso global de producción. A la que hay que sumar, naturalmente, el interés que la misma tiene de hacerlo debido al descrédito comercial que es capaz de ocasionarle la realización de prácticas laborales abusivas por sus colaboradores.

La efectividad de estos instrumentos no es, sin embargo, una puramente social o de hecho, como intentaré demostrar a continuación.

3. EL VALOR JURÍDICO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ACUERDOS MARCO INTERNACIONALES

Es cierto que los Códigos de Conducta son declaraciones unilaterales que no crean por sí mismas derecho alguno en cabeza de los trabajadores a los que pretenden beneficiar. No obstante, una vez que han sido aceptados por los proveedores y contratistas, obligan jurídicamente a éstos a cumplirlos frente a la empresa multinacional, pudiendo la misma suspender o rescindir la relación comercial con ellos de no ocurrir así.

De igual modo, tampoco los Acuerdos Marco Internacionales son fuente de derechos subjetivos para los trabajadores, ya que, ni la casa matriz puede obligar a sus filiales y proveedores, al ser personas jurídicas diferentes, ni las federaciones sindicales internacionales tienen un mandato claro para ello por parte de las organizaciones que las componen, no existiendo tampoco norma alguna, internacional o interna, que prevea tal efecto. Aún así, estos pactos introducen el compromiso, asumido por la empresa multinacional frente a las organizaciones sindicales firmantes, de “hacer cumplir” su contenido a sus filiales y colaboradores externos, sirviéndose del control que la misma ejerce sobre el accionariado de las primeras y los pedidos que deben atender los segundos.

4. EL PROBLEMA DE LA CONDUCTA RETICENTE

Lo dicho supone que los Códigos de Conducta y Acuerdos Marco Internacionales pueden tener una eficacia plena si la empresa multinacional está dispuesta a exigir su cumplimiento a sus filiales y proveedores. Las dificultades surgen, naturalmente, ante la existencia de incumplimientos específicos en la cadena de producción. En particular, cuando dicha empresa no actúa con suficiente diligencia o se muestra reticente a corregirlos.

En estos casos, parece claro que la primera opción no puede ser otra que la de denunciar sindicalmente los abusos ante la propia empresa multinacional, con la expectativa de que ésta los corrija utilizando para ello sus poderes corporativos o contractuales. Y recurriendo, en caso de no prestar oídos a las quejas, a la denuncia ante la opinión pública y los consumidores para presionarla.

Esta es la opción que se adapta mejor a la peculiar lógica de estos instrumentos. Y también la que de momento ha dado mejores resultados.

La cuestión es, sin embargo, si existe algún tipo de acción jurídica a la que puedan recurrir las organizaciones sindicales en caso de que tales denuncias no den resultado, bien para exigir la corrección de los abusos, o bien para demandar que la empresa multinacional asuma algún tipo de responsabilidad por ellos.

5. ¿ES POSIBLE INTERPONER ACCIONES EN EL PAÍS DONDE SE COMETEN LOS ABUSOS?

La posibilidad de que una acción de esta naturaleza pueda ser ejercida en el país donde se cometen los abusos por los sindicatos locales es remota. De un lado, porque los contratistas locales no se han comprometido a cumplir el Código de Conducta o el Acuerdo Marco Internacional con aquellos o sus trabajadores, sino con la empresa multinacional, por lo que debe ser ésta, en todo caso, quien se lo exija. Pero, del otro, porque la doctrina del velo societario impide entender que la multinacional y sus filiales y colaboradores conforman una estructura integrada. La primera no puede ser considerada, por tal razón, responsable de los actos de sus colaboradores, salvo que se consiga demostrar que tuvo una intervención específica, a través de sus directivos o personal, en los actos constitutivos de la violación.

En doctrina, de todas formas, se ha defendido que sí cabría una acción de los sindicatos locales, al poder ser consideradas las cláusulas de los Códigos de Conducta y Acuerdos Marco Internacionales como estipulaciones en favor de terceros, emitidas por la empresa multinacional con un propósito vinculante. Así, para Goñi Sein (2011, 601), este tipo de instrumentos son generadores “de verdaderas obligaciones jurídicas” para la empresa multinacional que los suscribe, en la medida en que “se emiten, no con mero valor moral, sino con ánimo de obligarse frente a terceros (trabajadores o clientes en general)”. El problema radica en que lo que a través de ellos se ofrece no es un acto propio sino de otro sujeto (la filial o el contratista o proveedor), que no parece que pueda ser exigible a éste sin su consentimiento. Con todo, se trata de una vía a explorar de cara al futuro.

6. OPCIONES A DISPOSICIÓN DE LAS FEDERACIONES INTERNACIONALES Y LOS SINDICATOS DE LA SEDE DE LA CASA MATRIZ

¿Qué ocurre en el caso de las federaciones sindicales internacionales y los sindicatos del país sede de la casa matriz de la empresa multinacional? ¿Dispondrían, ellos sí, de algún tipo de acción frente a esta última, a ejercitar, si no en el país donde se realizan los incumplimientos, en el de la sede de ésta?

a. Límites de los Códigos de Conducta

La anterior es una opción que no existe, como salta a la vista, tratándose de los Códigos de Conducta, dado su carácter unilateral.

Si acaso, aquí podría tratar de recurrirse a la legislación sobre consumo, con el fin de demandar por publicidad engañosa a la empresa multinacional que difunde unos compromisos en materia de responsabilidad social que luego no honra. Así, en el caso de España, como apunta A. Ojeda Avilés (2013, 372), podría sustentarse la aplicación del artículo 61.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de acuerdo con el cual “el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las presta-

ciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”. Pero entonces, como se ha observado (Goñi Sein, 201, 602) los legitimados no serían, al menos en principio, los trabajadores o las organizaciones sindicales, sino los consumidores que compraron productos creyendo en la actitud socialmente responsable de la empresa. O, en todo caso, sus organizaciones. Habría que examinar con más calma, de todas formas, la posibilidad de que los sindicatos puedan valerse de su capacidad general de representación de los intereses de los trabajadores con tal fin.

b. Posibilidades abiertas para el caso de los Acuerdos Marco Internacionales

La cuestión admite un enfoque diferente tratándose de los Acuerdos Marco Internacionales, dado su carácter bilateral.

Estos acuerdos sancionan, como se dejó dicho, el compromiso de la multinacional frente a las organizaciones sindicales firmantes de imponer a sus filiales y contratistas el respeto de sus contenidos. Un compromiso cuyo cumplimiento puede, naturalmente, ser exigido judicialmente. Y que es capaz, además, de desencadenar la responsabilidad de las casas matrices en caso de no llevarlo a cabo.

¿Ante qué tribunales podría ejercerse esta acción?

Existe la posibilidad de que sea ante los tribunales españoles, cuando se trate de Acuerdos Marco Internacionales celebrados en España por empresas multinacionales domiciliadas en nuestro país. Esto último en base a aplicar, como propone A. Baylos Grau (2006, 95-99), el artículo 25.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que sanciona la competencia de los “juzgados y tribunales españoles” del orden social “en materia de (...) pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español”.

El conflicto colectivo versaría en estos casos sobre la aplicación del Acuerdo Marco Internacional, y en particular sobre su incumplimiento, tramitándose por la vía de los artículos 153 a 162 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Es decir, del Proceso de Conflicto Colectivo, que resulta aplicable a las controversias sobre convenios colectivos en general, Acuerdos Marco Internacionales incluidos, “cualquiera que sea su eficacia”. Y dentro del cual existe en la actualidad la posibilidad de obtener un pronunciamiento de condena y no puramente declarativo.

En el Derecho español es posible, así pues, exigir judicialmente el cumplimiento de los Acuerdos Marco Internacionales suscritos en España por multinacionales españolas. Con todo, ésta es una posibilidad que se vería clarificada y reforzada si se incluyese en ellos cláusulas que declarasen expresamente el sometimiento de las partes a la legislación española o la competencia de los tribunales españoles.

Naturalmente, una vía alternativa para garantizar la exigibilidad jurídica de estos instrumentos estaría constituida por la previsión de un arbitraje como fórmula de solución de las discrepancias sobre su interpretación o aplicación.

c. ¿Cómo hacer exigibles los Códigos de Conducta?

Finalmente, me parece importante anotar que la vía que se acaba de reseñar es susceptible de ser utilizada para conseguir que los Códigos de Conducta sean también exigibles jurídicamente.

Para conseguir este resultado no es preciso que el Código de Conducta se transforme en un Acuerdo Marco, perdiendo su carácter unilateral. Algo a lo que la multinacional seguramente se resistiría. Otra opción, quizá más operativa, es la de suscribir con la misma un Acuerdo Marco Internacional de garantía del cumplimiento del Código de Conducta, éste sí accionable desde el punto de vista judicial. La contrapartida para ello estaría constituida por la posibilidad de servirse de las redes sindicales de alcance internacional como redes de vigilancia del respeto del Código en cuestión. Una opción que puede resultar especialmente atractiva tratándose de empresas multinacionales que lideran cadenas de compradores, dentro de las cuales la totalidad de la producción se encuentra encargada a contratistas situados en muy diversos lugares del globo, cuyo control exclusivamente mediante auditorías externas periódicas resulta sumamente difícil, cuando no claramente ineficaz.

El modelo para ello sería el de INDITEX, impulsado por la federación sindical internacional de los sectores de textil, del calzado y la confección, ahora integrada en Industrial Global Union, que condujo a esta última a la suscripción en 2007 de un Acuerdo Marco dirigido a garantizar, mediante la participación sindical, la aplicación del Código de Conducta de dicha empresa a lo largo de toda su cadena de producción. Y que el 4 mayo de 2012 dio lugar a la firma de un Protocolo para garantizar la participación de los sindicatos locales en la vigilancia de su cumplimiento. Para ponderar la importancia que tiene este Protocolo basta con tener en cuenta que la cadena de producción de INDITEX se compone de más de 1.300 empresas proveedoras situadas en 60 países distintos, las cuales dan empleo a alrededor de 500.000 trabajadores.

Es evidente que por esta vía no sólo se logra reforzar, y además de modo considerable, la efectividad social de los Códigos de Conducta, sino que se consigue dotarlos de manera indirecta de eficacia jurídica, superando así la que puede ser su limitación más importante.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, A.: “La responsabilidad legal de las empresas transnacionales”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica* nº 1 (2006).
- GOÑI SEIN, J.L.: “Valor jurídico de los códigos de conducta empresariales”, en J. L. GOÑI SEIN, *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

LA “ULTRA ACTIVIDAD” DE LOS CONVENIOS Y LA REFORMA LABORAL DE 2012

Antonio V. Sempere Navarro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

La Reforma Laboral de 2012 quiso evitar la eternización de los convenios denunciados y vencidos fijando un plazo de un año como término de su *ultraactividad*. Ni el tiempo transcurrido desde que se adoptó ese criterio por la Ley 3/2012, ni el Acuerdo Interconfederal de mayo de 2013 o las primeras sentencias conocidas han servido para eliminar la polémica y disipar las dudas acerca de las consecuencias de todo ello.

El Maestro Ojeda Avilés siempre transitó con valentía, honestidad y compromiso por las aguas del ordenamiento jurídico, con especial destreza en el mar del Derecho Sindical. Como minúsculo testimonio de profundo afecto y sincera admiración, en estas páginas he optado por exponer uno de los más candentes asuntos de nuestra realidad nacional, sin hurtar la propia posición.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El convenio colectivo es una norma esencialmente temporal; de ahí que se exija como parte de su contenido obligatorio la indicación del ámbito temporal que cada uno posea. Sin embargo, el comprensible *horror vacui del ordenamiento* así como el deseo de mantener vigente la solución pactada por los propios interlocutores sociales, lleva a que los convenios acaben aplicándose más allá (*ultra*) del período para el que nacieron originariamente. Veamos en qué términos se ha abordado esta cuestión en el pasado inmediato y en el presente.

PERVIVENCIA DEL CONVENIO.- El modelo español de negociación colectiva es abierto, dado que el art. 37 de la Constitución encomienda al legislador garantizar el derecho a la negociación y la fuerza vinculante de los convenios. Los artículos 82 ss. del Estatuto de los Trabajadores (ET) fijan las reglas de juego en materia de legitimación, procedimiento, contenido mínimo, carácter normativo, etc. Aunque los convenios colectivos tienen una duración intrínsecamente determinada, desde 1980 el legislador instituyó una prórroga indefinida de las cláusulas normativas, en concordancia con su carácter normativo. El artículo 86 ET articuló una triple previsión:

- Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales.
- La vigencia del contenido normativo, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio.
- En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo.

Ese marco normativo propiciaba la pervivencia del convenio colectivo una vez finalizado su plazo natural de vigencia. La confianza en que el convenio, salvo pacto expreso en contra, jamás desaparecería del panorama normativo condicionaba la dinámica de múltiples procedimientos negociadores.

REFORMA LABORAL.- La Ley 3/2012 quiso alterar ese estado de cosas e incidió desde diversos puntos de vista sobre la materia; su regulación (que es la vigente, y está mayoritariamente integrada en el articulado del Estatuto de los Trabajadores) puede resumirse del siguiente modo:

- **Principio general autonomista.**- La vigencia de un convenio, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el mismo.
- **Prórroga interina y dispositiva.**- Durante las negociaciones para la renovación del convenio, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

- **Acuerdos adaptativos.-** Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.
- **Decadencia del convenio.-** Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.
- **Soluciones externas.-** Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos.
- **Convenios preexistentes.-** Conforme a la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, el nuevo régimen se aplica a los convenios que ya estuvieran denunciados, si bien el plazo de un año “empezará a computarse a partir de” su entrada en vigor.

Así, para procurar una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, la Ley 3/2012 introduce cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo:

- La norma quiere incentivar que la renegociación del convenio se adelante respecto del fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado.
- Además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año.

DUDAS SUSCITADAS.- El importante cambio introducido por la Ley 3/2012 propició el surgimiento de dudas múltiples, por ejemplo:

1. ¿Quién puede pactar sobre el régimen de ultraactividad?
2. ¿Es posible cambiar de unidad de negociación mientras el convenio está en ultraactividad?
3. ¿Cabe que el propio convenio prevea su vigencia más allá del período del año a que se refiere la Ley?

4. ¿Valen las cláusulas sobre ultraactividad de los convenios anteriores a la Reforma Laboral de 2012?
5. ¿Cuál es el convenio “de ámbito superior” que puede pasar a aplicarse al acabar la ultraactividad?
6. ¿Hay que respetar las previsiones del convenio que decae cuando pasa a aplicarse otro nuevo?
7. ¿Qué sucede con el contenido de un convenio que decae cuando no puede aplicarse otro de ámbito superior?
8. ¿Cuáles son los derechos y obligaciones aplicables cuando decaiga un convenio sin que sea posible aplicar otro de ámbito superior?
9. ¿En qué medida el Acuerdo Interconfederal de 23 de mayo soluciona estos interrogantes?

2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL

Como se ha avanzado, el impacto de la Reforma Laboral es muy considerable, pues la tradicional prórroga indefinida se sustituye por una regla bien distinta: la caducidad del convenio colectivo a partir de que transcurra un año desde su denuncia, una vez finalizada la duración inicial. Esta caducidad no comporta necesariamente un vacío de regulación, puesto que el art. 86.3.4º ET establece dos salvaguardias: 1º) Que el propio convenio colectivo disponga lo contrario, esto es, que no perderá vigencia. 2º) Que hubiere convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación, en cuyo caso se aplicará éste.

Sobre el alcance de todos esos elementos se reflexiona seguidamente.

2.1. El convenio “de ámbito superior”

Llegado el caso de pérdida de vigencia del convenio, por terminación del período de ultraactividad, el ET dispone que “se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación”. De la tortuosa dicción legal se desprende lo siguiente:

- Si hablamos de convenios anteriores a la Ley 3/2012, había que esperar al 8 de julio de 2013 para valorar la existencia de convenios de ámbito superior. Debe descartarse el examen de tal circunstancia en cualquier otro momento (al acabar la vigencia inicial del Convenio, al entrar en vigor la Ley 3/2012, etc.). Para el resto de convenios, hay que hacer lo propio respecto del momento en que finaliza el plazo de un año.

- El eventual convenio en que desemboque la unidad negociadora que queda vacía ha de ser “de ámbito superior”. Prototípicamente, ello sucede cuando existe otro convenio de mayor alcance territorial e idéntico ámbito funcional (finaliza un convenio provincial para el sector de madera y existe otro de alcance autonómico o estatal). Pero también cabe pensar en que haya una mayor extensión desde la estricta óptica funcional (caduca un convenio del comercial de metal y existe otro de comercio en general).
- Las posibilidades de interacción son múltiples, especialmente si coinciden en el tiempo los procesos de negociación y caducidad de los convenios conectados.
- Merece atención particular el caso de que el convenio *mayor* ya esté vencido y las partes, al amparo de las normas expuestas, adopten algún tipo de “acuerdos parciales”. En este supuesto aún no podría hablarse de la existencia de un verdadero convenio; por lo tanto, tampoco podrían operar esos “acuerdos parciales” como verdadero convenio de ámbito superior a efectos de integrar en su seno la unidad negociadora *huérfana*, al menos tal y como está redactada la norma.
- Tampoco queda nada claro qué sucede si no hay convenio de ámbito superior al expirar el año de ultraactividad pero sí en un momento posterior. La Ley guarda silencio al respecto, pero el juego de las reglas generales lleva a la conclusión de que mientras una empresa está fuera del ámbito aplicativo de todo convenio, puede quedar encuadrada dentro del que surja y le cuadre.

2.2. Imperatividad de la solución legal

Según se piensa, la nueva regulación posee un claro carácter de orden público. En consecuencia, la posibilidad de que, tras la entrada en vigor de la nueva norma legal, se aplique un sistema de ultraactividad diverso al previsto en la Ley vendrá subordinada a la existencia de una previsión habilitante en tal sentido por ella misma. Dicho de otro modo: si los convenios pueden incidir sobre la materia es porque el propio Estatuto de los Trabajadores lo permite, no porque pertenezca a su esencia la determinación de qué sucede más allá del ámbito temporal inicialmente acotado.

Estamos ante una ultraactividad *a término* por mandato legal, habiendo desaparecido la aplicación *sine die* del convenio denunciado. Conclusión, tan elemental como importante, es que la Ley 3/2012 ha optado por aplicar el régimen de ultraactividad tanto a los convenios nuevos cuanto a los preexistentes, a los vigentes y a los denunciados.

Para compensar la notable variación de régimen jurídico que se imprime a pactos anteriores, para los convenios denunciados antes de publicarse la Ley el plazo de un año se comenzó a computar el día de su entrada en vigor.

2.3. El “pacto en contrario” respecto de la ultraactividad

Sabido que transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, decae su vigencia, hay que atender ahora a la posible existencia de una importantísima salvedad, pues la Ley prescribe que así será “salvo pacto en contrario”. Esta locución parece abrir dos posibles interpretaciones:

- La suficiencia de cualquier pacto, anterior o posterior a la denuncia o expiración del término inicial del Convenio, que contemple una duración superior (incluso indefinida) al periodo anual de ultraactividad dispositivamente previsto en la norma. En particular, esta tesis implicaría la validez de las previsiones que al respecto pudieran establecerse en el propio Convenio vencido.
- La exclusiva admisibilidad, a estos efectos, del pacto producido con posterioridad (o de forma coetánea) a la denuncia o fin del periodo inicial de aplicación del Convenio.

Se trata de una cuestión, desde luego, opinable y que la norma no resuelve de manera suficientemente clara. En el caso de convenios anteriores a la Ley 3/2012 el problema ha sido especialmente polémico; veamos algunas opiniones:

- (Teresa P. Blanco Pertegaz): La cláusula sobre ultraactividad recogida en los convenios colectivos anteriores a la nueva regulación mantiene su vigencia porque, aunque realmente no puede considerarse un “pacto en contrario”, dado que surgió cuando la regulación era diversa, ello refuerza la seguridad jurídica. Y aunque ello colisiona con los objetivos de la Reforma Laboral, es la forma de evitar los efectos perniciosos que se seguirían en caso contrario.
- (Sebastián Moralo Gallego): Sólo puede haber “pacto en contrario” si ha surgido tras la vigencia de la Ley 3/2012 pues esta norma altera de manera drástica la regulación precedente y justamente quiere evitar la prórroga indefinida del convenio. Guste o no la decisión legislativa, esa es la conclusión acorde con la norma y las reglas sobre interpretación de los contratos; las partes no pudieron tener presente un régimen legal (para desplazarlo) inexistente.
- (Jesús Sánchez Andrade): Las reglas sobre ultraactividad contenidas en convenios anteriores, incluso las que prorrogasen indefinidamente su vigencia, seguirían siendo aplicables al no contravenir mandato legal alguno, ni exigirse que los acuerdos sobre posible prórroga del contenido del convenio se efectúen con posterioridad a la entrada en vigor de la indicada norma legal.

- (Ignacio Moreno González-Aller): Esas cláusulas preexistentes no son el “pacto en contrario” de que habla la Ley porque realmente no implican voluntad de fijar regulación distinta y porque comportarían una petrificación de las condiciones de trabajo contraria a lo querido por la Ley 3/2012. Lo contrario hay que decir respecto de los convenios posteriores.
- (Juan Martínez Moya): La previsión contenida en el propio convenio no puede considerarse un “pacto en contrario” por razones gramaticales, lógicas, históricas y teleológicas. El art. 86.3 ET lleva a la conclusión de que ese eventual acuerdo debe alcanzarse y plasmarse en un instrumento normativo distinto al del propio convenio (denunciado) y en un momento posterior.
- (M^a Emilia Casas Baamonde): Habrá de estarse a los términos concretos de tales pactos contenidos en los convenios colectivos anteriores y denunciados con anterioridad a la reforma de la Ley 3/2012 para determinar la voluntad negocial colectiva. Sólo los que se hayan limitado a remitirse al art. 86.3 ET quedarán afectados por la nueva regulación legal –la remisión a la ley ha de integrarse, obviamente, con la ley en cada momento vigente- y por el plazo del año de decadencia de la vigencia prorrogada desde el 8/7/2012 o desde su denuncia. Los demás serán válidos en sus términos.

2.4. El convenio claudicante y su decaimiento

Suponiendo que no haya convenio de ámbito superior ni pacto en contrario prescribe la Ley que el viejo “perderá vigencia”. ¿Qué sucede entonces? Hay quienes entienden que tras la desaparición del convenio colectivo no existe más suelo mínimo que las disposiciones estatales, pero también existen tesis a favor de una contractualización de las condiciones aplicadas, abriendo la puerta a su modificación por la vía del artículo 41 ET. A título meramente ilustrativo, véanse algunas opiniones.

