MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Cuestiones Problemáticas de la Negociación Colectiva

XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Coordinador: Sebastián de Soto Rioja

4.2

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Cuestiones Problemáticas de la Negociación Colectiva

XXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
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.

© Los autores, 2009

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2009

ISBN: 978-84-692-5887-3

Imprime: TECNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas
Diseño: PORVENIR 10 Comunicación Visual y Multimedia, S.L.
Depósito Legal: SE-4707/2009

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

CUESTIONES POBLEMÁTICAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

XXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Sebastián de Soto Rioja
Coordinador

42

JUNTA DE ANDALUCIA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 11

PRIMERA PONENCIA

Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007 17
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

COMUNICACIONES

La negociación colectiva conjunta de laborales y funcionarios en las entidades públicas: los supuestos legales contemplados en el EBEP ... 71
INMACULADA MARÍN ALONSO

El TRADE como sujeto negociador. A propósito de la legitimación negocial y eficacia de los acuerdos de interés profesional 89
Mª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

Movilidad geográfica internacional de trabajadores y ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos 111
AMPARO M. MOLINA MARTÍN

La legitimación negocial en los grupos de empresas..... 125
NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ

La eficacia jurídica de los instrumentos de la negociación colectiva en el empleo público 141
GLORIA P. ROJAS RIVERO

Fundamentación jurídica del derecho de negociación colectiva de los trabajadores extranjeros 157
LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes 175
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

La negociación colectiva como instrumento de solución de conflictos colectivos sobre derechos: una revisión crítica..... 205
MARÍA ISABEL GRANADOS ROMERA

SEGUNDA PONENCIA

La estructura de la negociación colectiva .....
FEDERICO NAVARRO NIETO 221

COMUNICACIONES

La tutela de las unidades inferiores..... 273
INMACULADA BENAVENTE TORRES

La negociación colectiva europea: resultados y perspectivas..... 289
MARÍA CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ

Comentario a la STS, de 5 de marzo de 2008. ¿Réquiem por el Acuerdo Marco impropio?..... 305
ANTONIO COSTA REYES

Los acuerdos de interés profesional: ¿una nueva forma de negociación colectiva? Normas y prácticas 319
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

La estructura de la negociación colectiva en el sector del metal. ¿Una evolución perezosa? 333
MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

Los procedimientos autónomos de solución de conflictos como instrumentos útiles para una directa administración de los convenios colectivos 347
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO

La función uniformadora de condiciones de trabajo del convenio colectivo de sector y la libertad de establecimiento en el derecho comunitario 363
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

TERCERA PONENCIA

Los contenidos de la negociación colectiva 381
Mª. NIEVES MORENO VIDA

COMUNICACIONES

Negociación colectiva y responsabilidad social empresarial 439
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

Los primeros planes de igualdad de empresas: logros y carencias / similitudes y diferencias 453
MARGARITA ARENAS VIRUEZ

Posibles macrotendencias y patrones de comportamiento de la negociación colectiva española en el ámbito de la Conciliación Familiar y Laboral 469
FRANCISCO J. CALDERÓN VÁZQUEZ Y MAURICIO A. MATUS LÓPEZ

La disposición por la negociación colectiva de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en los supuestos de sucesión empresarial 485
FERNANDO ELORZA GUERRERO

Breves reflexiones en torno a la virtualidad negocial de la prevención de riesgos laborales 503
AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ

Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en centros especiales de empleo: consideraciones a propósito de la «estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012» 517
DAVID MORENO MENDOZA

La protección de las víctimas de violencia de género en la negociación colectiva andaluza 535
SALVADOR PERÁN QUESADA

El contenido novedoso de los convenios colectivos agrarios 549
JUAN ROMERO CORONADO

CONFERENCIA DE CLAUSURA

Relaciones entre la estructura de la negociación colectiva y el contenido de los convenios 563
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ

PRESENTACIÓN

Una edición más, y es la vigésimo séptima, computan ya las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales cuyas Actas ahora se presentan. Los días 20 y 21 de noviembre de 2008 fueron las fechas escogidas para la celebración de las que se pueden considerar decanas, en su ámbito específico y, sin duda, de entre las de mayor continuidad y regularidad, si se incluyeran en cualquier elenco de simposios y congresos de carácter científico-universitario de los que plasman en forma de publicación sus principales aportaciones y conclusiones.

En esta última celebración se combinaron de nuevo dos de las señas de identidad que ayudan a singularizar este encuentro periódico de los investigadores universitarios andaluces especialistas del área de Derecho del Trabajo, la Seguridad Social y las relaciones laborales, aunque siempre abierto a miembros de otras disciplinas y, por supuesto, al conjunto de operadores profesionales y especialistas de las relaciones laborales, razón última de su permanencia y bien ganado prestigio en el seno de la comunidad científica. De una parte, la fidelidad al ámbito objeto de estudio, el Derecho del Trabajo y las Relaciones Laborales; de otra, su permanente adaptación organizativa, a fin de lograr tanto la mayor eficiencia posible de los recursos como el acrecentamiento de su atractivo, medio indispensable para fomentar la participación activa de sus destinatarios y, por supuesto, la calidad de sus resultados.

Respecto del tema central del estudio de estas XXVII Jornadas, Cuestiones Actuales de la Negociación Colectiva, cabe decir antes que nada que supone una apuesta clara por la vuelta a los pilares básicos del sistema y razón de ser del propio Consejo Andaluz de Relaciones Laborales según su propia Ley conformadora. En forma, eso sí, de selección y presentación de sus cuestiones más problemáticas

en el sentido de centrar el análisis en aquellas parcelas que demandan una mayor atención y profundización, intentando evitar así los riesgos de una dispersión excesiva. Y es que, como institución nuclear del sistema de relaciones laborales, la negociación colectiva permite diferentes enfoques y aproximaciones, así como un sinfín de manifestaciones y categorías. No sólo por sus vínculos con otros derechos e instituciones jurídicas, sino por su extraordinaria relevancia práctica y social.

Para ello, y con el denominador común de su necesaria actualidad, se estructuró el abordaje de la temática en torno a tres ponencias generales sobre: los sujetos protagonistas del proceso, la estructura y articulación de sus productos y el contenido de los convenios colectivos, con lo que se garantizaba el mayor abanico de posibilidades, como corrobora tan sólo el hecho de que en su conjunto se haya contabilizado más de una de treintena de originales inéditos, incluidas obviamente todas las comunicaciones presentadas.

El perfil de los ponentes e investigadores invitados, las rigurosas exigencias de confección y defensa de sus conclusiones, así como la riqueza de los debates surgidos al hilo de cada exposición pusieron de manifiesto no sólo el interés que despierta la materia y el acierto de su selección y encargo, sino la consecución del objetivo principal de estas Jornadas. Que no es otro que el de ofrecer un marco idóneo para estrechar lazos profesionales y personales de los docentes e investigadores adscritos a las diferentes Universidades de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con una sabia mezcla de profundidad y experiencia, al tiempo que plataforma de inicio y desarrollo de la incipientes carreras de algunos de sus protagonistas. Es por ello que el Consejo, que patrocina y financia el encuentro prácticamente desde sus orígenes, no puede sino mostrar su profunda satisfacción, pues una vez más este componente fijo de la oferta formativa que se programa con carácter anual, vuelve a poner de manifiesto su condición de apuesta segura.

Desde el punto de vista de las novedades organizativas varias cuestiones merecen también ser destacadas. Y es que, junto a la constitución consensuada de un Comité Científico abierto del que forman parte la Presidencia del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y hasta cinco Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de distintas Universidades Andaluzas, encargado fundamentalmente de todos los apartados científicos, diversos parámetros de funcionamiento se han fijado con vocación de continuidad. Así, y junto a la introducción de la convocatoria de un primer premio y dos accésit a adjudicar entre las comunicaciones presentadas, incentivo que se viene generalizando en el conjunto de los encuentros científicos y del acto de entrega del Premio Tesis Doctoral, se acordó también fijar tanto las fechas como el lugar de celebración de futuras ediciones, siendo el mes de noviembre y la ciudad de Antequera las coordenadas escogidas.

Desde un punto de vista organizativo se decidió también la asunción directa en el futuro por parte del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales de las tareas propias de gestión administrativa del evento, sustituyendo así la tradicional colaboración rotatoria de las diferentes Universidades Públicas de Andalucía, en el entendido que así se conseguirá una mayor optimización de los recursos y, por ende, un resultado más satisfactorio para todos.

Y es que, en tiempos complicados, debemos congratularnos de seguir trabajando e investigando, pues sólo así podremos responder a las necesidades de una sociedad inmersa en continuos cambios. Aprovecho pues estas líneas para expresar mi felicitación a todos aquellos que han hecho posible estas nuevas Jornadas Andaluzas, y, muy especialmente, al Profesor Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, que puso el mejor broche posible con el dictado de su Conferencia de Clausura, dando un ejemplo más –y son muchos- de vocación universitaria y profesionalidad. Ahora toca a los lectores juzgar sus logros, recopilados en esta obra colectiva que publica la Colección de Monografías de Temas Laborales, y que no hace sino reproducir fielmente los documentos de trabajo sobre los que versaron sus debates.

MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Primera Ponencia

LOS SUJETOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. EN ESPECIAL, TRAS LAS REFORMAS OPERADAS DURANTE 2007

Sebastián De Soto Rioja
Catedrático EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

ÍNDICE:

1. El objeto de estudio y las premisas metodológicas de partida
2. libertad sindical y titularidad del derecho a la negociación colectiva: trascendencia sobre la eficacia y validez del proceso
3. La incidencia de la representatividad de los negociadores y su modo de computo: algunas cuestiones por resolver

3.1. En orden a las normas sobre la estructura negocial y su influencia en la capacidad real de negociación

3.2. En orden a la acreditación en un ámbito específico a efectos de garantizar la necesaria correspondencia

3.2.1. Condicionamientos de la clasificación económica de la actividad empresarial

3.2.2. El problema singular de las asociaciones empresariales

4. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA LEY 7/2007, POR LA QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO BÁSICO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

4.1. Estructura de la negociación y determinación de los sujetos negociadores. Principios generales

4.2. Mesas Generales y Mesas Sectoriales

4.3. Las Mesas supramunicipales y las posibilidades de la Administración Institucional

4.4. Las reglas de composición y funcionamiento de las distintas Mesas: la recepción expresa de los negociadores técnicos

4.5. Las Mesas comunes o mixtas: algunos problemas de conformación

5. PROBLEMAS DE SELECCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS NEGOCIADORES EN LA LEY ORGÁNICA 3/2007, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES

5.1. Impacto sobre la autonomía colectiva del derecho/deber de negociar medidas de igualdad

5.2. La negociación de los Planes de Igualdad: diversidad de planes y de sujetos negociadores

6. LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA LEY 20/2007. ALGUNAS CUESTIONES A PLANTEAR

1. EL OBJETO DE ESTUDIO Y LAS PREMISAS METODOLÓGICAS DE PARTIDA

Abordar el contenido de una ponencia en el seno de un congreso que se vertebra en torno a una voz analítica única (cuestiones actuales de la negociación colectiva) pero que desglosa en realidad las distintas partes estructurales que la conforman en tres mesas distintas (sujetos, estructura y contenidos), requiere no sólo acomodar el contenido material de cada una a la finalidad principal pretendida, sino también evitar solapamientos o vacíos en su relación con las demás. Ello supone tener que asentar con carácter previo cuál ha de ser o cómo debe interpretarse tal finalidad principal para, a continuación, adoptar una decisión metodológica acerca del contenido sobre el que ha de versar esta parte.

En ese sentido el título de estas jornadas nos da pie más que suficiente para entender que son las cuestiones relativas a la negociación colectiva las que deben centrar el objeto de nuestra atención. Negociación colectiva que, no obstante, puede ser entendida en sentido estricto, como negociación colectiva laboral o derecho instrumental conducente a la obtención del producto regulador por antonomasia, el

convenio colectivo; o en un sentido algo más laxo y amplio, como manifestación o contenido funcional de la autonomía colectiva, por tanto, como instrumento para la consecución de toda clase de acuerdos, pactos o convenios por los que se regulen las relaciones laborales. E incluso, si se apura un poco mas, las condiciones de trabajo de otros tipos de empleados, trabajadores o prestadores de servicios en general, lo que conllevaría su ampliación no sólo a esa otra clase de pactos y acuerdos laborales de índole menor que, con independencia de su eficacia o naturaleza jurídica, no revisten la formalidad del convenio colectivo, sino también a los productos que pueden presentarse en ámbitos distintos a los estrictamente laborales. Como ocurre por ejemplo en el caso de los empleados públicos sometidos a una relación estatutaria o funcionarial y, por qué no, en otros espacios en los que se articulan otras formas de trabajo que, si no subordinadas y caracterizadas por la ajenidad de la prestación sí puede afirmarse que son dependientes, siempre que cuenten con fórmulas plurales de articulación o procedimientos específicos para la fijación de las condiciones en que se debe prestar.

Opciones en definitiva que ensanchan de modo considerable la realidad material sobre la que debemos escudriñar, por cuanto que su referente no será tan solo la regulación normativa de desarrollo del derecho a la negociación colectiva al que singularmente se refiere el artículo 37.1 de la Constitución, sino también cualquier otro reflejo derivado, ya se pueda ubicar en el denominado contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical que ostentan determinados sujetos colectivos, ya en otros preceptos constitucionales específicos e incluso en algún principio general, si careciera de otra forma de ubicación.

Establecida la versatilidad de una noción tan amplia de la autonomía y la negociación colectiva resulta preciso ir realizando alguna acotación, para lo que sin duda nos va a auxiliar la literalidad del encargo que se nos asigna. Esto es, "cuestiones" que resulten "problemáticas" y relativas a "los sujetos" protagonistas del proceso. Empezando por este último apunte podemos afirmar que la aproximación se debe realizar previa identificación de los titulares del derecho o de los respectivos derechos, lo que incluirá evidentemente los problemas de su articulación y ejercicio[1]. Es decir, quiénes son y como actúan. Algo que inmediatamente nos refiere los temas de capacidad, de reconocimiento, de requisitos de ejercicio y de garantías de eficiencia o cumplimiento de esas normas. Conceptos todos que amplían el espectro de regulaciones y de cuestiones de interés, pues no sólo cabría una aproximación a los mismos en términos estrictamente jurídicos, sino incluso, prácticos

[1] Así lo vinculan también Alarcón Caracuel, M.R., "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos" y González Ortega, S., "Reforma laboral y negociación colectiva", en *La reforma de la negociación colectiva* (coord. por M.R. Alarcón y S. del Rey), 1995, Marcial Pons, págs. 51–86 y *La reforma laboral de 1994,* Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 335–398, respectivamente.

o sociológicos, es decir, de identificación de los verdaderos sujetos negociadores, de sus perfiles y cualidades, en cuanto que factor que puede ayudar a explicar y comprender el contenido final de las normas objetivas o pactadas en que se traducen los productos de la negociación, o también de la trascendencia real de los mismos, algo que evidentemente no nos corresponde realizar ahora.

En cualquier caso, y para este tipo de tarea, las opciones metodológicas de selección y presentación de cuestiones jurídicas son, a su vez, de lo más variadas: sea en función del tipo de acuerdo o convenio colectivo, de los cuáles existe como se sabe una amplia panoplia de variantes; sea en función de la naturaleza jurídica de las relaciones individuales a normar.

Pero junto con lo anterior, y tal y como se ha apuntado desde el inicio, se ha de ser también muy consciente tanto de la virtualidad que ha de tener esta presentación como del enfoque con que genéricamente se ha querido que se presente en el seno de estas Jornadas. Y es que no se ha de pretender realizar un discurso completo sobre los problemas de titularidad y ejercicio del derecho a la negociación colectiva, sino de presentar y exponer lo que se ha de entender como «cuestiones problemáticas». En ese sentido, y partiendo de la base de que la mención a esta clase de problemas admite a su vez diferentes acepciones, implícitamente ha de entenderse que han de ser en todo caso problemas actuales, en el sentido de novedosos y de presente; o, incluso, de proyección futura en cuanto que no se hayan aún materializado o planteado; aunque también cabe referirse, por qué no, a problemas preexistentes o si se prefiere antiguos, pero que permanezcan de actualidad por cuanto que no puedan considerarse real y definitivamente resueltos.

Va a ser necesario por ello decantarse por una nueva opción metodológica asumiendo el consiguiente riesgo de que la relación final pueda considerarse incompleta o carente de alguna manifestación que también pueda considerarse relevante. Para este menester, una fuente a utilizar en sentido excluyente es la que representa la bibliografía científica existente, en la que no resulta nada extraño encontrar estudios monográficos referidos a cuestiones de actualidad de la disciplina[2]; o, también, la que representa la consulta de los propios textos convencionales que con vocación de

---

[2] Como es el caso de muchas de las Actas de estas mismas Jornadas Andaluzas, de los correlativos Congresos Nacionales del área, así como de la colección de publicaciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos correspondientes a las Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. El denominador común en todos estos casos, en cuanto que sinónimo de cuestiones problemáticas, suele ser así el del abordaje de cuestiones de actualidad normalmente por razón de su novedad legislativa. A modo de ejemplo de esta identificación en los ámbitos mencionados: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Granada, 1996; XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: El Estatuto Básico del Empleado Público, Laborum, 2008; o, *Los problemas actuales de la Negociación Colectiva*, MTAS, 1993 y *Nuevos Problemas de la Negociación Colectiva,* MTAS, 2004.

ordenación y articulación de la negociación colectiva plantean retos y compromisos tanto de sus propios contenidos y objetivos materiales, como de definición de ámbitos y estructura. Pese a su interés, es la fecha de edición de los primeros y el término de caducidad de las de fuentes convencionales la principal rémora que plantean, más allá de que las indicaciones pueden ser no coincidentes con el tema concreto de los sujetos, o en exceso indirectas, por su referencia exclusiva a los ámbitos en que se debe desarrollar la negociación. De ahí su desestimación, sobre todo, si comparado con otros métodos de localización de cuestiones como las que representan las fuentes más tradicionales de la investigación jurídica. A saber, las distintas disposiciones normativas heterónomas y los anales jurisprudenciales. Respecto de las primeras, por cuanto que cualquiera de sus reformas o innovaciones plantea de modo inmediato la necesidad de su exégesis y coordinación con el resto del ordenamiento, por tanto, de cuestiones que requieren de análisis; y en cuanto a los segundos, porque ponen de manifiesto la existencia de conflictos jurídicos reales, no hipotéticos ni potenciales, que son llevados a su último extremo de formalización, el del sometimiento de su resolución al designio de la autoridad judicial.

Partiendo pues de todas estas premisas y pudiendo localizar sólo en el último año hasta tres importantes reformas o irrupciones legales con incidencia sustantiva en la materia propia de la negociación y la contratación colectiva, específicamente además en materia de selección de sujetos negociadores, parece claro que ellas deberán conformar el objeto central de este estudio. A saber, y sin orden cronológico sino por razón de su inmediatez e incidencia en el sistema de relaciones laborales, la Ley 7/2007, de 13 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIMH); y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA). Todo ello sin perjuicio por supuesto del apunte de algunas cuestiones generales de encuadre que resultan singulares por su alcance, como las relativas a la titularidad del derecho y al posible condicionamiento de su ejercicio por otras manifestaciones de la autonomía colectiva, o los problemas de acreditación material del nivel de representatividad de los sujetos sindicales. En cuanto que cuestiones con la suficiente entidad y sin lugar a dudas sin resolver, entre otras razones, por la falta de auténticos planteamientos contenciosos sobre las mismas.

2. LIBERTAD SINDICAL Y TITULARIDAD DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: TRASCENDENCIA SOBRE LA EFICACIA Y VALIDEZ DE LOS PROCESOS

Como consecuencia de la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva con rango de derecho fundamental, en cuanto que contenido de-

clarado esencial del derecho de libertad sindical (art. 2.2.d LOLS), es regla general comúnmente aceptada la de la coincidencia entre la titularidad de ambos derechos salvo previsión de restricción específica al respecto. Es decir, la ecuación con la que normalmente nos aproximamos al derecho de negociación colectiva es que si existe un reconocimiento pleno del derecho de libertad sindical a un determinado sujeto colectivo, también lo habrá del derecho a la negociación colectiva. Regla que no impide sin embargo de ciertas excepciones cuando tal reconocimiento de la libertad sindical se realice con límites o restricciones, que pueden materializarse precisamente en la facultad de negociación, lo mismo que puede suceder respecto de otros derechos instrumentales de los que se incardinan en aquél.

De hecho, fue la previsión constitucional sobre las peculiaridades que la ley puede establecer acerca del ejercicio de la libertad sindical para los funcionarios públicos la que provocó un primer gran debate sobre la validez de este binomio. Debate en el que jugó un papel determinante el cierto vaivén de la jurisprudencia constitucional[3] acerca de la amplitud con la que debía entenderse reconocido este derecho en un ámbito tan trascedente como el de la Administración Pública. Hoy puede afirmarse que se trata de una cuestión prácticamente resuelta –mas que superada– si comparada con la situación de la que goza el resto de los trabajadores asalariados, pero no por ello carente de interés pues pone de manifiesto como en ultima instancia resulta necesario residenciar correctamente el origen de un poder o el reconocimiento del derecho, por encima de su concreto desarrollo legislativo. Sobre todo respecto de determinadas limitaciones o restricciones que puedan establecerse a algún concreto sujeto sindical respecto de las situaciones anteriormente consolidadas, como podrá comprobarse en el epígrafe correspondiente, si ello contraviene su derecho básico a participar en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios incluidos en la unidad electoral en la que resulten ser realmente representativos.

Una ecuación en todo caso que no ha resultado siempre pacifica pese a su natural planteamiento. Así, y del mismo modo que en el caso de los empleados públicos, también el Tribunal Constitucional hubo de reconstruirla –y por qué no decirlo, quizás tampoco de forma totalmente satisfactoria– para resolver el pro-

---

[3] En extenso, Gómez Caballero, P., *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, CES, 1994 y Roqueta Buj, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Sobre todo, tras el giro que supone la STC 69/1989, de 20 de abril (también 80/2000, 224/2000, 85/2001 y 225/2005), en contraposición con primeros pronunciamientos como el de la STC 57/1982, de 27 de julio. Un resumen de la evolución de esta doctrina, en López Gandía, J.: "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto", en AAVV: *El estatuto básico del empleado público*. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia (Laborum), 2008, págs. 249–257. Y, también, en Rivero Lamas, J. y Del Val Tena, A.L., "El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos", RMTAS, núm. 68/2007, extraordinario sobre el derecho a la negociación colectiva, págs. 198 y ss, donde se resumen las diferentes posiciones doctrinales que aún permanecen al respecto.

blema de su reconocimiento a los empresarios. Como se sabe, es un postulado plenamente asentado en el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo[4] el de la igualdad de armas y el reconocimiento del derecho de libertad de asociación sindical a los dos sujetos protagonistas del sistema de relaciones laborales. En ese sentido, y como consecuencia del reconocimiento dispar en nuestro ordenamiento jurídico de la libertad sindical y la más común libertad de asociación, se generó un problema cuya solución pasó por el reconocimiento a los primeros –declarado meramente nominal en la LOLS– de la misma libertad de organización y acción que a las asociaciones sindicales[5]. Gracias a esta técnica se ha resuelto como se decía la cuestión de los compromisos adquiridos e indirectamente incluso otros aspectos mas sustanciosos como que sólo a los empresarios y a sus organizaciones asociativas cabe reconocer como interlocutores en estos procesos. Es decir, quedan excluidos, salvo en su condición de empleadores y respecto de la regulación de las relaciones de trabajo de sus propios trabajadores, otras formas de composición de intereses en los que falte una base asociativa homologable, esto es, de adhesión y elección libre por razón del desarrollo de una actividad económica a título de empresario (vgr. corporaciones, cámaras, colegios profesionales, etc.)[6]. Sin que este

---

[4] La profunda ligazón de ambos derechos constituye uno de los principios constitucionales de la OIT y un bastión indiscutible de su regulación en materia de derecho colectivo, como manifiestan sus Convenios número 87 (1948), sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación, y 98 (1949), sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva. Respecto de los empleados–funcionarios públicos, son los Convenios 151 y 154, los referentes claves, con menor extensión que los primeros o, si se prefiere, con mayores posibilidades de modalización por parte de los legisladores nacionales.