- (C. López Sánchez): Puede fortalecerse la unilateraridad empresarial en la fijación de las condiciones de trabajo y, por ende, un incremento de la discrecionalidad de las decisiones empresariales en materias no reguladas en convenios de ámbito superior, generando una mayor precarización.
- (Goñi Sein): Por prudencia, razonabilidad y para evitar una brusca degradación de las condiciones de trabajo, con el consiguiente desequilibrio contractual entre las partes, debe entenderse que las condiciones se mantienen incorporadas al ámbito del contrato de cada uno de los trabajadores que ya estuvieren incluidos en el ámbito del convenio (no a los de nuevo ingreso).

- (Aramendi Sánchez): Se abre la puerta a la desregulación convencional de las relaciones laborales en aquellos supuestos en los que no hubiera convenio colectivo de ámbito superior que resultara de aplicación. En tales casos sólo podría invocarse la normativa legal de obligada observancia: salario mínimo, jornada máxima, etc.
- (Cruz Villalón; Molina Navarrete): Los derechos y obligaciones no desaparecen por completo, pero el empresario puede dejar de aplicar las condiciones reconocidas en el convenio extinguido mediante la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET).
- (Goerlich Peset): No existe título que posibilite el mantenimiento de las condiciones anteriores, aunque fueran más favorables o tuvieran vocación de permanencia.
- (Escudero Rodríguez): El convenio colectivo pierde su valor normativo, propio del carácter estatutario, pero conserva su condición de acuerdo al margen del Estatuto de los Trabajadores.
- (Sala Franco, Roqueta Buj, Mercader): Las relaciones laborales pasan a regularse por las normas legales y reglamentarias que resulten de aplicación, pues el convenio decae.

3. EL ACUERDO INTERCONFEDERAL DE 23 DE MAYO DE 2013

Sin perjuicio de la discusión acerca de la envergadura real del problema sobre decadencia de los convenios colectivos a partir del 8 de julio de 2013, lo cierto es que los agentes sociales más representativos de ámbito estatal suscribieron el 23 de mayo un Acuerdo sobre Ultraactividad de los convenios colectivos dirigido a impulsar la negociación colectiva pendiente y superar los bloqueos de negociación, dar certidumbre y seguridad, fortalecer el clima de confianza mutua y evitar la conflictividad.

El Acuerdo se refiere a “los convenios colectivos que pudieran resultar afectados por la posible pérdida de la vigencia”, lo que sin duda evita la polémica acerca de si se ha de estar a lo previsto en el propio convenio respecto de qué sucede cuando ha transcurrido su tiempo de aplicación.

El pacto está muy alejado de lo que en su día llevó a cabo el Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos: se mueve en el terreno de las “recomendaciones” y no es directamente aplicable a los contratos de trabajo.

Básicamente, se dedica a recordar las posibilidades que nuestra legislación ofrece para abordar las situaciones que puedan plantearse el 8 de julio de 2013. Para evitar situaciones de incertidumbre recomienda:

- Agilizar las negociaciones a fin de que culminen antes de la pérdida de vigencia del convenio correspondiente.
- Garantizar la pervivencia del convenio vencido mientras prosigan las negociaciones del nuevo.
- Desbloquear los procesos atascados acudiendo a mediación o arbitraje.

En consecuencia, no puede entenderse que el problema quedara resuelto desde la perspectiva jurídica, pero sí hay un claro mensaje de apaciguamiento, mesura y entendimiento que debe ser replicado (y aplicado) por las partes legitimadas para la negociación de cada concreto convenio. En último término, las empresas individuales y la representación legal de los trabajadores también pueden adoptar iniciativas para administrar una situación complicada, pero que no tiene por qué desembocar en caos alguno.

4. LA SAN DE 23 DE JULIO DE 2013

La sentencia de 23 de julio de 2013 dictada por la Audiencia Nacional en el caso de Air Nostrum vs. SEPLA aborda la cuarta de las cuestiones dudosas antes listadas. En esencia, se trata de determinar si lo previsto en el Convenio de 2003 sobre ultraactividad puede entenderse como un “pacto en contrario” a la pérdida de su vigencia. El pronunciamiento acepta la validez de los pactos previos a la modificación del artículo 86.3 ET y se basa en los siguientes argumentos:

- **La regla de la ultraactividad no es absoluta ni imperativa.-** La regla contenida en el art. 86.3 sobre decadencia del convenio (expuesta en la introducción) es dispositiva, de modo que cabe el mantenimiento de la vigencia del convenio hasta que otra norma sea adoptada. El legislador no ha limitado en modo alguno el contenido del “pacto” que permite evitar la decadencia del convenio, por lo que dicho pacto puede concluirse en cualquier momento.
- **El derecho a negociar no puede interpretarse restrictivamente.-** El derecho constitucional a la negociación colectiva no puede interpretarse con más restricción que lo previsto en una norma con rango de Ley.
- **Literalidad normativa.-** Debe prevalecer la “literalidad de las normas legales”, y la previsión de la Disposición Transitoria Cuarta (arriba recordada) se limita a fijar el límite temporal de vigencia del artículo 86.3 ET, sin que ello le permita derogar los acuerdos previos a su aprobación.
- **Principio de conservación del negocio jurídico.-** Aun tratándose de una disposición que pudiese entenderse ambigua, la posición jurídica no cambiaría en la medida en que primaría el principio de conservación de

los actos o del negocio jurídico, es decir, primaria la eficacia del acuerdo adoptado.

- **Otros elementos interpretativos.-** El legislador ha declarado expresamente la pérdida de vigencia de acuerdos ya suscritos sobre una serie de materias sin que haya querido incluir entre éstas la ineficacia de los acuerdos previos sobre la vigencia de los convenios colectivos denunciados. La falta de aplicación de los pactos previos podría conllevar que los agentes negociadores tuviesen que manifestarse en los mismos términos que en el convenio denunciado, lo que sería ineficiente.

5. POSICIÓN ACOGIDA

5.1. El pacto en contrario

Los convenios colectivos negociados con anterioridad a la Ley 3/2012 generalmente reproducían la regulación legal vigente (“denunciado el convenio y en tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia las cláusulas obligacionales manteniéndose en vigor las normativas”). Por lo tanto, se considera desacertado conceder validez a las previsiones del propio convenio que, *ex definitione*, no tuvieron presente el deseo de desplazar la regulación posterior.

Respecto de los convenios posteriores apoyaría la tesis de que la regla limitativa de la ultraactividad puede desplazarse mediante cualquier pacto (incluida la previsión contenida en el propio convenio) previsto en los artículos 86.3 (“La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”) y 86.1 (“corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios”) del ET.

Lo que aquí se postula (imposibilidad de considerar las previsiones del propio convenio sobre ultraactividad como un “pacto en contrario”; decaimiento del viejo convenio) concuerda con la idea de que tendría poco sentido que la Ley 3/2012 hablase de otorgar una solución al problema de la ultraactividad indefinida, y se pusiera en manos de los propios convenios la posibilidad de reproducir la situación de partida. Téngase presente:

1º) La redacción del precepto que directamente regula el fin de la ultraactividad (párrafo 3º del artículo 86.3 ET) también puede entenderse como equivalente a que lo que permite excepcionar la desaparición del convenio es únicamente un pacto sobrevenido, pero sin que se pueda disponer (*ab initio*) en el mismo convenio que así sucederá.

2º) La alusión a una vigencia del convenio “en los términos que se hubiesen establecido” bien puede entenderse como referida no al tiempo (lo cual sería redundante), sino a las materias afectadas por la continuidad o el decaimiento de su vigencia.

3º) En diversos escritos sobre esta cuestión se hace hincapié en el carácter positivo de la regla sobre ultraactividad para derivar de ahí la idea de que las previsiones del convenio colectivo (anterior o posterior a la Ley 3/2012) prevalecen en todo caso sobre el nuevo régimen legal instaurado. Sin embargo, una cosa es que se admita “pacto en contrario” y otra que ello legitime la validez de cualesquiera previsiones convencionales.

4º) Quiriendo el legislador poner coto a una vigencia indefinida de múltiples convenios colectivos denunciados, resultaría que por este camino se trataría de una norma prácticamente inocua, pues buena parte de ellos reproducían las reglas legales sobre vigencia (con ultraactividad indefinida). En este sentido, resulta clarificadora la referencia que a esta cuestión se realiza en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012:

“Finalmente, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año”.

5º) El análisis de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012 (que introdujo la regulación actualmente vigente) refuerza igualmente esta conclusión. La redacción actual del artículo 86.3 ET procede de la aceptación de la enmienda nº 6, que indica como justificación a la misma la siguiente: “*Se sustituye el texto ‘Transcurridos dos años’ por ‘Transcurrido un año’. En el caso de la ultraactividad, se debería rebajar el plazo a un año ya que esta medida dotaría a las empresas de mayor flexibilidad en la toma de decisiones y limitaría la posibilidad de que las partes no lleguen a un acuerdo como estrategia para mantener derechos del convenio denunciado*”.

Se manifiesta pues expresamente que la finalidad de la norma es poner coto a estrategias dirigidas a no concluir nuevos acuerdos para mantener la regulación del convenio en ultraactividad.

6º) Por su parte, el Programa Nacional de Reformas 2012, que el Gobierno (autor del RDL 3/2012 y, por tanto, del proyecto de Ley 3/2012) presenta ante la

Unión Europea detallando la programación de las reformas estructurales que se pretenden introducir, contempla como medida nº 55 la de “favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”. Esta medida incluye el establecimiento de una “nueva regulación sobre la eficacia temporal de los convenios colectivos” que pretende desincentivar estrategias de demora que venían favoreciéndose con la anterior regulación sobre la ultraactividad.

7º) La mayoría de opiniones favorables a la pervivencia del contenido del convenio más allá de su término final de vigencia aducen como argumento principal la necesidad de evitar un vacío o caos. Además de que eso no bastaría para crear una figura desconocida por las leyes, es claro que tampoco tiene por qué seguirse esa consecuencia.

No habría verdadero vacío, ni tampoco es lógico pensar que las empresas quieran *incendiar* sus relaciones laborales y descender el nivel de derechos de modo provocativo e inicuo.

5.2. Desaparición del convenio claudicante

Cuando transcurra el año de ultraactividad dejará de tener cualquier tipo de vigencia el convenio colectivo claudicante, por así quererlo el legislador. Esa drástica consecuencia deriva de múltiples argumentos:

- Buena parte de las opiniones conservacionistas se basan en el deseo de evitar la súbita derogación del convenio. Sin embargo, es claro que el deseo de alcanzar determinado objetivo no puede alterar la naturaleza de las instituciones jurídicas.
- Reiterada jurisprudencia ha rechazado el surgimiento de condiciones más beneficiosas (derechos adquiridos) a partir de lo previsto en normas (convenios colectivos inclusive). ¿Cómo justificar ahora que el contenido de una norma deja de tener “vigencia” (lo dispone la Ley) pero mantiene su virtualidad como pacto (aportación doctrinal)?
- Sería un contrasentido que al final de la compleja regulación sobre decaimiento del convenio se llegase a la misma solución que bajo las normas precedentes, sin perjuicio del referido trueque en el título para obligar al cumplimiento de las previsiones en cuestión.
- La pérdida de vigencia dispuesta por la Ley para los convenios que agotan su ultraactividad no va acompañada de distinciones o excepciones.
- Transformar la naturaleza de las reglas del convenio, pasando de ser normativas a contractuales al llegar su término de vigencia (8 de julio de 2013 en los primeros casos), implica una actuación jurídica creativa, no amparada en norma alguna y ajena a la voluntad concurrente tanto de

quienes negociaron el convenio cuanto a la de los sujetos de cada contrato de trabajo.

Esta interpretación no desconoce el carácter normativo de los convenios. Las normas se rigen por el principio de modernidad, lo que permite establecer un contenido distinto, ya sea mediante la negociación de otro convenio del mismo ámbito o mediante la aplicación de un convenio de ámbito superior.

Si las condiciones de trabajo están reguladas en convenio y éste llega a su fin, no puede jurídicamente defenderse que, por aplicación de la condición más beneficiosa o los derechos adquiridos, los trabajadores conservan aquéllas, y ello porque la fuente de regulación (el convenio) ya no existe; se produciría un efecto idéntico al que la norma prohíbe. En suma: salvo que se cierre antes la negociación del nuevo convenio o se llegue a un acuerdo de prórroga, el 8 de julio de 2013 dejará de estar vigente cualquier convenio colectivo que ya lleve más de un año denunciado y vencido, sin que pueda pensarse en su *degradación*, contractualización o prórroga extralegal.

5.3. El Derecho aplicable en la nueva situación

Reiteradamente se ha expuesto que la caducidad del convenio, transcurrido el plazo de un año legalmente previsto, se produce como consecuencia de la falta de acuerdo “de prórroga” específico y sobrevenido; pasando en ese momento a resultar aplicable, si lo hubiere, el convenio “paraguas” de ámbito superior. Sea como fuere, las cuestiones a resolver son dos:

- ¿Qué ocurre en ese momento? ¿Se entiende tácitamente prorrogado el convenio? ¿Se produce el mantenimiento tácito de las condiciones de trabajo sin soporte normativo por entenderse que son derechos adquiridos? ¿Se aplica el ET?
- Por otro lado, ¿cómo se produce el cambio de regulación, si es que lo hay?

Una vez expirado el convenio es exagerado afirmar que el contrato de trabajo queda sujeto a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de una simplificación excesiva, toda vez que:

- Se aplicaría el resto de previsiones legales y reglamentarias emanadas del Estado en materia de retribuciones, tiempo de trabajo, representación de los trabajadores en la empresa, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, empleo, formación, derechos fundamentales, movilidad funcional, suspensión o extinción del contrato, etc.
- Un cúmulo de Convenios Internacionales ratificados por España (especialmente de la OIT) y de normas comunitarias (directamente aplicables) mantendrían su protagonismo.

- Los pactos o acuerdos colectivos a nivel de empresa o inferior seguirían vigentes en sus propios términos.
- Los acuerdos individuales, escritos o no, desplegarían los mismos efectos que precedentemente.
- Los usos o costumbres de empresa no se verán afectados.
- Las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo o individual continuarían operando.

El final de la ultraactividad determina la aplicación de los mínimos de Derecho necesario, que no son otros que los indicados más arriba; si no hay normativa convencional de referencia, tampoco puede achacarse a la empresa incumplimiento normativo de ninguna clase si decide aplicar el “suelo” normativo. Complementariamente:

- La empresa y los representantes de los trabajadores podrían celebrar válidamente, en cualquier momento, acuerdos parciales sobre determinadas materias.
- La empresa puede establecer condiciones (“más beneficiosas que las legalmente exigibles”) que no sean discriminatorias.
- El tenor de esas eventuales condiciones (escritas, verbales, tácitas) condicionará su evolución futura; es decir, la absorción o compensación depende del modo en que se incorporen al contrato de trabajo.
- Nada impide la provisionalidad de las soluciones, pactadas o unilaterales que se adopten en su día.
- El proceso de negociación colectiva puede ir cristalizando en pequeños acuerdos parciales, que sirven como avanzadilla del convenio completo y pueden tener aplicación inmediata.

Es muy llamativo que en todo este debate apenas se hable de otras opciones que contempla nuestro ordenamiento, como la adhesión a convenios colectivos, la extensión de los mismos o la aprobación excepcional de normas sectoriales. Por no mencionar la posibilidad de recuperar algo similar al Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos.

5.4. La SAN de 23 de julio de 2013

La Audiencia Nacional, como se ve, entiende que las cláusulas de ultraactividad pactadas antes de la Reforma Laboral de 2012 son válidas en sus propios términos, lo que no puede verse afectado por la norma posterior ni siquiera cuando lo pactado fuera una reproducción de la normativa anterior, levemente modificada.

Al margen de que ello frustra buena parte de la finalidad de la Ley 3/2012 (porque se perpetúa la *petrificación*), no cabe duda de que estamos ante una sentencia muy relevante respecto de la que interesa apuntar lo siguiente:

- Hay que estar muy pendiente de cuanto sostengan los Tribunales Superiores de Justicia y, desde luego, el Tribunal Supremo.
- Los argumentos de la Sentencia, como ella misma expone, son perfectamente rebatibles y no cierran el tema. En todo caso, la Audiencia Nacional se alinea con la posición doctrinal mayoritaria.
- Se legitima lo previsto en convenios firmados muchos años antes de que se aprobase la Ley 3/2012 y que precisamente había sido adoptada queriendo poner término al *arrastre* de condiciones colectivas.
- Especialmente en convenios de ámbito superior al autonómico (conflictos que conoce la Audiencia Nacional), por el momento, prevalece el criterio de que sus previsiones sobre ultraactividad son válidas, en sus propios términos.

5.5. Conclusiones

Cuando transcurra el plazo anual previsto por la Ley, “perderá vigencia” el convenio de que se trate, con dos importantes salvedades: que se pacte lo contrario o que hubiere un “convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación”.

La determinación eficaz de si hay convenio de ámbito superior al que sea de aplicación sólo puede llevarse a cabo el día en que se produce el decaimiento del convenio.

La pérdida de vigencia del convenio comportará la desaparición de su obligatoriedad, tanto con carácter normativo cuanto obligacional. A partir de ese momento serán aplicables las previsiones heterónomas.

La empresa podrá hacer surgir condiciones más beneficiosas de carácter colectivo (no discriminatorias), con vigencia temporal o indefinida.

Con posterioridad a esa fecha, la negociación colectiva, sectorial o de empresa, podrá incidir válidamente sobre las relaciones laborales.

- Para determinar lo que suceda el 8 de julio de 2013 (o la posterior fecha en que se cumpla el plazo legal de ultraactividad) es imprescindible analizar el tenor de cada convenio en su totalidad (no sólo la cláusula de temporalidad), así como los actos posteriores (acuerdos de la Comisión Paritaria, en especial) y el tenor de los convenios colectivos de ámbito superior o afines.

- Un mar de opciones y de dudas queda por delante, sin que el Acuerdo Interconfederal de mayo de 2013 lo haya evitado, aunque el Ordenamiento Laboral ofrece diversos resortes para llegar a soluciones razonables.
- En último término, cada empresa (y la representación legal de los trabajadores) puede adoptar iniciativas para administrar una situación complicada, pero que no tiene por qué desembocar en caos alguno.

DE LA NEGOCIACIÓN LABORAL DE LOS NEGROS Y ZAMBOS DEL RIO MAGDALENA

Marcel Silva Romero

Profesor

Universidad Nacional de Colombia

PRESENTACIÓN

Uno de los temas que más llamó la atención al maestro Antonio Ojeda Avilés, cuando nos visitó en Bogotá, fue el conocimiento de la negociación de los trabajadores del río Magdalena en la primera mitad del siglo XX, conocida como ‘suministro de los trabajadores a las empresas por los sindicatos’, posteriormente ‘contrato sindical’, y las posibilidades de ‘deconstruirlo’ para sindicalizar a los trabajadores en busca de empleo y satisfacer las necesidades colectivas laborales en el siglo XXI. Esta es una tarea que tenemos pendiente y sea este *liber amicorum* donde se empiece a cumplir.

1. LAS CONDICIONES MATERIALES

Cuando los Andes ingresan a territorio neogranadino se abre en tres cordilleras de impresionantes alturas que imposibilitan la continuidad de un solo territorio

a integrar; el país no era uno sino seis, con inmensas dificultades de comunicación entre sí, al punto que cada uno constituía un mercado independiente de los otros, exportando sus recursos naturales a Norteamérica o a Europa directamente y trayendo desde allá las manufacturas. El medio de comunicación era el transporte marítimo con Panamá y para el resto del país el fluvial sobre los ríos de la Magdalena y el Cauca, que recorrían los valles o tierras bajas que separaban las cordilleras y de donde se iniciaban o morían estrechos y escabrosos caminos por los que los negros, los indios, los mulatos y zambos tramontaban sobre sus espaldas a visitantes y potentados para subir a las ciudades de las cumbres o descender de ellas. El clima inhóspito hizo pensar a muchos escritores que la civilización no se podía dar en ‘tierras calientes’ y por ello la capital no se asentó ni en Ciudad Panamá, ni Cartagena, ambas a orillas del mar, sino en Bogotá, distante de todo, y los únicos asentamientos que permitirían el desarrollo de la ciencia, las artes, la moral y la religión serían las ciudades de las alturas como la capital, Pamplona, Tunja o Pasto, y hasta cierto punto en Popayán, mientras que en las zonas bajas solo era posible la pereza y la lascivia. Muchos fueron los estudios hasta la entrada del siglo XX sobre la influencia de los climas en la ‘naturaleza’ y el comportamiento de sus habitantes (Caldas, 1808, 2), donde obviamente salían bien calificados los blancos que se residenciaron en las alturas para administrar sus fundos de las laderas o de los valles y envilecidos los negros, los mulatos, los zambos que sobrevivían en las ardientes llanuras, sin indígenas pues en esas zonas habían desaparecido. Pero ante el temor de rebeldía se inventaron la idea de que éramos una nueva raza unida, la ‘raza mestiza’ que dirigían los blancos desde sus asentamientos.

El ‘trabajo’ en la época de la colonia se centró en la explotación de la tierra por la ‘encomienda’ de la salvación de miles de aborígenes a un despiadado conquistador a cambio de percibir el usufructo gratuito de su trabajo, o por la entrega a un ‘corregidor’ de las almas de los nativos rebeldes con el consecuente exterminio de sus cuerpos para apoderarse así de sus dominios y cuando todos ellos desfallecían se introdujeron los negros y negras que debían soportar un trato y un dolor peor, pues hasta morir como bálsamo se les impedía. Así se construyeron las minas, las haciendas, los caminos, las villas, las fortunas, las venturas y las desgracias. En esas calendas se reconocía a la Corona pero se soslayaban sus cédulas reales.

La otra fuente de trabajo era el transporte de mercancías y de viajeros por los dos ríos madres que el sabio Humboldt describió en 1801 en toda su dureza e incomodidad durante varios meses.

“Los remeros son zambos, pocas veces indios y van desnudos a excepción de guayuco; de fuerza hercúlea... No es que estos hombres despertaran compasión, pues aunque mal pagados (la comida y un sueldo de 1 ½ real de plata diarios) son hombres libres, y al tiempo muy insolentes, indómitos y alegres. Su eterna alegría, su buena nutrición ... todo esto disminuye el sentimiento de compasión. Pero lo más enojoso es la bárbara, lujuriosa, ululante y rabiosa gritería, a veces

lastimera, a veces jubilosa, otras veces con expresiones blasfemantes, por medio de las cuales estos hombres buscan desahogar el esfuerzo muscular” (Humboldt, 1982, 22). En las nuevas investigaciones se da como conclusión que fueron ellos, errantes por todos las poblaciones de las cuencas de los ríos, quienes articularon culturalmente el país, al punto que las múltiples expresiones musicales de cada región, la amable atención a todos los visitantes y la permanente alegría de nuestros pobladores de la tierras bajas y medias, provienen de la influencia de los negros (Burgos, 2010, 245).

La navegación de los ríos Magdalena y Cauca se desarrolla con los adelantos de la Revolución Industrial y los barcos a vapor, que remplazan los champanes movidos a puro músculo, van a salir desde Barranquilla para recorrer miles de kilómetros sobre ríos que en unas épocas crecen e inundan todos los territorios circundantes y en otras se secan dejando pequeños hilos de aguas en medio de enormes playones.

2. LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Las condiciones de trabajo en el río eran muy crueles. El capitán escogía a dedo entre la multitud desempleada, que se arremolinaba cerca del barco a punto de partir, a unos cuantos trabajadores, tripulantes, cocineros, mecánicos, latoneros, etc. para iniciar el viaje de miles de millas, en un medio tropical, salvaje y hostil. Los relatos de García Márquez en *‘El amor en los tiempos del cólera’*, son apenas una pálida imagen de las situaciones extremas a que eran sometidos los pasajeros, de todas maneras muy superiores frente a las degradantes vividas por los trabajadores. Éstos no tenían ninguna garantía, debían laborar con el despotismo extremo de los capitanes de buque, quienes a la más mínima molestia o contrariedad, así fuese causada o no por los tripulantes, los dejaban en los playones infestados de babillas y cocodrilos, o en los pequeños puertos, sin darles ningún recurso para su regreso a donde fueron ‘montados’.

Las condiciones de higiene en estos viajes eran muy precarias para los pasajeros, pero inexistentes para los trabajadores, quienes corrían riesgos para hacer sus necesidades fisiológicas, la comida se la servían en canecas y cada uno con una taza de latón amarrada a su cintura con un lazo, recibía la porción que se le suministraba. Al encallar algún buque en los playones la actividad para desencadenarlo era muy peligrosa, al igual que se presentaban accidentes de trabajo fatales para atrcarlo en algún muelle de alguna población perdida en la selva o cuando se reparaban calderas.

En la historia social de Colombia se tiene a estos trabajadores de los ríos Magdalena, Cauca y Dagua como los primeros en ir a la huelga en las empresas navieras, lo que al mismo tiempo da como resultado la organización de los tripulantes,

braceros, etc. en más de un centenar de sindicatos en cada población o ciudad a donde atracaban los barcos. Las distancias lejanas, las condiciones precarias y las comunicaciones a través del telégrafo nos impiden imaginar cómo lograron decenas de sindicatos que integraban a comunidades reales, bajo la coordinación de la Federación obrera del río, ‘la Fedenal’, paralizar Colombia el 14 de junio de 1937. El país de los gobernantes, de los estudiosos, de las sociedades de la altura, de los poetas que evocaban en el trópico los ‘lánguidos camellos de elásticas cervices en los desiertos de Nubia’, en fin de las élites, se dio cuenta con estupefacción de que esos negros y zambos ‘bárbaros, incultos, fuertes, alegres y bulliciosos’ tenían al país en sus manos, lo podían desencuadernar. El terror cundió en las reuniones sociales de alcurnia, en universidades, en el Congreso y el Gobierno debió intervenir y en tres días se logró la suscripción del ‘Pacto de junio de la Fedenal’ siendo la cláusula reina ‘Suministro de personal a las empresas por los sindicatos de la Fedenal’ (Torres, 1970, 220 y 221).

Esta cláusula operó en la práctica cuando a la salida de los buques desde Barranquilla, o llegaran a cualquier puerto, así fuera minúsculo, para contratar cualquier trabajador, de cualquier oficio, el capitán o el mayordomo debían escogerlo de la lista de afiliados al sindicato local. Si el capitán procedía a vincular a alguien que no estuviese enlistado, inmediatamente los trabajadores del barco, con el apoyo de los sindicalizados que quedaban en tierra, entraban en huelga y la navegación no continuaba hasta no contratar un sindicalizado.

El éxito obtenido por los del río va a ser apropiado por los portuarios y bananeros y empieza a conocerse jurídicamente como “contrato sindical” (a tenor del artículo 482, “Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios patronos o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo) y se extiende dando poder político a los sindicatos, pues ellos daban empleo, hasta el punto que su masiva movilización en todas las ciudades y pueblos del país evitó el golpe de Estado intentado por los militares contra el presidente progresista Alfonso López Pumarejo el 10 de junio de 1944, auspiciado por la reacción interna y los gobiernos extranjeros.

Cuando a partir de 1944 arrecian las políticas que más adelante se conocerán como macartismo, el nuevo gobierno destruye las organizaciones del río Magdalena y en el transcurso de dos décadas, con los empleadores, hace todo lo posible por disminuir al máximo los contratos sindicales y para ello derruyeron los sindicatos y maniataron a los dirigentes con medidas extremas. La élite es radical en prevenirse contra que el sindicalismo colombiano pudiera convertirse en un bastión político partidista como había sucedido en México con los sindicatos en el sostenimiento en el poder del PRI, progresista en ese entonces. Para ella la experiencia de junio de 1944 indicaba que los contratos sindicales conllevan a una

‘anomalía’ democrática y el objetivo a lograr era claro hacia el futuro: las agremiaciones laborales deberían dedicarse exclusivamente a buscar el mejoramiento de las condiciones de trabajo.

3. DOS TESIS

El líder mexicano Vicente Lombardo Toledano, fundador de la Confederación Mexicana de Trabajadores ‘CMT’ y de la Confederación de Trabajadores de América Latina ‘CTAL’, había estado en Colombia, impulsando la Confederación de Trabajadores de Colombia y había encontrado aquí el terreno abonado, en la lucha de los trabajadores del río y de las bananeras, para la realización de sus tesis sobre ‘contrato sindical de trabajo’, expresión acuñada para proponernos un Derecho Laboral basado en lo colectivo y no en el contrato individual de trabajo, teniendo como fuentes el derecho de asociación europeo, las cláusulas de exclusión o cláusulas de seguridad y el contrato colectivo mexicano (De la Cueva, 1999, 428).

El Ministro de Trabajo, imbuido por la realización efectiva de esas tesis, explica en 1944, al expedirse el primer estatuto laboral, la toma de partida del Gobierno colombiano en esta histórica discusión: *«...El contrato sindical no es otra cosa que la modalidad americana del llamado «contrato colectivo» porque hay dos escuelas: la europea, que no concibe el contrato colectivo sino como «ley de la industria», y la americana, o más propiamente mexicana o chilena, que concibe ese contrato colectivo como prestación de servicios. El Gobierno estudia la posibilidad de darles categoría legal a los dos tipos de contratos. Por el «contrato sindical» el patrono contrata con un sindicato, no con un individuo, la prestación de un servicio o la realización de una obra: es el caso de la «Fedenal» frente a los navieros, a quienes suministra el personal. Ese tipo de convenciones tiene la ventaja de que el patrono se halla en frente de una entidad responsable; por eso, en el contrato sindical, el sindicato no sólo se apodera de las obligaciones directas sino de la manera como sus afiliados cumplan el compromiso colectivo. Por la misma razón, cualquiera de las partes podrá exigir a la otra que caucione, con hipoteca, prenda o fianza bancaria, el cumplimiento de sus compromisos, lo que no puede ocurrir hoy dentro del simple contrato individual de trabajo. **Convención colectiva.** – Pero el contrato sindical no es obligatorio. Si el patrono prefiere contratar con cada individuo, en vez de contratar con un sindicato responsable, allá él. La convención colectiva es otra cosa: es la estipulación, entre un patrono y un sindicato, para regular las condiciones generales del trabajo, en la respectiva empresa. Equivale a lo que hoy llamamos «pactos», con la diferencia de que puede exigirse la responsabilidad a cualquiera de las partes para el cumplimiento de lo pactado»* (tomado de «El Liberal»).

Por esta época nadie podía pensar que los sindicatos eran personas jurídicas distintas de los afiliados pues predominaban las tesis de las teorías alemanas

‘organicistas’ de Beseler y especialmente de Gierke sobre la existencia real de las sociedades morales o jurídicas y en desarrollo de ellas quienes laboran en el contrato sindical son simplemente los órganos del ser denominado sindicato, parte indivisible de su unicidad y esencia.

“Pero no sólo tiene una voluntad propia sino también capacidad de acción propia, independiente; la persona jurídica actúa, y por cierto con una fuerza muy intensa en el mundo actual. Actúa no por medio de representante como los incapaces, sino a través de órganos (gerentes, juntas directivas, administradores, etc.) de los cuales ella se sirve lo mismo que la persona física se sirve de la boca o de la mano”.

“Esos órganos son inherentes a la estructura misma de la persona jurídica y no sujetos diferentes de ella como el guardador es diferente del incapaz; en síntesis, la persona jurídica es un ser real, viviente, dotado de voluntad y de actividad propias, y es por eso por lo que debe ser sujeto de derechos” (Betancourt, 1996, 579).

La otra tesis, que empieza a tener acogida especialmente en los estudios universitarios, tiene como centro de la regulación laboral el contrato individual de trabajo y la fijación de las condiciones de labor en las convenciones colectivas, muy bien descrita por el maestro Ojeda Avilés: *“En principio hay que reconocer cómo tradicionalmente el contrato de trabajo ha tenido un escaso valor normativo, pues es la autonomía colectiva la encargada de establecer la regulación sobre condiciones de trabajo; por el contrario, el contrato de trabajo carece de papel normativo, teniendo simplemente función constitutiva” (Ojeda, 2001).*

Mario de la Cueva no acepta el contrato sindical de trabajo de Lombardo Toledano: *“No pretendemos hacer la defensa del sistema capitalista, por el contrario, nuestra convicción es cada día mayor en el sentido de que solamente su desaparición abrirá las puertas de la justicia. Pero tampoco podemos aceptar, ni ahora, ni en la sociedad del mañana, un totalitarismo sindical, que convierta a los trabajadores en algo así como robots manipulados por la directiva de la organización. Queda la visión del visionario, que tiene conquistado un puesto en la historia” (De la Cueva, 1996, 429).*

4. CARACTERÍSTICAS CENTRALES DEL CONTRATO SINDICAL

Monopolio de la mano de obra: No trata de aglutinar trabajadores subordinados sino de monopolizar la mano de obra en una determinada área o profesión para obtener, ante la existencia de un enorme ejército de reserva de desempleados, presión frente al empleador, estabilidad, seguridad en el empleo y capacidad adquisitiva de su remuneración, nominal o real, puesta en peligro si aquél puede contratar a quienes se prestan a laborar por salarios más bajos, como único medio de subsistencia.

A efectos del Derecho Laboral colectivo trabajador dentro del Derecho Laboral no es solamente el subordinado sino también quien debe vivir de su trabajo pero no está contratado. Por ejemplo, los cosecheros o temporeros o iguazus, según la ley, no podrán estar sindicalizados sino únicamente cuando empiecen a laborar y dada la transitoriedad de dos o tres meses en su labor, de nada les servirá acogerse a las regulaciones ‘clásicas’ pues deberían fundar un sindicato cuando entren a laborar, inscribirlo, presentar pliego de peticiones, adelantar una negociación colectiva, posteriormente decretar la huelga si no hay acuerdo y finalmente participar en un tribunal de arbitramento, proceso este que puede llevarse más de un año, cuando ya estuviesen muy lejos en otra explotación. Esta problemática sería resuelta con un contrato sindical.

La agremiación no es una persona jurídica diferente de sus integrantes. Éste es uno de los temas de mayor incomprensión: cómo es que la prestación personal de servicios colectiva es equivalente a la que se da en el contrato individual del trabajo. Bajo esta concepción es que el Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia del 28 de octubre de 1949, alcanzó a teorizar: *“La prestación personal, la subordinación y la remuneración, que son los elementos esenciales que conforman el contrato individual de trabajo (art. 1º de la Ley 6ª de 1945), deben de estar también presentes en toda relación de trabajo, por lo tanto, han de estar en el contrato sindical, en donde el servicio es prestado personalmente por los afiliados al sindicato”*.

La idea de que existan en el contrato sindical los elementos propios del contrato individual de trabajo, está dada por la concepción alemana de la relación de trabajo, considerándola como una situación de pertenencia personal a una comunidad, planteamiento que se contraponen al análisis contractual que mira la relación de trabajo como un simple intercambio de trabajo por un salario, es decir, el trabajo se mira como un patrimonio de la persona que lo presta.

5. LA RECONSTRUCCIÓN O DESTRUCCIÓN DEL CONTRATO SINDICAL

Desde los años 40 ríos de tinta han corrido entre los tratadistas del Derecho del Trabajo analizando la naturaleza exótica del contrato sindical, sus elementos, sus partes y, sobre todo, en qué modelo contractual puede encajonarse y cuál sería la teoría internacional donde se pudiera clasificar. Uno de nuestros tratadistas mayores, Guillermo González Charry (González, 1979, 385), al referirse a la naturaleza jurídica del contrato sindical concluye que indudablemente se trata de una modalidad de contratación colectiva que, aparte de aparecer en los textos legales dentro del capítulo correspondiente a la negociación colectiva, tiene similitudes en su objeto y sujetos con la convención colectiva, el pacto colectivo y el mismo contrato individual del trabajo, pero indudablemente es diferente a todos ellos. En otrora se discutió ampliamente si el contrato sindical era un pacto colectivo, un contrato de equipo, un mandato complejo, una cláusula de exclusión de ingreso,

o una cláusula de seguridad sindical como el *closed shop*, pues de todas maneras su evolución no lo hace exactamente equivalente al desarrollado en Norteamérica o en Europa.

Ante la gran arremetida de las élites a fin de ideologizar a los trabajadores para que solamente exigieran convenciones colectivas, reguladoras de las condiciones de labor, no se impulsaron contratos sindicales, impidiendo el desarrollo de controversias jurídicas que lo revitalizaran o lo readecuaran a las nuevas condiciones, lo que conllevó al desconocimiento de su historia y de su naturaleza inicial hasta el punto que la jurisprudencia, en los muy escasos casos en que ha debido pronunciarse desde 1949, ha evolucionado de tener el contrato sindical como el equivalente colectivo del individual, hasta poco a poco afirmar que es un contrato civil incrustado en el Código Sustantivo del Trabajo y tiene allí al sindicato como un verdadero intermediario. Así esta conquista laboral empezó a dormir el sueño de los justos.

Bastó que a principios del siglo XXI algunos profesores desde la cátedra universitaria se detuvieran a pensar e investigar sobre la historia y la presencia de la inusual e inútil figura del contrato sindical en la legislación colombiana para que inmediatamente se levantaran voces a favor y en contra, desde los estratos altos hasta los más bajos, en ocasiones con beligerancia inaudita en los términos de la discusión, como si los fantasmas del pasado vinieran a perturbar los paradigmas tradicionales. Para una parte de la dirigencia sindical los contratos sindicales tienen naturaleza civil, son instrumentos del neoliberalismo para deslaborar el trabajo y tercerizarlo a fin de eludir el reconocimiento y pago de los derechos laborales del trabajador, donde el sindicato es un intermediario, un negociante, patrono o empleador de sus afiliados. Para otros es necesario rescatar su esencia a fin de revitalizar el Derecho Laboral colectivo en las condiciones actuales de Colombia. Hoy, cuando se superó la teoría organicista y también la siguiente, la de la personalidad jurídica abstracta, por la introducción de la preminencia del ser humano con sus derechos fundamentales, sin necesidad de reconocimiento ‘estatal’ previo, se presenta la duda de si el sindicato es persona distinta de sus afiliados. Este es el nuevo reto, repasar, reevaluar y deconstruir, si fuere posible y conveniente, o destruir, si fuere lo correcto.

BIBLIOGRAFÍA

- BETANCOURT REY, M., *Derecho privado categorías básicas*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996.
- BURGOS CANTOR, R., *Rutas de libertad. 500 años de travesía*, Talleres Javegraf, Bogotá, 2010.
- CALDAS, F. J., “*Sobre el influjo del clima sobre los seres organizados 1808*”, *Semanario del nuevo reino de Granada*, Biblioteca popular de cultura colombiana, Colección Historia, Vol. II. Impreso en la Editorial Minerva, S.A. 1942.

- GONZÁLEZ CHARRY, G., *Derecho Colectivo del Trabajo, Tomo II - Conflictos Colectivos*, Editorial Banco de la República, Bogotá, 1.979.
- DE LA CUEVA, M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, II tomo, editorial Porrúa, México, 1996.
- HUMBOLDT, A. DE, *Extractos de sus diarios*, Publicismo y Ediciones, Academia Colombiana de Ciencias Exactas Físicas y Naturales, Bogotá, 1982, Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, <http://www.banrep-cultural.org/blaavirtual/exhibiciones/humboldt/home.htm>
- OJEDA AVILÉS, A., *Negociación Colectiva y Fuentes*, publicación en el libro “Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional”, editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- TORRES GIRALDO, I. *Los Inconformes*, Tomo V, Editoriales UNINCCA, Bogotá 1974.
- VON GIERKE, O., *Teorías políticas de la edad media*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1995.

LOS EUROACUERDOS COLECTIVOS Y EL TELETRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA

Esperanza Macarena Sierra Benítez
Universidad de Sevilla
Discípula de Antonio Ojeda Avilés

1. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EUROPA

Fruto del diálogo entre los interlocutores sociales, en el año 2002 se firmó el primer acuerdo colectivo europeo “libre”, denominado Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (en adelante el AMET), en los términos previstos en el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), y al margen de un procedimiento legislativo como prevé el art. 154 del mismo. Se trata de un acuerdo que no está sujeto a la iniciativa comunitaria de regular un tema determinado, y que se distingue de los acuerdos sustitutorios no reforzados, es decir de aquellos otros que surgen «cuando las partes sociales culminan con éxito el procedimiento de subrogación normativa con la firma de un acuerdo sobre la materia “en el ámbito de la Unión Europea”» (Ojeda Avilés, 2013, pp. 309- 311). La importancia de este acuerdo colectivo radica no sólo en ser el resultado de “dos instrumentos cercanos pero diferentes” como son el diálogo social y la negociación colectiva (Gorelli Hernández, 2000, p. 65) , sino también en su contenido, al tratar una materia novedosa que afecta a una nueva forma de organización del trabajo

que nació en los años 70 y se desarrolló en los años 90, entre otras causas por el auge de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y, en general, por el fenómeno de la globalización de las empresas y de la economía mundial.

Entre los años 70 y finales de los 80, la desestabilización del modo de producción occidental produce un efecto positivo: un despertar social de la Comunidad Europea, que “rompe a legislar en tres direcciones muy sintomáticas de cuanto ocurría en esos años y de las líneas inmediatas de evolución del Derecho del Trabajo” (directivas sobre crisis de empresa, igualdad de género y seguridad y salud) (Ojeda Avilés, 2010, p. 72.). No obstante, esta tendencia legislativa en materia laboral va a convivir con otros instrumentos de producción normativa de las relaciones industriales a través de la negociación colectiva europea. En el año 1991 se firma un Acuerdo de Política Social entre las confederaciones mayoritarias (CES, UNICE y CEEP), que consagra el diálogo social y el principio de subsidiariedad, considerado este último como “revulsivo del Derecho Social Comunitario” (Ojeda Avilés, 1994, p. 1), y que se incorpora como anexo al Tratado de Maastricht, ante la negativa del Reino Unido y la adhesión del resto de los Estados miembros.

En este Anexo se incorporan tres tipos de acuerdos colectivos europeos denominados acuerdos reforzados, acuerdos sustitutorios y acuerdos transpositivos. La aplicación de los primeros se realiza, a petición conjunta de los sujetos firmantes, a través de una decisión del Consejo; los segundos (sustitutorios) paralizan un proyecto de norma comunitaria al regular la materia prevista por él dentro de un plazo de nueve meses; y por último, los transpositivos trasponen el contenido de una Directiva dentro de un país miembro, por delegación del Estado y a petición conjunta de los interlocutores sociales (Ojeda Avilés, 1993, pp. 67 y ss.). A esta clasificación cabe añadir el tipo de acuerdo que vamos a tratar, que se identifica como acuerdo colectivo libre y que se deduce implícitamente del art. 155.1 del TFUE, en el sentido de que el “diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos” (Ojeda Avilés, 2013, p. 311). El AMET fue el primer acuerdo colectivo europeo libre al que siguieron otros que afectaron igualmente a materias novedosas, como el estrés en el lugar de trabajo (2004), la violencia y acoso en el lugar de trabajo (2007), y el más reciente sobre mercados de trabajo inclusivos (2010). Se trata de “fórmulas de transposición más «suaves», de las que las instituciones comunitarias se retiran, lo cual se traduce en el debilitamiento del acuerdo europeo como fuente de producción legislativa alternativa a la institucional, y en un riesgo para su transposición” (Gallardo Moya, 2008, p. 7). Transcurridos más de diez años de la firma del AMET, podemos plantearnos cuál es el estado actual del teletrabajo en la Unión Europea y, en su caso, la necesidad o no de una modificación o actualización del mencionado AMET.

2. LOS INSTRUMENTOS QUE, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, ATIENDEN AL TRATAMIENTO ACTUAL DEL TELETRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA

Desde el punto de vista jurídico-laboral resulta complicado hablar del estado actual del teletrabajo en la Unión Europea, dada la diversa implementación del AMET en cada Estado miembro. Este texto se elaboró en el año 2002 y no ha sido objeto de revisión o de extensión a una realidad cambiante, como puede ser la realización del trabajo remoto (trabajo corporativo generalmente desarrollado por objetivos). El teletrabajo hace referencia al trabajo a distancia, a nuevos métodos de trabajo y, por lo tanto, a la necesidad de adaptar las competencias en el lugar de trabajo para garantizar el trabajo decente y el empleo de calidad. En el año 2002 los agentes sociales firmaron el AMET a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la Unión Europea. El objeto del acuerdo era elaborar un marco general a escala europea sobre la condiciones de trabajo de los teletrabajadores, y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad para empresarios y trabajadores. El estudioso del Derecho del Trabajo debe tener en cuenta al menos dos instrumentos que, directa o indirectamente, atienden al tratamiento actual del teletrabajo en la Unión Europea. Estos instrumentos son la Estrategia Europea para el crecimiento 2020 y el AMET de 2002. La Estrategia de crecimiento no es un instrumento jurídico propiamente dicho, ya que se limita a establecer objetivos y pautas para alcanzar la Europa del crecimiento en el año 2020 [COM (2010)2010 final]. En cambio el AMET sí que es un verdadero acuerdo colectivo en el sentido del art. 155 TFUE, y no una mera recomendación o acto de coordinación, (Ojeda Avilés, 2012, p. 345) dotado de eficacia inmediata e imperativa (Ojeda Avilés, 1998, p. 1). En la Estrategia 2020 se establecen cinco objetivos en materia de empleo, educación, integración social y clima/energía. En cada una de estas áreas, cada Estado miembro se ha fijado sus propios objetivos. Las tres iniciativas emblemáticas de Europa 2020 en los ámbitos de empleo, asuntos sociales e inclusión son las siguientes:

a) Juventud en movimiento: aumentar las oportunidades de los jóvenes para encontrar trabajo, ayudando a estudiantes y becarios a obtener experiencia en otros países, y mejorando la calidad y el atractivo de la educación y la formación en Europa.

b) Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: dar un nuevo impulso a las reformas del mercado laboral y ayudar a obtener la capacitación correcta para futuros trabajos, crear nuevos puestos de trabajo y revisar la normativa de empleo de la UE.

c) Plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social: intensificar los esfuerzos a todos los niveles para alcanzar el objetivo acordado por la UE de sacar, como mínimo, a 20 millones de personas de la pobreza y de la exclusión.