[5] Vid., por todos, Palomeque López, M.C., "Sobre la libertad sindical de los empresarios", DL, núm. 17/1985, págs. 31–44 y Valdés Dal–Ré, F., "La exclusión de los empresarios del derecho de libertad sindical: el acertado cierre por la jurisprudencia constitucional de una falsa polémica", RL, núm. 15–16/ 1997, en el que se comenta el alcance de la STC 75/1992, de 14 de mayo, que confirma la no inclusión de los empresarios y sus asociaciones en el ámbito subjetivo del art. 28.1 CE; sin perjuicio de la legitimidad de la Disp. Derogatoria de la LOLS en la que se reconoce a éstos la libertad de sindicación, precisamente, a efectos de salvar su compatibilidad con el mandato de las normas internacionales del trabajo, así como la validez de la LAS de 1977, vigente para estas asociaciones y demás organizaciones profesionales, en cuanto que reconocen derechos homologables al contenido esencial de la libertad sindical (STC 218/1988, de 22 de noviembre) a efectos de poder desarrollar las acciones propias del sistema de relaciones laborales. Una interesante réplica, con repaso de la evolución doctrinal y crítica con la posición jurisprudencial, en Suárez González, F., "El reconocimiento constitucional del asociacionismo empresarial", en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer*, La Ley, 2006, págs. 239–264.

[6] Vid. nuestro trabajo, Calvo Gallego, F.J. y De Soto Rioja, S., "Los colegios profesionales como asociaciones empresariales", AL, núm. 2/1998, págs. 421–441, y las SS TS 4–5–1996, 22–12–1998, 21–3–2002 y 18–9–2004, en especial esta última, que descarta tal posibilidad por su condición de asociación mixta. Con independencia, por supuesto, de las singularidades que representan otras uniones o agrupaciones especiales como la que materializan los grupos de empresa.

planteamiento sin embargo resuelva definitivamente como se han de enjuiciar aquellos supuestos en los que la concurrencia de asociaciones empresariales legitimadas no sea adecuadamente resuelta, pues está por ver si los mecanismos procesales del art. 22 CE resultarán igual de efectivos que los previstos en la LOLS.

En cualquier caso, y superados esos primeros escollos, se puede afirmar como punto de partida que la libertad sindical, su pleno reconocimiento, es el pilar básico sobre el que se asienta el derecho a la negociación colectiva. De donde se deriva que sólo a sus titulares originarios se les reconozca con ese mismo carácter este otro derecho al mismo nivel constitucional, si se quiere instrumental del primero; y, también, que cualquier rémora, impedimento u obstáculo que pueda encontrarse en su ejercicio se habrá de tutelar por los mismos cauces procedimentales y con la previsión de idénticas consecuencias que los ataques que se producen contra cualquier derecho fundamental. Construcción que explica y ayuda a comprender buena parte del número de contiendas judiciales que se han venido desarrollando al más alto nivel en los últimos años, así como las constantes puntualizaciones que resultan necesarias según que la lesión se materialice sobre una facultad que forme parte del contenido declarado esencial y/o adicional del derecho fundamental; en función de la fuente de regulación del derecho e, incluso, del tipo o entidad con que se manifieste su vulneración[7].

Pero más allá de su inclusión entre el contenido esencial de la libertad sindical, la negociación colectiva laboral conoce, como se sabe, de una segunda fuente de proclamación con rango constitucional. En virtud del art. 37.1 CE, y previa delegación de su conformación definitiva por la ley ordinaria, el texto constitucional ordena garantizar este derecho *de los representantes de los trabajadores y los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*.

No se trata ahora de hacer una construcción global sobre la autonomía colectiva y el derecho a la negociación, pero no es menos cierto que los dos ejes principales de este último precepto, el del reconocimiento genérico que efectúa a favor de los representantes de los trabajadores –que no sólo a las organizaciones sindicales– y la significación de qué ha de ser la fuerza vinculante de los convenios colectivos, han permitido que la ley ordinaria, en este caso y fundamentalmente el Título III del ET[8], hayan diseñado un producto típico y singular, más que exclusivo, de convenio colectivo, caracterizado por su naturaleza normativa y una eficacia personal general.

---

[7] Por todos, sobre todo por su actualización, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A., "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", RMTAS, núm. 73/2008, págs. 247–312.

[8] Junto a éste se ha de situar también, para sus respectivos ámbitos de influencia, otras manifestaciones normativas de gran relevancia, como lo fue en su momento la LORAP para el colectivo de funcionarios públicos; la propia Ley de Procedimiento Laboral y su implícito/explícito reconocimiento legal de otras clases de convenios colectivos; y hasta el RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre la fuerza y naturaleza de los acuerdos que se alcanzan en la resolución de un conflicto colectivo.

Opción que, declarada expresamente compatible con la existencia de otros tipos de convenio e, incluso, de acuerdos y pactos también de naturaleza colectiva –algunos con idéntica fuerza de obligar[9]–, va a venir acompañada de una severa reglamentación en la que destaca la selección y determinación de los sujetos intervinientes como consecuencia precisamente de ese plus de eficacia y naturaleza que otorga[10]. Una reglamentación basada en la capacidad de actuación de los diferentes sujetos colectivos del sistema, entre los que queda incluida la representación unitaria o representación legal de los trabajadores en la empresa –ocasionalmente también otras formas de participación y representación, como en el caso de los acuerdos de fin de conflicto–; y, sobre todo, en unas exigencias mínimas de representación y/o representatividad que conforman una suerte de orden público indisponible de obligado cumplimiento, so pena de declaración de nulidad o no reconocimiento pleno del pacto final alcanzado, en algunos de los supuestos de contravención.

Las distintas fases del procedimiento legal de negociación, desde el derecho a su promoción o apertura, la correcta composición de las comisiones, la forma de medición y acreditación de los distintos requisitos de representatividad y sus múltiples vicisitudes –desde el momento en que ha de hacerse o computarse hasta las posibles modificaciones y alteraciones que se produzcan por razón de cambios de afiliación, remoción de cargos o pérdida de la condición de representante– y su traslación a la mayoría suficiente para una válida aprobación, tanto en el convenio colectivo que puede denominarse estándar, como en las otras variantes previstas en los diferentes preceptos del ET (acuerdos marco, acuerdos interconfederales, convenios excepcionados de la prohibición de concurrencia, etc.[11]), han suscitado el

---

[9] La referencia en este caso ha de ser necesariamente tanto a los convenios extraestatutarios (García Blasco, J., "La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva", TL, núm. 76/2004, págs. 67–83), como a los acuerdos de empresa, especialmente aquellos que son tipificados por el propio legislador, y sobre los que la producción científica también se ha centrado de forma monográfica. A título meramente ejemplificativo, de nuevo, y sin exclusión, Sala Franco, T., Alfonso Mellado, C. y Pedrajas Moreno, A.: *Los Acuerdos o Pactos de Empresa*, Tirant Lo Blanch, 1996 y García Murcia, J.: *Los acuerdos de empresa*, CES, 1998. Véanse del mismo autor, su trabajo de idéntico título en TL, núm. 76/2004, págs. 85–112 y, de más reciente aparición, "Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente", RMTAS, núm. 68/2007, en el que postula la eficacia normativa tan sólo de los convenios estatutarios y de otras manifestaciones negociales también reguladas por el ET, pero no de los convenios celebrados a su margen.

[10] Eficacia, por lo que se refiere a su imperatividad, inmediatez y automaticidad, que forma parte del contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva, por lo que no es una aportación adicional del legislador ordinario sino una consecuencia de toda manifestación nacida de la libertad negocial, Valdés Dal–Ré, F., "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", TL, núm. 76/2004, págs. 21–65.

[11] Las exigencias de la proyección de la libertad sindical en el derecho a la negociación colectiva de los sujetos que son titulares de la primera, se extiende a cualquier manifestación negociadora que tenga por origen un mismo proceso. Así, y particularmente, en materia de composición y participación en las comisiones paritarias y de administración que gocen de facultades negociadoras o novatorias de lo pactado. J. Morales Ortega, *La administración del convenio colectivo,* Civitas–Carl, 1998, en especial, págs. 99 y ss.

suficiente número de interpretaciones judiciales, que puede decirse que constituye todo un bloque de legalidad lo suficientemente sólido y consolidado como para no tener que ser reproducido ahora[12].

3. LA INCIDENCIA DE LA REPRESENTATIVIDAD DE LOS NEGOCIADORES Y SU MODO DE CÓMPUTO: ALGUNAS CUESTIONES POR RESOLVER

Las constantes referencias al carácter de orden público de las normas que regulan la selección de los sujetos negociadores y, más en general, del entero procedimiento que conduce a la aprobación de un convenio colectivo estatutario[13], tienen mucho que ver sin duda con la búsqueda por parte del legislador de un nivel de representación lo suficientemente amplio de los agentes protagonistas como para legitimar la singular eficacia que se va a reconocer finalmente al producto que se elabora. Representación y legitimación que se mide como se sabe por su nivel formal de representatividad, espejo objetivo del auténtico nivel de implantación de la organización. En ese sentido, y antes de abordar las anunciadas novedades legislativas del pasado año, quieren destacarse aunque sea puntualmente algunas cuestiones que también se pueden considerar problemáticas, de ahí su interés, en torno a la capacidad real de los sujetos encargados de la negociación estatutaria y la forma de su acreditación. Pues no siempre, como se podrá comprobar, va a quedar garantizado el ejercicio real de ese derecho o la correcta forma de su medición, con las consecuencias que ello conlleva.

3.1. En orden a las normas sobre la estructura negocial y su influencia en la capacidad real de negociación

Con la cautela que requiere tener constancia de la existencia de otras ponencias sobre la estructura de la negociación colectiva, no puede dejar de hacerse cons-

---

[12] Una exposición completa sobre estos extremos, de edición reciente y actualizada, en *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, F. Valdés (Dir.) y J. Lahera (Coor.), en especial, sus capítulos 3 y 4, "Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales" (Solans Latre, M.A.) y "Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores" (Nogueira Gustavino, M.), respectivamente, La Ley, Madrid, 2008. Otra referencia de gran interés, Desdentado Bonete, A. y Valdés de la Vega, B.: *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia,* Trotta, 1998.

[13] Vid. Moliner Tamborero, G., "Doctrina unificada del Tribunal Supremo en materia de negociación colectiva", en "*El Régimen Jurídico…*", cit., págs. 789 y ss.

tar sin embargo una cuestión de interés en el devenir de la negociación en estos últimos años y cuyo alcance último está aún por determinar, como es la referida a la capacidad de los sujetos negociadores en orden a la posibilidad real de negociar e incluso de delimitar los ámbitos de aplicación de un convenio colectivo[14]. Capacidad que puede analizarse en este sentido desde dos puntos de vista distintos, es decir, desde el nivel funcional superior y sus posibilidades de condicionar la totalidad de la estructura negocial; o desde el nivel inferior, específicamente el de empresa por la aparición en ese caso de otros sujetos legitimados para la negociación, que puede ver mermada su capacidad de irrupción e innovación en un sistema que puede presentársele hasta cierto punto cerrado o vedado. Y ello, incluso en la hipótesis de sujetos titulares del mismo derecho fundamental y en situación de poder acreditar el nivel suficiente de representatividad legalmente exigido.

Nos estamos refiriendo con ello a los límites y al alcance de la posibilidad que legalmente se atribuye a determinados sujetos –los más representativos al máximo nivel territorial– en aras a la ordenación de los diferentes ámbitos y niveles de negociación, de sus contenidos, así como a la resolución de los supuestos de concurrencia entre convenios, *ex* arts. 83.2 y 84 ET. Habilitación expresa que facilita todo un condicionamiento o limitación directa al ejercicio del derecho a la negociación por parte de sus otros titulares legítimos, fundamentalmente, en los niveles funcionales de ámbito inferior. Y es que, si el análisis de los sujetos de la negociación colectiva conlleva el de su estatus jurídico, qué duda cabe que junto al reconocimiento formal de su derecho y a la regulación de sus condiciones de ejercicio se ha de estar también al de su efectividad o realidad práctica, pues ésta puede resultar menoscabada e impedida en última instancia si las facultades que parecen se reconocen al más alto nivel de negociación se agotan hasta el extremo de negar ese espacio mínimo de subsistencia respecto de los restantes ámbitos de negociación.

Ciertamente son muchos los aspectos a tener en cuenta en un planteamiento tan genérico como éste toda vez que son varios los derechos que pueden entrar en juego así como las situaciones a resolver. De hecho, y en contraposición a la restricción del derecho fundamental de libertad sindical, y por ende del de negociación colectiva, que suponen estas normas –que, por cierto, no han llegado a agotarse ni mucho menos hasta ahora en nuestra práctica negocial[15]–, puede argumentarse que la or-

---

[14] Otra aproximación de gran interés sobre el grado de libertad–capacidad de la que gozan los sujetos negociadores para determinar realmente el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, desde la perspectiva de los límites no explícitos pero sí implícitos en la regulación estatutaria, como son: su propia representatividad, las reglas de concurrencia entre convenios y el necesario respeto de los derechos fundamentales, sobre todo, para la determinación del ámbito personal, en Sempere Navarro, A.V. y Luján Alcaraz, J., "Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos", RMTAS, núm. 68/2007, págs. 51 y ss.

[15] Sobre el carácter de mera recomendación con el que se han negociado los diferentes ANCs, Molina Navarrete, C., "El impacto de los Acuerdos Interconfederales sobre los convenios colectivos",

denación y racionalización de la estructura de la negociación es un bien en sí mismo considerado, en cuanto que facilita la ampliación de su ámbito subjetivo de aplicación y su adecuada generalización, además de que encuentra amparo explícito y suficiente en la delegación que el art. 37.1 CE realiza en favor de la ley ordinaria a este respecto. Pudiendo añadirse incluso que se trata de potestades que se reconocen en el ámbito de la negociación colectiva estatutaria[16], la cual conoce a su vez de un número suficiente de medidas de flexibilización y escape[17] destinadas sobre todo a los sujetos de naturaleza sindical en sentido estricto, como para impedir cualquier tacha de constitucionalidad desde el punto de vista de la desproporción, la falta de indispensabilidad de la medida o la ausencia de reconocimiento de una capacidad de hacer mínima o esencial, que es lo que podría contra argumentarse en sentido negativo respecto de las facultades que otorga el actual régimen legal[18].

Sin embargo, y pese a la racionalidad de lo anterior, lo que no puede negarse es que trata de un planteamiento que supone cuestionar dos de los postulados tradicionales del derecho a la negociación colectiva: el de igualdad de rango de los convenios colectivos –consecuencia de la igualdad del derecho de sus titulares– y el de la libertad de fijación de los ámbitos de aplicación de los mismos, siempre en función de la propia delimitación funcional y territorial con la que han de autodefinir su capacidad de obrar las organizaciones sindicales y empresariales (art.4.2.a LOLS y art. 1.1 LAS). Principios muy degradados tras las reforma de 1994 como se sabe, sobre todo el primero, y que se encuentran fuertemente encorsetados por

---

TL, núm., 76/2004, y más en general, sobre las opciones estatutarias de conformación de convenios, Cruz Villalón, J., "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", RMTAS, núm. 68/2007, págs. 77–100.

[16] Sala Franco, T. y Goerlich Peset, J.Mª, "La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad", REDT, núm. 35/1988; y López terrada, E., *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de articulación*, Tirant lo Blanch, 2000, en parecidos términos.

[17] Medidas entre las que se encontrarían desde la posibilidad de la negociación extraestatutaria, hasta los diversos matices a la prohibición de concurrencia o afectación: principio de consolidación del nivel de negociación, imposibilidad de aplicación pero no de inicio y creación de un nuevo ámbito en el periodo de denuncia del convenio superior, etc.

[18] Piénsese en la situación extramuros en la que se supone se encuentra la negociación colectiva extraestatutaria respecto de las principales de ordenación de fuentes (arts. 84 y 86 ET, principalmente) y aunque ello no signifique que se encuentra exenta de límites como el del abordaje de materias que por su propia naturaleza ha de tener eficacia o trascendencia general para el conjunto de la plantilla (vgr., clasificación profesional, retribuciones, etc.), en las posibilidades de los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos e, incluso, en las posibilidades de flexibilización que representa tanto la vía de modificación sustancial de condiciones de trabajo, la regulación del descuelgue salarial, o la adopción de otros acuerdos y pactos a nivel de empresa, típicos y también atípicos. Vid. García–Perrote Escartin, I., "La reforma del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores", *Estructura de la Negociación Colectiva,* VIII Jornadas de estudio de la Negociación Colectiva, CCNCC, MTAS, 1996, págs. 23 y ss.

las reglas de ordenación de las fuentes que son las que determinan en última instancia la capacidad real que les corresponde a los distintos sujetos titulares del derecho de negociación[19].

A pesar de todo ello se trata de un posicionamiento que no deja de generar ciertas dudas[20] si se repara en que se trata de facultades que se reconocen con carácter exclusivo en beneficio de determinadas organizaciones, las más representativas –y no precisamente por un mandato directo de la ley orgánica de desarrollo específico del derecho fundamental de libertad sindical, sino por el Título III del Estatuto de los Trabajadores, aunque pueda considerarse éste realmente integrado en aquélla por la vía del reenvío o la remisión que se hace en el art. 6.3.b LOLS, al menos, respecto de las organizaciones de naturaleza sindical–, en detrimento de otras que también han de gozar de un mínimo reconocimiento de poder hacer, por razón de su suficiente representatividad. En ese sentido, y sin perjuicio de que la funcionalidad de la mayor representatividad puede ser diversa según el tipo de facultad que se pretenda facilitar o promocionar –selección objetiva de un número razonable de interlocutores para permitir y/o garantizar una participación institucional eficiente, que es la función además originaria o primigenia de la institución, o aseguramiento del mayor nivel de representación real en los procesos de negociación colectiva de eficacia general–, no lo es menos que los condicionantes establecidos por la jurisprudencia constitucional para justificar la restricción del principio de igualdad de trato que conlleva siempre han partido del criterio de proporcionalidad, como regla general respecto del reconocimiento y/o reparto de derechos y facultades; y de la reserva de la atribución en exclusividad de ciertos poderes y prerrogativas, como excepción. O dicho de otro modo, la diferenciación del estatus jurídico de los dis-

---

[19] Un supuesto algo excepcional puede localizarse en el sector de las empresas de trabajo temporal que, desde el II Convenio suscrito a nivel estatal (actualmente en su V edición, BOE núm. 34/2008, de 8 de febrero), proclama expresamente su autocalificación conforme a las reglas comunes a todo convenio colectivo del art. 82 ET y, también, como acuerdo interprofesional de los del art. 83.2. Y ello para fijar una estructura férrea, más allá incluso de las excepciones del art. 84 ET, basada en la complementariedad del nivel estatal y autonómico exclusivamente, quedando vedada cualquier otra expresión de negociación colectiva. La singularidad del sector y, sobre todo, la existencia de normas excepcionales a nivel legislativo (art. 13 LETT) parecen dar cobertura a esta manifestación que de otra forma presentaría muchas dudas no ya de oportunidad, sino de legalidad. Sobre estas especificaciones normativas y los orígenes de la negociación colectiva desarrollada a nivel empresarial con carácter previo, antecedente que ayuda a comprender realmente el alcance de esta reacción negocial, véase Nogueira Gustavino, M., cit., págs. 312–321. Con carácter mas general, es cierto también que nuestra doctrina jurisprudencial tiene como una realidad relativamente asentada la de admitir que los convenios sectoriales del máximo nivel territorial ejerzan en esa misma sede la doble función de convenio regulador de condiciones de trabajo y de instrumento de ordenación de la estructura negocial, y eso que las reglas de legitimación de los arts. 83 y 88 no coinciden en todos los sujetos habilitados para intervenir.

[20] Extremo que, como se verá, en el ámbito de la negociación de los funcionarios públicos ha sido objeto de debate expreso, y de ahí las reservas que se pueden generar si se opera su traslación al conjunto de la negociación.

tintos sujetos sindicales en orden a la negociación colectiva general puede encontrar justificación en aras a garantizar la representación cualificada de los intereses del grupo afectado (FJ 10 STC 98/1985, de 29 de julio)[21], que es sobre el que se extiende la propia regulación, pero no quizás si lo que se pretende normar son las condiciones y posibilidades de ejercicio del derecho al mismo tipo de negociación por parte de otros sujetos titulares de la misma libertad sindical, pues en ese caso la medida puede resultar desproporcionada desde la perspectiva del principio de igualdad, ínsito en todo derecho fundamental, por muy objetivos que sean los criterios utilizados para la selección de los primeros.

Nótese en todo caso que no se trata de destacar un problema de legalidad ordinaria sobre resolución de los problemas de concurrencia entre convenios de la misma naturaleza jurídica, o de la oportunidad e idoneidad del ámbito de la prohibición de afectación del art. 84 ET que conoce como se ha dicho de opciones varias para su elusión a través de otras posibles manifestaciones del poder negocial y del cambio de unidad de negociación, sino de analizar y reflexionar sobre la posibilidad que habilita la legislación ordinaria de que sean sólo las organizaciones más representativas las que pueden delimitar la negociación real de otras unidades de negociación, limitando o vedando el derecho a negociar también convenios de eficacia general, *ex* art. 83.2 ET[22]. Limitación a su vez que no se extiende sólo respecto de las organizaciones sindicales y de representación de intereses de los trabajadores, sino también de los propios empresarios titulares de su empresa, en cuyo caso, resulta más difícil aún la justificación. Porque llevado al extremo podrían imaginarse situaciones de negación de esa posibilidad, precisamente en ámbitos en los que los sujetos más representativos carezcan de representación real o implantación efectiva –tengan o no intencionalidad alguna o se pueda demostrar–, que pueden terminar privando de su capacidad de acción a los que efectivamente sí lo son. Algo que, cuando menos, no deja de llamar poderosamente la atención[23].