Atendiendo a esta Estrategia 2020, consideramos interesante plantearnos cómo podría encuadrarse el teletrabajo en el ámbito del empleo, y la conveniencia de propugnar una negociación colectiva sobre el teletrabajo que pueda ser de interés para el fomento del empleo, aunque la adopción del AMET, apoyada por las autoridades comunitarias, no haya ido acompañada de una intervención normativa con la promulgación de una Directiva de refuerzo (Ojeda Avilés, 2004, p. 40). En lo que respecta a la juventud, el teletrabajo debería suponer un instrumento para lograr un empleo de calidad, una vez obtenida la experiencia suficiente en otros países, y un medio idóneo para favorecer la educación y la formación permanente mediante el e-learning. En cuanto a la agenda de nuevas cualificaciones y empleos, de aquí a 2020 esta iniciativa pretende como objetivo un empleo para el 75% de la población de edades comprendidas entre 20 y 64 años. Para ello la agenda presenta una serie de acciones concretas que ayudarán a:

- 1) intensificar las reformas para mejorar la flexibilidad y la seguridad del mercado laboral (“flexiguridad”).
- 2) dotar a los trabajadores de las aptitudes adecuadas para los puestos de trabajo de hoy y de mañana.
- 3) mejorar la calidad de empleo y garantizar mejores condiciones laborales.
- 4) mejorar las condiciones para la creación de empleo.

Por otro lado, el objetivo del AMET era elaborar un marco general a escala europea, aunque la implementación del mencionado acuerdo en cada uno de los estados miembros de la UE no se ha llevado a cabo mediante una Directiva europea de refuerzo, sino mediante una transposición libre o autónoma, es decir, atendiendo a los procedimientos y prácticas específicos de gestión y de trabajo en cada Estado miembro. Vamos a ver el mecanismo que los Estados miembros han empleado para llevar a cabo la transposición del acuerdo colectivo autónomo, el AMET, pero previamente comentaremos cuál ha sido el proceso de regulación del teletrabajo en la Unión Europea, para incluirlo en el ámbito del empleo como una acción que logre alcanzar los objetivos de la Europa 2020, de acuerdo con los estándares de flexiguridad y garantía de las condiciones laborales y de mejora de la calidad de empleo.

3. EL PROCESO REGULADOR DEL TELETRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA

Podemos situar en la década de los 90 el inicio del proceso de apoyo al teletrabajo por parte de las instituciones comunitarias de la Unión Europea. Entre las medidas adoptadas en dicho periodo destacan el Libro Blanco *Crecimiento, Competitividad y Empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI* de la

Comisión Europea en 1993 que incluye, entre otras recomendaciones, el desarrollo de la sociedad de la información como medio para el fomento del mercado interno y de la competitividad económica frente a Estados Unidos y Japón. En junio de 1994 el Informe «Europa y la Sociedad Global. Recomendaciones al Consejo Europeo» estudió los diversos aspectos de la Sociedad de la Información que se debatieron en el Consejo Europeo de Corfú los días 24 y 25 de junio de 1994. El «Informe Bangemann», que es como se conoce al mencionado informe, contemplaba diez aplicaciones para la implantación de la sociedad de la información. La primera consistía en fomentar el teletrabajo en el domicilio del trabajador y en oficinas satélites para evitar desplazamientos largos al lugar de trabajo, obteniendo así un beneficio que repercute tanto en las empresas y en las administraciones públicas, como en el público en general. Entre las ventajas que el teletrabajo puede comportar, el informe señalaba el refuerzo de la competitividad de las empresas, la creación de puestos de trabajo, la mejora de la calidad de vida y del medio ambiente, el incremento de la productividad, la flexibilización de las relaciones y la disminución del coste del factor trabajo. En la Cumbre de Corfú se planteó que la revolución tecnológica y la sociedad de la información eran las vías de progreso en materia de empleo comunitario, y por lo tanto en la creación de empleo. En este sentido, la Comisión Europea adoptó en julio de 1994 el Plan de Actuación *Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información*, que recogía una estrategia para la implantación de la Sociedad de la Información en la Unión Europea. En 1996 el Libro Verde de la Comisión *Vivir y trabajar en la sociedad de la información: prioridad a la dimensión humana* pedía a la Comisión que ese mismo año presentara una propuesta de directiva sobre el teletrabajo que tuviera en cuenta todas las cuestiones referentes a la seguridad social, la seguridad y salud, la intimidad y a los aspectos fiscales. Así mismo, solicitaba el inicio de una serie de debates sobre este tema en el marco de la OMC, con objeto de evitar especialmente el dumping social, estableciendo así las bases para poder fomentar con confianza el teletrabajo en la Unión Europea (COM (96)0389-C4-0522/96, de 11 de febrero de 1997 publicado en DOC_ES/RR/319/319721). Sin embargo, no es hasta la Comunicación de la Comisión *Modernizar la Organización del Trabajo. Actitud positiva ante el cambio*, de 25 de noviembre de 1998, cuando se plantea a los interlocutores sociales la necesidad de una mayor atención al teletrabajo por cuenta ajena.

Este proceso regulador se inicia con el Programa de Acción Social de la Comisión para los años 1998-2000, en el que se prevé la realización de unas consultas a los interlocutores sociales acerca de la necesidad de una acción comunitaria sobre protección de los teletrabajadores (Bruselas 29.04.1998, COM 1998, 259 final). Entre las cuestiones prioritarias para ese período se aborda un capítulo destinado a los cambios en el mundo del trabajo (modernización y adaptabilidad del trabajo, aprovechamiento de las oportunidades que ofrece la sociedad de la información, y necesidad de crear un lugar de trabajo sano y seguro). Posteriormente, en el contexto de la estrategia europea sobre el empleo, el Consejo Europeo Extraordinario

de Lisboa 2000 invitó a los interlocutores sociales a negociar acuerdos de modernización de la organización del trabajo, con especial atención a la flexibilidad laboral, con la finalidad de garantizar la productividad y la competitividad en respuesta a las exigencias de la sociedad de la información, y de alcanzar el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad.

Esta idea empieza a plantear los primeros problemas en la primera fase de consultas efectuada por la Comisión el 27 de junio del 2000, manifestándose las primeras discrepancias entre los agentes sociales, de manera que el sector empresarial se muestra a favor de garantizar la flexibilidad para mejorar la competitividad entre las empresas, y los representantes de los trabajadores defienden la seguridad de éstos y la mejora de las condiciones de trabajo. En una segunda fase de consultas con los interlocutores sociales sobre la modernización y el desarrollo de las relaciones de trabajo, la Comisión Europea los invitó a iniciar negociaciones sobre el teletrabajo para contribuir a preparar la transición a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento, como se acordó en la reunión del Consejo Europeo Extraordinario de Lisboa. A pesar del desacuerdo entre las partes, la Comisión trató de proporcionarles los criterios que deberían tener en cuenta para encontrar el necesario equilibrio entre la flexibilidad de las empresas y la seguridad o protección de los teletrabajadores en el lugar donde el trabajo se realiza. Se pretendía llegar a acuerdos sobre cuestiones tales como: participación voluntaria y derecho de volver al «trabajo tradicional», mantenimiento de estatuto de empleado, igualdad de trato, información adecuada sobre la definición de las tareas y condiciones de trabajo, cobertura de los costes por el empleador, garantía de formación específica, medidas de protección de la salud y la seguridad laboral, respeto del tiempo de trabajo, protección de la vida privada así como de los datos personales, contacto con los compañeros, derechos colectivos, e igualdad de oportunidades. Los interlocutores sociales firman el 16 de julio de 2002 el AMET, que considera el teletrabajo «tanto una forma de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicio público, como una forma de conciliar el trabajo y la vida social por parte de los trabajadores, que les proporcione una mayor autonomía en la realización de sus tareas».

De esta forma, la propuesta inicial de directiva sobre el teletrabajo queda definitivamente «desplazada» por la vía del diálogo social comunitario (actual art. 155 del TFUE). El acuerdo marco será aplicado por los miembros de la UNICE-UEA-PME, CEEP y CES (y el comité de enlace EUROCADRES-CEC) de acuerdo con los procedimientos y prácticas específicos de empresarios y trabajadores en los Estados miembros (Ojeda Avilés, 2004, p. 441). Por lo tanto, los Estados miembros no están obligados a aplicar directamente el AMET ni a elaborar normas de transposición, como tampoco a modificar la legislación nacional de un Estado, porque no existe un marco legislativo europeo para las negociaciones autónomas (como un Reglamento, una Decisión o una Directiva-marco) “que garantice la

plena efectividad de los acuerdos y establezca las reglas generales a que ha de atenerse la negociación colectiva europea” (Monereo Pérez, 2012, p. 651). Esto significa que la implantación del acuerdo marco ha sido realizada mediante diferentes instrumentos, conforme señala el informe de la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound 2010). A continuación intentaremos valorar si el acuerdo colectivo libre ha cumplido sus objetivos y, en su caso, si es conveniente retomar y/o renovar el diálogo social que favorezca la implementación del teletrabajo de acuerdo con los objetivos contemplados en la Estrategia 2020.

4. LA IMPLANTACIÓN DEL AMET EN CADA UNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La implementación del acuerdo se ha llevado a cabo mediante una transposición autónoma que, por lo tanto, ha dependido del diálogo social y de la capacidad de los interlocutores sociales a escala comunitaria para garantizar que sus afiliados nacionales cumplan con lo dispuesto en los acuerdos. Según el estudio de Eurofound, 2010 los instrumentos de implementación del AMET en los distintos estados miembros han sido los siguientes:

1. mediante una legislación legalmente vinculante y exigible (normalmente mediante reformas del código laboral).
2. mediante acuerdos colectivos entre las organizaciones internacionales (algunos de los cuales se han ampliado para dar cobertura a todos los trabajadores mediante decretos gubernamentales).
3. medidas voluntarias como directrices y códigos de prácticas.

Como consecuencia de la existencia de esta variedad de medidas de aplicación, la cobertura que la regulación del teletrabajo ofrece a los teletrabajadores difiere considerablemente de un país a otro. De acuerdo con este informe, en algunos estados miembros la reglamentación relacionada con el teletrabajo cubre el 100% de los lugares de trabajo gracias a mecanismos de extensión o a disposiciones legalmente vinculantes de los códigos laborales nacionales. Sin embargo, en otros países sólo está cubierta una pequeña proporción de las relaciones laborales mediante el acuerdo marco. Esto se debe a las siguientes causas: a) al carácter voluntario de la medida de aplicación elegida; b) a la baja representatividad o limitada capacidad de los interlocutores sociales; c) al bajo nivel de cobertura de los acuerdos colectivos; d) o bien es el resultado de un limitado interés y nivel de sensibilización en relación con esta práctica. En concreto se señala una clasificación en tres grupos de cómo se ha realizado la implementación en cada país miembro. El primer grupo está formado por seis estados miembros que deciden la implementación del AMET mediante una ley (República Checa, Hungría, Po-

lonia, Portugal, Eslovaquia y Eslovenia). Excepto Portugal, se trata de países de reciente incorporación, lo que nos hace pensar que la intención de estos países es demostrar a la Institución que son cumplidores con las obligaciones de la misma. En el segundo grupo se encuentran los países que llevan a cabo la implementación mediante el mecanismo de la negociación colectiva y de los convenios colectivos (Austria, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Francia, Italia, Luxemburgo y España). Y por último, un tercer grupo que se caracteriza por adoptar el teletrabajo mediante acuerdos colectivos y códigos de conducta y de buenas prácticas (Finlandia, Irlanda, Lituania, Holanda, Suecia y Reino Unido).

5. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta este estado actual del teletrabajo en la Unión Europea, deberíamos retomar la propuesta inicial contemplada en el Libro Verde *Vivir y trabajar en la sociedad de la información prioridad a la dimensión humana* (1996), donde se apuntaba la idea de presentar una propuesta de directiva sobre el teletrabajo para garantizar las condiciones de trabajo de los teletrabajadores. Sería necesario retomar el diálogo social a escala europea y actuar de acuerdo con el mecanismo de refuerzo de un acuerdo marco europeo mediante una Directiva que, teniendo como base el AMET, extendiera su campo de aplicación a otras formas de manifestación del trabajo a distancia, como el trabajo remoto, con la finalidad de “igualar” la regulación en cada Estado miembro y poder dar respuesta a los objetivos en materia de empleo contemplados en la Estrategia 2020, y de esta forma alcanzar los estándares de trabajo decente que deben regir en toda sociedad democrática. Debemos recordar que existen precedentes de acuerdos renovados, como es el caso del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, cuya Directiva 96/34 quedó sustituida por la Directiva 2010/18 (en este caso se trataba de un acuerdo colectivo reforzado).

No obstante, este tipo de acuerdos se han negociado por las tres principales confederaciones intersectoriales europeas (CES, UNICE –actual BusinessEurope- y CEEP) y, como apunta el profesor Ojeda Avilés, es difícil que este tipo de negociación llevada a cabo por centrales sindicales y empresariales trate al detalle las condiciones de trabajo aunque, ya que los interlocutores tienen capacidad para ello, el “tránsito desde una regulación de conceptos a una regulación de cuantías solo requiere la aceptación de las partes” (Ojeda Avilés, 2013, p. 313). En este sentido, es importante hacer hincapié en el papel de la negociación colectiva sectorial considerada como “un rasgo universal en toda Europa [...], hasta el extremo de que forma uno de los rasgos típicos del modelo social europeo”, pese al incipiente avance del modelo alemán de participación en la gestión empresarial (Ojeda Avilés, 2000, p. 200).

BIBLIOGRAFÍA

Eurofound, *Teletrabajo en la Unión Europea*, 2010. <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2009/961/es/1/EF09961ES.pdf>

GALLARDO MOYA, R.: “La metamorfosis de la negociación colectiva europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, La Ley 39797/2008, en www.laleydigital.es

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho”, *Temas Laborales*, núm. 55, 2000.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho de negociación y de acción colectiva”, en AAVV., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.

OJEDA AVILÉS, A.: *El derecho transnacional del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2012.
- *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, La Ley, Madrid, 2010.
- “Eficacia de los convenios colectivos europeos”, en AAVV., *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2004.
- “Promoción en el empleo y diálogo social en el Ordenamiento Comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 52, 2004.
- “¿Son «meras recomendaciones» los acuerdos colectivos europeos?”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1998, La Ley 5809/2002, www.laleydigital.es
- “Corrientes y contracorrientes en el Derecho del Trabajo europeo. Reflexiones en torno a dos «Libri Amicorum» finiseculares”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 101, 2000.
- “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario”, *Relaciones Laborales*, Sección Crónica Internacional y comunitaria, Tomo I, 1994, La Ley 569/2001, www.laleydigital.es
- “La negociación colectiva europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 15, 1993.

¿HACIA DÓNDE VA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Fernando Valdés Dal-Ré
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

En el curso de los últimos años, vienen apreciándose, en la mayoría de los países europeos, transformaciones de una indiscutible relevancia en la estructura de la negociación colectiva. El principal objetivo perseguido por estas estrategias de cambio es la potenciación de formas de descentralización negocial en los entornos de la empresa o de los grupos de empresa, entornos éstos que se están convirtiendo en espacios especialmente privilegiados de negociación de convenios y acuerdos colectivos. Pero adicionalmente, la apuesta por la descentralización contractual colectiva está alterando, en numerosos ordenamientos europeos de relaciones laborales, y también en el nuestro, otros elementos básicos de los sistemas de negociación colectiva, señaladamente los tres siguientes: las funciones, los instrumentos de expresión o formalización y la estructura y naturaleza de las reglas jurídicas de los convenios y acuerdos colectivos. En las reflexiones que siguen intentaré dar cuenta, bien que con la brevedad impuesta por razones de economía de espacio, de las mudanzas apenas enunciadas.

2. LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA: EL “DESCUBRIMIENTO” POR LOS EMPRESARIOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS NIVELES DE EMPRESA

De entre todos los elementos que conforman un sistema de negociación colectiva, la estructura es el más refractario a experimentar alteraciones bruscas o de ritmo acelerado. Una vez constituidas, las unidades de negociación tienden a perpetuarse en el tiempo, mostrando una notable resistencia al cambio, sea cual fuere su signo. Desde luego, a los cambios que pueden significar la disolución de los niveles negociales existentes e, incluso, la creación de otros nuevos que corten o seccionen, de algún modo, los espacios que definen la soberanía normativa de los ya implantados; pero también a los que, con menor ambición innovadora, se proponen bien una reorganización vertical mediante el expediente de transferir el poder contractual de las unidades superiores a las inferiores o de estas a aquellas bien una reordenación horizontal a través de la redefinición de sus originarios ámbitos de aplicación funcional.

La nota de estabilidad predicable del tejido contractual, y que puede apreciarse tanto en un plano macro o de conjunto como en otro micro o sectorial, no tiene, desde luego, un carácter absoluto; es relativa. La estabilidad no equivale a petrificación. Como le sucede a cualquier otro elemento del sistema de negociación colectiva o, más en general, a cualquier otra institución del sistema de relaciones laborales, tampoco la estructura contractual se encuentra al abrigo de influencias políticas, sociales, económicas, tecnológicas, institucionales u organizativas.

Las formidables y siempre preocupantes medidas de descentralización productiva, unidas a los procesos de privatización de determinados servicios públicos, están dando lugar a la aparición de nuevos sectores productivos (limpieza, seguridad, empresas de trabajo temporal, *telemarketing*, limpieza de edificaciones públicas o aparcamientos en concesión pública, por citar unos pocos significativos) en los que, a menudo, se han abierto procesos de negociación colectiva en niveles de dimensiones amplias (nacional). La estructura contractual ha quedado sujeta así a intensas y aún no cerradas tendencias de centralización, protagonizadas ahora por la emergencia de esos nuevos sectores, nacidos, en definitiva, de la liberalización de los mercados. Por lo demás, la creación de estas nuevas ramas de actividad o sectores productivos viene promovida conjuntamente, bien que por razones diferentes, tanto por sindicatos como por asociaciones empresariales. Para aquellos, en efecto, el nivel amplio sigue siendo concebido como el espacio idóneo para garantizar a los trabajadores que prestan servicios en esos sectores, pertenecientes a menudo a colectivos laborales especialmente vulnerables (mujeres, jóvenes, adultos con déficit de cualificación profesional e inmigrantes), unas condiciones de trabajo mínimamente decentes. Para estos otros, para los empresarios, el nivel de rama nacional sigue representando hoy, como lo ha venido representando históricamente, una herramienta especialmente útil para asegurar a las empresas unas

condiciones de trabajo uniformes que impidan prácticas de concurrencia desleal. En sectores productivos como los creados por los procesos de liberalización de los mercados y de descentralización productiva, caracterizados por un empleo masivo de mano de obra, las empresas tienden a optimizar sus ventajas mediante la degradación y deterioro de las condiciones de trabajo. Y en un contexto semejante, el nivel centralizado ofrece a los sindicatos las mejores posibilidades de combatir la sobreexplotación de los trabajadores.

Pero junto a este sesgo de centralización, también resulta bien visible otro de signo opuesto; a saber: el diseño y la puesta en práctica de opciones de política de derecho y de estrategias de los interlocutores sociales destinadas a potenciar la descentralización contractual en el entorno de la empresa (empresa o grupo de empresa), entorno éste que se ha convertido o se encuentra en vías de convertirse en un espacio especialmente privilegiado de negociación. Pero a diferencia de lo acaecido a finales de los años sesenta en un buen número de países europeos (Francia o Italia, por ejemplo), las políticas actuales de descentralización negocial, en su mayor parte, ni provienen del mundo sindical ni pretenden hacer partícipes a los trabajadores de las mejoras de productividad. Esas políticas (sus estímulos, incentivos y realizaciones prácticas) proceden del universo empresarial, con el que colabora, las más de las veces de modo muy activo y perceptible, el poder público. Y su objetivo primero y esencial es poder contar con un marco de condiciones de trabajo capaz de ajustarse a los requerimientos cambiantes de la demanda. En el contexto de un mercado globalizado y, por lo mismo, volátil y elástico, las empresas aspiran ahora a negociar, incluso elaborando ellas las tradicionales tablas reivindicativas de origen sindical, condiciones de trabajo dotadas de la máxima capacidad de adaptación; en suma de la mayor flexibilidad posible.

Por este lado, hacen su aparición y se consolidan muy variadas fórmulas de gestión flexible de la mano de obra, que vienen a complementar, en la secuencia de ejecución de la prestación laboral (distribución elástica del tiempo de trabajo, salarios variables o polivalencia funcional, por ilustrar la idea con algunos ejemplos significativos), las modalidades flexibles de celebración de contratos de trabajo o de extinción de los vínculos contractuales que el legislador previa o simultáneamente se ha encargado de implantar. O enunciada la idea en otras palabras, la función de gestión de la negociación colectiva, a la que me he de referir en breve, encuentra en el convenio de empresa o de grupo de empresa el cauce más adecuado de expresión y materialización; el espacio más idóneo para desarrollarse y lograr, de la manera más directa y satisfactoria, sus objetivos de utilización de la negociación colectiva como un instrumento de flexible ajuste a los requerimientos del mercado.

En atención a lo expuesto, la estructura negocial actual parece haber abandonado su tradicional bipolarismo para pasar a asentarse sobre tres grandes niveles: el nacional de industria o servicios, el territorial menor (autonómico o provincial)

y el de empresa (o grupo de empresa). En una situación como la presente, el gran desafío de los proyectos de reforma de la estructura contractual debería de ser no tanto la fácil supresión o revitalización de ciertas unidades de contratación cuanto la más compleja delimitación de las competencias de cada uno de los niveles típicos. La atribución al nuevo orden contractual, al orden que lleva gestándose desde hace una década, de un principio de máxima transparencia, entendida la expresión como búsqueda de un criterio óptimo de reparto competencial entre los niveles negociales, es, desde luego, una exigencia derivada de la propia funcionalidad de la actividad contractual colectiva. Pero en un orden más profundo de ideas, es, ante todo, la precondition para que la negociación colectiva pueda afrontar con la debida idoneidad y ofrecer respuestas justas y equilibradas a los muy serios problemas derivados de la globalización económica.

3. LOS CAMBIOS EN LAS FUNCIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA GESTIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

La negociación colectiva, entendida como institución nuclear de cualquier sistema libre de relaciones laborales, ha venido cumpliendo, en lo esencial, dos grandes funciones: *económica una y política la otra*.

En su dimensión económica, la negociación colectiva ha sido y sigue siendo un instrumento para la determinación convenida, en lugar de impuesta, de las condiciones que ordenan en las hoy denominadas economías de mercado, antes capitalistas, el trabajo por cuenta ajena y dependiente; un medio de ordenación del mercado de trabajo, dotado, en razón de los sujetos intervinientes y del procedimiento a través del cual éstos adoptan sus decisiones, de una flexibilidad muy superior a la que cuentan los restantes cauces de regulación de las condiciones de trabajo: el legal, el contractual individual o, en fin, el unilateral del empresario, por citar los más significativos. En su dimensión política, la negociación colectiva es un mecanismo de regulación de poder; constituye “un uso diplomático del poder”, expresión ésta en la que el término diplomático no alude al modo como se desenvuelve el proceso negociador (habilidad, flexibilidad o dureza, entre otros atributos) sino al empleo calculado de la estrategia de poder (Flanders).

En resumen, la contratación colectiva puede ser entendida como un complejo y delicado proceso político-social cuyo *input* es el conflicto y cuyo *output* son las normas contratadas. O en términos funcionales, la negociación colectiva es un mecanismo de resolución de conflictos (*conflict resolving*) así como de creación de normas (*rule-making*). Es el principal procedimiento ideado en las sociedades democráticas para asegurar el mantenimiento del conflicto entre el capital y el trabajo dentro de límites socialmente aceptables.

Desde una perspectiva jurídica, una y otra función, la económica y la política, fueron inicialmente denominadas, por los fundadores del entonces Derecho emer-

gente del Trabajo, como función normativa y función obligacional. No es cuestión ahora de entrar a analizar los términos de esta transposición, de la transformación de las funciones económica y política en normativa y obligacional. Bastara ahora recordar que la diferenciación entre una función normativa y otra obligacional se remonta a las primeras construcciones dogmáticas sobre la figura del convenio colectivo; a aquellas elaboradas en los inicios del siglo XX; se encuentra presente ya en los albores del pensamiento jurídico laboral, no siendo en modo alguno aventurado atribuir la paternidad de la categoría, al menos la mediata o indirecta, a la primera generación de laboristas o, si se prefiere, a los fundadores del Derecho del Trabajo. Por lo demás, esta diferenciación ha constituido un constante compañero de viaje de las sucesivas elaboraciones doctrinales acerca de la autonomía contractual colectiva, habiendo logrado mantener durante las diferentes etapas del ya no corto trayecto histórico recorrido por el Derecho del Trabajo un espacio de centralidad en la teoría general del convenio colectivo.

No obstante ello, un sector de la segunda generación de laboristas germanos y, tras él y de manera mayoritaria, las coetáneas y sucesivas generaciones de laboristas europeos van a transformar la teoría de las dos funciones del convenio colectivo en teoría de las dos partes del convenio colectivo, haciendo su aparición así en el debate doctrinal la tesis de la división en el contenido del pacto colectivo de una parte normativa y de otra obligacional. Será éste, no obstante, un cambio dogmático que en nada afectará a las dos grandes funciones que de siempre ha cumplido la negociación colectiva, por más que el pensamiento jurídico-laboral moderno las haya ocultado tras la diferenciación binaria de las estipulaciones de todo instrumento contractual.

Pero lo anterior recordado, en lo que ahora interesa reparar es que, en los nuevos escenarios económicos y organizativos, la vertiente funcional de la negociación colectiva ha experimentado un formidable y fecundo enriquecimiento; en concreto y en lo que ahora interesa destacar, a las dos clásicas funciones se ha venido a adicionar una nueva: la función *de gestión*. Tal función trae causa en el “descubrimiento” por parte de los empresarios de la aptitud de la negociación colectiva para actuar como instrumento de gestión flexible tanto del trabajo como, sobre todo, de la organización del trabajo. Lo que late en la aparición y consolidación de esta nueva función es la noción de empresa flexible, sujeta a constantes movimientos de adaptación frente a los cambiantes requerimientos del mercado.

La experiencia española ilustra de manera ejemplar este proceso. De seguro, la implantación de mecanismos adecuados para el desarrollo de la función negociadora de gestión constituye una constante de nuestro sistema de relaciones laborales durante el curso de los últimos años. La lectura de los acuerdos interprofesionales que se han ido suscribiendo a lo largo del presente siglo, señaladamente los sucesivos ANCs, evidencian el interés de los interlocutores sociales en procurar dotar a los negociadores de un arsenal de medios a fin de facilitar la adaptación de los

instrumentos derivados de la autonomía colectiva a las necesidades cambiantes de las organizaciones productivas.

Pero al margen de la relevancia atribuida a la facultad de gestión desde la propia actividad contractual colectiva, la reforma de 2012 ha exacerbado de manera unilateral, hasta límites desconocidos en nuestro sistema de relaciones laborales, dicha función, debilitando simultáneamente las funciones más tradicionales de la negociación colectiva. Los cambios introducidos por la Ley 3/2012 en el Título III ET, siguiendo la senda abierta por la norma de urgencia de igual numeración, plasman esta opción de política de derecho, que termina concibiendo los convenios y acuerdos colectivos como meros utensilios puestos al servicio de la capacidad del empresario de adaptar su empresa no sólo a los razonables requerimientos del mercado sino, más rudamente, a sus intereses, apreciados conforme a cánones subjetivos. La facilitación del proceso de modificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios estatutarios, la prioridad aplicativa concedida al convenio de empresa y, en fin, la drástica limitación de la prórroga de la vigencia del convenio colectivo denunciado y vencido traslucen con meridiana claridad esta concepción de la norma colectiva como un mero aparejo de los intereses empresariales y, como tal, sustituible o modificable a su voluntad.

En todo caso y al margen de las concretas opciones de política normativa incorporadas por el legislador nacional, otros condicionantes externos, distintos de los derivados de los intensos y extensos cambios económicos, han contribuido, bien que en menor medida, a la expansión de esta función de gestión. Entre otros, los dos siguientes. El primero ha sido la progresiva afirmación de que el procedimiento de negociación colectiva no se cierra con la firma del convenio o acuerdo colectivo; antes al contrario, se extiende durante todo su tiempo de duración a través de la administración conjunta de su contenido. Por este lado, el clásico modelo estático ha ido incorporando rasgos del modelo dinámico, que tuvo su mejor arraigo en el mundo anglosajón de la segunda mitad del siglo pasado. El segundo factor que ha propiciado la emergencia y desarrollo de esta función trae causa en la creciente e imparable difuminación entre la negociación colectiva y la consulta, difuminación ésta fomentada y estimulada por la difusión de esta última, de la consulta, en los procesos de reestructuración de empresas (movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo o despidos colectivos) a través de la figura de los acuerdos de empresa.

4. LOS CAMBIOS EN LOS INSTRUMENTOS CONTRACTUALES

Tradicionalmente, la negociación colectiva, en el desempeño de su función reguladora de las condiciones de trabajo, ha venido y viene articulándose a través de un concreto instrumento contractual: *el convenio colectivo*. En el curso de los últimos años, sin embargo, la tipología de los productos nacidos de la autonomía

negocial se ha enriquecido, al tiempo que instrumentos contractuales distintos del convenio colectivo han ido ocupando, de manera progresiva pero constante, un mayor protagonismo. En efecto, además de la figura del convenio colectivo, caracterizado por su vocación de ordenación general del conjunto de las materias laborales, en la mayor parte de los sistemas europeos de relaciones laborales existen otros productos también nacidos de procesos de negociación colectiva, señaladamente los denominados acuerdos colectivos, los cuales están progresivamente ganando espacio negocial, sobre todo en el ámbito de las organizaciones empresariales.

Los acuerdos de empresa pueden versar sobre las mas diversas materias, la mayor parte de las cuales entra en la categoría de lo que, de manera amplia, cabe denominar como reestructuraciones empresariales. Instalado precisamente en este entorno, en el de la reestructuración empresarial, no estará de más traer a colación las dos grandes y específicas funciones que están desempeñando los acuerdos de empresa: la *preventiva*, de un lado, y la *defensiva*, de otro.

En la primera de ellas, en la función *preventiva*, la negociación colectiva se anticipa a las decisiones empresariales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, adoptando determinadas medidas o acciones. A través de un acuerdo de empresa, las representaciones sociales y económicas prevén un escenario de cambios por circunstancias coyunturales, suscribiendo medidas anticipatorias. La negociación colectiva preventiva abre fórmulas de información y consulta con los representantes de los trabajadores en decisiones empresariales, procedimentaliza las ya existentes, delimita las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, define la adopción de medidas concretas en distintos ámbitos, limita la utilización de instrumentos de descentralización productiva, anticipa los costes económicos de ciertas modificaciones laborales, identifica alternativas posibles o, en fin y en versiones más complejas, integra los hipotéticos procesos de reestructuración en el grupo de empresas con recolocaciones y reacciones laborales dentro del mismo. Esta función *preventiva* responde a lo que se puede denominar un modelo ofensivo de negociación colectiva, en el que los negociadores prefieren pactar las consecuencias laborales de las medidas de reestructuración empresarial antes de su ejecución.

En la función *defensiva*, por el contrario, la negociación colectiva reacciona ante la adopción inmediata de la medida empresarial con impacto laboral. El acuerdo colectivo gestiona el cambio en el mismo momento en el que se produce, articulando medidas de reacción al mismo. La información, consulta y negociación con los representantes de los trabajadores tiene origen en la puesta en práctica de un proceso de reestructuración empresarial, delimitando las causas técnicas, organizativas, económicas o productivas, enunciando las medidas empresariales correspondientes, calculando sus costes laborales y las consecuencias para los trabajadores, fijando alternativas y diseñando, en definitiva, una hoja de ruta del

proceso que se pretende ejecutar por la empresa. Se logra así, por reacción, una gestión colectiva de la reestructuración empresarial, articulada mediante diversos instrumentos convencionales. Esta función responde a un modelo defensivo de negociación colectiva, en el que los negociadores pactan las consecuencias laborales de las medidas de reestructuración en el momento de su ejecución.

5. LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA Y NATURALEZA DE LAS REGLAS JURÍDICAS DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS

En la versión clásica, el modo a través del cual la negociación colectiva cumple su función más típica, la normativa, la de intercambio de trabajo dependiente por salario, ha respondido a la *estructura y a la naturaleza de las reglas jurídicas*. A su estructura, por cuanto las estipulaciones se organizan en torno a un supuesto de hecho, que normalmente tipifica un aspecto del trabajo (jornada, salario, descansos, por citar algunos ejemplos bien significativos), al que se vincula una concreta consecuencia jurídica que crea, modifica o extingue, a la postre, derechos y obligaciones en el ámbito de las relaciones laborales tanto individuales como colectivas. Y a su naturaleza, por cuanto estas reglas resultan estar dotadas, en su mayor y mejor parte, de una naturaleza imperativa, en su sentido relativo.

Con independencia de los cambios sobre la negociación colectiva ya expuestos, el modo de formalización de las estipulaciones contenidas en los pactos también está experimentando transformaciones de tono no menor. Por lo pronto y además de las reglas primarias, creadoras de derechos y obligaciones, en los convenios y acuerdos colectivos van apareciendo y ganando importancia las reglas jurídicas secundarias, señaladamente las que fijan procedimientos para la regulación de los derechos y obligaciones. A menudo, el mayor espacio que pasa a ocupar ahora esta segunda categoría de reglas jurídicas se debe a muy concretas opciones legislativas; o, en otras palabras, son los legisladores los que invitan a la negociación colectiva a enriquecer su contenido con normas de procedimiento. La lectura de la mayor parte de las directivas europeas de segunda generación - como las de constitución de comités de empresa europeo, sobre derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas o sobre derechos de información y consulta - ilustra de manera ejemplar estos cambios.

De otro lado y en este mismo terreno, en el cuerpo de las cláusulas que forman parte del contenido del convenio o del acuerdo colectivo, van accediendo, con relativa frecuencia, reglas privadas de imperatividad y de eficacia directa; o, lo que es igual, reglas dispositivas y reglas incompletas que enuncian el supuesto de hecho o definen la consecuencia jurídica en unos términos que precisan, para desarrollar eficacia plena, el concurso obligado de pactos individuales.

El paradigma de este doble cambio, del relativo a la vía de instrumentación del

pacto y del alusivo al modo de formalización de las estipulaciones acordadas, lo ofrecen actualmente los denominados Códigos de Conducta, Códigos de Buenas Prácticas (CBP) o Códigos Éticos, cuyo rasgo más característico reside en que enuncian reglas de derecho flexible (*soft law*), no imperativas, en lugar de reglas de derecho fuerte (*hard law*), vinculantes. Estos códigos sustituyen la lógica de la disuasión, propia de las reglas reguladoras del mercado de trabajo, por otra lógica distinta, la de la persuasión. Surgidos en los años 30 del siglo pasado a impulsos de las empresas multinacionales norteamericanas, los CBP se han extendido y difundido de manera acelerada en los años finales del siglo anterior y en los iniciales del presente, terminando por colonizar buena parte de las relaciones laborales, señaladamente en las empresas transnacionales.

IN ONORE DI ANTONIO OJEDA AVILÉS

**TECNOCRAZIA VERSUS DEMOCRAZIA NELLA
UNIONE EUROPEA? INVITO PER UN DIBATTITO**

Bruno Veneziani
Università di Bari

“È per puro caso – si chiede Christian Joerges – che nel costituzionalismo europeo è toccato ai giuslavoristi, prima di altri, di ricordarci l'importanza che ha il tema del ‘sociale’ per il costituzionalismo democratico?”¹

Non è un caso, potrebbe essere la risposta, se è vero come è vero che il diritto del lavoro, individuale collettivo o del welfare si è accompagnato, come ha detto Kahn Freund, ad ogni mutamento istituzionale di segno progressista che ha coinvolto le democrazie occidentali del secondo dopoguerra. È successo, dopo la caduta di regimi totalitari in Germania con l'avvento della costituzione di Bonn del 1949 ed in Italia con la Carta Costituzionale del 1948 nata dalla Resistenza. La storia si è ripetuta anche nel corso degli anni settanta con i *bills of rights* posteriori alla caduta del governo franchista in Spagna ed alle ‘nuove democrazie’ portoghese e greca. È quasi una ‘legge ferrea della storia’ che ad ogni modifica in senso democratico-

¹ C. Joerges, Will the welfare state survive european integration?, in *European Journal of Social Law*, 1, 2011, p. 11.

progressista di un governo corrisponda in simmetria un profilo identitario forte del sistema dei valori dell'ordinamento giuridico del lavoro. Da queste esperienze politiche, talvolta traumatiche, sono emersi e consolidati nel tempo gli assi portanti dell'edificio normativo che disciplina sia le relazioni contrattuali tra imprese e lavoratori che le relazioni industriali. Non solo. In quell'edificio viene anche corroborata la tempra di quel Welfare State che distribuisce le provvidenze con equità e rigore. E tutto ciò avviene perché in ciascun modello nazionale il lavoro costituisce il fondamento della cittadinanza sociale costituita da 'valori' come la libertà, la dignità, il pluralismo e la democrazia. Quei sistemi si sono garantiti la sopravvivenza grazie ad uno 'scambio politico' tra lo Stato che offre provvidenze ed il consenso del socius-lavoratore che 'produce' in condizioni di subordinazione.

È un compromesso social-democratico, si è detto. Il 'sistema Europa', invece, narra una storia singolare. Non è nato da rivoluzioni di *sens culottes* ma da un ispirazione di intellettuali borghesi. Voleva essere democratico, ma la parola democrazia non era scritta nelle sue 'tavole della legge' e pertanto mancava la legittimità popolare che rende il potere pubblico uno Stato di diritto. Dopo più di cinquanta anni l'Unione europea si configura come una democrazia quasi compiuta², sempre sottoposta a turbolenze che percorrono i rapporti tra governo europeo sovranazionale e stati membri.

E la storia dimostra che il sensore delle alterazioni istituzionali derivanti dalle modifiche dei Trattati istitutivi è proprio quella che nel lessico europeo ha l'etichetta di 'Politica sociale'.

È successo con la modifica del trattato avvenuta a Lisbona quando le ratifiche degli stati nazionali si sono svolte faticosamente, all'insegna della preoccupazione che le novità potessero determinare la riduzione di peso specifico dei parlamenti nazionali e causare una ferita allo stato di welfare come nel caso della Germania. In alcuni stati membri la ratifica è stata subordinata alla concessione sul terreno dei diritti sociali (Irlanda) o su quello dei diritti fondamentali della Carta dei diritti fondamentali (Polonia).

La tensione tra governance europea e parlamenti nazionali si è accentuata immediatamente dopo il varo delle misure di austerità del Semestre Europeo. Ed è un paradosso perché la crisi delle economie europee si sviluppa proprio quando il sistema Europa si presenta con il corredo di una Carta dei diritti fondamentali che lo rende simile ad uno *state of law*. E per di più esso ha la pretesa di fondarsi su valori tipici di una democrazia rappresentativa e partecipativa (artt. 2 TEU, 7(1), 10, 13, 49 e art. 152 TFUE).

Ma la terapia proposta dai tecnocrati di Bruxelles per proteggere l'Euro dalla forte congiuntura economica internazionale, che ne destabilizza l'intera economia e minaccia la salute del mercato unico, è troppo severa. Essa è all'insegna della

² J-C. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: much ado about what?*, ILJ, 2008, 3, p. 227.

ortodossia monetarista, il dogma assoluto della stabilità dei prezzi ed il contenimento del deficit pubblico. La strategia del rigore è imposta dal Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Fiscale che controlla i programmi economici nazionali per condurre il costo del lavoro “in linea con la produttività delle imprese”³.

La opinione pubblica si chiede se essa sia compatibile con la prassi democratica⁴ e se non sia necessario, invece, interrompere la collusione tra ambienti politici ed economia⁵.

E tutto questo perché quelle misure si riflettono sugli equilibri nei rapporti tra centro della UE e ‘periferia dell’impero’, tra ordinamento giuridico sovranazionale e sistemi costituzionali degli stati nazione. Insomma, come dire che può essere sconvolta la rete articolata delle competenze esclusive, promozionali o di sostegno che caratterizza la UE come una democrazia multilivello. Le aree più colpite sono le politiche sociali nella loro accezione più vasta, inclusiva cioè del Welfare e dei diritti individuali e collettivi⁶ del lavoro.

Dunque, la cultura ordo-liberista europea si inclina verso il ritorno ad un mercato unico rigidamente regolato proprio quando l’ordinamento giuridico sovranazionale diventa adulto grazie a principi e valori posti a contenuti di diritti della persona che lavora. E quando anche le istituzioni internazionali come il Fondo Monetario Internazionale e la Organizzazione Internazionale del Lavoro avvertono che misure rigidamente anticicliche, come le politiche fiscali troppo restrittive, deprimono la domanda interna. Inoltre essi ammoniscono come sia proprio quest’ultima il migliore antidoto alla disoccupazione e come l’affievolirsi se non la scomparsa delle tutele nel rapporto di lavoro e del Welfare abbiano impedito l’espandersi dell’occupazione⁷.

La nuova architettura normativa di governo della crisi, infatti, è articolata con una disciplina ed un controllo centralizzato della politica economica degli stati membri, supportata da imperative linee di indirizzo di contenimento dei deficit nazionali (136 TFEU). L’impalcatura è tutta retta dalla logica del binomio cooperazione rafforzata tra gli stati - severo potere di controllo dal centro. L’eventuale aiuto finanziario erogato allo stato ‘infedele’ per stabilizzare la area euro è sottoposto al requisito delle categorie della *conditionality* e della *accountability*. I due trattati internazionali dell’*European Stability Mechanism e il Fiscal Treaty*

³ Consiglio UE, reg. 10/407 dell’11 maggio 2010.

⁴ S.Halimi, Condizioni per una riconquista, *Le Monde diplomatique*, n. 5, 2013; Idem, Medioevo europeo, *Le Monde diplomatique*, 7, 2013.

⁵ A. Tsipras, La nostra idea di Europa, *Le monde diplomatique*, n. 2, 2013.

⁶ EUCO 10/11 rev., p. 16.

⁷ International monetary Fund, International Labour Organization, The challenges of growth, employment and social cohesion, Discussion document, HJOint ILO-IMF conference in cooperation with the office of The Prime Minister of Norway, Oslo, August, 2010, pp. 7 e 67-73.

si prefiggono di raggiungere l'obiettivo di una "genuina unione monetaria ed economica" attraverso un quadro di interventi finanziari e politici 'integrati' e una legittimazione democratica ed *accountable*⁸.

Ma nell'orizzonte strategico del Consiglio europeo mancano tutti gli ingredienti della democrazia: non ci sono i diritti sociali fondamentali ed tanto il diritto del lavoro che le relazioni industriali sono rilevanti solo in quanto rientrano nel cono di luce del controllo centralizzato della UE "perché possono avere un impatto sulla stabilità macroeconomica e sulla crescita"⁹.

In questa prospettiva la politica della occupazione ed il diritto del lavoro in quanto tale viene risucchiato nell'area della strategia economicista. Non solo, ma gli effetti dei Memorandum di intesa stipulati da alcuni degli stati richiedenti gli aiuti finanziari hanno alterato i paradigmi consolidati del diritto del lavoro.

Ed è proprio il corpus delle categorie giuridiche che compongono quest'ultimo ad apparire 'decostruito' nel senso che - spiega Antonio Ojeda Aviles - non comporta necessariamente la distruzione dell'esistente ma una "opposizione gerarchica tra le istituzioni giuridiche e la loro inversione"¹⁰. Nel nome della stabilità del sistema finanziario quella tendenza ha indotto un penetrante intervento nei canoni classici del diritto del lavoro. Sospensione degli aumenti salariali e incremento del lavoro straordinario (Spagna), tagli alle retribuzioni e congelamento dei loro livelli (Lettonia), abolizione dei permessi obbligatori retribuiti (Romania), elevazione della soglia numerica nella applicazione delle procedure di licenziamento illegittimo, aumento dell'uso di contratti flessibili e riduzione delle protezioni nella ipotesi di licenziamenti (Grecia ed Italia)¹¹. E non ne resta immune neanche la struttura della contrattazione collettiva, che anzi registra la riduzione dei minimi salariali contrattuali e legali, la restrizione o la decrescita della sfera di applicazione dei contratti collettivi, il rapido incremento del decentramento della contrattazione collettiva a livello aziendale, la rimozione del principio del trattamento più favorevole, l'estensione del principio della derogabilità in pejus della contrattazione collettiva nazionale ad opera del livello aziendale, l'indebolimento del potere sindacale di negoziare i minimi retributivi¹².

È un panorama in cui gli *idola tribus* dell'autonomia collettiva vengono messi tutti -direi fatalisticamente- in discussione.

Che fare?

⁸ EUCouncil, Towards a genuine economic and Monetary Union, Report of president of the EC, Press release 296, Brussels 26 June 2012 Conclusion 28/29 June 2012, part. II, point 4.

⁹ Conclusioni del consiglio europeo del 9 dicembre 2011, EUCO 139/11, § 4(2).

¹⁰ A. Ojeda Avilés, La deconstrucción del Derecho del Trabajo, La Ley, MSDRID, 2010, p. 28.