---

[21] La referencia obligada en la materia es la de los trabajos de Escudero Rodríguez, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español,* Madrid, Tecnos, 1990 y García Murcia, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política,* Madrid, MTSS, 1987.

[22] Un estudio, aunque sólo parcial por su relación con el principio o prohibición de concurrencia, de las posibilidades del art. 83.2 ET, en López Terrada, E., "La articulación de la negociación colectiva", en AAVV, *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, (F. Pérez de los Cobos y J.Mª Goerlich Coord.) Tiran lo Blanch, 2006, págs. 225 y ss. Del Rey Guanter, S. y Serrano Olivares, R., "Algunas consideraciones en torno a la experiencia negocial a nivel de empresa", en *Veinte años…*, cit., pág. 150, se refieren a esta situación denunciando precisamente la inseguridad con que se han desarrollar estos intentos de negociación.

[23] No sólo a nivel nacional sino también desde la perspectiva internacional, por la interrelación entre libertad sindical y negociación colectiva y las salvaguardias que la OIT impone al límite que supone la mayor representatividad. Así, y más concretamente, el parágrafo 239 del Informe de la Comi-

A distinta escala, y sin contar siquiera con el apoyo del derecho fundamental de libertad sindical en su manifestación de mayor representatividad, cabe también localizar otros supuestos en los que la posibilidad de negociación por sujetos sindicales representativos y con auténtica implantación en el ámbito respectivo se encuentra también fuertemente condicionada por la capacidad de decisión de otros órganos de representación, como son en este caso los de naturaleza unitaria o legal en el seno de las empresas. Nos referimos concretamente a los límites que pueden encontrar las secciones sindicales, a veces insubsanables –y no sólo por la preexistencia de un convenio anterior aplicable al conjunto de la plantilla–, para poder negociar convenios colectivos de franja o limitados a determinadas categorías o grupos de trabajadores[24]. Y ello, pese a que la regulación estatutaria fue objeto de modificación expresa en su momento, presuntamente, para facilitar o clarificar dicha opción. Pues la remisión del art. 87.1 ET a las normas del art. 80, en orden a la convocatoria de una asamblea en la que se tome la decisión legitimadora al respecto, no deja de hacer por el titular de las facultades de ordenación y dirección de la misma las posibilidades reales de su realidad y/o efectividad.

3.2. En orden a la acreditación en un ámbito específico a efectos de garantizar la necesaria correspondencia

Junto a la anterior, y en un orden ahora mucho más práctico o concreto, otra de las cuestiones que se quiere poner de manifiesto ahora en este planteamiento general en torno a la capacidad de los sujetos negociadores es la referida a la prueba y a la forma de acreditación de los distintos niveles de representatividad exigidos, sobre todo por los arts. 87 y 88 ET, para la válida conformación de las comisiones negociadoras de los convenios de eficacia general. Factor delimitador de la capacidad real de los sujetos negociadores, no sólo para la delimitación de los ámbitos de aplicación del convenio, sino para la propia funcionalidad o eficacia de éste.

---

sión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, aprobado por la 81.ª reunión (Informe III, Parte 4ª) de 1994, refiriéndose a esta última institución, *cuyo reconocimiento no constituye, en sí, un motivo de crítica*, añade que *es preciso evitar que, como consecuencia de dicha distinción, se confieran a las organizaciones más representativas otros privilegios que vayan más allá de la prioridad en materia de representación en la negociación colectiva, la consulta por el gobierno o aun la designación de delegados…* Subrayado que es añadido para resaltar su oposición a potestades propias de exclusividad o monopolio. En *Libertad Sindical y Negociación Colectiva,* OIT, Ginebra, 1994, pág. 117.

[24] Véase Fuentes Rodríguez, F., *Los convenios colectivos de franja*, Tecnos, 2005 y Nogueira Gustavino, M., *Sindicato y negociación colectiva de franja*, Tirant lo Blanch, 2001, para comprobar tanto la escasa aportación jurisprudencial en la materia, como la necesidad de acudir a singulares fórmulas de integración de la norma ante las dificultades de su puesta en práctica en caso de boicot o negativa por parte de los representantes normalmente mayoritarios en los órganos de representación legal.

3.2.1. Condicionamientos de la clasificación económica de la actividad empresarial

Sobre esta cuestión lo primero que no puede obviar es que pese a la proclamación de tan amplia libertad como la que se proclama en los arts. 83.1 y 85.3.b ET[25] sobre el derecho que asiste a las partes en orden a la determinación de los ámbitos de aplicación del convenio colectivo, desde el punto de vista funcional o profesional existe una limitación previa más allá de la propia autodefinición de su ámbito de actuación por los propios sujetos negociadores en sus estatutos de configuración interna, que es la de la concordancia del ámbito sobre el que pretende proyectarse el convenio y el de alguna de las categorías previamente establecidas por las diferentes clasificaciones oficiales de la actividad económica[26]. Y ello, porque las certificaciones que puede emitir la oficina competente[27], forma habitual con la que se acreditan los niveles de representatividad en función del cómputo de

---

[25] Y en la que no caben injerencias administrativas, so pena de vulnerar el derecho a la negociación colectiva, según indican Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F.F., "Las unidades de negociación", en *El régimen jurídico de la negociación*…, cit., pág. 162, con apoyo en la STC 17/1986, de 4 de febrero. Aunque no falten ocasiones en que se desestimen por tratarse de una elección arbitraria y no objetiva (SS TS 20–9–1993 y 17–7–2002).

[26] La más conocida y utilizada, de forma obligatoria además en las relaciones con la Administración Pública en la actualidad (art. 2), es la que se conoce con el acrónimo de CNAE–93, en cuanto que versión revisada por el RD 1560/1992, de 18 de diciembre, del sistema de clasificación nacional de actividades económicas que data de 1974. Clasificación que, en breve, será de nuevo actualizada por mandato del RD 475/2007, de 13 de abril, que viene a recoger los parámetros básicos de la nueva clasificación de la UE de actividades económicas (NACE Rev.2), sin perjuicio de la necesarias correspondencias entre una y otra. Pero en modo alguno la única, en tanto que se permite la creación de otras, no sólo por mayor desagregación (art. 3), sino para otros efectos o de mayor ámbito territorial. Como es el caso de la clasificación europea de productos por actividades (CPA), o nacional de educación (CNED–2000); e, incluso, no oficiales, como la clasificación funcional de Rubalcaba y Antón (1997), por la que se decanta finalmente el equipo de investigación del Prof. Rivero Lamas, en su estudio sobre *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, CCNCC, MTAS, 2006, ante la insuficiencia de la primera y, precisamente, para solventar las dificultades del abordaje de uno de los denominados sectores emergentes. Otra de las opciones, sin desarrollo efectivo, es la que se prevé en la Disposición Final Segunda ET, en la que se atribuye a la CCNCC, a modo de competencia, el asesoramiento y consulta en orden al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios, que podría haber materializado un catálogo de actividades a modo de guía. Sobre la reestructuración de este órgano con la reforma laboral de 2006, mi trabajo "Ampliación competencial y reestructuración de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ", TL, núm. 85/2006, págs. 215–235.

[27] Oficina que, según la Disposición Adicional primera de la LOLS y el art. 75.7 ET, dependiente de la Autoridad Laboral, emitirá para el momento en que sea preciso *certificaciones (en las que) consignarán si el sindicato tiene o no la condición de más representativo o representativo, salvo que el ejercicio de las funciones o facultades correspondientes requiera la precisión de la concreta representatividad ostentada*.

las actas electorales, parten de la premisa previa de la calificación de la actividad económica de la empresa en la que se ha desarrollado el pertinente proceso electoral. Calificación que se efectúa, primero, por autodeclaración del propio empresario; y, en todo caso, con o sin posterior revisión a los efectos que proceda por las distintas Administraciones, según la actividad que se ha de considerar principal o preponderante de la misma. Así, y dejando al margen los supuestos de certificación de la mayor representatividad por referencia a la totalidad o globalidad de los resultados alcanzados en el conjunto de los sectores productivos y ramas de actividad, en el caso de que sea necesaria la certificación de un porcentaje determinado –vgr., de suficiente representatividad en un ámbito territorial y funcional concreto, ésta sólo podrá llevarse a cabo si existe esa paridad o correspondencia, lo que origina problemas casi irresolubles cuando se pretende la creación de nuevas unidades o ámbitos de negociación, o la modificación de alguno de los preexistentes, salvo que se dé como correcta la exigencia de acreditación por sobrerrepresentación. Cuestión, en todo caso, susceptible de resolver si se tiene en cuenta que el nivel de desagregación por sucesivos dígitos de la clasificación nacional de referencia permite una gran aproximación, no sólo a sectores y ramas, sino también a subsectores, aunque todo ello dependa finalmente en gran medida del nivel de información que sobre ese detalle se incorpore a las actas de los distintos procesos electorales –algo que, teniendo en cuenta con que datos cumplimentan, no deja de arrojar ciertas reservas de importancia–[28].

Necesaria concordancia o correspondencia entre los ámbitos de aplicación del convenio y la forma de medición de los resultados electorales o, mejor, de acreditación del nivel de representatividad, que condiciona y mucho la verdadera capacidad de acción negocial de sus sujetos protagonistas[29] –más allá incluso de las previsiones explícitas de las normas que regulan el sistema de relaciones laborales

---

[28] Cuestión que, aunque parcialmente distinta en sus planteamientos de partida, se analiza en Martín Valverde, A., Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo,* Tecnos, 17ªed., pág. 351, donde se refiere la posibilidad de cambios en la unidad de negociación por absorción en una más amplia o disgregación en varias más reducidas. El supuesto resuelto en vía jurisprudencial, en sentido inverso en realidad y referido al cómputo de la representatividad de las asociaciones empresariales, es el del caso en el que se intenta una negociación por aglomeración o aglutinamiento de dos unidades funcionales y/o territoriales preexistentes –aunque siempre coincidentes con alguna de las categorizaciones de la clasificación estandarizada–, en cuyo caso se habrá de acreditar la titularidad del porcentaje mínimo en cada una de las referidas unidades, sin que en principio valga una ponderación media o global del conjunto (SS TS 23–6–1994, 19–12–1995, 18–12–2002 y 21–6–2005).

[29] Del mismo modo que condiciona esa misma capacidad, por ejemplo, la identidad entre la denominación de la organización sindical que solicita la certificación y el nombre con el que se presentaron las candidaturas al proceso. Así, en los casos de coalición electoral, será a ésta, y no cada uno de sus componentes, a la que se atribuirá u ostentará en todo caso el nivel de representatividad, Solans Latre, M.A., cit., pág. 245.

y de la proclamada libertad de elección[30]–. E, incluso, de construcciones jurisprudenciales como las de la denominada unidad apropiada[31] o preterición del exceso de discrecionalidad, límite también operativo en no pocas ocasiones.

Lo anterior, ciertamente, se podría insertar sin problemas como un elemento más del amplio conjunto de reglas y límites propios que caracteriza el sistema de negociación colectiva estatutaria. De forma más específica, entre las normas que regulan la institución de la mayor representatividad y de las que se preocupan de la necesaria articulación de sus productos, lo que incluye desde el principio de unidad de empresa y de preferencia de convenio único –a través sobre todo del concepto de actividad principal de la misma–, de selección adecuada de la unidad funcional de referencia, de prohibición o no afectación de un convenio vigente y hasta de elección de la norma más favorable en supuestos de concurrencia, por lo que no procedería entrar a su desarrollo en este momento. Sin embargo, lo que interesa destacar es que también representa una manifestación de los problemas que origina la búsqueda de una representación real y no sólo formal de los sujetos negociadores, por cuanto que la ratio última de la regulación es tratar de conseguir que los intereses de la mayoría o generalidad de los afectados se encuentren representados por parte de los sujetos negociadores, si no a través de un mandato o apoderamiento propio del derecho privado, sí al menos mediante una acreditación positiva y material de su legitimación acreditada.

De ahí que no se termine de comprender algún tipo de solución que se viene generalizando respecto de ciertas empresas que desarrollan diversas actividades productivas, como es el caso de las empresas multiservicios y, muy especialmente, las Administraciones Públicas[32], en tanto que no existen garantías sobre la necesaria

---

[30] Exponen Sempere Navarro, A.V. y Luján Alcaraz, J., cit., pág.71 y ss, la sutil diferencia existente entre la elección del ámbito de aplicación de los convenios y la cuestión de la capacidad de las unidades de negociación, hasta el punto que tienden a confundirse, normalmente además, por la influencia de la determinación legal de las reglas sobre composición de las comisiones negociadoras en función del ámbito funcional de los convenios.

[31] Molina Navarrete, C., "Cobertura y aplicación de la negociación colectiva. Realidad productiva y ámbito funcional de los convenios", en *Estado Social y Autonomía Colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, MTSS– CCNCC, 2006, págs. 63–88, en especial, 84–86. Y, muy especialmente, la STS 3/2/2006 (RJ 3032), en la que se expone que la unidad apropiada es aquella en la que existen criterios de homogeneidad que permiten establecer una regulación uniforme de las condiciones de trabajo no

[32] Y, en concreto, a las entidades locales, como ponen de manifiesto las SS TS, de 7–10–2004 (RJ 2005, 2167) y 1–6–2005 (RJ 2005\9663), a las que siguen las de: TSJ Madrid, de 24–4–2006 (AS 2006, 1734), TSJ Cataluña, de 20–5–2005 (AS 2005, 1748), 17–1–2006 (AS 2006, 443) y 25–4–2007 (JUR 2007, 247545), TSJ Murcia, de 2–7–2007 (AS 2007\2782) y TSJ Castilla–La Mancha, de 9–1–2007 (AS 2007\889). Vid., también, Álvarez Cuesta, H., "La progresiva desprotección convencional de los trabajadores al servicio de Ayuntamientos y el imposible descuento de indemnizaciones de otras ya percibidas", AS, núm. 9/2008 [paraf. 30/2008. BIB 2008\1623].

coincidencia entre las distintas unidades que sirven para la medición del nivel de representatividad, ni conste tampoco previsión explícita alguna acerca de una norma de excepción. Así, no son pocas las resoluciones que ante la ausencia de convenio propio más específico, particularmente a nivel de empresa o inferior, están entendiendo que según la calificación material que merezca por razón del tipo de actividad económica cada una de las secciones o dependencias de este tipo de empleadores, será el correspondiente convenio colectivo sectorial el que resulte de aplicación. Evidentemente, el análisis se hace desde la perspectiva de la cobertura de vacíos de regulación y de selección de la norma aplicable a partir de las grandes declaraciones que las propias partes negociadoras realizan en este tipo de convenios respecto de las empresas y unidades productivas que quedan bajo su amparo. Pero no, desde el prisma de su capacidad de actuación y representación. De modo que cuando se declaran aplicables estos convenios sectoriales de mayor ámbito territorial –vgr., de educación, construcción, servicios sociales o parques y jardines–, a cada una de las unidades de un único sujeto compilador, se pasa por alto, no ya la definición del ámbito de actuación propia de la organización sindical o empresarial, lo que resulta especialmente llamativo en el caso de las administraciones públicas, sino que el nivel de representatividad que se certifica para llevar a cabo la negociación no habrá tenido en cuenta a buen seguro en su total a este tipo de empresas, ni a sus trabajadores y representantes, por estar incardinados en otro epígrafe de la clasificación económica, quebrándose así el necesario principio de adecuación o correspondencia entre el mandato representativo y la población que resultará finalmente afectada. Por ello, no es tanto un problema de aplicación de los esquemas iusprivatistas del mandato de representación, ni siquiera de la imposibilidad –a veces, hasta legal– de poder estar representado en las diferentes asociaciones que conforman los bancos negociadores, sino de si éstas gozan de un nivel de representatividad suficiente en cuanto que medida sobre la totalidad o realidad de los que en última instancia resultarán afectados.

3.2.2. El problema singular de las asociaciones empresariales

Para cerrar esta primera parte, y en un elenco de cuestiones problemáticas sobre negociación colectiva, ya se puede adivinar que no puede quedar sin cita el asunto de la medición de la representatividad empresarial, así como el de la insuficiencia –mejor, carencia– de su normativa de desarrollo. Como se sabe, es la propia caracterización como reglas de orden público de las normas reguladoras sobre selección de los sujetos negociadores de los convenios y acuerdos de eficacia general[33]

[33] Por razón, como ya se apuntó, de la nulidad que le corresponde como convenio colectivo estatutario en caso de falta de representatividad suficiente de los sujetos negociadores, SS TS 26–4–2006, 3–5–2006 y 21–9–2006 (RJ 4771, 3032 y 8730, respectivamente).

el factor preponderante de la dificultad que se encuentra en no pocas ocasiones para conseguir su exacto cumplimiento. De ahí que, al menos, en determinados supuestos se hayan tenido que idear distintas soluciones para suavizar su extremo rigor. Y es que si la anteriores consideraciones, aun generales, pueden encontrar excepciones, no se falta a la verdad si se dice que mayoritariamente éstas van a tener como destinatario natural a las asociaciones empresariales más que a las organizaciones de trabajadores.

Los problemas de la configuración de este tipo de asociaciones como sujetos negociadores de convenios colectivos se pueden situar fundamentalmente en dos tipos de supuestos. Uno sería algo más singular, como es el que representa la negociación de convenios marco y acuerdos interprofesionales generales o sobre materias concretas, a los que se refieren los arts. 83.2 y 3 ET, respectivamente. Como se sabe, la norma designa genéricamente como sujetos legitimados para estos casos a las asociaciones patronales más representativas en el sentido de que parece que a los efectos de reconocerle esa capacidad sin necesidad de tener que cumplimentar las más exigentes reglas de legitimación –inicial, plena y decisoria, como gusta llamarlas a nuestra jurisprudencia– propias de la negociación en ámbitos superiores al nivel de empresa (arts. 87 y 88)[34]. Ahora bien, el problema no sería solo ése, sino mas bien el de cómo se determina esa condición de mayor representatividad empresarial si no existe mayor definición legal al respecto que la concepción genérica que de esta figura se localiza en la Disposición Adicional Sexta del propio ET. Disposición en la que efectivamente se definen a estas asociaciones pero sólo *a los efectos de reconocimiento de su derecho a la participación institucional y a la cesión temporal de uso de bienes inmuebles del patrimonio público*.

El segundo problema central de estos sujetos tiene que ver con la dificultad de alcanzar y acreditar el doble requisito de representatividad establecido precisamente en los arts. 87 y 88 ET para la negociación de convenios colectivos de ámbito superior al de empresa. Nivel de representación que se ha de referir tanto al momento inicial de capacitación, como al de válida constitución de la mesa, y a cuyos efectos computan tan sólo los empresarios que ostenten la condición de empleadores. Requisitos, en todo caso, para cuya acreditación formal no existen oficinas públicas o certificaciones específicas como las previstas para el caso de las organizaciones sindicales, de ahí las dudas crecientes acerca de su realidad y las consiguientes técnicas jurisprudenciales que han surgido para su protección. Técnicas de entre las que destaca la de la presunción de legalidad que cabe extender a los convenios que son publicados tras el preceptivo control de legalidad por parte de la Autoridad Laboral o cuando se trata de las mismas asociaciones que vienen

---

[34] Apunta, no obstante, Cruz Villalón, J., "La nueva hornada de Acuerdos Interconfederales", en *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva,* MTAS–CCNCC, 2004, pág. 128, a modo de dato presunto, que ambos requisitos se cumplen en los casos de concertación de los respectivos ANCs.

negociando ediciones anteriores del mismo convenio sin noticia de impugnación. Presunción que supone, en última instancia, que sólo puede ser destruida por prueba fehaciente de quien interese lo contrario, lo que supone trasladar una carga a veces imposible[35].

Desde la perspectiva de la acreditación formal y su incidencia en la verdadera capacidad de acción de este tipo de asociaciones, interesa destacar también que la anomia legal se convierte en una especie de búsqueda desenfrenada de elementos probatorios sobre cada uno de los extremos a acreditar, desde las propias autodeclaraciones emitidas por los responsables internos de las asociaciones, a las certificaciones sobre los censos existentes en los distintos registros y organismos oficiales, incluida, a veces, hasta encuestas del Instituto Nacional de Estadísticas. Prácticas y documentos que, en cualquier caso, adolecen de los mismos problemas antes mencionados en el sentido de que en muchos casos no podrán estar incluidos todos los empleadores sobre los que finalmente se extiende el convenio colectivo, lo que supone en última instancia una quiebra del principio de correspondencia[36], más que un problema de falta de mandato representativo.

4. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA LEY 7/2007, POR LA QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO BÁSICO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La primera de las reformas legislativas seleccionada presenta, a diferencia de otras, un conjunto tan vasto de disposiciones y principios innovadores en materia específica de negociación colectiva que aconseja extremar la prudencia en su tra-

---

[35] Por todas, STS 20–2–2006 (RJ 5358). Vid. Lahera Forteza, J., "Prueba de la legitimación empresarial en la negociación colectiva sectorial de eficacia general", RL, T I/2005, págs. 673–679, en la que comenta la STS de 4–7–2004 (RJ 7070) en la que, precisamente, se termina declarando nulo un convenio ya publicado. También, Salido Banús, J.L., "Legitimación de las asociaciones empresariales en la negociación colectiva", AS, núm. 10/2008 [paraf. 36/2008. BIB 2008\1722].

[36] Pese a la rigidez que muestra la jurisprudencia en esta materia, no deja de sorprender siempre alguna resolución como la que refiere M.A. Solans Latre, cit., pág. 252, respecto de la falta de concordancia entre la definición del ámbito funcional del convenio y la propia autodelimitación contenida en los estatutos fundacionales de la asociación empresarial, en los que no queda incluida, en el sentido de que no era impedimento para la válida aprobación del convenio colectivo (STS 8–6–2005). Doctrina que entendemos se ha de considerar plenamente acertada pues la cuestión no es, desde el punto de vista del principio de correspondencia, si se puede negociar para un ámbito funcional mayor (así lo hacen también, respecto del dato territorial, las organizaciones más representativas a nivel autonómico cuando se les legitima para la negociación de un convenio estatal), sino de que se garantice ese derecho cuando se posee representatividad suficiente en un determinado ámbito que necesariamente ha de quedar afectado por la negociación en el ámbito superior.

tamiento, a efectos de no olvidar la temática principal relativa a la definición y selección de los sujetos negociadores. Con independencia, eso sí, de que en ocasiones resulte imprescindible alguna referencia tanto a la estructura de la negociación como a su contenido potencial o ámbito objetivo, por razón de su incidencia en la capacidad de los mismos.