¹¹ ETUI, Benchmarking working Europe, ETUI, Bruxelles, 2013, p. 50 ff.

¹² EU Commission, Labour market developments in Europe 2012, European Economy, Bruxelles, 2012, p. 5.

La condizione del giuslavorista europeo è anche oggi ancor più paradossale del passato. Egli oggi assiste, da un lato, all'ascesa al rango di diritto primario della UE dei valori della solidarietà e del pluralismo (art. 2 TUE). Ma, dall'altro, si accorge che queste componenti storiche del codice genetico del diritto del lavoro vengono oggi strette nella morsa della 'strict conditionality' (art. 136 TFUE).

Nel momento in cui l'ordo-liberismo della Scuola di Friburgo si ripropone sia pure in una versione neo-classica, al giuslavorista non resta per sciogliere il paradosso che esplorare i percorsi possibili con la speranza di costruire un 'modello sociale europeo' ispirato alla economia intrisa di diritti fondamentali del lavoratore cioè, per dirla alla W. Beveridge, alla libertà solidale¹³.

Non è la prima volta che succede. La 'chiamata alle armi' della ragione ha sempre caratterizzato la vita dell'analista del diritto che studia l'occupazione: è accaduto tutte le volte che si sono profilate all'orizzonte la crisi del quadro politico o lo sfavore della congiuntura economica. Regimi totalitari, ridotti tassi di crescita della produzione industriale e trasformazioni del mercato del lavoro hanno intaccato i meccanismi di stabilità giuridica su cui si è retto il diritto del lavoro. Il risultato è aumento della flessibilità delle regole e la scomparsa dei canoni di civiltà giuridica.

Non resta che provocare il dibattito e proporre vie di uscita muovendo dall'esistente.

La prima strada è quella dell'interpretazione delle norme su cui è edificata la strategia del Semestre europeo e misurarne la legittimità alla luce del contesto del Trattato di Lisbona e dalla Carta dei diritti fondamentali del 2007.

Né va ignorato il peso che ha la giurisprudenza creativa della Corte di Strasburgo il cui metodo di valutazione è basato sulla convinzione che l'interpretazione di una norma vada effettuata con riferimento all'evoluzione del diritto interno ed al suo intreccio con il "diritto vivente" delle altre fonti del diritto internazionale del lavoro (OIL, Comitati di esperti, Carta sociale europea). Si tratta di un metodo sistematico che implica una lettura meno frammentata del mosaico delle tutele poste a presidio della contrattazione e del conflitto collettivi (art. 28 della Carta).

La seconda strada è quella che tende a riportare nell'alveo dell'ordine giuridico dell'UE le norme ed i protagonisti della strategia europea di austerità. In sostanza il compito consiste nel misurare il nuovo quadro normativo del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) con i parametri della democrazia, solidarietà e pluralismo. La soluzione della Corte di Giustizia nel caso Pringle¹⁴ è basata sull'artificiosa distinzione tra stabilità dei prezzi di competenza della Unione e la stabilità della politica economica che è il fine principale del MES. E l'immediato corollario di questo dogma è che tutta la disciplina dell'austerità giace al di là delle norme sulla Politica sociale del TFUE e della Carta. Se

¹³ W. Beveridge, *La libertà solidale*, Scritti 1942-1945, Donzelli, Roma, 2010.

¹⁴ Caso Pringle v. Government of Ireland and Attorney General, Caso C-370/12, §§178-182.

così fosse tutto il sistema si sottrarrebbe a quel principio fondamentale della democrazia che è il due *process of law*. Ma così non può essere. Una lettura attenta del loro contenuto rende chiaro che entrambi i Trattati internazionali sono correlati al "diritto generale della Unione" (art. 2(2) del Fiscal Treaty). Non solo, ma che può anche ipotizzarsi che le istituzioni europee - come la Banca Centrale, il Consiglio e la Commissione - abbiano un ruolo importante nella dinamica dell'intera strategia economico-finanziaria messa in atto dalla UE. Se è vero che, come sostiene nella sua *dissenting opinion* nel caso Pringle l'Avvocato Generale, anche le Commissione "sia, anche quando agisce nel contesto del Meccanismo Europeo di Stabilità, una istituzione che *come tale* è vincolata in pieno al diritto della UE, inclusa la Carta dei diritti fondamentali"¹⁵.

La terza strada è quella del rafforzamento del ruolo dell'autonomia collettiva e dell'effettività dei diritti derivanti dal riconoscimento che il Trattato di Lisbona tributa al ruolo dei social partners europei. L'art. 152 del TFUE impone alla UE l'obbligo giuridico a contenuto multiplo di sostegno e promozione della autonomia collettiva che non si sovrappone ma va ben oltre quanto previsto in tutto il Titolo X TFUE.

Qui la scelta del legislatore è stata di segno forte. L'art. 152 è l'espressione 'funzionale' di quei "Principi democratici" di cui alla parte I, Titolo II, del TEU e va coordinato con le norme che nel Trattato si riportano al modello più ampio della democrazia partecipativa (artt. 10, 11, 13 TUE) e rispetto ai fini sociali ai quali è strumentale (artt. 3 TEU e 9 TFUE). Se così non si facesse, apparirebbe più paradossale che proprio i rappresentanti degli interessi colpiti dalla crisi e dai *diktat* dei tecnocrati di Bruxelles non siano stati coinvolti in quella strategia della 'discussione pubblica' che, secondo A. Sen, costituisce il nucleo essenziale della democrazia¹⁶.

La quarta via è estrarre dal sistema giuridico europeo la norma che consente al sindacato europeo la possibilità di essere attore in un procedimento di fronte alla Corte di Giustizia europea. E' una strada difficile ma non impossibile se si fornisce dell'art. 263 TFUE una interpretazione sistematica ed evolutiva per cui si dimostra che tra i possibili ricorrenti ("ogni persona naturale o giuridica" art. 263 (4)) il sindacato europeo è legittimato ad agire perché ha un "interesse individuale e diretto" nella vicenda. Si tratta di ammettere che il sindacato è titolare non solo del diritto di rappresentare i suoi affiliati, ma anche ha un 'proprio' interesse che è quello di agire, contrattare e conflaggere nel mercato europeo.

Insomma è una vera e propria chiamata degli intellettuali al capezzale del diritto del lavoro europeo e nazionale purchè essi siano forti della convinzione che, come diceva Marx, "I filosofi hanno soltanto diversamente interpretato il mondo: ora si tratta di trasformarlo".

¹⁵ Opinion of Advocate general Kokott, delivered on 26 October 2012 in Pringle case, § 176.

¹⁶ A. Sen, *La democrazia degli altri*, Mondadori, Milano, 2009, p. 10.

GRUPOS DE EMPRESAS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. DOS EJEMPLOS DE LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS DE EMPRESA POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: DE LO PATOLÓGICO A LO FISIOLÓGICO

Arántzazu Vicente Palacio
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaime I-Castellón

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de los grupos de empresas ha atraído la atención de insignes laboristas españoles desde hace ya varios lustros (vid. Bibliografía) y entre ellos, del profesor Ojeda quien recientemente ha abordado su análisis como una manifestación característica de la actual deconstrucción a la que se encuentra sometido el Derecho del Trabajo (Ojeda, 2010). También la jurisprudencia ha sido abundante en el estudio de las consecuencias laborales de la prestación de servicios por los trabajadores a empresas integradas en grupos de empresas, tratamiento jurisprudencial normalmente vinculado a una consideración patológica del fenómeno societario en su perspectiva laboral, en la búsqueda de la atribución de responsabilidad en sede laboral respecto de las obligaciones que el empresario/empleador pudiera ostentar frente al trabajador. De hecho, a la jurisprudencia

debemos la configuración del tipo -que no concepto- de “grupo de empresas” a efectos laborales que todavía manejamos, ausente durante largo tiempo de una definición o concepto legal que no procediera de otros ordenamientos jurídicos –art. 42 Código de Comercio- o que no se encontrara limitado a una parcela muy concreta del ordenamiento jurídico laboral -D.A. 4ª Ley 22/1992, de 30 de junio, respecto de bonificaciones y subvenciones y Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, con origen en la Directiva 94/45/CEE de 22 de septiembre de 1994-. Con todo, y pese a la limitada funcionalidad de esta última previsión, creo que a ella hay que atender para integrar el contenido de los distintos preceptos laborales que en los últimos tiempos se refieren con una u otra finalidad a los grupos de empresas.

Y es que, efectivamente, en los últimos tiempos se ha producido una evolución en la consideración laboral de los grupos de empresas en lo que se puede denominar el tránsito desde su consideración patológica a su relevancia fisiológica o lo que es lo mismo, que mientras en las primeras etapas la reacción jurisprudencial fue debida -partiendo de la irrelevancia de la titularidad económica del empresario o los vínculos jurídicos que pudiera mantener con otras empresas-, a situaciones de ocultamiento de personalidad con la finalidad, o cuanto menos, de burlar la aplicación de los mecanismos garantistas del Derecho Laboral, en la actualidad el propio ordenamiento laboral ha recibido al grupo de empresas en su seno en orden a atribuirle determinados efectos jurídicos, insertando con voluntad normalizadora una figura carente incluso de un concepto normativo claramente delimitado. A la primera manifestación, cronológicamente hablando, ya se ha hecho referencia: la Ley 10/1997, de 24 de abril que traspuso al ordenamiento español la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre. Pero la normalización de los grupos de empresas a efectos laborales no se agota con la señalada. En los últimos tiempos han proliferado las referencias en la normativa laboral a los grupos de empresa (entre otras, art. 12.7 ET; art. 15.5 ET; art. 44 ET; Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre; art. 51.10 ET en relación con la D.A.6ª Ley 27/2011, de 1 de agosto; con anterioridad, D. A. 4ª Ley 22/1992, de 30 de junio, durante mucho tiempo una de las escasas menciones expresas en la normativa laboral a los grupos de empresas hasta la promulgación de la Ley 10/1997, de 24 de abril), y entre ellas, en la materia que va a ser objeto de breve análisis en el presente trabajo: la relativa a la legitimación para negociar convenios colectivos en los grupos de empresas (art. 87.2 ET) cuyo origen se encuentra en la hasta ahora última gran reforma en materia de negociación colectiva, la llevada a cabo por la Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE de 11-6-2011) y la referida a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos empresariales y de grupos respecto de los convenios de ámbito supraempresarial (art. 84.2 ET), previsión que procede igualmente de la Ley 7/2011, de 10 de junio, si bien ha sido objeto de reforma posterior aunque no en este punto concreto.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS: LA RECEPCIÓN LEGAL DE LA DOC- TRINA JURISPRUDENCIAL

El art. 87 ET en su redacción operada por la reforma del art. 87 ET por la Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, distingue como sujetos legitimados para negociar convenios colectivos “para un grupo de empresas o (...) una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación”, en lo que respecta a la parte social, a los mismos sujetos previstos para negociar convenios sectoriales regulados en el art. 87.2 ET, es decir, los siguientes: a) los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; b) los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; y finalmente, c) los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio. Y por la parte empresarial, a “la representación de dichas empresas”.

Con independencia de la regulación legal concreta -que únicamente viene a recoger lo que venía sosteniendo la doctrina científica y la jurisprudencia en lo que se conoció como “criterio mixto” es decir, el tratamiento de estas situaciones por la parte social como convenio sectorial y como convenio empresarial por la parte patronal [SSTS de 30 de abril de 1996 (RJ 1996, 3623), 21 de junio de 1996 (RJ 1996, 5221), 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 5216), 28 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8510), respecto de grupos de empresas, STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 528), respecto de Administraciones Públicas, con voto particular en contra, continuada, entre otras, por las SSTS de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 1591) y de 6 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4396)]-, lo relevante a los efectos ahora examinados es que nos hallamos ante una nueva recepción por el ordenamiento jurídico del fenómeno de los grupos de empresas e incluso aparece un nuevo supuesto indeterminado nominativamente referido a “*la pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas*”.

Sin duda, con esta expresión se está haciendo referencia a otras uniones de empresas, no necesariamente accionariales a las que únicamente se exige que estén nominativamente identificadas, tales como uniones temporales de empresas o redes de franquiciados. Lo que parece claro es que deben estar unidas por algo más que por la dedicación a la misma actividad: por su ubicación física, participación conjunta en un mismo proceso productivo o desarrollo de procesos comunes de

gestión. De hecho, el propio Preámbulo de la Ley 7/2011, de 10 de junio se refiere a las empresas red surgidas en los procesos de descentralización productiva. Se trata, sin duda, de dar entrada a la nueva realidad empresarial en la que empresas amplias han ido “descentralizándose” mediante la creación de un sistema red de empresas, todas ellas vinculadas o interrelacionadas pero que mantienen su propia personalidad jurídica. En este caso, lo relevante desde la perspectiva de la negociación colectiva -que hay que recordar que en nuestro país los convenios colectivos tienen eficacia normativa y general, es decir, tienen el rango de norma jurídica aplicable a todos los trabajadores aunque no se encuentren afiliados a los sindicatos firmantes, si los convenios se han negociado conforme a las reglas del Título III ET y entre estas, las relativas a la “legitimación para negociar”- es que se facilita la concertación de convenios colectivos de eficacia general al dotar de “representatividad general”, y por tanto de “legitimación para negociar convenios colectivos”, a las organizaciones sindicales más representativas desde el banco laboral mientras que desde la perspectiva empresarial, se le otorga el tratamiento de un convenio de “empresa”.

Un somero repaso a los convenios colectivos de los grupos de empresas correspondientes a los años 2011-mayo 2013 (aproximadamente, 80 convenios) permite concluir que, sin embargo, aún no son muy numerosos los convenios colectivos de grupos de empresas negociados según las nuevas reglas que remiten a la legitimación para negociar convenios colectivos supraempresariales (20) habiendo sido concertados bien por las secciones sindicales (10), por el comité o comités de empresa o delegados de personal (9), por la sección sindical conjuntamente con el comité intercentros (1), por este último exclusivamente (2), por los distintos comités de empresa y delegados de personal (2), o incluso por trabajadores designados por y entre los miembros de los comités de empresa de las empresas integrantes del grupo (2), sin que tampoco falten convenios en los que no quedan claramente identificados los sujetos negociadores por la parte social, refiriéndose únicamente a los representantes de los trabajadores (14). Sin embargo, si merece señalarse que alguna empresa (EROSKI) que antes de la reforma legal negociaba el convenio colectivo por la parte social por el comité intercentros ya ha negociado el convenio vigente conforme a las nuevas reglas del art. 87.2 ET sin que tampoco faltaran grupos de empresa que con anterioridad a la misma (UTE Groundfoce) lo negociaban con los sindicatos siguiendo la línea jurisprudencial señalada.

3. PRIORIDAD APLICATIVA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EMPRESARIALES Y DE GRUPOS RESPECTO DE LOS CONVENIOS DE ÁMBITO SUPRAEMPRESARIAL

Como es sabido, la prohibición de concurrencia consiste en la imposibilidad de que un convenio colectivo estatutario, dotado como tal de eficacia normativa y

general, pueda ser afectado durante su vigencia por un convenio de ámbito distinto (art. 84 ET). La finalidad de la norma es consagrar un ámbito o círculo de seguridad del ámbito funcional del convenio de tal forma que, hasta el vencimiento del término pactado, esté excluida la posibilidad de negociar otro convenio colectivo para un ámbito funcional que ya se encuentre comprendido en el ámbito del convenio vigente.

Con todo, la regulación de las reglas sobre la concurrencia de los convenios colectivos ha sido objeto de una profunda reforma en los últimos años (Ley 7/2011, de 10 de junio; RDL 3/2012, de 10 de febrero; y Ley 3/2012, de 6 de julio), con la clara finalidad de flexibilizar las posibilidades de negociar convenios en los ámbitos inferiores (empresa) en los que el poder sindical tiene mucha menor implantación.

Con la actual regulación, pese a que inicialmente se mantiene la clásica prohibición de concurrencia de convenios, se prevé dos importantes excepciones: la primera, la posibilidad de que por Acuerdo Interconfederal o Acuerdo Marco (art. 83.2 ET) puedan establecerse otras reglas sobre este particular (art. 84.1 ET) si bien con alguna salvedad; y en segundo lugar y más importante a los efectos que ahora nos interesan, y fruto de las últimas reformas, se consagra una prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto de los convenios de ámbito superior respecto de determinadas materias, convenios de empresa que pueden negociarse en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior, admitiéndose así que un convenio pueda ser afectado, durante su vigencia, por un convenio de ámbito inferior, concretamente, que un convenio supraempresarial, negociado por quienes tienen la legitimación para negociar convenios colectivos de tal ámbito funcional -es decir, las organizaciones sindicales- pueda verse afectado por un convenio de ámbito inferior, en definitiva, que el convenio suprapresarial pueda ser, en determinadas materias, inaplicado a favor de otra regulación diferente prevista en convenios de empresa.

Y es en este punto donde se da nuevamente entrada por la norma laboral a los “grupos de empresas” al consagrar la prioridad aplicativa en dichas materias, junto al convenio de empresa, al convenio “para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1 ET” como antes hemos visto.

Estas materias en las que los citados convenios -por tanto los convenios de grupos de empresas- tienen prioridad aplicativa sobre los convenios de ámbito superior son las siguientes:

a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.

e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.

f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

La voluntad del legislador de favorecer la negociación a niveles inferiores afectando, incluso, a lo regulado en un convenio colectivo vigente es tan fuerte que la prioridad aplicativa que esta nueva regla consagra queda fuera de la posibilidad de intervención de los acuerdos y convenios colectivos previstos en el art. 83.2 ET es decir, los Acuerdos Interconfederales y Acuerdos Marco que en ningún caso van a poder restringir -aunque sí ampliar- la capacidad negociadora a nivel empresarial respecto de la posibilidad de pactar condiciones de trabajo diferentes a las derivadas -y vigentes- del convenio supraempresarial.

Aunque se trata de una medida que tiene por finalidad potenciar la negociación colectiva a nivel empresarial en detrimento de la negociación colectiva supraempresarial y, por consiguiente, se puede considerar que indirectamente afecta al poder de las organizaciones sindicales por cuanto son éstas las legitimadas para negociar convenios supraempresariales, se da la paradoja de que, en el caso de los grupos de empresa, como hemos visto, la nueva regla prevista en el art. 87.2 ET sindicaliza la legitimación para negociar estos convenios y, por tanto, se produce el efecto contrario: un reforzamiento del poder sindical.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPS RUIZ, L.M., *Problemática jurídico laboral de los grupos de empresas*, Madrid (MTSS), 1995.

GARCÍA MURCIA, J., “Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresa”, *Tribuna Social* nº 98, 1999.

GIL PLANA, J., “Concurrencia de convenios y grupo de empresas”, *AS*, Tomo II, 2001.

MARÍN ALONSO, I. e IGARTUA MIRÓ, M.T., “Reflexiones en torno a la negociación colectiva en los grupos de empresa: legitimación y concurrencia de convenios”, *RL*, Tomo I, 2001.

- MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Análisis jurídico laboral de los grupos de empresas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 62, 1993.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El Derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, Madrid (Ibidem), 1997.
- MOLINA NAVARRETE, C., y MONEREO PÉREZ, J.L., *El modelo de regulación jurídica laboral de los grupos de empresas*, Granada (Comares), 2002;
- MONEREO PÉREZ, J.L., *Teoría jurídica de los grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Granada (Comares), 1997.
- OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2010.
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El desvelo de los grupos de empresas”, *Aranzadi Social* V, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTÍNEZ, M., “El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 48, 2004.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Los grupos de empresa ante la jurisdicción social española*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- VV.AA., *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid (Trotta), 1994.
- VV.AA., “Aspectos laborales de los grupos de empresas” Cuadernos del Consejo General Judicial, Madrid, 1994.
- VV.AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de empleo*, Madrid, 2000.

LA DUALIZACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Humberto Villasmil Prieto
Especialista Principal en Derecho del Trabajo. Unidad de Derecho
Laboral y Reforma. Departamento de Gobernanza y Tripartismo de
la OIT, Ginebra, Suiza*
Ex profesor en Derecho del Trabajo de la Universidad Católica
Andrés Bello (UCAB) de Caracas, Venezuela

PROEMIO: Me honra el ser partícipe de un homenaje a un gran jurista y a un maestro, participación esta que me hace sentir apoderado de muchos otros que hubieran querido hacerlo. Hablo de los discípulos visibles del Profesor Ojeda Avilés y, de los más numerosos, de los invisibles, de aquellos que nunca creyó tener y que le aseguro tiene, en mi generación y en otras tantas, de este y de aquel lado de este mismo Mar que para nosotros los caribeños llega hasta las costas de Andalucía. Ese es el sino virtuoso de los grandes maestros, me lo ha parecido siempre; descubrir con el tiempo que su obra y su pensamiento llegó hasta donde acaso nunca pudo imaginarlo. De ello doy fe de vida vivida, pues yo le conocí hace muchos años siendo yo un joven profesor de Derecho Laboral de la

* Las opiniones expresadas en la presente publicación incumben solamente al autor y no reflejan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo.

Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela, que un día se leyó su libro de Derecho Sindical íntegra y detenidamente, apuntando notas y referencias al margen, como queriendo convencerme de que por un acto de transmutación intelectual un cúmulo de conocimientos desbordantes e inabarcables para mí me llegarían al final. Con el tiempo pude conocerle personalmente y hacer presencial un afecto, una admiración y una gratitud que estas líneas simbolizan de un modo tan modesto como sentido.

1. EL ESTADO DEL ARTE: UNA MIRADA CONTEXTUAL E INTRODUCTORIA SOBRE LAS RELACIONES LABORALES EN LA AMÉRICA LATINA

1. La América Latina cuenta con una antigua tradición de legislación laboral que tuvo en el proceso de codificación iniciado a comienzos de los años treinta uno de sus momentos estelares. Fue éste un proceso sostenido y de onda larga -en el cual, por cierto, la OIT jugó un papel protagónico- que culminó en los años sesenta del siglo pasado marcando un ciclo perfectamente secuencial que duró unos cuarenta años: Chile y México, en 1931; Venezuela, 1936; Ecuador 1938; Bolivia 1939; Brasil y Costa Rica, 1943; Nicaragua 1945; Guatemala y Panamá, 1947; Colombia, 1948 (Código Procesal del Trabajo) y 1950 (Código Sustantivo del Trabajo); la República Dominicana, 1951; Honduras 1959; Paraguay y Haití, 1961, y, por fin, El Salvador, en 1963. A la fecha de hoy, sólo Uruguay, Perú y Argentina no adoptaron códigos o leyes generales del trabajo, dato del todo curioso pues fueron estos países de los primeros que se asomaron al proceso de codificación y que avanzaron, a modo de proyectos, los primeros textos en este sentido. Lo dicho no quiere decir que no tengan, cada uno de ellos, una amplia legislación del trabajo y tampoco esto desconoce que algunos textos, como la Ley del Contrato de Trabajo de la República Argentina (1976), resultase materialmente un código, al menos en lo que hace a la regulación de las relaciones individuales.