El punto de partida sería el de tener constancia de que aun a pesar de la fuerte homologación de condiciones de trabajo que representa el EBEP para el conjunto de los empleados públicos –laborales y personal funcionario, y en todos los sentidos además, es decir, tanto en el plano individual como también en el de las relaciones colectivas–, las diferencias entre la negociación colectiva del personal funcionarial y el personal laboral siguen persistiendo en la actualidad, hasta el punto de que ambos canales de determinación de las condiciones de trabajo coexisten de forma individualizada. Diferencias que se extienden tanto a los procedimientos como a los efectos de la negociación e, incluso, a la variedad de manifestaciones de acuerdos y convenios, con base precisamente en el diferente amparo constitucional de estos derechos, según se considere que el anclaje de su fundamento se encuentra en el art 28, 37 ó 103 CE, es decir, en un derecho público subjetivo reconocido por la Constitución directamente, o en la ley de su desarrollo y conformación.

Paralelismo o coexistencia de regulaciones que no deja de sorprender en algún caso, en el sentido de una ausencia formal de acercamiento o de mantenimiento de ciertas ambigüedades, aunque sólo sea por ciertos detalles técnicos. Y es que pese al conjunto de innovaciones que representa el EBEP[37], incluida la asunción ex-

---

[37] Sobre la bibliografía seleccionada y consultada, por razón de su más reciente aparición pero en ningún caso con carácter exhaustivo, cabe destacar la siguiente relación: Roqueta Buj, R.: *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público,* La Ley, 2008; "El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral en las Administraciones Públicas", en AAVV: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Madrid (CGPJ), 2007, págs. 149–222; "La negociación colectiva en la función pública", TL, núm. 76/2004, págs. 319–342 y "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", en *El Régimen Jurídico*…, cit., págs. 661–698. López Gandía, J.: "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto", en AAVV: *El estatuto básico del empleado público*. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia (Laborum), 2008, págs. 249–341. Fernández Domínguez, J. J.: «Artículo 36. Mesas Generales de Negociación», en AA VV: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thompson–Aranzadi, 2008. Lahera Forteza, J., "Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público", *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas*…, cit., págs. 113–147. Lorenzo de Membiela, J.B., "Análisis sucinto del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 13 de abril", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 733/2007. BIB 2007\1083. Vid., también, Damián Moreno, J.R., "La negociación colectiva de las condiciones de trabajo «básicas» de los funcionarios públicos tras la reforma de la LORAP", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 720/2007 (BIB 2006\1747) y VVAA: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público,* (Dir. M. Sánchez Morón), Lex Nova, 2ªed., 2008, en especial, su Capítulo 7º, a cargo de Sala Franco, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos, págs. 291–313.

presa de algunas normas o principios propios de la negociación laboral –vgr., en materia de composición mínima de las mesas de negociación y distribución de puestos según el criterio de proporcionalidad–, llama la atención el tratamiento una manifestación tan singular como es la de la posibilidad de una negociación conjunta para funcionarios y personal laboral sobre cuestiones que pudieran resultar de interés común, en el sentido de que se efectúe sin ningún tipo de reforma formal del Título III ET, pese a la innegable trascendencia material que ello representa. O que, respecto de otras disposiciones normativas específicas, como la de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, parece obviarse que la constitución de determinadas mesas sectoriales está ya preconfigurada y no puede hacerse depender de una nueva decisión salvo que aquélla se considere tácitamente –pues no se hace de forma no expresa– derogada.

De cualquier modo, y centrándonos en la materia propia de los sujetos negociadores, se puede afirmar de entrada que efectivamente existen importantes innovaciones en las diferentes reformas[38] llevadas a cabo, algunas de hondo calado, como consecuencia sobre todo de la nueva estructuración de las mesas o ámbitos de negociación que se instaura, por lo que a su atención deberemos dedicarnos en primer lugar.

4.1. Estructura de la negociación y determinación de los sujetos negociadores. Principios generales

Partiendo de algunas premisas que siguen resultando invariables en la negociación colectiva de los funcionarios públicos, como la del reconocimiento con carácter exclusivo del derecho a la negociación colectiva en favor de los sujetos con naturaleza sindical en sentido estricto, y la de la fijación de una estructura o delimitación de los ámbitos de negociación con carácter cerrado o preestablecido por la Ley, es decir, sin reconocimiento de capacidad a las partes para libre determinación, la reforma que se instaura con el EBEP se caracteriza principalmente por las siguientes notas.

En primer lugar por la notable ampliación, aunque con cierto grado de indeterminación cuantitativa, del total de Mesas de Negociación. Así, y junto a las ya conocidas Mesas Generales de la Función Pública, a constituir en cada Administración territorial y que son las encargadas de negociar el grueso de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y personal estatutario asimilado (art.

---

[38] Reformas en el sistema de negociación que, ciertamente, se incorporaron al Ordenamiento Jurídico antes de la promulgación formal de la Ley 7/2007, por obra de la reforma que introdujo la Ley 21/2006, de 21 de junio, en determinados preceptos de la LORAP, hoy integrados en el Capítulo IV del EBEP.

34.1. EBEP), la nueva regulación prevé la constitución paralela de una serie de Mesas comunes o mixtas (art.36.3), en cuanto que engloban bajo su ámbito subjetivo de influencia al conjunto de los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales, y que se han de constituir también en cada una de las Administraciones territoriales, con la particularidad de estar encabezadas por una nueva instancia suprema o suprageneral para el conjunto de las Administraciones Públicas (art. 36.1). Es decir, con un ámbito o foro universal y en la que se habrá de negociar algo tan trascendente como el contenido de lo que pueda ser legislación básica estatal, así como el incremento global de las retribuciones a incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos de cada año.

Mesas todas que resultan regladas, nominadas y por tanto tasadas, pero a las que se han de añadir otras de constitución discrecional u opcional e, incluso, de ámbito indeterminado, siempre específicas para el personal funcionario, como serían: las mesas sectoriales (art. 34.4) que en su caso se determinen por las distintas Mesas Generales y las instancias de ámbito supralocal o supramunicipal (art. 34.2), que resultan ahora también expresamente previstas.

En segundo lugar, por la determinación de los sujetos negociadores conforme al propio ámbito subjetivo y territorial de la negociación, ya sea en función de las reglas de atribución competencial propias de cada Administración, ya del nivel de representatividad que ostenten las diferentes organizaciones sindicales de conformidad con los artículos 6 y 7 de la LOLS, para los respectivos bancos negociadores. Conforme a este esquema, los diferentes preceptos específicos de la Ley –que no son pocos– se encargan de matizar, sobre todo por lo que respecta a los sujetos sindicales, la significación de una especie de principio de correspondencia entre el nivel de representatividad y la consideración de sujeto legitimado para cada una de las mesas, que funciona de forma cumulativa de mayor a menor ámbito sólo para las organizaciones más representativas, y sólo si existe perfecta identidad o correspondencia de los ámbitos de representación en los restantes casos. Lo que dista mucho de ser pacífico, por lo que ahora se dirá.

Así, y de una parte, se consideran organizaciones con derecho a formar parte de cualquier mesa a todas las organizaciones sindicales con la condición de más representativas a nivel estatal, en los términos previstos en la LOLS. Lo cual es del todo punto lógico pues para alcanzar tal condición se habrán tenido en cuenta la totalidad de los representantes unitarios, ya sean elegidos en el ámbito del personal laboral o del funcionarial. Del mismo modo, y acorde también con la previsión del art. 6.2.b) de la LOLS sobre representatividad por irradiación, tendrán derecho a conformar las distintas mesas las asociaciones afiliadas, federadas o confederadas a las anteriores, con la única limitación que supone la autodelimitación de su propio ámbito funcional y territorial de actuación.

Respecto de las organizaciones más representativas a nivel autonómico, y en concordancia con la misma excepción territorial que se prevé para la negociación del personal laboral, ha de entenderse que éstas gozarán del derecho de presencia no

sólo en las mesas de ámbito territorial autonómico o inferior –donde también cabe la representación por irradiación–, sino en las distintas Mesas estatales, sea la de carácter mixto para el conjunto de las Administraciones Públicas (art. 36.1), sea en la Mesa General para los funcionarios de la Administración del Estado (art.33.1 y 34.1), ante la ausencia de distingos y como consecuencia de su especial significación.

Junto a las anteriores, se reconoce también el derecho de negociación al resto de organizaciones representativas o suficientemente representativas, en función del ámbito específico de la mesa de que se trate y del nivel de representación acreditado en el mismo (mínimo del diez por ciento), concentrándose aquí la principal novedad y las dificultades de su mejor entendimiento[39]. Pues parecen negarse ahora las posibilidades de una especie de irradiación derivada, es decir, la que se había generado y aceptado en no pocos casos por razón de la afiliación a organizaciones suficientemente representativas en las distintas Mesas Generales, a efectos poder actuar en las derivadas Mesas Sectoriales. Determinación que cuenta, no obstante, con alguna que otra excepción expresa en el propio EBEP, aunque de reducido alcance, pues opera tan sólo en un único tipo de Mesa como es la de naturaleza común o mixta a constituir en cada Administración territorial (art. 36.3), y siempre que se tenga reconocido previamente el derecho de presencia en la Mesa General para el conjunto de todas las Administraciones Públicas, como después se verá.

Distinto del anterior sería el supuesto de la posible presencia de organizaciones con alta implantación real en ámbitos sectoriales inferiores en la correspondiente Mesa General de la que deriva o en la que se integra, pues en ese caso el análisis debe hacerse desde el prisma de su capacidad de obrar, las exigencias del principio de correspondencia y la regulación de la representatividad sindical. Y es que una cosa es que la irradiación, efectivamente, sólo se prevea en la LOLS para las asociaciones vinculadas a organizaciones más representativas a nivel territorial, y otra bien distinta establecer una limitación adicional a la capacidad de actuación de las organizaciones sindicales por razón de la estructura de la negociación y la autodefinición de sus ámbitos. Máxime, si se tiene en cuenta que ese diseño va acompañado de una asignación material o reserva de materias que podría suponer en realidad la negación del acceso a las verdaderas instancias decisorias, aquellas en las que se inexorablemente se negociarán los términos principales de las condiciones de trabajo, a quien puede tener un nivel de implantación cuantitativa y objetivamente suficiente.

Nótese en ese sentido que no existe limitación legal alguna por razón de un ámbito funcional mínimo en la definición de cada organización, de cara su acceso a la mayor representatividad. Así, los arts. 6 y 7 de la LOLS sólo exigen identidad en el ámbito territorial, de modo que toda organización que alcance el diez por

---

[39] Valverde Asencio, A., "Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: la ley 21/2006", núm. 87/2006, págs. 83–104.

ciento del total de representantes unitarios elegidos en el correspondiente ámbito, estatal o autonómico, accederá a dicha condición tenga o no tenga definido su ámbito de actuación, teórico o práctico, en la totalidad de los ámbitos funcionales. Ciertamente es difícil pensar en la realidad de supuestos de este tipo, y casi imposible de que incluso de existir algún caso se cumplimentaran las condiciones materiales de acceso, pero en modo alguno ello significa que sólo las organizaciones generalistas tengan acceso a ese reconocimiento o que la ley prohíba que se le pueda reconocer también a organizaciones sectoriales, profesionales o especializadas, si cumplimentaran con los mismos requisitos objetivos.

De igual manera ha de analizarse la menor o suficiente representatividad. Pues de lo que se trata es de acreditar en un ámbito concreto, territorial y funcional específico según el art. 7.2 LOLS, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de constitución de cada Mesa, *ex* art. 33.1 EBEP, una audiencia mínima sobre el global, con independencia de que se pueda alcanzar de manera concentrada en ámbitos más reducidos o diseminada en el total. De hecho, cabe pensar que cuanto más se descienda en la escala de niveles territoriales de la Administración, más fácil será que esa posibilidad se convierta en una realidad. Por eso es dable esperar que puedan existir organizaciones sindicales profesionalmente específicas que tengan delimitado su ámbito funcional de forma más reducida que el ámbito de la negociación, y que por ello mismo no han de quedar excluidas si acreditan el mínimo de representación.

De forma que el principio de correspondencia tampoco ha de entenderse a modo de elemento automático de incapacitación, no sólo porque se conozca de la existencia de supuestos previstos en el ordenamiento que ya excepcionan esa circunstancia –piénsese en las organizaciones más representativas de ámbito autonómico y su capacidad de incidencia en la negociación estatal–, o porque se pueda convertir a la postre en un factor de impida incluso la válida constitución de las Mesas generales –pues, de excluir a estas organizaciones y a los representantes que aportan, será también más difícil que las restantes alcancen la mayoría absoluta del total de representatividad que se exige por el art. 35.1 EBEP[40]–, sino porque supondría obviar que en dichas mesas o ámbitos de negociación se disponen las reglas que han de administrar los intereses de todos los funcionarios y empleados públicos, incluidos aquellos que han seleccionado otra opción representativa y que pueden ver que, pese a su alto grado de implantación –tanto que alcancen por sí

[40] Así, y con independencia de la evolución o tendencia natural que se espera hacia la expansión de la negociación supramunicipal, piénsese en la estructura funcionarial de una inmensa mayoría de Ayuntamientos, y no sólo pequeños, en la que destacan colectivos caracterizados por un sindicalismo profesional, como es el caso de la Policía Local, que agrupa un importante porcentaje del total de las plantillas. Colectivo al que se extiende la aplicación del EBEP, incluido el capítulo relativo a los derechos de participación y de negociación, *ex* art. 3.2 EBEP, en relación con lo establecido por el art. 52.2 de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Ley 13/1986, de 13 de marzo.

mismas el porcentaje de barrera medido sobre el total–, quedan fuera por un mandato difícilmente justificable desde el principio de igualdad de trato y proporcionalidad que toda organización sindical merece.

Lo anterior supone en definitiva abogar por el reconocimiento del derecho de presencia y negociación de estos sujetos sindicales, y negar esa especie de trascendencia fatal tanto de las reglas de determinación de los ámbitos de negociación, como de las supuestas consecuencias limitativas del principio de correspondencia en relación con la definición de los ámbitos de actuación que haya efectuado la propia organización sindical. Y con más fuerza, si cabe, que como se hizo en el ámbito de la negociación laboral, pues las diferencias que pueden apreciarse entre los dos modelos no han de suponer el cambio de criterio. Así, mientras que a la fuerza teórica de los acuerdos del art. 83.2 ET podían oponerse tanto las vías de flexibilización que suponen los arts. 40, 41 y 84 ET como la negociación extraestatutaria[41], para salvar un contenido de acción mínimo del derecho a la negociación colectiva –en forma de garantía de ejercicio– y, por tanto, del derecho de libertad sindical, en este caso ese tipo de medidas de escape son inexistentes, sin que parezca que sirvan de contrapeso suficiente, ni las "peculiaridades" constitucionales del reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios públicos, y la consiguiente conformación exclusivamente legal de su derecho a la negociación colectiva, ni las necesidades organizativas o la defensa del interés general de la Administración Pública, pues hablamos en todo caso de organizaciones con suficiente representatividad e implantación real en su correspondiente ámbito. Y es que no se trata sólo de garantizar la libertad sindical de las organizaciones sindicales en su sentido subjetivo, sino también en su plano institucional, acorde con el doble reconocimiento que efectúan los arts. 7 y 28 CE[42]. Plano que también ha de tener

---

[41] Opción que en la negociación colectiva de los funcionarios públicos debe considerarse inexistente a tenor de lo establecido en el art. 31.5 EBEP. Y ello porque, en el caso de detectarse algún supuesto semejante –vgr. por incumplimiento de las normas relativas a la composición de las Mesas o de las mayorías suficientes para la aprobación del acuerdo– carecería de eficacia normativa o vinculante, con independencia, eso sí, de su posible aplicación de forma unilateral.

[42] A ello se refiere de forma explícita la doctrina constitucional, aunque sea en el entorno de otro tipo de conflicto como el que acontece entre la autonomía colectiva e individual, como el que se juzga en la STC 221/2005, en cuyo FJ 5 se establece que: "Y es que en la negociación colectiva de condiciones de trabajo converge no sólo la dimensión estrictamente subjetiva de la libertad sindical en relación con el sindicato afectado, entendida esa afectación como perturbación o privación injustificada de medios de acción, sino que alcanza también al sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses (SSTC 3/1981, de 2 de febrero; 70/1982, de 29 de noviembre; 23/1984, de 20 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo, y 18/1994, de 20 de enero). Es sabido que la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar "contenido esencial" de tal derecho; constituyendo parte de este núcleo del art. 28.1 CE, sin duda, la negociación

su proyección a la hora de garantizar su presencia y un grado mínimo de protagonismo en la determinación de las condiciones de trabajo de sus representados, a oponer no sólo frente a la Administración –sea en su condición de empleadora o de Poder Público–, sino también frente a otras organizaciones incluso de naturaleza también sindical.

Junto a las anteriores consideraciones, extensibles a la totalidad de los niveles que conforman la estructura de la negociación en la Administración pública, de lo que se trata ahora es de desgranar cuestiones más singulares o, si se quiere, de detalle, respecto de las principales dudas que pueden generarse en torno a los distintos tipos de mesas que prevé el EBEP, y su repercusión en el derecho de negociación de los diferentes sujetos colectivos. Dudas que, ya se anticipa, son muchísimas, por lo que no podrán ser tratadas y analizadas de forma exhaustiva en extenso, pues de lo contrario sobrepasaríamos el objeto de la ponencia.

4.2. Mesas Generales y Mesas Sectoriales

Por seguir el mismo orden del EBEP, las primeras Mesas a analizar serían las Mesas Generales de la Función Pública y las subsiguientes Mesas Sectoriales. Ciertamente, y respecto de las mismas, el art. 33.1 reproduce el esquema de legitimación ya comentado basado en los diferentes niveles de representatividad y la correspondencia de los mismos con el de las unidades electorales comprendidas en el ámbito de específico de su constitución. Declaración que, en principio, no es más que una regla de partida y no una solución definitiva, como ahora se verá.

Así, y en primer lugar, cabe plantearse si en el ámbito estatal sólo pueden estar presentes las organizaciones más o suficientemente representativas de carácter igualmente estatal o, también, las organizaciones más representativas a nivel autonómico, en virtud de la habilitación que a tal efecto contempla la LOLS y que sirvió de argumento específico en la STC 98/1985, para justificar tanto el aumento del porcentaje mínimo del diez al quince por ciento que se requiere a estas organizaciones, como la acumulación de al menos 1500 representantes. Es cierto que cabe la precisión de que tal facultad de actuación a nivel estatal se hace en el art.7 LOLS sólo a los efectos de participación institucional y que el reconocimiento de la negociación colectiva a ese mismo nivel no se hace por la LOLS, sino por el ET, al

---

colectiva de condiciones de trabajo, puesto que resulta inimaginable que sin ella se logre desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el art. 7 CE (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 73/1984, de 27 de junio, FF JJ 1 y 4; 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ 4; 9/1988, de 25 de enero, FJ 2; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 30/1992, de 18 de marzo, FJ 3; 75/1992, de 14 de mayo, FJ 2; 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3, y 145/1999, de 22 de julio, FJ 3)".

que se remite de forma genérica en torno al derecho a la negociación colectiva. La solución, negativa en este caso, y contraria a lo que venía siendo norma común durante la vigencia de la LORAP, podría sustentarse en dos tipos de argumentaciones. La primera, que en esa Mesa de la Administración del Estado no se regulan ya cuestiones que afecten directamente a los funcionarios de ámbito autonómico, por cuanto que dicha materia –que habrá de tener el carácter de legislación básica– es objeto de conocimiento expreso de la Mesa Común o Mixta para el conjunto de las Administraciones Públicas del art. 36.1 EBEP. Y, la segunda, porque la nueva estructuración de la negociación colectiva lo que busca expresamente es acomodar la misma, a la conformación de las propias Administraciones tras el desarrollo del Estado Autonómico y la respectiva asunción de competencias, de ahí que no tenga mucho sentido confundir ambos planos.

En cuanto a las Mesas Generales de cada Comunidad Autónoma, la aplicación del principio general llevaría a reconocer el derecho de presencia tanto a los sindicatos más representativos a nivel estatal, como a los más representativos a nivel autonómico, así como a los suficientemente representativos en el ámbito de la correspondiente Administración. Sobre este particular sin embargo surgen nuevas dudas. Pues en estas Mesas, por razón de la asunción de competencias en los diferentes Estatutos de Autonomía, pueden regularse cuestiones que afectan a funcionarios de entidades locales. De ahí la pregunta acerca de si la unidad de referencia o medición ha de ser la de las unidades electorales de la Administración Autonómica, o la de la totalidad de las Administraciones sometidas a misma tutela y englobadas en el territorio. Lo cual no es en absoluto baladí[43], aunque se trata de una opción que entiendo debe desestimarse pues no existen unidades electorales específicas para estos concretos colectivos, siendo desproporcionada la exigencia de una sobrerrepresentación como la que supondría la unión de todas las unidades electorales de la Administración autonómica y la del conjunto de las entidades locales.

En este mismo ámbito cabe también preguntarse si como consecuencia de esas mismas competencias de cada CCAA, en especial en materia de legislación compartida sobre función pública, pudieran establecer regímenes diversos sobre negociación colectiva, bien en la propia conformación de estas mesas, bien en la delimitación de los sujetos negociadores. Opción que también podría descartarse

---

[43] Véase en ese sentido las competencias que, en relación, a determinados cuerpos de funcionarios con habilitación estatal atribuye la Disp. Adicional 2ª EBEP, y entre las que se encuentran algunas tan notorias como las *de creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo*, a las CCAA. Opción que baraja y analiza Roqueta Buj, R., *El Derecho*…, cit., págs. 253 y ss, quien llega a defender la necesidad de esa correspondencia, más allá de que la Mesa se constituya en el ámbito de la Administración autonómica pues sus efectos se extenderán a funcionarios de otras entidades, como las de carácter local. Eso sí, se entiende, que se trate de una Mesa en la que se aborden esas cuestiones, porque así se decida o porque el correspondiente Estatuto de Autonomía haya asumido tales competencias.

por la condición de esta parte del EBEP como legislación básica[44], o derecho indisponible para las partes en términos jurisprudenciales.

Más específicamente, y aun dentro de este ámbito, lo que también cabe preguntarse es si resulta posible una regulación autonómica en materia de Mesas Sectoriales o, incluso, si por encima de esa posibilidad la constitución de algunas de ellas ha de entenderse en todo caso preceptiva para las Mesas Generales de cada CCAA, partiendo de la existencia de otros preceptos distintos a los del EBEP de los que podría deducirse su constitución con ese carácter. Y es que hay que partir de la regla establecida en el art. 34.2, en cuya virtud: *Dependiendo de las Mesas Generales de Negociación y por acuerdo de las mismas podrán constituirse Mesas Sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número*.

En ese sentido, resulta muy significativo el ejemplo del personal funcionario y estatutario de los servicios públicos de salud, dotados como se sabe de un estatuto regulador propio y en cuyo art. 79.2 se prevé la existencia de una Mesa sectorial específica a nivel de CCAA, en la que se habrán de negociar la regulación de sus condiciones de trabajo[45]. En esencia, la polémica se centraría sobre todo en la pervivencia[46] de su mandato, de anterior aprobación en el tiempo que el EBEP y/o su preferente aplicación en todo caso por su condición de ley especial, respecto de la norma común o general que sería la Ley 7/2007.

---

[44] Así se establece por la Disp. Final 1ª EBEP, que considera a su conjunto legislación básica al amparo del art. 149.1.18 CE, por lo que respecta a función pública. Opción que plantea, y también descarta, Lahera Forteza, J., "La negociación…", cit., págs. 118 y 128. Admite, no obstante, una cierta capacidad de determinación en ese ámbito, como la creación de Mesas comunes para todas las Administraciones de una CCAA, a semejanza de la del art. 36.1, por lo que supone, también, para los funcionarios de la mismas, Alfonso Mellado, C., *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, 2008, pág. 12, según nota de López Gandía, J., cit., pág. 274.

[45] Literalmente, establece que: *En el ámbito de cada servicio de salud se constituirá una mesa sectorial de negociación, en la que estarán presentes los representantes de la correspondiente Administración pública o servicio de salud y las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de la comunidad autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 % o más de los representantes en la elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud*.

[46] Sobre el tema, el detallado estudio de Cayón de las Cuevas. J., "La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 742/2007 (BIB 2007\2325), en el que se destaca no sólo la existencia de distintas bases o títulos competenciales en un caso y en otro, de orden constitucional, sino la consideración del Estatuto Marco, como legislación básica y común para este personal respecto de los desarrollos que puedan hacerse a nivel autonómico, lo que le convierte no sólo en ley especial, sino en ley común a esos efectos. Defiende también la obligatoriedad de su constitución, junto a otros ejemplos como el del personal dependiente de la Administración de Justicia, aunque no para todos aquellos en los que resultaba listado por la LORAP (vgr. personal docente), Ro-

Más allá de estos u otros argumentos sobre las especificidades del sistema de fuentes, la defensa en este caso de ese ámbito de negociación preconfigurado facilita sin duda el acceso al ejercicio efectivo del derecho por parte de organizaciones profesionales o específicas que, de otro modo, tendrían que alcanzar el diez por ciento de porcentaje de barrera en el total de la función pública autonómica para garantizar su acceso –supuesto éste en el que sí podrían indefectiblemente actuar, con independencia de las exigencias del principio de correspondencia entre ámbitos, por razón de la atribución material u objetiva a favor de la Mesa General de cuestiones que afectan, y directamente, a los empleados por ellas representados–. Lo que se antoja como un requisito mucho más difícil de cumplimentar cuanto mayor sea esa Administración, ya sea aisladamente, bien en unión o coligación orgánica con otras organizaciones sindicales de igual carácter profesional. Dato éste adicional que podría apuntarse también a favor de su reconocimiento automático, en el sentido de no hacer depender su creación de una decisión expresa de la Mesa General, por lo que supone de medida contrapuesta a una presión legislativa excesiva en favor de determinadas formas de asociacionismo sindical para poder disfrutar del contenido mínimo de la libertad sindical[47].

A nivel local, la Mesa General de Función Pública plantearía como supuestos singulares, además de los temas ya apuntados y que le son trasladables –muy especialmente el de los sindicatos profesionales si ostentan el diez por ciento del total de representantes, con independencia de su ámbito funcional–, los de la posible presencia de las secciones sindicales y su difícil, por no decir imposible, constitución en no pocos supuestos, de ahí la novedosa fórmula de la adhesión o conformación de nuevos ámbitos supramunicipales de negociación que se analiza por separado.

---

queta Buj. R., *El Derecho*…, págs. 138 y ss, en especial, pág. 145. En contra de tal opinión, por cuanto que hace depender su constitución de una decisión expresa de la Mesa delegante, la Mesa General, López Gandía, J., cit., pág. 264, con independencia de la defensa del mantenimiento de otras especificidades como las del personal de las Cortes y otras Asambleas legislativas.

[47] Un ejemplo de las tensiones que puede generar esta opción de redireccionar los ámbitos de la negociación y su influencia en la determinación de las organizaciones representativas con derecho de presencia, lo podemos encontrar en el Acuerdo alcanzado en el ámbito de la Administración autonómica de la Junta de Andalucía, *Acuerdo de 7 de octubre de 2008, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de 7 de julio de 2008, entre la Administración de la Junta de Andalucía y las Organizaciones Sindicales representadas en la Mesa General de Negociación de la Administración de la Junta de Andalucía, común para el personal funcionario, estatutario y laboral (art. 36.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril), sobre derechos de representación y sindicales* (BOJA número 218, de 3 de noviembre), en el que se reconocen hasta un total de sesenta liberaciones sindicales a tiempo completo a repartir linealmente entre las tres organizaciones componentes de la Mesa, para compensar los trabajos de dedicación que conlleva su gestión ordinaria. Derecho que, evidentemente, condicionará el reconocimiento de otros semejantes en otros ámbitos de negociación, si se llegan a constituir (vgr. posibles mesas sectoriales).

Respecto de la primera cuestión, ciertamente no deja de ser un problema menor, pese a que la normativa no lo resuelva de forma explícita y sea éste el ámbito donde sea materialmente posible este tipo de sustitución[48]. Y ello porque la sección no deja de ser una estructura del propio sindicato en que se integra, y de cuyas normas estatutarias internas depende en sentido estricto. Los problemas se centrarían así en las posibles divergencias existentes entre la normativa funcionarial y la que se deriva del art. 8 LOLS, en el que se le reconocen una serie de derechos básicos sin distingo, según se constituyan en una empresa privada o en una Administración Pública, y según integren a funcionarios públicos, trabajadores en régimen laboral, o a ambos simultáneamente, en virtud de la definición conjunta que establece el art. 1.2 de la propia LOLS. O, en última instancia, en la concordancia entre la denominación de unas y la de las candidaturas presentadas en los correspondientes procesos electorales, toda vez que serán aplicables en todo caso las reglas sobre nivel de representatividad mínimo y conformación válida de la Mesa por organizaciones que representen la mayoría absoluta de los mismos en el específico ámbito en que se constituyan.

4.3. Las Mesas supramunicipales y las posibilidades de la Administración Institucional

Plenamente consciente de la realidad del tejido y la dimensión de nuestras Administraciones territoriales en el ámbito inferior, el legislador del EBEP configura toda una excepción a la predeterminación férrea y general de los diferentes ámbitos de negociación –en exceso simétrica podría decirse– posibilitando una extensión de los efectos subjetivos de Pactos y Acuerdos alcanzados a otro nivel territorial y por otros sujetos negociadores que, sin embargo, por la parquedad con que se hace genera no pocos problemas interpretativos.

No se trata ahora de analizar todas las posibilidades que ofrece el redactado del art. 34.2, en cuya virtud:

Se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de las Entidades Locales de ámbito supramunicipal. A tales efectos, los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente.

Asimismo, una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los Acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal.

---

[48] A favor de su reconocimiento, Lahera Forteza, J., cit., pág. 124.

Pero sí de destacar algunas de sus notas conflictivas, más allá por supuesto de las que genera su singular técnica de redacción, en especial, por su compleja alusión tanto a los tiempos en los que pueden alcanzarse los respectivos acuerdos –carácter previo, de manera sucesiva o adherirse a acuerdos alcanzados– como a los propios sujetos negociadores que pueden resultar protagonistas –municipios, entidades locales de ámbito supramunicipal (vgr. mancomunidades), o toda Administración o Entidad Pública (se entiende, entonces, más allá de su carácter territorial, por ende, institucional)–.

De entrada, lo que sí parece es que se trata de dos reglas diferentes o con destinatarios distintos, aunque presentan como novedad respecto de las reglas anteriores del art.33, que se refieren conjuntamente tanto a la capacidad como sujeto negociador de las organizaciones sindicales como, especialmente, por su condición de empleadores o asociación patronal.

En cuanto a la primera opción, y aunque no se diga de forma explícita, la referencia tiene como destinatario natural o directo el escenario que conforman las Federaciones de Municipios (y a sus acuerdos tal como es nota común en muchos convenios colectivos del personal laboral) y la posibilidad de centrar en las mismas una negociación para el conjunto de pequeños municipios, toda vez que la inmensa mayoría de las grandes urbes han optado por una negociación propia que difícilmente se va a devaluar. La elevación de ese ámbito de negociación plantea evidentemente la dificultad de determinar la legitimación negocial, no sólo de los sindicatos, que deberán cumplir con el nuevo requisito del art. 35.1 en todo caso, es decir, representar a la mayoría absoluta de los representantes unitarios en el sector de que se trate –tal como se defina–, sino de la propia Federación o Asociación de Municipios, respecto de los que cabe la duda también de si han de cumplimentar idéntica mayoría de Administraciones y empleados o funcionarios, a semejanza de lo establecido en el ET respecto de las asociaciones empresariales, pues ninguna pista ofrece el EBEP –aunque no parezca ni mucho menos razonable, más bien se asemejaría a un grupo de empresas en todo caso–. Y sin que tampoco parezca que sea el esperado desarrollo reglamentario, al que se refiere el art. 35.4, sobre cuestiones de mera composición numérica de las Mesas, su escenario más adecuado.

Con independencia de ello, lo que también parece evidente es que se traslada a este ámbito negocial de las Administraciones Municipales otra institución de la negociación laboral, cual es la de la adhesión, que no la extensión, de los convenios colectivos. Con el problema añadido de su falta de determinación en detalle, en cuanto al cumplimiento de requisitos formales y materiales, generando de entrada si ha de ser una decisión conjunta de los sujetos legitimados, exclusivamente (Mesa General de la Función Pública de cada Administración), o si cabe en su defecto una decisión informal o unilateral por razón de falta de legitimación suficiente, imposibilidad de constitución o de acuerdo en sentido estricto, respectivamente. Resulta también llamativo que la adhesión pueda ser de inicio o

con carácter previo, lo que puede convertirse en todo un cheque en blanco con lo que no se sabe si el consentimiento prestado puede ser considerado válido con independencia del resultado; o de forma sucesiva, se entiende por tanto que emitido con posterioridad, lo que condicionaría el nivel de representación inicial a exigir, sobre todo, desde la perspectiva de la asociación o entidad supramunicipal y de las organizaciones sindicales.

La segunda de las opciones, que no parece incompatible con la anterior ni tampoco termina de diferenciarse, al referirse genéricamente a una (toda) Administración o Entidad Pública –salvo la consideración de entender incluidas ahora esas otras clases de Administración que son las de naturaleza institucional y demás organismos autónomos–, oferta otra posibilidad de adhesión a acuerdos ya adoptados pero con limitaciones adicionales. Así, parece que sólo cabe adherirse en este caso a algún Acuerdo –que no Pacto– de los de ámbito supramunicipal, o a algún otro, se supone que de otra Entidad o Administración territorial, siempre que se haya alcanzado dentro del territorio de la Comunidad Autónoma. Lo que no es sinónimo de que su alcance territorial tenga que coincidir con ésta –vgr., si se alcanza respecto de una Administración que tenga ramificaciones en otras plazas fuera de la Comunidad o incluso en el conjunto del territorio nacional–, por mucho que haya de suponerse que esa es la intención perseguida. En cuyo caso resulta también de lo más incomprensible, en el sentido de inferir que el acto de adhesión ha de tener un límite respecto del modelo a elegir, por razón de la frontera territorial o vecindad civil.

En todo caso, lo que sí parece que debe quedar fuera de toda duda es que ha de resultar una manifestación propia de la autonomía colectiva, por lo que en línea de principio debe interpretarse la necesidad de cumplimentar todos los requisitos y procedimientos que regulan la validez de la toma de decisión, con todas las dudas que los diferentes supuestos concretos puedan presentar, sin que se resulten admisibles supuestos de suplantación, extensión heterónoma o de carácter unilateral[49].

4.4. Las reglas de composición y funcionamiento de las distintas Mesas: la recepción expresa de los negociadores técnicos

A lo largo de las consideraciones expuestas ya se ha hecho mención a la recepción explícita de diversas técnicas propias de la negociación laboral, que suponen todo un avance de clarificación respecto de la versión anterior de la LORAP, y de entre las que destaca sobremanera la de la regla de la proporcionalidad en función del nivel real de representatividad en cuanto a la distinta conformación de las Mesas. De ahí que no sea necesario extenderse en este punto, pues las principales

[49] López Gandía, J., cit., pág. 274.

dificultades que pueden anticiparse, desde la forma de certificación, la posibilidad de hacer compatible representatividad ligada a representación real y representatividad meramente formal –mediante voto ponderado y no unitario–, carácter permanente de los interlocutores o derecho de asistencia de asesores técnicos, pueden ser salvados con la letra de la norma y la propia jurisprudencia existente. Incluido, el *quantum* a tener en cuenta para la exigencia de la mayoría absoluta que ha de quedar representada en la Mesa para su válida conformación *ex* art. 35.1 *in fine*.

Otro tanto cabe decir respecto de los representantes de las Administraciones Públicas, a determinar según el correspondiente reparto competencial de materias que se haga en cada una de ellas en virtud de los Decretos de composición del Gobierno, por lo que se refiere a la Autoridad habilitante. Y sin otro particular a destacar que la de la mención expresa de la posibilidad de encomienda de la negociación en sentido estricto, sin perjuicio de la sujeción a las instrucciones que se emitan y de la preceptiva ratificación final, a órganos técnicos que, en última instancia y en tanto creados al efecto, no habrán siquiera de estar compuestos necesariamente por personal propio de la Administración Pública[50].

Por último, y siendo ésta una referencia particularmente referida a los sujetos negociadores y a su capacidad, reseñar de nuevo la llamada al desarrollo reglamentario que se ha de producir en relación al número de componentes de cada tipo de Mesa, que no podrá superar el número de quince, y la de la ausencia de referencia alguna a la mayoría necesaria o mínima para la válida aprobación de los Acuerdos, algo particularmente interesante si la representatividad no se quiere medir tan sólo a la hora de iniciar la negociación, sino también para la de su conclusión.

4.5. Las Mesas comunes o mixtas: algunos problemas de conformación

La segunda de las líneas de Mesas de Negociación, casi paralela con la primera, es la que conformar el art. 36 EBEP, caracterizada como se ha dicho por su condición de mixtas o comunes, en cuanto que representan tanto a personal funcionarial como laboral. Lo que va suponer evidentemente la introducción de cambios en los ámbitos de medición de la representatividad sindical, con alguna dificultad adicional respecto de las reseñadas con anterioridad.

Antes de empezar a desgranar las singularidades de cada una de estas instancias convendría destacar el hecho de que su regulación se incorpora a continuación de la exposición de las reglas sobre conformación mínima de las Mesas, dato

---

[50] Sala Franco, T., "Los derechos…", cit., pág. 305, apunta el caso italiano, entre otros de derecho comparado, en el que se ha creado una agencia específica para canalizar con técnicas profesionales de negociación la conducción de todos los procesos.

que unido a su peculiar ámbito de actuación y a la reserva de materias que se les asigna quizás no sea en absoluto baladí, en el sentido de que respecto de éstas, o a diferencia de las anteriores, no sean de aplicación las citadas normas. Entre otras razones porque se incluyen reglas especiales sobre legitimación sindical lo que supone, en definitiva, formas distintas de medición.

En cuanto a la primera de las Mesas, General y para el conjunto de las Administraciones Públicas, el art. 36.1 EBEP es todo un dechado de indeterminación salvo que se conceptúe más como un foro[51] de diálogo y participación que como una auténtica Mesa de negociación con verdadera capacidad deliberante. Pues no de otra forma puede entenderse que junto a los representantes de la Administración General del Estado se sitúen los del resto de Administraciones autonómicas, ciudades autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias –en función de las materias a negociar, es decir, no todas y siempre–, y sin mayor indicación sobre su peso específico en el seno de la misma que la de conformar un todo unitario –su representación será unitaria, dice, sin que se pueda conocer su auténtico alcance– que estará presidido en todo caso por la primera de las Administraciones.

Respecto del banco sindical, y al margen de la exigencia de que la representatividad, en especial la de naturaleza simple o suficiente, se habrá de medir respecto del total de representantes unitarios y no sólo los funcionariales, sí cabe defender en este caso el derecho de presencia de las organizaciones autonómicas más representativas y demás asociaciones que alcancen el mismo porcentaje mínimo –siempre medido sobre el total de empleados–, ya sean generalistas o de ámbito profesional más restringido. Entre otras razones por la naturaleza de las materias que son objeto expreso de negociación en esta Mesa: el incremento global de las retribuciones y, sobre todo, las materias que resulten susceptibles de regulación estatal con el carácter de básicas, pues su ámbito de aplicación incide y mucho en las posibilidades de desarrollo en cada una de las Mesas Generales específicas de la Función Pública[52].

El resto de Mesas Comunes, tanto autonómicas como locales, presentan como particularidad, además de la difícil conjunción de su ámbito competencial por su confluencia material –no tanto con la mesa conjunta– como con las restantes Mesas Generales de funcionarios públicos y las que se conformen para la negociación del

---

[51] Expresión que utilizan también Rivero Lamas, J. y del Val Tena, A., cit., pág. 208.

[52] Así se reseña de forma específica por R. Roqueta Buj, *El derecho*…, cit., págs. 95 y ss, con apoyo expreso en la STS 13/11/2006 (Rec. 5025/2001) en la que se juzga precisamente un supuesto por el que se hurta tal capacidad de negociación a sujetos inicialmente capacitados por la traslación de la materia objeto de negociación a una instancia superior, creada al margen de la estructura expresa prevista en la normativa. Detalle éste que no empece, entiendo, la validez o permanencia del objeto del mensaje central.

personal laboral, por dar entrada a un nuevo tipo de sujeto legitimado para el que se rompe de forma expresa el principio de correspondencia en su significación de traslación de la representatividad mínima a cada uno de los ámbitos específicos en que se desarrolle la negociación. Toda vez que se autoriza también la presencia de los sindicatos –también a los federados y confederados a los mismos, expresión que no se utiliza en la Ley pero que ha de presuponerse– que sin ser suficientemente representativos en ese ámbito menor, hayan obtenido sin embargo un porcentaje del diez por ciento de los representantes en alguno de los colectivos, bien en el carácter funcionarial, bien en el laboral, y siempre que forme parte de la Mesa General conjunta o representativa del total de las Administraciones Públicas.

La última mención obligada a estas Mesas vendría dada por la modificación ínsita que representa respecto de las normas laborales que reconocen el derecho de negociación colectiva a favor de la representación unitaria y la posible alteración de las reglas de concurrencia y prohibición de afectación entre convenios, por razón de un acuerdo de los del art. 83 ET. Y es que la ausencia de mención a estas instancias entre los sujetos legitimados, incluso en su ámbito más natural como pueden ser pequeñas Administraciones, muy especialmente las locales, y por mucho que la posibilidad de desarrollo de una negociación laboral en sentido estricto sigue manteniendo su curso paralelo, supone la imposibilidad de negociar materias que antes del EBEP le estaban plenamente asignadas. Nótese que estos posibles acuerdos alcanzados en las diferentes Mesas Generales mixtas o comunes tienen esa naturaleza propia de los acuerdos interprofesionales, *ex* art. 38.8 EBEP, y que además entre su ámbito objetivo material de competencias no existe limitación expresa de ninguna clase, por lo que podrán abarcar –salvo las reservadas a la Mesa del conjunto de las Administraciones, art. 36.1–, cualquiera de las enumeradas por el art. 37 EBEP, es decir, todas las posibles[53].

---

[53] La confusa situación que esta nueva regulación legal está ya provocando, y no solo por su cuestionable técnica o decisión de política legislativa sino porque pone de manifiesto la necesidad de su desarrollo y mejor implementación, cuenta con ejemplos prácticos en nuestro repertorio convencional que lo corrobora. Y es que no de otro modo puede entenderse la aprobación y publicación de Acuerdos como el que se localiza en el BOJA 156/2007 de 8 de agosto, por el que se ratifica el alcanzado por los sujetos representativos en el seno de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de Andalucía, de 19 de febrero de 2007, toda vez que engloba en su regulación tanto al personal estatutario como al personal médico interno residente que, como se sabe, está sujeto a una relación de naturaleza laboral (especial). Por lo que goza, por tanto, de mecanismos de participación y representación diferenciados que difícilmente pueden conformar esa Mesa general/sectorial de funcionarios, ni una mesa conjunta o mixta. Tan solo la cuestión de los plazos propios del derecho transitorio ayudan a entender mas que a resolver las dudas que se generan, pues bajo el régimen jurìdico anterior serìa un acuerdo mixto, contrario a ley –entre otras razones por la incapacidad de representación de los sujetos presentes en la mesa y la posible elusion de sus representantes legìtimos–, y en la fecha de formalización y publicación por mandato de la autoridad competente estaba ya plenamente vigente el nuevo EBEP. Concretamente, desde el 13 de mayo de 2007, un mes después de su publicación oficial *ex* Disp. Final Cuarta de la propia Ley.

Reforma implícita que se supone alcanza también al art. 83 ET, al no coincidir las reglas de legitimación en un caso y en otro, ni en cuanto a los sujetos a los que la ley laboral reconoce esa capacidad con carácter exclusivo y excluyente, las más representativas a nivel estatal o de Comunidades Autónomas, ni en cuanto a la necesidad de un voto favorable mínimo para su válida ratificación (art.89.3 ET), en cuanto que no dejan de ser convenios colectivos.

5. PROBLEMAS DE SELECCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS NEGOCIADORES EN LA LEY ORGÁNICA 3/2007, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES

De menor impacto en el sistema y la estructura de la negociación colectiva, pero no menos trascendente desde un punto de vista conceptual, resultan las normas introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva ente mujeres y hombres (LOIMH) en el ámbito de determinación que se reconoce a los sujetos titulares del derecho a la negociación colectiva. Fundamentalmente además, respecto de su papel en la implementación de los planes de igualdad –Título IV del Capítulo III de la Ley (arts. 45 a 49)–, que es la técnica por excelencia que se introduce en el ámbito laboral para garantizar y promocionar la igualdad de género y la erradicación de toda forma de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. Y ello básicamente porque su regulación, aunque complementaria de otras tantas normas de diversa naturaleza y tipología tanto de carácter sustantivo como procesal, no se va a presentar con la misma caracterización general del conjunto, en el sentido de instaurar la típica relación de norma mínima o de mero reconocimiento a la autonomía colectiva de una capacidad puntual de mejora, sino porque conlleva en ocasiones la necesidad de una intervención regulatoria adicional, de naturaleza paccionada pero de existencia necesaria y preceptiva[54].