2. De otra parte, la región, como es sabido, muestra un índice de ratificaciones de convenios de la OIT, tradicional y comparativamente, muy alto. Con todo, y ya es un tópico afirmarlo, el déficit en la América Latina más que de legislación es de aplicación: las razones de ello irían desde una ancestral debilidad institucional, incluyendo la de la Administración del Trabajo y la de la misma Justicia Laboral, adicionalmente, hasta un debilitamiento del ámbito efectivo de ejercicio de las libertades sindicales y de la negociación colectiva, muy particularmente, todo lo cual arroja una reducción del ámbito del trabajo efectivamente protegido, esto es, del que se presta bajo el amparo de la legislación.

3. Ello suscita de ordinario posturas contrastadas que parten de afirmar, de una parte, la inadecuación del esquema legislativo tradicional. Esta visión razona que la legislación laboral latinoamericana se diseñó -y se levantó- pensando y teniendo

a la vista un modelo *fordista* de producción y de ordenación del trabajo que dista sideralmente del contexto actual que, por el contrario, evidencia un crecimiento inusitado del sector de los servicios.

4. Al mismo tiempo, las nuevas formas de ordenación del trabajo están fomentando “una dualización del mercado de trabajo alentado por la descentralización productiva” (Valdés Dal Ré, 2001, 60) que coloca, de un lado, al trabajo efectivamente protegido y, del otro, al que no lo está, fenómeno este que preocupa a los poderes públicos pero, también y naturalmente, a los constituyentes de la OIT. De una parte, crece el sector terciario de la economía o de los servicios; del otro, el impacto tecnológico desplaza y transforma progresivamente una forma de ordenación del trabajo, otrora generalmente binaria (empleador-trabajador) que se suscitaba en el ámbito de la empresa industrial. Ésta, como escenario de la relación de trabajo y de los poderes del empleador, por ende, fue a su vez el espacio que posibilitó la reunión de trabajadores y, con ello, el *factum* y el derecho de coalición, fundamento último de la libertad sindical en todas sus manifestaciones.

5. El Panorama Laboral 2012 América Latina y el Caribe de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe entiende el fenómeno de esta manera: “Un gran desafío consiste en que, a pesar del importante ciclo de crecimiento de la región durante los años 2000, al finalizar este período se mantienen brechas estructurales difíciles de superar. Por ejemplo, la proporción de trabajadores por cuenta propia y trabajadores auxiliares en el empleo urbano total se redujo sólo en 2.6 puntos porcentuales en 11 años. A inicios de esta década cerca de uno de cada cuatro ocupados en América Latina se desempeña en esta categoría, que se identifica como la que reúne a los trabajadores más vulnerables por su déficit de productividad, bajos ingresos y amplia desprotección social” (OIT, 2012, 14).

6. El Derecho Laboral Latinoamericano se ha visto en dificultades para regular el desafío de la informalidad, entre otras razones, porque se trata de un lindero -el concepto de informalidad- no demasiado preciso, jurídicamente hablando, donde conviven trabajadores autónomos, reales o encubiertos, con trabajadores subordinados. Ciertamente, y acaso centrado en proteger a un segmento de trabajadores ya protegidos desde antiguo, el Derecho Laboral Latinoamericano ha descuidado la protección de los que no lo están, muchos de ellos ubicados en el borde de la economía informal.

2. LA DUALIZACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO Y SUS EFECTOS: LA REDUCCIÓN DEL ÁMBITO DEL TRABAJO PROTEGIDO

7. A partir de los llamados en su día contratos laborales atípicos (Córdova Cordobés, 1985), pasando por los contratos precarios, se nos ha estado revelando que el paradigma contractual de tiempo fijo, de jornada completa y estable en su

permanencia y remuneración sobre el cual se había diseñado el clásico Derecho Laboral Latinoamericano, comenzaba a dar paso a formas más bien plurales de contratación. La unicidad contractual parece cosa del pasado.

8. En efecto, con todo y que algunas de esas modalidades contractuales relajasen los estándares tradicionales de protección para admitir, *vgr*, regímenes salariales sobre la base de productividad, jornadas flexibles o parciales, la reordenación del tiempo de trabajo o la terminación predeterminada de la relación de trabajo, se trata, en principio, de regulaciones que surgieron de reformas a la legislación laboral. Esto explica que algunas de ellas muy recientes se hayan centrado precisamente en estos tópicos, por todas, la Ley Federal del Trabajo de México de 2012 que se ocupó, precisamente y de modo primordial, de la regulación del llamado *outsourcing*.

9. Pero distinto es el segmento del mercado de trabajo que conforman quienes prestan servicios por cuenta ajena y lo hacen, no obstante, al margen de la normativa laboral, bien por prácticas de fraude, de simulación –no pocas veces “pactadas” a fin de acceder a un puesto de trabajo- o, por fin, por el arraigo de lo que la más reputada doctrina latinoamericana denominó en su día *la flexibilidad de desaplicación*.

10. En este escenario, el crecimiento de la economía informal está gravitando de un modo determinante: de una parte, porque en ella se incluye un segmento de trabajo autónomo llamado a ser protegido y que muy frecuentemente no lo está; de la otra, porque de ordinario se ubicarían en ese ámbito trabajos falsamente autónomos, de la mano de relaciones laborales encubiertas o ambiguas -en los términos de la Recomendación 198 de la OIT de 2006-, trabajos y trabajadores que en realidad muchas veces están vinculados al sector formal, aunque no se reconozca. Con frecuencia, valga como ejemplo, las cadenas de comercialización del sector formal o estructurado trasladan la tarea de compra/venta al detal a la economía informal, con lo que se verifica la externalización de las llamadas *actividades misionales* de la empresa, para decirlo en los términos de la Ley N° 1429, de Colombia, del 29-12-2010.

11. La empresa y *el modelo de producción escueta* (Rivero Lamas, 2000, 22) reinará muy probablemente, donde otrora lo hacían grandes establecimientos industriales al extremo de justificar el poder imaginar empresas sin trabajadores, o empresas apenas de gerentes, si llegara a externalizarse toda su actividad. El tema no tiene nada de novedoso, pero sí lo es una intensidad del fenómeno hasta ahora desconocida.

12. Esta descentralización opera en un sentido *vertical*, la tercerización en cascada (o subcontratación en serie) ocurriendo que, en veces, la empresa termina externalizando incluso lo que es el corazón o el núcleo de su objeto o de su giro, esto es, sus competencias nucleares; y, en un sentido *horizontal*, cuando se diver-

sifican lo que fueron antes empresas unitarias que ahora se expanden y difuminan en grupos de empresas, lo propio del *modelo reticular* de la acción económica que prevalece hoy (Supiot, 2007, 25), lo que muchas veces propicia la transferencia y/o rotación de trabajadores entre las empresas del grupo, desagregando lo que en el pasado fueron procesos integrados o unitarios de producción de bienes y de servicios. Hoy día, “en lugar de inscribirse en organizaciones colectivas estables y altamente jerarquizadas, el trabajo responde cada vez más a procedimientos de sometimiento a redes de contornos inciertos” (Supiot, 2008, 75).

3. EL IMPACTO SOBRE LOS PRESUPUESTOS DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA DES-IDENTIDAD INDIVIDUAL Y COLECTIVA

13. El impacto de lo anterior sobre los presupuestos del ejercicio de la libertad sindical resultan obvios: el extrañamiento del ámbito de aplicación de la Legislación del Trabajo está suscitando un fenómeno de *des-identidad* que se mueve en dos sentidos. Inicialmente *individual*, cuando el trabajador no identifica a su empleador (lo que es más factible en el caso de las descentralizaciones en cascada o subcontrataciones en serie) y donde el primero entiende, acaso, no tener trabajadores, con lo que no se reconoce como tal empleador; a su lado, la *des-identidad colectiva* que, al no permitir identificar a los otros en la misma condición, hace improbable el ejercicio del derecho de coalición y de la libertad sindical, por ende.

14. En este escenario, muy frecuentemente el sindicato no puede representar a los trabajadores porque cada uno de ellos no tiene, necesariamente, el mismo empleador. Un *efecto dualizador* del mercado de trabajo y de su regulación surge así como una de las consecuencias más nítidas de lo que se apunta. El impacto es previsible para la implantación de sindicatos al difuminar una condición necesaria para ello y para el ejercicio de la libertad sindical como resulta no sólo la reunión de trabajadores sino, más aun, el reconocimiento de un colectivo en su condición de tal, esto es, el presupuesto del derecho de coalición y de la noción de categoría en su más paradigmático sentido.

15. El Director General de la OIT en su Memoria a la Conferencia Internacional del Trabajo (Ryder, 2013, 20) se pronunció sobre el asunto en estos términos: “De igual manera, el no reconocimiento del derecho de las organizaciones representativas a participar en la negociación colectiva socava la función representativa de dichas organizaciones, independientemente del carácter voluntarista del ejercicio. En este sentido, la idea de que los acuerdos contractuales individuales puedan ser una alternativa equivalente a la negociación colectiva entre organizaciones representativas es difícilmente conciliable con la «ventaja única» de la OIT que representa el tripartismo y el diálogo social, como se señala en la Declaración de 2008”.

16. Todo lo dicho signa, igualmente, una suerte de *deslaboralización* de la prestación de servicios por cuenta ajena que acarreará necesariamente, entre otras consecuencias no menos inconvenientes, la descolectivización del modelo de relaciones de trabajo -en obvio perjuicio del derecho humano fundamental de la libertad sindical- al difuminar la base social que presupone la implantación de organizaciones sindicales.

17. En una perspectiva general, la tendencia a la descentralización del empleo -incluida la descentralización productiva- en el marco de las nuevas formas de ordenación del trabajo está significando un desafío crucial para la legislación laboral en la región, pero sobre todo para la institucionalidad llamada a garantizar su aplicación (la Administración del Trabajo y la Justicia Laboral) y ni que decir tiene para el ejercicio de los derechos de libertad sindical incluyendo la negociación colectiva.

18. La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2008, dispuso (I.A. iv): “respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta: que la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son particularmente importantes para permitir el logro de esos cuatro objetivos estratégicos” (OIT, 2008, 11).

4. LA RELACIÓN DE TRABAJO COMO “ACTO CONDICIÓN”

19. Lo cierto es que las empresas reclaman flexibilidad para poder actuar frente a mercados altamente competitivos y tecnificados; los sindicatos protestan de suyo el debilitamiento de su incidencia en amplios sectores de actividad; y la Administración del Trabajo, por fin, reconoce con frecuencia no poder supervisar adecuadamente el trabajo y garantizar su protección. Acaso aquí se ubica el nudo de tres visiones y preocupaciones, tan legítimas como de signo distinto, que con todo pueden y deben ser conciliadas.

20. El Pacto Mundial para el Empleo adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2009 incluyó la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo dentro de los instrumentos prioritarios para la gobernanza (14.2): “Además de los convenios fundamentales, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito. Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la Seguridad Social, *la relación de trabajo*, la terminación de la relación de trabajo, la administración y la inspección del trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el

marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo (SST), las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social” (OIT, 2009, 9). No debe sorprender que entre los instrumentos prioritarios para la gobernanza la OIT incluya, al lado de varios Convenios, una única recomendación: la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo de 2006 (OIT, 2006).

21. Y ello es lógico, puesto que la relación de trabajo es, al final, un *acto condicional* (Supiot, 1996, 111) que incorpora al que presta un servicio por cuenta ajena a un estatuto protector o garantista que soporta todo el tramado de derechos y de instituciones que ordenan el trabajo y su entorno.

22. La más clásica doctrina iuslaboralista latinoamericana lo entendió así: “El contrato individual de trabajo continúa siendo la institución fundamental de la rama jurídica que nos ocupa, por la razón evidente de que es el que determina la aplicación del Derecho del Trabajo; por eso es que las categorías patrono y obrero solo pueden entenderse en función de él” (De la Cueva, 1938, 341).

23. Aún más, la distinción entre contrato y relación de trabajo resulta de la más ancestral tradición en el Derecho Laboral Latinoamericano: ciertamente, la diferenciación que la doctrina clásica hizo entre la manifestación de voluntad y la efectiva prestación de servicios (la relación de trabajo) es del todo relevante pues, en realidad, “la prestación de servicios es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del Derecho del Trabajo” (De la Cueva, 1938, 52). Por eso mismo, y conforme con el número I.4.f) de la Rec. 198, la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a “asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo”, al tiempo que, “en el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas”, lo que evidencia que el sentido y finalidad de la Recomendación es, particularmente, disciplinar la influencia de ciertas modalidades de relaciones de trabajo ambiguas y, por ende, del trabajo no protegido.

BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOVA CORDOBÉS, E.: “Del empleo total al trabajo atípico ¿Hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?”. *RIT*, vol. 105/4 (1986) p.p. 431- 449.
- DE LA CUEVA, M. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. Librería de Porrúa Hermanos y Cía. México, 1938.
- OIT. R198 - *Recomendación sobre la relación de trabajo*, 2006 (núm. 198).
- OIT. Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008

- OIT. *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión*, Ginebra, 19 de junio de 2009. Cursivas nuestras.
- OIT. *Panorama Laboral 2012*. Lima: OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2012.
- RIVERO LAMAS, J.: “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional Español de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.
- SUPIOT, A.. “*Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*”, Siglo XXI, Buenos Aires 2007.
- SUPIOT, A, *Derecho del Trabajo*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 2008.
- SUPIOT, A. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Edición del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Madrid 1996.
- VALDÉS DAL-RE, F.; “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo” *Relaciones Laborales*, nº 20, año XVII, Madrid, 2001.
- RYDER, G: Memoria del Director General. Informe 1 (A). *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito*. Conferencia Internacional del Trabajo, 102.^a reunión, 2013. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

**PERFILES JURISPRUDENCIALES DEL DEBER
DE NEGOCIAR DE BUENA FE DURANTE EL PE-
RÍODO DE CONSULTAS DEL DESPIDO COLECTI-
VO Y SU INCIDENCIA EN LA CALIFICACIÓN DEL
MISMO:
¿UN DIVORCIO ENTRE LA NORMA Y SU APLI-
CACIÓN JUDICIAL?**

Carmen Solís Prieto
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura
Discípula de Antonio Ojeda Avilés

**1. DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE DURANTE EL PERÍODO DE
CONSULTAS DEL DESPIDO COLECTIVO: EL NUEVO PROTAGONIS-
MO DE LA INSTITUCIÓN NEGOCIAL.**

Por imperativo del artículo 2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados

miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE L 225, 12 de agosto de 1998), se introduce un período de consultas con los representantes de los trabajadores como parte del procedimiento de despido colectivo, Así, el apartado 1 de dicho artículo señala que “cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo”. De esta forma, en el diseño procedimental determinado por la mencionada Directiva el período de consultas se revelaba como el centro de gravedad de la gestión de esta modalidad extintiva (de la Torre Vallecillo, 2013, 37).

Descendiendo al plano nacional (artículo 51.2 ET), si bien es cierto que el período de consultas constituía una de las fases del procedimiento de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, resulta innegable que la supresión en 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), excepto para los casos de fuerza mayor, de la preceptiva autorización administrativa para proceder al mismo ha hecho que tome un nuevo protagonismo la institución del período de consultas, eclipsada por la actuación administrativa. De esta forma, en consonancia con las directrices comunitarias, el período de consultas ha pasado a convertirse en “el centro de gravedad del despido colectivo” [SAN de 25 de julio de 2012 (AS 2012\1674)], en “la verdadera esencia del procedimiento” [STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de abril de 2013 (AS 2013\2779), la vía a través de la cual proceder a examinar la concurrencia de las causas alegadas para dichas extinciones contractuales y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y atenuar sus consecuencias [STS de 30 de junio de 2011 (RJ 2011\6097) y SAN de 28 de mayo de 2012 (AS 2012\1050)].

Pero, para que el período de consultas cumpla con la finalidad actualmente encomendada y los representantes de los trabajadores puedan encarar dicho proceso satisfactoriamente, han de disponer necesariamente de una información suficiente [STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013\2883)], ya que ésta será la vía para poder realizar propuestas constructivas en su seno y posibilitar un acuerdo entre los interlocutores (STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (AS 2013\60). De esta forma, como ya pusiera de manifiesto la jurisprudencia comunitaria, lo que se reclama no es el simple deber de consultar, no es la mera apertura del período de consultas con la entrega de la preceptiva documentación, sino una genuina negociación colectiva [SSTJUE de 27 de enero de 2005 (asunto C-188/03, Junk) y de 16 de julio de 2009 (asunto C-12/08, Mono Car Styling SA contra Dervis Odemis y otros)]. De la misma manera, los pronunciamientos judiciales internos califican el período de consulta como un verdadero proceso de negociación encaminado a alcanzar un acuerdo [SAN de 21 de noviembre de 2012 (AS 2012\2409)], llegando la SAN de 22 de julio de 2011 (AS 2011\2519) a entender que se trata de una

“auténtica negociación, que no se cubre por el simple cumplimiento de trámites formales en los que no exista ni intención ni búsqueda de las vías de acuerdo y consenso, siendo exigible dotar de contenido material a dicha negociación, porque la inteligencia del precepto no se colma mediante un mero formalismo, debiendo entenderse que el período de consultas no puede reducirse a un simple dar y/o pedir un parecer, sino que se concibe por la Ley como un medio para alcanzar un acuerdo”. Así, el período de consultas constituye una manifestación específica de la negociación colectiva.

Sin embargo, como ha puesto claramente de manifiesto el Tribunal Supremo [STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010\2837)], ese deber de negociar de buena fe impuesto a las partes en el seno del procedimiento de despido colectivo no debe confundirse con la obligación de alcanzar un acuerdo ni con mantener *sine die* una negociación infructuosa.

Ahora bien, pese a que no se obligue a alcanzar un acuerdo, tanto el artículo 51.1 ET como el artículo 7.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, sí que imponen que se negocie de buena fe en el seno del período de consultas, sin añadir nada más, produciéndose una manifiesta indefinición legal al respecto. Así, ha resultado especialmente controvertida en el seno de la jurisprudencia la determinación de qué ha de entenderse por negociación de buena fe durante el desarrollo del período de consultas necesario para proceder a la extinción colectiva de los contratos de trabajo y a quién le resulta exigible, pudiendo encontrar toda una serie de pronunciamientos que tratan de dar contenido a ese concepto jurídico indeterminado en tanto la buena fe “constituye uno de los conceptos más difíciles de aprehender” (García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2012, 7).

Comenzando por la segunda de las cuestiones puestas de manifiesto en el párrafo anterior, la obligación de negociar de buena fe se impone por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores [STJUE de 16 de julio de 2009 (asunto C-12/08, Mono Car Styling SA contra Dervis Odemis y otros)], es decir, se trataría de una obligación mutua o recíproca según determina la STSJ de la Comunidad de Madrid de 9 de abril de 2013 (AS 2013\278), llegándose a admitir que, si hubiera mala fe de ambas partes negociadoras, la misma quedaría compensada [SAN de 13 de mayo de 2013 (JUR 2013\160850)].

En el apartado siguiente serán analizados, sin ánimo exhaustivo dado el elevado número de pronunciamientos judiciales recaídos al respecto y la diversidad de los supuestos enjuiciados, algunos casos para poner de manifiesto qué conductas son acordes al principio de buena fe que ha de regir las negociaciones en el seno del período de consultas y cuáles, por el contrario, se oponen al mismo manifiestamente.

2. EXISTENCIA VS. INEXISTENCIA DE BUENA FE EN LAS NEGOCIACIONES: BREVE RESEÑA DE PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES AL RESPECTO.

Para que se entienda cumplida la exigencia de la negociación de buena fe se obliga a las partes “a formular ofertas y peticiones serias y viables, capaces de converger en un acuerdo, y a abstenerse de actuaciones dirigidas a coaccionar o violentar la libre voluntad negociadora de la otra parte” (Montoya Melgar, 2001 73). Así, resultará necesaria la existencia de una auténtica voluntad negociadora por ambas partes, *animus negociandi*, independientemente de que se alcance un acuerdo o no, pudiéndose deducir la misma de elementos dispares como el cruce de propuestas y contrapropuestas [SAN de 15 de octubre de 2012 (AS 2013\2)], la motivación del rechazo de las propuestas de la contraparte [STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (AS 2013\60) y SAN de 12 de abril de 2013 (AS 2013\1132)] o las sucesivas mejoras de la propuesta presentada inicialmente [STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 2013 (AS 2013\1656)]. No bastará, por tanto, “con una actuación de las partes tendente a la simple observancia formal del trámite”, sino que se precisará “la adopción de una conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido [STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (AS 2013\60)]. Así, a título de ejemplo y teniendo en consideración que la apreciación de la concurrencia de buena fe habrá de hacerse de manera casuística (Arias Domínguez, 2014, 164), se pondrán de manifiesto algunos de los parámetros utilizados por la jurisprudencia para determinar cuándo dicha exigencia ha de entenderse cumplida o no.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de noviembre de 2012 (AS 2013\55) se decanta por la existencia de buena fe en el caso enjuiciado en tanto “no se vislumbra una postura firme, inalterable o ausente de toda posibilidad de flexibilidad por parte de la empresa sino que, por el contrario, aquélla llevó a cabo las negociaciones con ánimo de alcanzar un acuerdo lo más favorable posible para ambas partes”.

Por su parte, la SAN de 11 de marzo de 2013 (AS 2013\1138) entiende que se observó la obligación de negociar de buena fe porque la empresa aportó toda la documentación exigida legal y reglamentariamente, incluso alguna respecto a la que no estaba obligada, permitiendo así a la representación de los trabajadores “elaborar, con conocimiento de causa, las propuestas, que estimó oportunas, para alcanzar los objetivos del período de consultas” y realizar contrapropuestas, que fueron contestadas puntualmente por la empresa, llegándose incluso a un acuerdo que supuso una sustancial reducción del número de afectados por el despido y un tratamiento de los mismos bastante favorable en relación con la cuantía de las

indemnizaciones y las medidas de recuperación del trabajo en caso de superación por parte de la empresa de la crisis de carácter productivo. El parámetro de la reducción del número de trabajadores afectados como indicio para entender que se da cumplimiento al deber de negociación de buena fe puede suponer una arma de doble filo en tanto las empresas podrían sobredimensionar el número de afectados e ir reduciéndolo a medida que avanza el período de consultas para dar la falsa apariencia de estar negociando de buena fe a través del falseamiento de los datos reales (Taléns Visconti, 2014, 157).

En el caso enjuiciado por la STSJ de Aragón de 14 de enero de 2013 (AS 2013\269), no puede concluirse que la empresa nunca hubiera tenido intención de llevar a buen fin el período de consultas ni que el mismo haya estado vacío de contenido siendo convocado exclusivamente para cumplir formalmente el trámite puesto que en dicho caso se sucedieron tres reuniones, la empresa facilitó la documentación y ninguna de las partes realizó contrapropuesta alguna.