---

[54] De la reciente bibliografía producida, cabría reseñar la de: Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F., "Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa", AL, núm. 9/2008, págs. 1073–1087; Serrano García, J. Mª, "La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad", RL, núm. 5/2008, págs. 85–109; Sanfulgencio Gutiérrez, J.A., "Puntos críticos en los planes de igualdad", RL, núm. 5/2008, págs.15–36; Álvarez Cuesta, H., "Un «nuevo» contenido en los convenios colectivos: los planes de igualdad entre mujeres y hombres", AL, núm. 2/2008, págs. 148–159; Salido Banús, J.L., "Medidas y planes de igualdad", Tribuna Social, núm. 200–201/2007, págs. 53–57; Escudero Rodríguez, R., "Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", RL, T I/2007, págs. 991 y ss. Y, «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Significación general y manifestaciones concretas», RL, T.I/ 2007, págs. 1011–1043; Pérez Pérez, M. y Roales Panigua, E., "El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva", TL, núm extraordinario monográfico sobre la Ley de Igualdad, 91/2007, págs. 297–329; Pérez del Río, T., "La función de los

5.1. Impacto sobre la autonomía colectiva del derecho/deber de negociar medidas de igualdad

El primer dato a destacar sin duda es así el de la significación que sobre la autonomía colectiva representan algunos pasajes de la LOIMH, en especial, los referidos a determinados tipos de planes de igualdad que han de ser objeto expreso de negociación en el seno del convenio colectivo, según la nueva redacción del art. 85.2 ET. Ciertamente la ley establece a modo de principio o norma de cabecera que: *las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral* (art. 45.1 LOIMH). Norma en la que se señala que su destinatario principal es el empresario, y que viene a significar que todas las empresas están conminadas a adoptar decisiones en esta materia, sin perjuicio de que su sentido o determinación última deberá ser negociada en todo caso con los representantes de los trabajadores. Su lógica interna es pues, acorde además con las normas sancionadoras que lleva aparejada la detección de situaciones de discriminación por los órganos encargados de su vigilancia, que el empresario debe prever y evitar situaciones de desigualdad prohibida, adoptando o modificando sus poderes de organización, siempre, mediante el cauce de la negociación.

Desde la perspectiva constitucional, la medida se enmarca entre las obligaciones que corresponden a los poderes públicos en aras a la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como a la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Pues no deja de instaurar un deber específico, por traslado, al sujeto de la relación laboral y a los interlocutores o protagonistas principales de su regulación.

Los problemas se plantean, sin embargo, cuando la regulación concreta de una de esas medidas a adoptar, la más importante de todas además como son los pla-

---

interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los Planes de Igualdad en las empresas", RMTAS, núm. Extraordinario 67/2007, págs. 261–273; Fernández López, M. F., «Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva» en *Jornadas del CARL 2006 Recopilación de conferencias,* CARL, Sevilla, 2007, pág. 43 y ss. También, "La igualdad en la negociación colectiva: especial referencia a los planes de igualdad", inédito; Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007; Matorras Díaz–Caneja, A. y Nieto Rojas, P., "Medidas y Planes de Igualdad en las empresas" en *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa* (I. García–Perrote y J. Mercader, coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007.

nes de igualdad, de elaboración preceptiva en determinados casos como se ha dicho, se introducen expresiones como que *deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral*. Legislación que se localiza en la nueva redacción dada al art. 85.1 ET[55], en un reenvío que se convierte en todo un rebote y en el seno de un precepto intitulado como «Contenido» (de los convenios colectivos, junto a las menciones consideradas como mínimas o necesarias), en cuya virtud: *Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Y una expresión, la de que el plan habrá de ser negociado, que se contrapone a su vez a la que se utiliza en la regulación de otras modalidades de elaboración de estos planes, como la del art. 45.5 LOIMH, caracterizada por su condición de voluntaria para las empresas, en cuyo caso sólo existirá *previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras*, y que incluso más allá de estas normas concretas, en la práctica de nuestro sistema de relaciones laborales se utiliza para referir un poder cogestión o compartido, en el sentido de impedir decisiones unilaterales o sin consenso entre las partes.

De ahí que esa conjunción de la obligación de elaborar planes de igualdad, deber u obligación reforzada de negociar y contenido del convenio colectivo, se haya llegado a interpretar en el sentido de que los planes de igualdad de elaboración preceptiva han de formar parte necesaria del texto final del convenio[56], es decir, ser objeto expreso de acuerdo, por una especie de imposición o determinación legislativa. Posición que no puede compartirse, pese a la crítica que merece la técnica empleada por el legislador, que debería haber acomodado este reforzamiento del deber de negociar y del cauce para expresar el acuerdo que pueda alcanzarse en un precepto diferente, bien de los ya existentes (vgr. junto a la proclamación de los requisitos para la promoción del proceso y el principio de

---

[55] Una exposición descriptiva y conjunta de las innovaciones en la redacción de las distintas normas estatutarias, Rodríguez Izquierdo, R., "modificaciones del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por la Ley Orgánica para igualdad efectiva de mujeres y hombres", TS, núm. 200–201/2007, págs. 44–51.

[56] No como opción interpretativa única, sino más bien para descartarla, aunque no falten tampoco supuestos de indefinición. Vid., entre los primeros, Salido Banús, J.L., cit., pág. 54, Álvarez Cuesta, H., cit., pág. 151. Y, entre los segundos, Pérez Pérez, M. y Roales Panigua, E., cit., págs. 300–305; Sanfulgencio Gutiérrez, J.A., cit., págs.19–20 y Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F., pág. 1079, quien plantea la disyuntiva ante la falta de acuerdo de: o bien, elaboración unilateral por parte del empresario, o esperar hasta la apertura del siguiente proceso negociador, ninguna de las cuales encuentra apoyo explícito en el texto de la Ley Orgánica.

buena fe, del art. 89 ET), bien de nueva redacción, por cuanto que por encima de esa voluntad de hacer partícipes activos en estos procesos a los sujetos encargados de la negociación colectiva, se encuentra la libertad de contratación de las partes, como expresamente reconoce el art.85.2 ET, fundamento ineludible en última instancia de la propia autonomía colectiva.

Ni siquiera la regulación de otras modalidades de elaboración de estos planes hace modificar esa calificación o presupuesto básico de partida[57]. Así, y de una parte, el art. 45.3 LOIMH prevé que la obligación de elaboración y aplicación por una empresa de un plan de igualdad puede también venir impuesto por otra fuente convencional distinta a la del convenio propio, concretamente: *cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo*. Referencia que, como se encarga de concretar el art. 85.2 ET también reformado, ha de entenderse hecha al convenio sectorial de ámbito superior a la empresa, por cuanto que: *En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad*.

Y ello porque estaríamos en todo caso ante un producto negocial consensuado y acordado por los sujetos legitimados para ello, que se impone al conjunto de los trabajadores y empresas afectadas, como cualquier otro contenido normativo (art. 82.3 ET). Eso sí, con independencia de todos los inconvenientes que supone acordar a ese nivel planes que deben tener como unidad de referencia, por expresa determinación legislativa, a la empresa, en el sentido de conjunto base, incluso, cuando cuente con más de un centro de trabajo[58]. Es por ello que en estos casos, más que un plan realmente operativo en sentido estricto, lo que podremos encontrar en este tipo de convenios colectivos serán directrices para su elaboración o concreción, de ahí la llamada última del precepto a las oportunas reglas de complementariedad. Pero es más, aun cuando en este nivel convencional se instauren objetivos, principios o normas de procedimiento para su fijación última a nivel de empresa, tampoco entiendo que pueda realmente obligarse a los sujetos negociadores a nivel de empresa a "llegar" a un acuerdo, pues de nuevo se topa con los límites de la autonomía de la voluntad que, a nivel individual o colectivo, no

---

[57] En ese sentido, sí se hace explícita la opinión de que en estos casos resultará preceptivo el acuerdo, es decir, la aprobación de un plan negociado o consensuado, aunque sin especificar realmente qué consecuencias finales tendría su incumplimiento y sin dejar de matizar de forma algo contradictoria en algunos casos que ello no conlleva la obligación de convenir, Pérez del Río, T., cit., pág. 271, Escudero Rodríguez, R., "Planes…", págs. 1031–1033.

[58] Lo que no es óbice, sin embargo, para que la propia LOIMH prevea la posibilidad de que en los planes de igualdad para la empresa se puedan introducir medidas concretas para algún centro de trabajo (art. 46.3).

significan otra cosa que libertad de contratación, sobre todo, cuando los sujetos negociadores del primer compromiso no coinciden con los del segundo. De forma que deberá ser el convenio superior que opera de fuente el que deberá prever mecanismos de sustitución o aplicación subsidiaria, como ocurre con la regulación de las cláusulas de descuelgue salarial.

La segunda de las posibilidades previstas por la Ley, con un marcado carácter extraordinario, la constituyen los denominados planes de sustitución. Planes que deberán ser elaborados y aplicados también por las empresas, ahora previa consulta o negociación en su caso (dicotomía que parece estar referida a si responden al perfil de empresas para las que el plan resulta voluntario o preceptivo), si así lo decide la Autoridad Laboral en el seno de un proceso administrativo sancionador[59]. La sustitución se produce respecto de las sanciones accesorias a las que hace referencia el nuevo art. 46 bis.2 de la LISOS, y sólo se acuerda por la Autoridad administrativa a instancias o solicitud previa del propio empresario. Por ello, en estos casos, también encontramos un acto de voluntad explícito por parte del empresario que bien puede calificarse como de sumisión expresa a lo que se derive del proceso negociador –si es que no tiene prepactado ya su contenido–, o de renuncia a su capacidad de decisión por falta de acuerdo.

5.2. La negociación de los Planes de Igualdad: diversidad de planes y de sujetos negociadores

Este esquema general del que parte la Ley, con diversidad de planes y de posibles fuentes negociales, se traduce en una diversidad de dificultades e interrogantes a la hora de determinar tanto los sujetos negociadores últimos en determinados casos, como los mecanismos de articulación de soluciones en supuestos de falta de acuerdo o no conformes con las reglas establecidas por la Ley. Muy especialmente, por la pretendida coincidencia que han de presentar los ámbitos de negociación de los planes de igualdad y los correspondientes convenios colectivos en los que se deben insertar.

Y es que, como ya se ha dicho, todo plan de igualdad concibe como unidad natural para su diseño operativo, tanto a la hora de realizar la evaluación de las premisas de partida o diagnóstico previo de situación[60], como de fijación de las

---

[59] Un análisis detallado de las consecuencias sobre el proceso y la sanción principal, además de otras adicionales, por el incumplimiento de estos compromisos de sustitución en Fernández López, cit., sin paginar.

[60] Momento procesal sobre el que existen también muchas dudas y opciones interpretativas, desde las que defienden su naturaleza claramente negocial, una vez recibida la información a entregar por el empresario (Fernández López, cit.), hasta las que niegan toda participación por ser una competencia exclusiva del empresario (Sanfulgencio Gutiérrez, J.A., cit., pág. 21).

medidas concretas para la consecución de sus objetivos, a la empresa. Lo que significa a tenor del art. 85,2 ET que el deber de negociar su elaboración y los principios de aplicación y ejecución, se han de articular en última instancia en ese nivel de negociación. Con independencia, cabe decir, de que se trate de una empresa de más o menos de doscientos cincuenta trabajadores, o de si la fuente originaria se ha de localizar en un convenio colectivo propio o de ámbito mayor. Para este último caso, ciertamente, la literalidad del precepto presenta alguna que otra deficiencia, pues parece que sólo prevé la hipótesis de planes de igualdad impuestos por convenios sectoriales respecto de empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, aunque todo apunta a que deban entenderse incluidas la totalidad de las que se decidan precisamente en esa fuente negocial[61].

La fijación, quizás estricta en exceso, de la unidad de negociación a nivel de empresa como modelo de referencia se refleja no sólo en la literalidad del art. 85.2 ET sino también en el momento que se marca para la efectiva entrada en vigor de estas nuevas obligaciones. Así, la Disposición Transitoria Cuarta de la LOIMH establece que: *Lo dispuesto en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad, según la redacción dada por esta Ley, será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma*. Lo que presupone una dificultad añadida para el caso de que no exista ese convenio colectivo previo, aunque no sea habitual que una empresa de esas dimensiones carezca de convenio de empresa, o que el convenio sectorial que le resulte aplicable tampoco introduzca referencia operativa alguna, si es que existe convenio sectorial (supuesto más excepcional incluso. En cualquier caso, de producirse o materializarse alguna de estas hipótesis será de difícil subsanación, pues cabe que no se produzca inicio alguno de negociación formal (tampoco entonces del Plan, por ausencia del momento de vigencia de la obligación), ni podrá ser sustituida la voluntad de la empresa por la de la asociación empresarial. Sin perjuicio de que se entienda que si la empresa supera esa dimensión de plantilla estará obligada a la elaboración y aplicación de su propio plan, lo negocie previamente en el seno de una comisión negociadora de las del art. 88 ET en sentido estricto y creada *ad hoc*, o en sede informal –fuera del convenio– con los representantes de los trabajadores en la empresa.

Atendiendo, pues, las cuestiones de índole más general, pueden localizarse una serie de cuestiones complejas entre las que destacarían los siguientes:

1. Concepto de empresa y dimensión de la plantilla. Es claro que por parte empresarial la legitimación corresponde al empresario. No obstante, la re-

[61] Aunque siempre que resulte viable, pues resulta algo extrema posiciones como la de Fabregat Monfort, G., cit., pág. 25, para quien dicha obligación de implementación será obligatoria incluso en empresas que no cuenten con representantes de los trabajadores.

ferencia a la empresa, que no al empresario[62], plantea de entrada el problema de si son también sujetos de imputación a estos efectos los grupos de empresa que, en algún caso, disponen de fuentes de regulación convencional propia. Figura huérfana de legislación laboral como se sabe, más allá de las menciones puntuales que pueden localizarse en determinadas normas –menos nacionales que comunitarias– y, sobre todo, en las construcciones jurisprudenciales encaminadas a extender el régimen de responsabilidad patrimonial. En estos casos parece que lo más adecuado sería hacer coincidir, con sujetos negociadores idénticos, el ámbito de negociación del convenio y el del plan de igualdad. Con independencia de la posibilidad de singularización, también prevista en la Ley, no sólo para algún centro de trabajo, sino para alguna o algunas de las empresas.

Pero sobre todo, se ha de destacar la ausencia de la forma de cómputo del número de trabajadores, lo que ha dado pie a diversas formas de integración que van desde la aplicación analógica del criterio propio de la normativa electoral, hasta el cómputo global de trabajadores –sin exclusión de ninguna clase– en el momento de la constitución de la comisión negociadora[63].

2. Determinación concreta de los representantes de los trabajadores que han de reconocerse como sujetos negociadores. Las diferencias que, no sólo de matiz, se pueden observar en la redacción de los diversos apartados del art. 45 LOIMH plantea la duda de si estos representantes, a los que en ocasiones se les califica como legales y en otras como representantes de éstos a secas, han de ser en todo caso los de naturaleza unitaria o si también cabe reconocer idéntico protagonismo a las de carácter sindical en sentido estricto. Y ello porque la denominación de representación legal se ha entendido tradicionalmente ligada a la de índole electoral, por razón de que su fuente de determinación no es la Constitución, sino la ley, en contra-

---

[62] Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F., pág. 1075.

[63] Opciones como la Salido Banús, J.L., cit., pág. 54, plantea incluso el criterio de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, en el sentido de dividir por trescientos sesenta y cinco el número de días trabajados por la totalidad de trabajadores por cuenta ajena que hayan prestado servicios en la empresa. U otras como la de computar el número de trabajadores en la empresa el día de entrada en vigor de la ley, incluidos, en su caso, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal. Sobre todas ellas, merece destacar la idea de Fabregat Monfort, G., cit., pág. 21, no tanto referida al cómputo de trabajadores como al ámbito subjetivo del plan, en el sentido de que ha de ser aplicable a la totalidad de los trabajadores, aunque estén excluidos del convenio colectivo, pues una cosa es que se inserte o negocie junto con éste, y otra que determinado personal quede extramuros de aquél. Muy especialmente el personal directivo de la empresa, por razones que en materia de promoción del derecho de igualdad resultan obvias. En idéntico sentido, Matorras Díaz–Caneja, A. y Nieto Rojas, P., cit., pág. 99.

posición a las modalidades de representación sindical directa en la empresa, que gozan por cierto de idénticas competencias negociadoras en ese mismo ámbito funcional de empresa.

Con base en esa indefinición específica –más que consciente– respecto de las empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores, véase la letra del art. 45.2 LOIMH, y en la potestad que se les reconoce a los negociadores del convenio de ámbito funcional superior, en el apartado 3 cuando sea ésta la fuente originaria de la obligación, la solución parece que ha de pasar por la aplicación de las mismas soluciones a que se ha llegado en torno a la negociación a nivel de empresa en virtud de las reglas de los arts. 87 y 88 ET, y a lo que se determine en el convenio que resulte aplicable, respectivamente. Es decir, reconocimiento de ambas posibilidades de representación de los trabajadores según quien consiga su reconocimiento como interlocutor; y, para el segundo caso, y en ausencia de mayor determinación, igualmente la misma la misma solución[64].

3. Existencia de diversos convenios colectivos en la misma empresa. Una de las grandes dudas que sugiere la obligación de articular el deber de negociación de los planes de igualdad en el marco de la negociación de los convenios colectivos de ámbito empresarial, cuando es ésta la fuente predeterminada por la ley [art. 85.2.a) ET], es la de resolver los problemas de aquellas empresas que cuentan con varios convenios aplicables, bien por su diferente ámbito subjetivo de aplicación, bien porque tengan como unidad de imputación al centro de trabajo y no al conjunto de la empresa. Una de las soluciones pasaría por entender que sólo cuando existe convenio de empresa, en el sentido de instrumento único, es cuando se convierte este ámbito de negociación en el prederminado por el legislador. Es decir, que si no existe un convenio de empresa en sentido estricto, y con independencia del volumen de plantilla, habría que estar a lo que se decida en el convenio sectorial, que no resultaría afectado en ese punto por las reglas de prohibición de concurrencia y, por tanto, aplicable por razón de la especificidad de la materia. Solución que no parece casar del todo bien con la funcionalidad de la institución y que podría dejar lagunas importantes si ese convenio sectorial tampoco introdujera técnicas precisas de complementariedad a la hora de precisar cómo se han de individualizar sus directrices.

---

[64] Todo ello con total independencia del reforzamiento que la LOIMH efectúa precisamente en relación con las facultades y competencias del comité de empresa. Sobre estas modificaciones, Garrido Pérez, E., "Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 ET), TL, núm. 95/2008, págs. 11–44; Fernández López, MªF., cit., y Escudero Rodríguez, R., "Planes…", cit., págs. 1011 y ss.

Tampoco parece que el sentido de esta nueva disposición del art. 85.2.a) ET sea el de obligar a las partes a un cambio de la unidad de negociación o ámbito funcional del convenio, en el sentido de que resulte a partir de ahora obligatoria la negociación de un convenio colectivo para toda la empresa. Por ello, las soluciones que pueden apuntarse, como las de negociar el plan de igualdad conjunto para toda la empresa en paralelo en las diferentes mesas de negociación, o crear una instancia monográfica para esta materia, debiendo posteriormente ser anexado su resultado final a cada uno de los diferentes convenios colectivos de ámbito inferior, no dejan tampoco de resultar poco prácticas –piénsese en los diferentes momentos de entrada en vigor y los problemas de determinación del momento de cómputo de la representatividad, que puede ser variable en función de los resultados electorales o incluso en su naturaleza extraestatutaria o no propia de un convenio colectivo por no negociarse en el seno de éste–, aunque no deje de ser una dificultad provocada por la deficiente técnica legislativa. De ahí que no quede sino esperar al desarrollo reglamentario que prevé la Disposición Final 3ª LOIHM, así como a la integración de estas lagunas por parte de la jurisprudencia.

4. Los planes de igualdad en la Administración Pública[65]. La existencia de algunas normas específicas para este ámbito del sistema de relaciones laborales, concretamente, el art. 64 de la LOIMH y la Disposición Adicional 8ª de la Ley 7/2007 (EBEP), plantea también ciertas dificultades en orden a su correcta incardinación, puesto que establecen reglas que no terminan de casar bien entre ellas. Así, la primera ordena que:

> *El Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. El Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros (art. 64).*

Mientras que la segunda, que parece obviar la anterior dicción, indica:

> *1. Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta fina-*

[65] Escudero Rodríguez, R., "El complejo…", cit., págs. 991 y ss, analiza esta dimensión aunque con carácter previo a la aprobación del EBEP.

lidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

Y es que no se entiende bien cómo dos innovaciones legislativas tan cercanas en el tiempo no resultan más esclarecedoras, en el sentido de incluir una mayor indicación de la Mesa que ha de considerarse competente, al objeto precisamente de poder concretar los sujetos que habrán de considerarse legitimados. Lo que requiere de un proceso de integración que no resulta nada fácil, si se tiene en cuenta la ausencia de mención expresa entre el catálogo de materias que pueden ser objeto de negociación en este ámbito del empleo público, en el sentido de coincidencia, con mención alguna respecto de la elaboración de planes de igualdad (art. 37.1 EBEP). Y, más si cabe, si se repasan las cuestiones que quedan expresamente excluidas de negociación (vgr. art. 37.2.a., *decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización*[66]; c., *Determinación sobre condiciones de trabajo del personal directivo*; y e. *Regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional*).

Resulta preciso entonces abordar las competencias reservadas a determinadas Mesas concretas de negociación, como la Mesa común o mixta del art. 36, sea en su versión conjunta para todas las Administraciones, o de cada una de ellas, para poder determinar si es ese el ámbito predeterminado por la ley. Revisión que no resulta tampoco del todo satisfactoria, en la medida en que las reservas de materia van referidas sobre todo a cuestiones propias de regulación como legislación básica o compartida, según el caso, más que como materia exclusivamente reservada a pacto o texto negocial. Lo único que sí parece que deja claro el art. 64 LOIMH, es que no será el foro conjunto del art. 36.1 EBEP el ámbito adecuado, pues como se encarga de resaltar, la Administración General del Estado, elaborará uno propio para su personal.

Ahora bien, excluido ese gran foro, quedan aun dos opciones. Una, la que representa la Mesa común o mixta de cada Administración territorial. Y dos, la

---

[66] Aunque no deja de abrir una puerta su párrafo siguiente al dictar que: *Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto.*

Mesa general de la Función Pública y la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral, que ha de ser considerado a estos efectos convenio de empresa, propio de una organización en la mayoría de los casos que cuenta con una plantilla superior a los doscientos cincuenta trabajadores. De nuevo, pueden encontrarse argumentos a favor de cada opción. Para la primera, el propio tenor del art. 64 LOIMH, que parece indicar un único plan para la totalidad de la plantilla, para el conjunto de los empleados, sean funcionarios o laborales, y ya presten sus servicios en la Administración central, periférica o institucional, dependiente de ésta. Lo cual resulta sin duda mucho más acorde con los parámetros y principios generales de la LOIMH[67]. Para la segunda, opera a su favor sin embargo la ausencia de mención de otros tipos de sujetos de derecho público, así como la mejor acomodación a la literalidad de la Disposición Adicional 8ª, que se refiere tanto al Acuerdo para funcionarios como al Convenio Colectivo, como fuentes para su elaboración. En ese caso se diversificarían los regímenes jurídicos, dejando de condicionar una rama del ordenamiento a la otra, aunque ello no quite la reiteración de parte de las mismas dificultades ya expresadas en el específico ámbito de lo laboral, como la del sentido del nuevo art. 85.2 ET, sobre todo, en los casos en que exista más de un convenio colectivo aplicable a su personal.

6. LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA LEY 20/2007. ALGUNAS CUESTIONES A PLANTEAR

Desde un punto de vista cualitativo que duda cabe que la última de las normas seleccionadas es la mas singular de las novedades presentadas, entre otras razones porque el primer embate al que se enfrenta es el de justificar su inclusión en un estudio sobre la negociación colectiva, categoría tradicionalmente reservada al ámbito estricto de lo laboral[68]. Respecto de esta cuestión, y dejando al margen ahora

---

[67] Opción por la que se decanta, Monfort Fabregat, G., "Los planes de igualdad en la Administración Pública", en www.fsap.ccoo.es/comunes/temp/recursos/22/51598.pdf . Entre las monografías específicas sobre el EBEP, es difícil sin embargo encontrar referencia alguna a esta cuestión, con la excepción muy puntual del trabajo de Castillo Blanco, F., "Los deberes de los funcionarios públicos", en *Comentarios a la Ley…*, cit., págs. 378–384.

[68] Sobre la significación del calificativo laboral del art. 37 CE cabe apuntar no obstante algunos comentarios de interés como los de: Sala Franco, T., "El derecho constitucional a la negociación colectiva", en *Las transformaciones…*, cit., págs. 327–328, donde al analizar el ámbito objetivo de este derecho entiende que el calificativo laboral aporta realmente poco, sin que contradiga su posible ampliación la literalidad del Convenio 154 OIT; el de Sempere Navarro, A.V., cit., pág. 53, para el que lo laboral en realidad se ha de interpretar como una expresión que permite la regulación de instituciones o materias mas allá del ámbito estricto del derecho del trabajo, es decir, todo lo socioeconómico; o la del Prof. Rivero Lamas, J., cit., pág. 199, quien defiende que el calificativo sirve fundamentalmente para diferenciar el régimen propio del derecho a la negociación de los funcionarios públicos.

las posibilidades de encaje que pueden llegar a ofrecer determinados preceptos constitucionales como los integrados de los arts. 7 y 28, referidos a los trabajadores y a sus organizaciones –de ahí que no hayan de quedar restringidos por ello mismo al trabajo desarrollado de manera asalariada y por cuenta ajena en una interpretación tradicional o estricta[69]–, no se puede ocultar que el paralelismo entre determinadas instituciones laborales, como la que ahora se aborda, y las propias del nuevo trabajador económicamente dependiente (TRADE) resulta mas que evidente[70] pese a los innegables esfuerzos del legislador por evitar cualquier tipo de confusión o exceso de mimetismo. Esfuerzo dirigido, sobre todo, a evitar que la regulación de esta figura pudiera conceptuarse como una vía de escape o regularización de los denominados falsos autónomos; ni, por supuesto, como una restricción del ámbito natural de aplicación de las normas del Derecho del Trabajo, con independencia de la importación que se realiza de algunos de sus rasgos más característicos o del éxito que finalmente se consiga. Idea fuerza que se extiende de manera expresa a la nueva posibilidad de contratación plural o colectiva que se les reconoce a estos específicos trabajadores autónomos, y que se manifiesta tanto en el originario estudio de la comisión de expertos que sirvió para la elaboración del proyecto legislativo[71] como en determinados pasajes del texto de la propia Ley 20/2007. Pues como se lee en su Exposición de Motivos, la nueva regulación *no supone trasladar la negociación colectiva al ámbito del trabajo autónomo*.

En todo caso, y aunque solo sea por la expectación[72] que en todos los sentidos ha merecido la introducción de esta regulación en nuestro ordenamiento jurídico,

---

[69] Un análisis en defensa de ese supuesto en el estudio de Gutiérrez–Solar Calvo, B., "La negociación colectiva de los autónomos", en Manual Jurídico de Negociación Colectiva, Dir. F. Valdés, La Ley, 2008. En especial, págs. 1369 y ss, en las que se analiza el alcance de la libertad sindical de los trabajadores autónomos, la significación de la jurisprudencia constitucional y la posibilidad del encaje de estos trabajadores en otros preceptos constitucionales.

[70] A destacar en ese sentido normas como las de protección en materia de seguridad y salud, la garantía de mínimos en el ámbito de las condiciones de trabajo o la competencia atribuida al orden social de la jurisdicción en la resolución de disputas.

[71] Muy significativo por ejemplo en ese sentido es la omisión del titulo competencial del art. 149.1.7 CE, sobre legislación laboral, para justificar el ejercicio de potestad legislativa. Su texto, puede consultarse en http://www.tt.mtas.es/periodico/Laboral/200510/est_autonomo.pdf

[72] Expectación que se traduce en la irrupción bibliográfica de numerosos estudios, algunos sumamente críticos con la decisión de política legislativa que supone, y de entre los que cabe mencionar ahora sin carácter en absoluto exhaustivo: Rodríguez–Ramos, P., "Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos", en *El Estatuto del Trabajo Autónomo,* (J. Cruz y F. Valdés, Dir.), La Ley, 2008, págs. 331–372; Fernández López, Mª F., "Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos", RDS, núm. 42/2008, págs. 13–44; Sánchez Torres, E., "Los derechos colectivos del trabajador autónomo", en *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* (S. Del Rey, Dir.), Lex Nova, 2007, págs. 214–236; Lousada Arochena, J.F., "Los derechos colectivos del trabajador autónomo", AS, núm. 21/2007 (BIB 2007\2896). AA.VV., Números monográficos y especiales de las Revistas Temas Laborales y Relaciones Laborales, sobre el trabajo autónomo. Y, García Jiménez, M., *Autoempleo: Trabajo Autónomo y Trabajo Asociado,* Tecnos, 2008.

y sin dejar de ser conscientes también de la limitación material que desde la organización se nos ha indicado sobre la extensión de estos trabajos, algunos apuntes, siempre someros, deben poder efectuarse. Y ello, aunque solo sea para poner de manifiesto la posible deriva que puede experimentar esta regulación respecto de su diseño originario. Fundamentalmente además por un elemento que resulta tan básico e ineludible como es el de la atribución de legitimidad negocial a las organizaciones sindicales en la conformación de los denominados Acuerdos de Interés Profesional (API) [73], con todo lo que ello supone respecto de la extensión del estatus que protege la actuación de estos agentes. Pues cabe adivinar que, al menos desde el punto de vista de los sujetos legitimados –e incluso del entero esquema legal sobre el procedimiento y los efectos finales de estos acuerdos– y los posibles conflictos que puedan surgir entre las partes, nuestros Tribunales tendrán que realizar las pertinentes puntualizaciones y aclaraciones, para lo que deberán utilizar no solo las categorías conceptuales acuñadas por la doctrina social en estos últimos años, sino también el paraguas del derecho de libertad sindical y no discriminación. Pues difícilmente podrá separarse la actuación de un sindicato como organización sindical y como mera asociación profesional, por mucho empeño que se quiera poner en ese sentido.

Respecto del esquema legal en sí, relativamente simple[74] sin duda al basarse sobre la idea del mandato representativo directo y voluntario de los sujetos expresamente legitimados para la negociación, no queda por ello exento de un sinfín de cuestiones interpretativas. Muchas de ellas probablemente meras elucubraciones teóricas, pero factibles de plantear a poco que se proyecten sobre estos APIs el conjunto de las incidencias propias de la negociación colectiva laboral. Muy especialmente si se añade la opción de la vía extra o para estatuaria como válvula final de escape y convalidacion. A saber:

– Carácter meramente ejemplificativo o exhaustivo del listado de sujetos legitimados para la negociación. En especial, si finalmente se admiten distintos niveles o ámbitos funcionales (empresa, pluriempresarial o sectorial); si se considera preclusivo el registro e inscripción especial que

[73] Una construcción de interés sobre la terminología y los conceptos de contratos colectivos que puede ayudar a encajar esta nueva modalidad, en el estudio de Lahera Forteza, J., *Normas laborales y contratos colectivos*, ed. Reus, 2008.

[74] Así se califica por Cruz Villalón, J., "Los Acuerdos de Interés Profesional", en *El Estatuto…*, cit., págs. 375–422, quien tras defender incluso la no procedencia del papel supletorio o subsidiario del Derecho del Trabajo en esta materia, por determinación expresa del legislador a favor del Derecho Civil o Común, termina sin embargo planteando la posibilidad de opciones múltiples de actividad negocial hasta el punto de alumbrar el concepto de acuerdos paraestatutarios –en claro paralelismo con la negociación extraestatutaria– para el enjuiciamiento de aquellos acuerdos que no se ajusten estrictamente en su formulación a las previsiones de la Ley. Vid., también sobre este nuevo producto/fuente regulador, González Biedma, E., "Fuentes del régimen profesional", en *Comentarios…*, cit., págs. 84–115.

se prevé para determinadas asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (art. 20.3); o si se trata de trabajadores autónomos que no sean dependientes.

– Posible confluencia de intereses contradictorios en determinadas asociaciones expresamente legitimadas para la negociación, que pueden integrar en su seno tanto a los trabajadores a los que va destinada la regulación tuitiva de sus condiciones, como a las empresas cliente que las han de dispensar.

– Existencia de un auténtico derecho a la negociación y correlativo derecho de reconocimiento e interlocución (art. 13 y 19.2.b), o de una mera potestad sin protección específica, con lo que ello supone en supuestos de negación.

– Posibilidades de adhesión o extensión de los acuerdos que se alcancen en los diferentes ámbitos negociales y sujetos capaces para instarlas. Incluida la irrupción de tachas de atentado a la libertad sindical (art. 20.2 y 4) o de asociación (art. 20.2), si no se generaliza el mismo trato a sujetos homologables de una manera consciente y deliberada. Incluso a sus representados que pueden ver desincentivada –penalizada– una determinada opción de afiliación (art. 19.1).

– Capacidad para plantear y negociar acuerdos de solución de conflictos (art. 19.2. c y d); sean meramente declarativos y de derecho, o de intereses y económicos; y ya se insten en sede judicial (art. 17) o en escenarios de carácter extrajudicial, que deberán ser creados, a su vez, por otras manifestaciones negociales (art. 18.1).

COMUNICACIONES

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE LABORALES Y FUNCIONARIOS EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS: LOS SUPUESTOS LEGALES CONTEMPLADOS EN EL EBEP

Inmaculada Marín Alonso
Prof. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. El reconocimiento estatutario del derecho de negociación colectiva a todo el personal al servicio de la AAPP
2. La negociación colectiva conjunta en el Estatuto Básico del empleado público
   2.1. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Unitaria de Negociación
      2.1.1. *Apreciaciones generales*
      2,1.2. *Requisitos subjetivos de las partes negociadoras*
      2.1.3. *Requisitos objetivos de la negociación*
      2.1.4. *Requisitos formales*
   2.2. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Conjunta de Negociación

2.2.1. *Apreciaciones generales*

2.2.2. *Requisitos subjetivos*

2.2.3. *Requisitos objetivos*

2.2.4. *Requisitos formales*

1. EL RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A TODO EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA AAPP

El EBEP, aprobado mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, establece el derecho a la negociación colectiva de todo el personal al servicio de la Administración Pública, ya sea funcionario o laboral, refiriéndose a ellos mediante el unívoco término de "empleados públicos". Así, su art. 15 establece, entre los derechos individuales ejercidos colectivamente por los empleados públicos, que éstos disfrutan del derecho "a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo" y en el art. 31.1 EBEP se reitera que "los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva […]", entendiendo por tal a los efectos de esta Ley "el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública" (art. 31.2. EBEP).

Específicamente, el capítulo IV del Título III del EBEP regula el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos[1], mientras que, dentro del mismo capítulo y Título, el art. 32 del mismo señala respecto del personal laboral que "la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación". Tales preceptos son el art. 36, el 37 –por remisión del anterior–, y el 38.8 del EBEP, referidos a su participación en las nuevas Mesas Generales de negociación junto con los funcionarios públicos y a la distinta eficacia del resultado de esa negociación conjunta en función del concreto personal al que es de aplicación.

En tal sentido, tanto el personal funcionario como laboral al servicio de la Administración Pública tienen reconocido en la misma norma, el EBEP, el derecho a la negociación colectiva para la determinación de sus condiciones de trabajo. Pero ello no significa que este derecho tenga el mismo alcance y efectos para uno y otro colectivo ya que cada uno de ellos continúa regulándose, hasta el momento, por nor-

---

[1] Sobre este tema puede verse, en extenso, a Roqueta Buj, R.: *El derecho del negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2007.

mativas distintas. Así, la negociación colectiva de funcionarios y asimilados se canaliza únicamente a través del procedimiento de negociación establecido en el Capítulo IV del Título III del EBEP, mientras que la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública se regula, conforme a lo señalado en el art. 32 EBEP, por la legislación laboral (es decir, por lo establecido en el Título III del Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo) y los mencionados preceptos del Capítulo IV del Título III que expresamente les son de aplicación. Ha de insistirse, por tanto, en que la legislación laboral es la normativa aplicable a la negociación colectiva efectuada por el personal laboral de la Administración Pública, con la particularidad de que la aplicación al mismo de los arts. 36 y 38.8 EBEP plantea determinados problemas jurídicos de no fácil solución marcados, principalmente, por lo escueto de la regulación estatutaria.

Además, al personal laboral al servicio de la Administración le es aplicable el art. 37.1 CE, teniendo ello una importante repercusión en los posibles resultados del proceso negociador, mucho más variados que los del personal funcionario a tenor del supuesto no reconocimiento constitucional del derecho para éstos. Así, el resultado de la negociación colectiva de los funcionarios públicos conforme al art. 38 EBEP se sustancia en Pactos y Acuerdos, mientras que para el personal laboral al servicio de la Administración ese resultado se materializa en pactos, acuerdos o convenios colectivos que, en otros términos, serán estatutarios o extraestatutarios según sigan o no las expresas disposiciones del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Novedad respecto a la normativa anterior al EBEP es que junto a la regulación de la negociación colectiva del personal funcionario y laboral por separado –aunque con evidente paralelismo–, se reconoce y regula la negociación colectiva conjunta de condiciones de trabajo de ambos tipos de personal. Responde ello a la lógica pretensión de obtener una mayor eficacia y utilidad en la gestión de los recursos humanos de la Administración Pública mediante la reorganización, el abaratamiento de los costes y la simplificación del proceso negociador. Se asume así, definitivamente, la práctica alegal de negociación colectiva conjunta que venía produciéndose en el ámbito de todas las Administraciones Públicas, especialmente, las locales, desde finales de los años setenta. La relevancia del reconocimiento de este tipo negociador se apreciaba ya en el hecho de que la negociación colectiva conjunta fue reconocida en el ordenamiento jurídico español pocos meses antes de la aprobación del EBEP mediante la Ley 21/2006, de 20 de junio, de modificación de la LPF, manifestando con ello el legislador la urgencia de su regulación para el mismo[2].

---

[2] El origen de esta reforma puede verse en el Foro del Diálogo Social de 21 de septiembre de 2004. Sobre la reforma de la Ley 21/2006 puede verse a Marín Alonso, I.: "La reforma de la negociación colectiva en la Administración Pública: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas. A propósito de la Ley 21/2006, de reforma de la Ley 21/2006 de reforma de la Ley 9/1987, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las AA.PP", A.S. nº 15, 2007, págs. 71 y ss; también, Valverde Asencio, A.: "Nuevas normas sobre

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

La negociación colectiva conjunta que aborda el EBEP no implica el reconocimiento del instrumento unitario puro de determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Por tanto, el Acuerdo Mixto, en cuanto documento negocial único y sustanciado en un único foro negociador que no distingue los distintos regímenes jurídicos del personal al servicio de la Administración Pública ni sus efectos, no ha tenido acogida en el EBEP[3]. Son otras modalidades de negociación colectiva conjunta las recogidas en el EBEP. Así, la consideración unitaria o conjunta de condiciones de trabajo de laborales y funcionarios de la Administración Pública se podrá llevar a cabo legalmente en las dos nuevas mesas de negociación instauradas con la Ley 21/2006 y recogidas en el art. 36 EBEP, es decir, en las Mesas Generales Unitarias de Negociación y en las Mesas Generales de Negociación Conjunta.

La existencia de estas Mesas Generales de Negociación específicas y de constitución obligatoria tendrán, sin duda, un impacto de enorme calado en el sector público pues las condiciones igualitarias de trabajo afectarán de un modo u otro a todo el personal de la Administración Pública, independientemente de su ámbito territorial y de la concreta vinculación jurídica del personal con las mismas[4], sin perjuicio de que sigan produciéndose otras manifestaciones de negociación colectiva conjunta en tanto las desviaciones de la ley son inevitables[5].

---

la negociación colectiva en la función pública: la Ley 21/2006", TL nº 87, 2006, págs. 83 y ss y De Sande Pérez–Bedmar, M.: "Descentralización, articulación y flexibilidad en el empleo público: la Ley 21/2006", Relaciones Laborales nº 19, 2006.

[3] La reforma de la LFP contenida en la Ley 21/2006 planteó dudas al respecto en tanto no contenía referencia alguna a la naturaleza de estos nuevos pactos o acuerdos comunes a ambos tipos de empleados. Este silencio quedó subsanado en el art. 38.8 del EBEP, quedando entonces clara su no admisión en el ordenamiento. En tal sentido puede verse también a Torrents Margalef, J.: "Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral…", ob. cit., pág. 1303.

[4] El carácter obligatorio de su constitución no sólo se basa en la dicción del precepto "…se constituirá…" sino, también, por el carácter de norma básica del EBEP. Lo entienden también así, Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto; Torrents Margalef, J. "Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral…", ob. cit., pág. 1304; en contra del carácter obligatorio, aunque matizado, López Gandía, J.: "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico", Ed. Laborum, 2008, pág. 51; también, Fernández Collados, MB.: "Algunos interrogantes acerca de la negociación colectiva conjunta de personal funcionarial y laboral", Comunicación presentada en el XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 2008, pág. 6 que entienden que esta unidad negociadora sólo será obligatoria cuando se opte por negociar conjuntamente.

[5] Sobre ellas puede verse a Marín Alonso, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario al servicio de la Administración Pública. Los Acuerdos Mixtos*, Comares, Granada, 1999.

Esta práctica, por tanto, ha visto ampliada sus posibilidades de asentarse en los entes públicos del país, teniendo el reconocimiento legal, como contrapartida, la imposición de algunos límites de carácter subjetivo, material y funcional. Analicemos, pues, la regulación de esta figura en el EBEP y algunos problemas que plantea la misma.

2.1. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Unitaria de Negociación

2.1.1. Apreciaciones generales

La Mesa General Unitaria o como la denomina el propio texto legal, Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, es un foro de encuentro entre la Administración Estatal, Autonómica y Local, por un lado, y las organizaciones sindicales legitimadas, por otro. Se mantiene en ellas el monopolio sindical en la determinación de condiciones de trabajo del personal funcionario, extendiendo esta opción al supuesto de la negociación colectiva conjunta de todos los empleados públicos ya que el personal laboral no podrá estar representado en este foro por el Comité de Empresa o, en su caso, por los Delegados de Personal[6].

Su objeto es negociar temas comunes de las distintas administraciones territoriales que afecten a la totalidad de empleados públicos, laborales y funcionarios. Este ámbito subjetivo se sobreentiende al exigir la norma que en la composición de los sindicatos en esta Mesa se deberán tener en cuenta los resultados obtenidos no sólo en la representación unitaria de los funcionarios públicos sino, también, en el Comité de empresa. En esta mesa negociadora se ponen sobre el tapete competencias exclusivas de la Administración General del Estado, siendo su objeto el debatirlas, dentro de unos límites, con las Administraciones Autonómicas y Locales y con los sindicatos. En la medida en que en estas Mesas se debaten cuestiones para trabajadores y funcionarios nos encontramos, sin duda, ante una negociación colectiva conjunta sustanciada en un concreto y único foro negociador.

---

[6] Recuérdese que la representación unitaria o legal de los funcionarios públicos no tienen legitimación negocial –ni en el art. 9 de la LPF ni en los actuales arts. 33 y 36 del EBEP–. Sobre esta cuestión puede verse, con anterioridad al EBEP, a Del Rey Guanter, S.: *Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1988, págs. 96 y ss.; con posterioridad al EBPE, puede verse, entre otros, a Valverde Asencio, AJ.: "Representación y Participación Institucional", en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pág. 453.

2.1.2. Requisitos subjetivos de las partes negociadoras

El EBEP señala, en relación con los requisitos subjetivos de esta Mesa, que la determinación de las Organizaciones Sindicales legitimadas para formar parte de esta mesa de negociación se extrae de los arts. 6 y 7 de la LOLS, distribuyéndose los puestos en la misma en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa en el conjunto de las Administraciones Públicas. Es decir, las Organizaciones Sindicales legitimadas son las mismas y con idénticas particularidades que las que participan en la determinación de condiciones de trabajo en la Mesa General de negociación establecida en el art. 34 EBEP[7].

Sin embargo, cuando se negocian las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, la suficiente representatividad de los sindicatos en esta mesa general de negociación toma como referencia, por un lado, a la representación unitaria de los funcionarios públicos en el conjunto de las Administraciones públicas, si bien, en función de la materia a tratar, puede limitarse a un concreto sector funcionarial. A su vez, y en la medida que esta Mesa va a negociar materias que afectan al personal laboral de la Administración Pública, se permite a los sindicatos representativos de los trabajadores de la Administración Pública la negociación de las materias relacionadas en el art. 37.1 EBEP, debiendo respetarse la adecuación entre el ámbito de éstos y el propio de la negociación de referencia. Ahora bien, sólo cuando se negocian aspectos comunes al personal funcionario y laboral tendrán que considerarse globalmente y de manera acumulada las plantillas de uno y otro tipo de personal, es decir, que no tendrán legitimación negocial los sindicatos que sólo representen a uno u otro colectivo, siendo ésta la principal diferencia con la negociación colectiva conjunta que se contempla en el art. 36.3 EBEP.

---

[7] La falta de referencia expresa a los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma se suple, por un lado, en que el art. 33.1 EBEP les reconoce el derecho a estar presente en todas las mesas de negociación que se constituyan en cada Administración Pública y, por otro lado, en que el art. 36.1 del EBEP delimita la capacidad representativa de estos sindicatos –circunscrito al ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma excepto en lo referente a la participación institucional– a través del reenvío a lo dispuesto en el art. 7 de la LOLS. Señala la doctrina, además, que " la presencia de tales sindicatos en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas parece necesaria dada la competencia de ésta para negociar las bases de los estatutos funcionariales general y sectoriales, esto es, para negociar aquellas materias que queden precluidas a la competencia de las mesas de negociación de las CCAA y para establecer los principios y directrices que estas últimas han de seguir. De lo contrario se correría el riesgo de que tal normativa y principios básicos fueran vulnerados en una Comunidad Autónoma en la que fuera mayoritario un sindicato más representativo a nivel autonómico. Si lo que se pretende con la negociación colectiva es alcanzar un acuerdo que luego se asuma por las mesas de negociación de las CCAA en las que tienen derecho a participar los sindicatos más representativos a nivel autonómico, lo lógico es que éstos también intervengan en aquellas negociaciones…": Roqueta Buj, R.: *El derecho del negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2007, pág. 228.