A modo de cierre de este primer bloque y desde la base de que la condición pública del empleador y de que su sumisión a la normativa presupuestaria no suponen una circunstancia eximente del deber de negociar de buena fe [STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012 (AS 2012\1887)], la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012 (AS 2013\4), sostiene que la corporación local negoció con buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, pese a que el mismo se presentase difícilmente alcanzable ante la negativa de los representantes legales de los trabajadores a dar su conformidad a despido alguno, mostrándose en todo momento abierta y receptiva a la formulación de propuestas por parte de los representantes que llevasen consigo una reducción en el presupuesto.

Por contra, en relación con el incumplimiento del deber de negociar de buena fe, se ha venido considerando como tal la asistencia a la negociación con una única oferta definitiva e irrevocable a falta de cuya aceptación se da por cerrado el proceso negociador (STC 107/2000, de 5 de mayo), la falta de entrega de la documentación exigible en el período de consultas [STSJ de Aragón de 14 de enero de 2013 (AS 2013\269)], la imposición por parte de un sindicato de la retirada de un acuerdo logrado en período de consultas por ser contrario a las resoluciones internas de dicha organización [SAN de 16 de abril de 2013 (JUR 2013\125598)], la alegación sólo al final del período de consultas de la legitimación de las secciones sindicales como sujetos negociadores [SAN de 26 de abril de 2013 (AS 2013\1735)] y la notificación a los trabajadores de su despido antes de la finalización del período de consultas, lo que desvelaría que las propuestas de los representantes de los trabajadores no fueron realmente ni siquiera escuchadas pues la posición de la empresa se limitaba a dar negativas respecto a un cambio de postura (SAN de 15 de octubre de 2012 (AS 2013\2), entre otras.

3. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE: ¿UN DIVORCIO ENTRE LA NORMA Y SU APLICACIÓN JUDICIAL?

Como ya se señaló *supra*, desapareciendo la autorización administrativa para proceder al despido colectivo, sin perjuicio de que la autoridad laboral seguirá teniendo competencias nada desdeñables por lo que hace al seguimiento del desarrollo del período de consultas, el control de dicha medida extintiva ha de ser necesariamente posterior y de carácter judicial, siendo una de las cuestiones más controvertidas en esta sede, junto con el necesario análisis de la concurrencia de la causa alegada por la empresa para proceder al despido colectivo, el control del cumplimiento de los requisitos de forma necesarios para ello. A consecuencia de ello, se ha hecho necesaria la reforma por parte del Real Decreto-Ley 3/2012 y, posteriormente, de la Ley 3/2012 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LJS), concretamente su artículo 124, artículo cuyo apartado 11 a su vez se ha visto posteriormente modificado por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, y por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Tras la última de las variaciones sufridas, el artículo 124.11 LJS señala que “la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas”, dando a entender, a primera vista, que se trata de una enumeración de carácter cerrado.

A raíz de esta nueva previsión que ha procedido a incluir el adverbio “únicamente” en el texto legal, ¿cabría excluir de la calificación de nulidad, al contrario de lo que se ha venido haciendo hasta ahora por los órganos jurisdiccionales [entre otras, SSTSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (AS 2013\60), de las Islas Canarias (Las Palmas) de 19 de diciembre de 2012 (AS 2013\2267) y de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2013 (AS 2013\1682)], los casos en los que las empresas manifiestan su falta de voluntad negociadora vulnerando a través de esa actitud el deber de negociar de buena fe en el seno del período de consultas? La doctrina se divide entre quienes entienden que dichos supuestos quedan manifiestamente excluidos de la calificación de nulidad, debiendo reconducirse su declaración a la categoría de no ajustados a Derecho (Blasco Pellicer, 2013, 46-47), hasta quienes proclaman que se trata de un estéril nominalismo legislativo puesto

que la nulidad también se proclamaría si el procedimiento no se llevase a cabo de buena fe (Molina Navarrete, 2013, 123), pasando por autores que señalan que sería excesivo y desproporcionado excluir de la calificación de nulidad aquellos casos de despidos producidos tras negociaciones de mala fe o con mala fe (Arias Domínguez, 2014, 232) o que algunos de estos supuestos podrían reconducirse a través de la falta de entrega de documentación, ya que la misma afecta sobremedida al principio de plenitud informativa y a las negociaciones de buena fe (Ramos Moragues, 2014, 2).

Teniendo en cuenta que, según la Disposición Transitoria 3ª. de la Ley 1/2014, la reforma que afecta al artículo 124.11 LJS será de aplicación respecto de los procesos por despidos colectivos iniciados a partir del 4 de agosto de 2013, aún resulta pronto para definir cuál ha sido el sentido de la reforma desde un punto de vista práctico, para constatar si se ha producido un divorcio entre la previsión legal y su aplicación judicial. Sin embargo, se augura la esperanza de que la órganos judiciales hagan uso del concepto jurídico indeterminado que la exigencia de la buena fe supone en este campo al efecto de llevar a cabo una labor de corrección del Derecho en aras de la búsqueda de justos equilibrios de intereses (García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2012, 8).

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Tres años de reforma del despido colectivo: ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Dykinson, Madrid, 2014.
- BLASCO PELLICER, Á.: “Reformas en materia laboral”, en BLASCO PELLICER, Á.; LÓPEZ BALAGUER, M.; ALEGRE NUENO, M.; RAMOS MORAGUES, F. Y TALÉNS VISCONTI, E.: *Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DE LA TORRE VALLECILLO, C.: “Toda *moneda legal* tiene dos caras: relecturas de la reforma laboral a la luz del Derecho Social Comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 367 (2013).
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R.: “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites de la inamovilidad de las posiciones empresariales durante el período de consultas”, *Justicia Laboral*, núm. 52 (2012).
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Nuevos capítulos de una reforma laboral sin líneas rojas: qué hay de nuevo en el RDL 11/2013”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núms. 365-366 (2013).
- MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.

RAMOS MORAGUES, F.: “El deber de negociar de buena fe durante las consultas en el despido colectivo”, *El Derecho: Revista de Jurisprudencia*, núm. 1 (2014).

TALÉNS VISCONTI, E. E.: “Las consultas en los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 370 (2014).

CONSTITUCIÓN, ESTRUCTURA Y AUTONOMÍA SINDICAL EN AMÉRICA LATINA: EL REINO ESPURIO DE LA LEY

Alfredo Villavicencio Ríos
Profesor Principal
Pontificia Universidad Católica del Perú
Discípulo de Antonio Ojeda Avilés

INTRODUCCIÓN

Si tuviera que resumir en una frase estos temas diría que este es el reino de la autodeterminación, entendido como una esfera autárquica, no interferida, a partir del cual un colectivo laboral da origen a un sujeto colectivo destinado a defender sus intereses y lo configura en un entorno de máxima libertad, con explícita prohibición al Estado de cualquier intervención dirigida a limitar el derecho o entorpecer su ejercicio. Estamos, pues, en los aspectos subjetivo, estructural y colectivo.

1. TITULARIDAD UNIVERSAL BAJO MÍNIMOS

La titularidad de este derecho resulta la más amplia posible en la medida en que el artículo 2 del Convenio 87 lo reconoce a los trabajadores «sin ninguna distinción», lo que significa que se reconoce el derecho a todos los trabajadores, con la sola excepción planteada por el artículo 9, que permite que los Estados determinen el nivel de aplicación del convenio a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. En América Latina la cuestión no es así, puesto que hay regulaciones nacionales que excluyen a magistrados, fiscales, defensores públicos, personal de dirección o de confianza, aprendices, migrantes, trabajadores del sector informal y autónomos. El tema más delicado se presenta cuando son las normas constitucionales las que amplían el rango de las exclusiones, como sucede en Venezuela, Honduras o Perú, pero allí tenemos argumentos de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional que conducen a entender la primacía del Convenio 87, de un lado, el juego combinado de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, que disponen, como no podría ser de otra manera, el cumplimiento de buena fe de los tratados que ratifican, sin poder recurrir a normas internas para justificar su inobservancia, y, de otro lado, porque las reglas de interpretación de los derechos (comenzando por el principio *pro persona*) conducen a darles la máxima amplitud y la mínima restricción, y con lo que cae por su propio peso un principio muy laboral, que es el de preferir la norma más favorable. Finalmente, también hay constituciones como las de Colombia o Perú que tienen la cláusula de interpretación del alcance de los derechos de conformidad con los tratados, tomada de la Constitución Española, que ha sido utilizada por la Corte Constitucional colombiana justamente para eliminar restricciones constitucionales que afectaban al tratamiento internacional de un derecho.

De lo dicho, se puede concluir que la regla general es que todos los trabajadores son titulares del derecho y que esta dimensión universal “debía considerarse un principio general cuya única excepción autorizada es la prevista en el párrafo 1 del artículo 9” como lo reconoce la CEACR (OIT, 2012, 23, párrafo 63), es decir, que las únicas categorías que pueden ser excluidas son los miembros de las fuerzas armadas y policiales, de allí que cualquier intento legal de ampliar estas restricciones carece totalmente de validez jurídica. Ni que decir, entonces, de las exclusiones legales de los trabajadores agrícolas (Bolivia), públicos, de explotaciones agrícolas o ganaderas con menos de 10 asalariados (Honduras), servidores públicos que no son de carrera y los de libre nombramiento (Panamá), magistrados o de los trabajadores de modalidades formativas establecidos en Bolivia, Honduras, Panamá, Chile o Perú.

Además de las normas que establecen exclusiones directas de ciertas categorías de trabajadores, el Estado constriñe la titularidad de la libertad sindical a través de las normas que establecen los requisitos necesarios para poder crear la organización. El listado es diverso y ha merecido numerosos pronunciamientos de

los órganos de control de la OIT. Así, por ejemplo, las exigencias legales de tener relación laboral vigente o haber superado el período de prueba, ser trabajador estable o no estar afiliado a otro sindicato, han sido cuestionadas por tales órganos en cada ocasión que han sido vistas.

En este campo, tiene la máxima relevancia el requisito de un número mínimo de adherentes para crear una organización sindical. Las exigencias van desde los 8 trabajadores de Chile hasta 40 en Panamá, a nivel de empresa, pero llega hasta los 300 en Paraguay si se quiere constituir un sindicato de rama de industria, siendo que la mayoría de países se ubica en el rango que va entre 20 y 30 para la constitución de un sindicato de empresa. Si combinamos este requisito con dos datos relevantes -el 78% de los trabajadores ocupados en la actividad privada de la región presta servicios en empresas con menos de 20 trabajadores; y, las leyes han impuesto la negociación colectiva a nivel de empresa- tendremos como resultado que de un solo golpe, 8 de cada 10 trabajadores latinoamericanos quedan en la realidad fuera de la posibilidad de ejercer su derecho de libertad sindical.

Esta conclusión se podría cuestionar indicando que quienes presten servicios en pequeñas empresas podrían constituir una organización supraempresarial, con lo que formalmente no habría afectación porque esta posibilidad está abierta en muchos de nuestros regímenes legales. No obstante, la situación es otra, y aquí vuelve a hacer su aparición el elemento dinámico o de actividad de la libertad sindical, que nos lleva en muchas ocasiones a salir del ámbito organizacional para tener una apreciación cabal del tema. Resulta que en América Latina, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, la única negociación colectiva que tiene amparo legal es la que se lleva a nivel de empresa, y en consecuencia las organizaciones supraempresariales no tienen derecho de huelga. Bajo tales reglas, la creación de una organización que tiene mutiladas sus posibilidades de actuación más esenciales carece del más mínimo interés y, por tanto, opera la tremenda reducción de la titularidad de la libertad sindical que plantea la imposición de un número mínimo de afiliados. Y la solución no pasa por reducir el número mínimo y punto. Esto ha sucedido en países como Chile que ya está en 8 trabajadores y, como se sabe, el problema continúa, porque la atomización excesiva de la tutela colectiva sólo favorece al *statu quo*. Por ello, la crítica fundamental no se centra en el número mínimo como un tema formal únicamente, sino que va de la mano del otorgamiento del monopolio negocial y del conflicto con cobertura legal al ámbito empresarial.

La conjunción de todos estos elementos es la que tiene los resultados tan negativos, por lo que la solución pasa por tocar los 3 engranajes del complejo mecanismo de tutela colectiva cambiando el paradigma de las relaciones colectivas al nivel interempresas para que, como sucede en Argentina, Brasil y Uruguay, podamos tener una tutela colectiva amplia y poderosa. Este tema ya nos comienza a introducir en temas estructurales que se ven a continuación.

2. TIPOLOGÍA SINDICAL AMPLIA Y PLURAL FORMALMENTE AUNQUE SUPERCONDICIONADA (Y DESCENTRALIZADA) VÍA ESTRUCTURA NEGOCIAL

Uno de los temas clave de la dimensión orgánica es la determinación del tipo de sindicato que se puede constituir. Al respecto, hemos de señalar que esta facultad tiene una enorme amplitud, ya que el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT establece que los trabajadores tienen el derecho de constituir “las organizaciones que estimen convenientes”, es decir, cualquiera: de obreros o empleados, del sector público o privado, de una empresa o una rama de actividad, de distintas empresas o ramas de actividad, conjuntamente o por separado, a nivel local, provincial, regional o nacional, etc. Por tanto, podemos concluir con facilidad que en este terreno la intervención del Estado está restringida como máximo al establecimiento de listados abiertos o ejemplificativos alrededor de los tipos de sindicatos más comunes, invalidándose cualquier intento de determinar legalmente la estructura sindical.

Si bien el universo organizativo es prácticamente inagotable, en la realidad, la agregación y defensa de intereses que subyace a la forma sindical ha llevado a que los ejes a partir de los cuales se organizan los trabajadores sean: la empresa, el funcional (profesional o sectorial) y el territorial. Así sucede en las distintas tipificaciones legales en América Latina, en donde lo común es la referencia tipológica a la empresa, el sector y la categoría o profesión, lo que debe entenderse como una intervención meramente indicativa, ya que de otro modo su validez estaría en cuestión. Y los efectos de tal universalidad no se quedan en la elección del tipo de sindicato, sino que incluyen la posibilidad de que en un ámbito determinado pueda crearse más de una organización. Ello ha dado lugar al surgimiento de tres categorías: unicidad, unidad y pluralidad sindical. *Unicidad sindical*, cuando el Estado ha impuesto la constitución de una sola organización sindical en cada ámbito. *Unidad sindical y pluralidad sindical*, cuando se da la posibilidad real de constituir una o más de una organización sindical en cada ámbito. Desde el punto de vista jurídico se puede afirmar sintéticamente que *la unicidad sindical está proscrita, la unidad es deseable y la pluralidad ha de ser posible*.

En América Latina hemos tenido y tenemos todavía diversos regímenes de unicidad sindical, cuyas expresiones más paradigmáticas las encontramos en Brasil, Bolivia, Guatemala, Honduras y Argentina. En los casos de Bolivia (artículo 103 de Ley General del Trabajo) o Guatemala (artículo 215 c), la ley impone como requisito para constituir un sindicato de industria que agrupe al menos al 50% de los trabajadores, con lo que sólo se puede constituir uno. En tanto que el caso de Honduras (artículo 472 del Código de Trabajo) es todavía más atípico puesto que la norma dispone que “dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de empresa o de base de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin

hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”. En el supuesto argentino, el mecanismo es más sofisticado pero tiene a fin de cuentas los mismos efectos: otorgamiento de personería gremial al sindicato mayoritario, lo que afecta medularmente al resto porque de ella se derivan de manera exclusiva prácticamente «todas las facultades relevantes que son propias de condición sindical», para decirlo en los términos de Goldín (2009, 182). El Poder Judicial está produciendo un cambio significativo en este tema.

Finalmente, en este campo hay dos temas muy relevantes, el primero está referido al hecho de que el establecimiento legal de “unidades apropiadas de negociación colectiva” influye de manera determinante en la estructura sindical, de modo que si el Estado impone el nivel de empresa, tendremos un predominio de los sindicatos correlativos, y lo mismo sucede cuando se impone una negociación sectorial o por categoría. Es muy difícil encontrar un incentivo mayor para organizarse que la posibilidad real y efectiva de pactar colectivamente las condiciones de trabajo, por lo que los sindicatos sectoriales o supraempresariales son escasos en la América Latina que, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, tiene establecidas legalmente estructuras negociales de empresa. Por tanto, nuestros legisladores sabían que podían ser generosos en el tipo de sindicatos a constituir y absolutamente cerrados en la definición de la unidad negocial (la empresa), pues la estructura negocial legalmente establecida determina la estructura sindical. No vamos a abundar en este tema, que será objeto de las próximas Jornadas, pero no podemos dejar de apuntarlo, porque tiene consecuencias gravitantes en el ámbito fundacional o constitutivo.

El otro tema, tiene que ver con el impacto y los retos que está planteando el paradigma actual de descentralización productiva a las relaciones colectivas que ya se mencionó. En este terreno, debemos señalar que la cobertura del artículo 2 resulta suficientemente amplia como para que la respuesta organizativa pueda ser dada, en la medida en que se pueden constituir las organizaciones que se estime convenientes, de varias contratas, conjuntamente con la principal, incluyendo a autónomos o parasubordinados que participan de la cadena productiva, etc. Empero, esta respuesta resulta insuficiente, por lo que en aquellos casos de vinculación comercial permanente y continua, las respuestas estatales pueden articularse en torno a: i) La recomposición de la noción de empleador; y ii) la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.

Para ello, hay que dejar de lado los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con la finalidad de incorporar en la noción de empleador a todos aquellos que materialmente organizan y se benefician de la prestación de servicios del trabajador. Hay que hacer coincidir nuevamente las nociones de empleador y empresa, adecuando la primera a la titularidad de la organización productiva en la que la prestación del trabajador se inserta. Esto nos conduce necesariamente a un ámbito supraempresarial en el que incluso cabría la articulación

de otros niveles de negociación simultáneos dependiendo de la materia, permitiría tomar en cuenta todos los intereses en juego, de la contratista, principal, y los trabajadores involucrados. Aquí, siguiendo a Supiot, se requiere una explícita intervención estatal que posibilite que la tutela colectiva se acople a la compleja estructura institucional que adopta el empleador (2001, 690 y ss.). Y este no es un tema baladí, puesto que está en juego nada menos que un contrapeso básico del Estado Social de Derecho.

3. EL PLANO FORMAL: REGISTRO SINDICAL Y PERSONERÍA JURÍDICA CON PROBLEMAS

La intervención del Estado en el campo de las formas viene especialmente tratada en el artículo 2 del Convenio 87 cuando dispone que los trabajadores puedan constituir sus organizaciones «sin autorización previa del Estado»; lo que se traduce en un expreso reconocimiento de que no es posible subordinar la constitución de los sindicatos al poder discrecional del Estado. No obstante, hemos de reconocer que este distanciamiento del Estado no significa que no pueda exigir una serie de formalidades con fines de publicidad, verificación de la identidad del grupo y protección de terceros; aunque sí importa, como correlato, que tales procedimientos no introduzcan directa, indirecta o transversalmente tal autorización. Al respecto, la Comisión de Expertos afirma que “si bien el reconocimiento oficial, a través del registro legal, es un aspecto relevante del derecho de sindicación, dado que es la primera medida que deben adoptar las organizaciones de trabajadores y de empleadores para desempeñar sus funciones eficazmente, el ejercicio de actividades sindicales legítimas no debe depender de la inscripción en el registro” (OIT, 2012, 32, párrafo 83).

En los países de América Latina, con la excepción de Uruguay, la legislación ha impuesto el registro de los sindicatos a los efectos de la obtención de la personalidad jurídica, radicando el procedimiento en la autoridad administrativa de trabajo y exigiendo que se presenten el acta de constitución, la nómina de afiliados y los estatutos de la organización. Además, en varios países se exige una certificación de fe pública del acto de constitución (Chile y Perú), debiendo resaltarse que se ha avanzado mucho en el diseño de registros prácticamente automáticos, que han ido pasando los controles de la OIT salvo en los casos de Guatemala (cuyo trámite se sigue considerando muy extenso y complejo); El Salvador, a quien se pidió que eliminara el plazo de 6 meses para pedir un nuevo registro cuando se había denegado inicialmente la solicitud; y Venezuela, a quien se le solicita que en el procedimiento de registro debe respetarse la confidencialidad de la información referida a la afiliación sindical, “no sólo porque dicha información concierne a la vida privada de los trabajadores, sino porque su divulgación podría exponerlos a eventuales represalias” (OIT, 2012, 32 y 33, párrafo 85).

4. AUTONOMÍA SINDICAL MÍNIMA

El segundo gran bloque de derechos vinculados a la dimensión orgánica tiene que ver con la configuración y administración del sindicato, que debe llevarse a cabo en un ambiente de máxima autodeterminación e involucra las libertades de reglamentación, representación, gestión, federación y disolución. Para garantizar que así sea, el artículo 3 de la OIT dispone de manera clara y precisa que el Estado debe abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el derecho o entorpecer su ejercicio.

De entrada debemos indicar que estamos en un ámbito de *autonomía máxima y heteronomía mínima*, reduciéndose las posibilidades válidas de intervención, de conformidad con la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, a la imposición del principio democrático y de reglas de transparencia en la administración, señalándose que incluso en esos casos el control tiene que ser necesariamente judicial. Por esto afirmábamos que, tratándose de esferas de amplia libertad, el solo hecho de que el Estado regule el tema ya trae consigo el germen de una intromisión proscrita.

Dentro de todas estas libertades, la más relevante es la de reglamentación dado que será en los estatutos donde se configure el sujeto colectivo, regulándose los temas neurálgicos en materia de ámbito de actuación y representación del sindicato, órganos, reglas electorales, procedimientos de formación de la voluntad del sindicato, régimen de adquisición y pérdida de la condición de afiliados, régimen económico, hasta las reglas de disolución del sindicato. En tal sentido, la libertad de reglamentación contiene en mucho a las demás libertades colectivas, razón por la cual se debe tener un especial cuidado en proteger la libre determinación de cada uno de los temas, quedando invalidados de saque los regímenes que imponen un modelo de estatuto.

En todas las legislaciones latinoamericanas, con la única excepción de Uruguay, se consagra el derecho de redactar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos, pero a continuación la legislación invade en enorme medida esta potestad e impone reglas de fondo en cada materia. Resultaría inacabable el recuento de las regulaciones estatales en cada una de las cinco libertades colectivas, pero valgan algunos ejemplos para entender que aquí todos los países latinoamericanos, menos Uruguay, tenemos una asignatura pendiente de la mayor importancia. Valga como muestra elocuente que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) de Perú le dedica al tema 40 artículos, mientras que el Código de Trabajo chileno le dedica nada menos que 90 artículos a la esfera orgánica de la libertad sindical, sin considerarla negociación colectiva o a la huelga. Estamos muy lejos, nuevamente con la excepción de Uruguay, del respeto más elemental a las potestades de autodeterminación del sindicato y los órganos de control de la OIT nos lo recuerdan cada año.