Por otra parte, en representación de las AA.PP., la Mesa estará compuesta por representantes de la Administración del Estado, representantes de las Administraciones Autonómicas y representantes de la Federación Española de Municipios y Provincias[8]. Esta última asume así oficialmente el papel que ya venía desempeñando en los Acuerdos Administración–Sindicatos celebrados en la cumbre entre la Administración del Estado y los Sindicatos[9] pues, a través de los Protocolos de Adhesión a los mismos, las Entidades Locales arbitraron fórmulas de aplicación de tales Acuerdos a sus respectivos ámbitos. Esta legitimación, loable en la actualidad y criticada por la doctrina[10], puede sin embargo plantear problemas en el futuro en la medida que la Disposición Adicional 5ª EBEP permite que las Entidades Locales constituyan asociaciones de ámbito estatal o autonómico para la promoción y defensa de sus intereses comunes. La previsible multiplicidad de nuevas Federaciones invita a pensar que lo correcto hubiera sido limitar la competencia de éstas en proporción a su representatividad[11].

En cualquier caso, la representación conjunta de la Administración Pública será unitaria, presidiendo dicha Mesa la Administración General del Estado. Significa ello que la postura de la Administración Pública es única, no pudiendo llegarse a acuerdos con la contraparte por sólo alguna de las Administraciones representadas en la Mesa. La anterior circunstancia justifica que sea la Adminis-

---

[8] La concreta representación recaerá, en la Administración del Estado, en el Ministro de Administraciones Públicas, en la Administración Autonómica, en el órgano de gobierno correspondiente y, en la Administración Local, en los sujetos designados a través de la estructura interna de la FEMP. Téngase en cuenta que los acuerdos supralocales pueden resultar muy útiles, económicos y eficaces como ya se demostró cuando la FEMP y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO., CSI–CSIF y CIG, tras suscribir el 6 de octubre de 1994 el Protocolo de Adhesión de la FEMP al ACT (BOE 10–11–1994), firmaron el 8 de junio de 1995 el Acuerdo FEMP–Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la Función Pública Local para el período 1995–1997 (BOE 30–6–1995); en este Acuerdo se creó una mesa de Administración Local compuesta por la FEMP y los sindicatos firmantes y se acordó estudiar la extensión de la negociación y articulación de este Acuerdo en las CCLL donde no existiera representación sindical.

[9] El establecimiento de esta mesa recuerda, en parte, al papel que venían desempeñando los Acuerdos de Modernización y Mejora entre la Administración y los sindicales durante los últimos años, con la diferencia de que se les establece un marco legal donde desenvolverse conjuntamente y que sirve, además, para la fijación de los límites a los que se somete.

[10] Así, Mauri Majós, J: "La negociación colectiva", AA.VV. *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, ob. cit., pág. 398, entiende que "la articulación de la representación pública con participación de representantes de las Comunidades Autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias en la fijación de una materia de competencia exclusiva de la instancia estatal resulta incoherente y acaba inestabilizando la mismo composición del banco público de la mesa de negociación que deberá ser modificada en función de las materias a negociar sin que llegue a adivinarse cuál pueda ser el criterio de diferenciación".

[11] En igual sentido, Roqueta Buj, R.: *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto*… ob. cit., págs. 233–234.

tración del Estado la que presida y dirija el debate efectuado en la Mesa General Unitaria, impidiendo así que pueda producirse acuerdo sobre las materias debatidas entre las demás Administraciones Públicas sin la conformidad de la Administración del Estado. La conformación de la voluntad única de la Administración frente a la contraparte negociadora dependerá pues del acuerdo previo entre las Administraciones Territoriales en orden a las materias negociables. Puede decirse, en definitiva, que con este mecanismo se produce una doble sustracción de materias negociables al poder unilateral del Estado para su regulación: por un lado, discutiendo con otras Administraciones Territoriales competencias que le corresponden en exclusiva y, por otro lado, configurando un poder bilateral o compartido con las Organizaciones Sindicales que impedirá a la Administración del Estado o a la Autonómica desconocer o alterar con posterioridad lo acordado en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

2.1.3. Requisitos objetivos de la negociación

Desde el punto de vista material, resulta unánime la opinión de que el EBEP reorganiza mejor el contenido objetivo de la negociación colectiva, aunque las diferencias con la LPF sean "más aparentes que reales" [12]. Lo positivo radica no sólo en la eliminación de la consulta como sistema de participación en la determinación de las condiciones de trabajo en la Administración Pública sino, también, en la delimitación del ámbito propio del sistema de determinación unilateral de condiciones de trabajo por parte de la Administración Pública y, por último, en la diferenciación entre pseudonegociación o legislación prenegociada y la negociación colectiva propiamente dicha.

Es importante señalar que en la Mesa General Unitaria sólo se pueden regular las materias relacionadas en el art. 37 EBEP que sean susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica y, además, materias de carácter general que afecten globalmente a todo el personal de las AAPP. Al respecto es importante recordar, por un lado, que la normativa básica estatal es de aplicación a todos los empleados públicos de cualquier Administración Pública –estatal, autonómica o local– y, por

---

[12] Roqueta Buj, R.: "El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral en las Administraciones Públicas", AA.VV., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, CGPJ, 2007, págs. 155 y ss; Sala Franco, T.: "Los derechos colectivos de los empleados públicos", AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, pág. 306; Rodríguez Domínguez, C.: "Luces y sombras en el ámbito objetivo de la negociación colectiva de los empleados públicos", XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 2008, pág. 5; De Sande Pérez–Bedmar, M.: "El Estatuto Básico del empleado público: comentario de urgencia en espera de su desarrollo", Relaciones Laborales nº 18, 2007, pág. 68.

otro lado, que las materias de carácter general que afectan a todo el personal son materias no consideradas básicas sobre las que todas las Administraciones Territoriales tienen competencia reguladora respecto de sus propios empleados. Advierte por ello el art. 36.2 EBEP que tales materias se negociarán "sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública", debiendo así efectuarse un recorrido por la legalidad reguladora de la Función Pública para saber qué aspectos son competencia del Estado, cuáles de las CC.AA y cuáles otros de las Administraciones Locales. La diferencia con las Mesas de negociación establecidas en el art. 34 EBEP es que ya no es necesario constituir diversas Mesas en función de la competencia normativa de cada Administración Territorial pues la nueva Mesa General Unitaria reúne en un solo foro a todos los sujetos con competencias en materia de Función Pública.

Entre las materias susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica y que afectan a laborales y funcionarios de todas las Administraciones Públicas se encuentra una sobre la que el EBEP quiere dejar claro que será competencia de esta mesa de negociación y no de otra, a saber: el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año. Esta materia que, en realidad era y es objeto de pseudonegociación, correspondía en exclusiva a la competencia de la mesa de negociación del Estado, extrayéndose así de la actividad negocial de las mesas de negociación de las Comunidades Autónomas y de las CC.LL., las cuales se encontraban vinculadas por los topes establecidos por aquélla y limitaban su actuación a reflejar en su respectivo presupuesto el que para cada ejercicio presupuestario se fijase en la mesa de negociación de la Administración del Estado. El EBEP altera esta situación en tanto en estas Mesas Generales unitarias podrá acordarse, con la participación de las CC.AA y CC.LL., por un lado, y de las organizaciones sindicales, por otro, el incremento global de las retribuciones del personal funcionario y laboral al servicio de la Administración Pública, teniendo la última palabra, obviamente, la Administración del Estado y ello, sin perjuicio del respeto al principio de cobertura presupuestaria que supone la no atribución de efecto vinculante al acuerdo respecto de la ley presupuestaria[13].

Así, la eficacia jurídica de esta materia negociable, aunque sometida a reserva de ley, continúa estando en cuestión. En efecto, los acuerdos alcanzados al respecto no dejan de tener una mera eficacia política al obligar únicamente a la Administración Pública a elevar una propuesta a las Cortes Generales para su consideración, es decir, que carece de eficacia directa y sólo obliga a que, en el plazo acordado, el

---

[13] Al respecto puede verse Ruiz Castillo, MM: "Los acuerdos sobre retribuciones de los funcionarios públicos", Temas Laborales nº 64, págs. 156 y ss.

órgano de gobierno correspondiente que tenga iniciativa legislativa proceda a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes del correspondiente Proyecto de Ley conforme al contenido del acuerdo alcanzado sobre ese incremento global de las retribuciones.

La falta de ratificación o la negativa expresa a incorporar lo acordado en el proyecto de ley, provocará, como novedad respecto de la anterior regulación, el inicio de una renegociación de esta cuestión en el plazo de un mes cuando lo solicite, al menos, la mayoría de una de las partes (art. 38.3 EBEP). Por tanto, la renegociación puede tener lugar, bien por un acontecimiento externo a la voluntad de la Administración Pública o bien por un comportamiento imputable a la misma, sin que ello le comporte otra consecuencia que, en su caso, reabrir la negociación con los condicionantes que la Administración establezca. El incumplimiento de los compromisos asumidos por el empleador público no provocara nunca la nulidad de la decisión unilateral adoptada por el empleador. La nulidad sólo acaecerá, en su caso, cuando se produzca con ausencia de negociación, real o intentada, en primera o segunda vuelta[14].

2.1.4. Requisitos formales

El procedimiento negociador continúa siendo un tema controvertido en el EBEP ya que no sólo deja sin solucionar la mayoría de las cuestiones polémicas que planteaba su antecesora LPF sino que, además, presenta, pese a las mejoras introducidas, algunos interrogantes adicionales en el caso de la negociación colectiva conjunta, ya sea en la Mesa General Unitaria o en las Mesas Generales Conjuntas.

Así, podría pensarse que el procedimiento a seguir en estas mesas negociadoras ha de ser el mismo que el previsto en las Mesas Generales de negociación de los funcionarios públicos, es decir, los aspectos contemplados en los arts. 34 y 35 del EBEP en tanto son éstos los únicos que establecen trámites formales sobre el inicio, desarrollo y fin de la negociación colectiva en el sector público[15]. Pero, siendo esto una propuesta aceptable, resulta destacable que el legislador olvide que a la negociación colectiva del personal laboral de la Administración Pública le es de aplicación en esta materia el Título III del Estatuto de los Trabajadores, ya que el art. 32 del EBEP sólo prevé la aplicación al mismo en esta materia de los arts. 36 y 38.8 sin que, en ningún caso, se prevea la remisión de éstos a los artículos an-

---

[14] Véanse las SSTS de 10 de noviembre de 1994 (Rec. núm.56/1992) y de 16 de noviembre de 1995 (Rec. núm. 3770/1989).

[15] En el mismo sentido, Torrents Margalef, J.: "Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas", ob. cit., pág. 1304–1305.

teriormente mencionados. Ello, sin embargo, no sería obstáculo de peso para que la negociación colectiva conjunta desarrollada en esta Mesa General Unitaria, en virtud de la mayor flexibilidad que al personal laboral le otorga el Estatuto de los Trabajadores, pudiera voluntariamente acomodarse a las previsiones procedimentales previstas únicamente para los funcionarios públicos, pero qué duda cabe que las notorias omisiones del EBEP sobre el *iter* negocial volverá a plantear el posible recurso a la analogía o a la aplicación supletoria de otras normas.

Como mención específica al procedimiento negociador de esta Mesa General Unitaria de negociación hay que tener en cuenta que, en función de las materias específicamente atribuidas a las mismas, el proceso negociador deberá abrirse, como mínimo, una vez al año pues en esta Mesa se negocia el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado «de cada año». Modula ello, en consecuencia, la regla general establecida en el art. 34.6 EBEP que señala que "el proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa, en la fecha que de común acuerdo, fijen la administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical"[16]. A falta de acuerdo, "el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan". Ahora bien, el carácter anual de las negociaciones se exigía ya en el art. 33 de la LPF con el objeto de acompasar las negociaciones a la dinámica de las normas presupuestarias pero ello no obstaba a que fuera posible la existencia de vigencias desiguales en los acuerdos alcanzados, por lo que dicha solución también parece ser admisible en el supuesto actual[17].

2.2. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Conjunta de Negociación

2.2.1. Apreciaciones generales

El art. 36.3 EBEP establece que "para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y labo-

---

[16] La referencia a la «representación sindical» en la promoción de mutuo acuerdo se distancia de lo establecido en la LPF que exigía que dicha representación sindical fuera de los sindicatos mayoritarios. No obstante, la "representación sindical" del EBEP se refiere a la constituida con arreglo a los arts. 33.1 y 35.1 EBEP y que el acuerdo tenga, además, el respaldo de la mayoría de representación sindical.

[17] Respecto de la LPF, véase Escudero Rodríguez, R.: "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", RR.LL nº 19, 1990, pág. 96. Véase también la STS de 21 de marzo de 2002 (Red. Núm. 1074/2001).

ral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación […]". El mencionado precepto, en los mismos términos que lo hiciera la Ley 21/2006, altera la estructura negocial existente hasta el momento en la Función Pública pues añade, a las mesas existentes, las Mesas Generales de Negociación Conjunta.

Esta Mesa General de Negociación, a la que denominamos Conjunta, se constituirá con carácter obligatorio en cada una de las Administraciones Territoriales del país y regulará condiciones de trabajo comunes al personal laboral, funcionario o estatutario de cada una de ellas. Una de las diferencias principales con la Mesa General Unitaria consiste pues en que la representación Pública en la Mesa será la de una sola Administración Territorial, es decir, la competente en función del ámbito correspondiente de negociación ya que en la Administración del Estado se constituirá una Mesa General Conjunta, otra en cada Comunidad Autónoma y otra en cada Entidad Local.

No obstante, la determinación legal de la unidad negociadora conjunta, marcada por su ámbito funcional y geográfico, es demasiado estricta y ello compagina mal, por un lado, con el amplio ámbito subjetivo del EBEP y, por otro lado, con la necesaria flexibilidad que este tipo de negociación puede aportar en la determinación de condiciones de trabajo de centros con particularidades propias. La rigidez, verticalidad y centralidad de la unidad negociadora fijada en la ley no permitirá la constitución de otras mesas generales de negociación conjunta en ámbitos más descentralizados, como seguidamente veremos. Pero esta rigidez se suaviza un poco al ponerlo relación con lo señalado en el art. 39.9 EBEP que dispone que "los Pactos y Acuerdos en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras".

Al respecto, el Acuerdo Administración–Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado[18], que sustituye al entramado de Mesas establecido en los anteriores Acuerdos, pretende ser "tremendamente respetuoso con las especificidades y particularidades que puedan concurrir en cada ámbito concreto" y, con tal objeto y aunque dependiente de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, permite la constitución de *Mesas Delegadas* no sólo en el ámbito departamental conocido hasta el

[18] Resolución de 26 de mayo de 2008, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se publica el Acuerdo Administración–Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado (BOE nº 137 de 6 de junio).

momento sino, también, en ámbitos no departamentales establecidos en función de su singularidad, del personal afectado o de la especialidad de la materia (ej. Instituciones Penitenciarias y Dirección General de Tráfico).

Estas Mesas Delegadas se constituirán también en el ámbito de organismos públicos, agencias, institutos y entidades de derecho público y análogos con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la AGE (ej. la Agencia Estatal de Administración Tributaria, INGESA y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social), tendiendo así la mano a la homogeneización de condiciones de trabajo con el personal de estos entes públicos pero sin que puedan constituir mesas generales propias o conjuntas[19]. A través de las Mesas Delegadas se atenderá a las particularidades y especialidades de los entes satélites de la AGE, aunque sin olvidar que las mismas se constituirán por acuerdo de la Mesa General de la que dependan, siempre que lo solicite la mayoría de la parte social presente en la misma o, en su caso, por la propia Administración de manera unilateral. La negociación colectiva conjunta se desarrollara, en tal caso, en distintas fases y mesas, de manera sucesiva y no simultánea: una primera, en la Mesa General de Negociación Conjunta entre el personal funcionario y laboral de la AGE, y una segunda en la Mesa Delegada dependiente de la anterior para el personal del ente público correspondiente. No obstante, en las Mesas Delegadas no podrán modificarse los criterios generales acordados sobre las materias comunes para funcionarios y laborales tratadas en la Mesa General ni tampoco plantear en dichos ámbitos temas distintos a los expresamente encomendados por la Mesa General de la AGE. En cualquier caso, aunque el camino sea complejo, el resultado será la homogeneización de condiciones de trabajo de todo el personal de la Administración Pública, incluyendo al de los entes satélites. Con la nueva estructura negocial se obtendrá mayor flexibilidad de la negociación colectiva pero no se altera el carácter centralizado y vertical de la ley.

2.2.2. Requisitos subjetivos

El art. 36.3 del EBEP establece los sujetos que podrán sentarse en estas Mesas Generales de Negociación Conjunta por parte de los empleados públicos y, de paso, resuelve la polémica suscitada al respecto en la STS de 13 de noviembre de 2006[20] referida a la creación convencional, antes de la Ley 21/2006 y del EBEP, de una Mesa General Conjunta *ex lege*.

---

[19] En detalle, véase Marín Alonso, I., "La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario en el Estatuto Básico del Empleado Público", REDT, en prensa.

[20] Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección 7ª, Recurso núm. 5025/2001.

Conviene insistir previamente en que el EBEP deja claro que los órganos de representación unitaria del personal laboral carecen de legitimación negociadora en las Mesas de Negociación conjunta para el personal laboral y funcionario. De hecho, monopoliza esta facultad la representación sindical de ambos tipos de personal tal como ya sucedía en la práctica *extra legem* anterior al EBEP[21]. Ello, obviamente, tiene su lógica pues la representación legal o unitaria del personal laboral no es representativa del personal funcionario y éstos además no pueden, como sus homólogos laborales, negociar condiciones de trabajo a través de la representación legal (Juntas y Delegados de Personal). La representación sindical era pues la única instancia viable para llevar a efecto esta modalidad negocial sin alterar el régimen de competencias o facultades de la representación legal de los funcionarios públicos.

En tal sentido, el art. 36.3 EBEP señala que serán de aplicación a estas mesas generales de negociación conjunta "los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administración Públicas […]", es decir, que las Organizaciones Sindicales que pueden estar en estas Mesas son, también, las legitimadas conforme a lo dispuesto en los arts. 6 y 7 de la LOLS: los sindicatos más representativos y los suficientemente representativos. Aclara, además, el art. 36.3 EBEP que para la determinación de los sujetos que participen en la misma se tomarán "en consideración, en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario, del personal estatutario y del personal laboral del correspondiente ámbito de representación", resultando claramente positivo que en estas Mesas y, como ya vimos, en la Mesa General Unitaria de negociación, se cubra una polémica laguna legal y se fije el criterio para distribuir los puestos de la Mesa entre los sindicatos legitimados.

El EBEP, además, zanja en el tema de la legitimación negociadora en estas Mesas conjuntas la polémica suscitada a raíz de la mencionada STS de 13 de noviembre de 2006, la cual iba referida a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos que tenían derecho a participar en las Mesas de Negociación Generales y Sectoriales de la Administración pero que, en el caso de la constitución convencional de una mesa general conjunta de negociación para tratar temas comunes a laborales y funcionarios, se veían privados de ese derecho por no tener una representatividad acumulada en los ámbitos funcionarial y laboral. El EBEP soluciona esta cuestión al señalar que junto a los anteriores sindicatos "también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10% de los representantes a

---

[21] Al respecto puede verse con más detalle Marín Alonso, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario*,,, ob. cit., en especial págs.381 y ss,

personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la mesa de que se trate". Ello, sin embargo, no ha evitado que un sector de la doctrina entienda que "tan prolija norma se hubiera evitado con cierta dosis de generosidad por parte del legislador ordinario, esto es, reconociendo legitimación a todos los sindicatos simplemente representativos en el ámbito funcionarial o en el del personal laboral de la Mesa constituida, con independencia de si lo son también en el conjunto de las Administraciones Públicas computando los resultados obtenidos en los dos sectores del personal"[22].

En cualquier caso, el legislador ha optado por un sistema de representación real que produce una doble vía de comunicación de representatividad entre los dos colectivos de empleados públicos: una primera, de carácter general, que para la obtención del grado de representatividad toma en consideración conjunta o global los resultados de las elecciones a órganos de representación unitaria laboral y funcionarial y, una segunda, de carácter específico, que permite que la mera acreditación del 10% de los representantes de los funcionarios o de los laborales existentes en el ámbito de la correspondiente Administración Pública conceda el derecho a estar en la mesa de negociación conjunta[23].

2.2.3. Requisitos objetivos

El legislador no especifica las materias de posible negociación en las Mesas Generales de Negociación conjunta. En estas Mesas se abordará, en principio, "todas aquellas materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública […]". Como fácilmente puede apreciarse, la ambigüedad de esto último plantea dudas respecto de las materias a tratar en esta sede negocial conjunta pues algunas materias y condiciones de trabajo comunes están sometidas a reserva de ley o bien forman parte de las bases de los funcionarios públicos[24]. Pero lo cierto es, a mi juicio, que en relación a los funcionarios públicos el legislador no ha tenido intención de cambiar

---

[22] Rivero Lamas, J. y De Val Tena, AL.: "El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 68, 2007, pág. 228.

[23] En igual sentido, Torrents Margalef,J.: "Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral…", ob. cit., pág. 1305.

[24] Téngase en cuenta que los límites de la negociación colectiva en el ámbito público difieren según la índole de las materias. Así la autonomía colectiva en el ámbito de las materias reservadas se limita por la Constitución y el bloque de constitucionalidad; en las restantes materias tiene adicionalmente el límite impuesto por las leyes que regulan los diferentes ámbitos de la función pública cuyos términos pueden ser o no los acordados por las partes negociadoras en las mesas.

nada, desde el punto de vista material, respecto de lo que ya existía en la tolerada práctica *extra legem* de negociación conjunta de la Función Pública; en cambio, respecto del personal laboral, y pese a lo que en un principio pudiera parecer, éste podrá negociar materias y condiciones de trabajo que antes tenía vedadas por negociarse sólo en las Mesas de negociación de los funcionarios públicos donde no estaba representado o que, en su caso, debía someter a los mismos límites que la negociación colectiva funcionarial[25]. Así, entre estas materias se encuentran, por ejemplo, el incremento de las retribuciones del personal en la correspondiente Administración Pública, la fijación de los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño, los planes de Previsión Social Complementaria, formación continua y salud laboral, los criterios generales sobre ofertas de empleo público y las materias referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, entre otras.

2.2.4. Requisitos formales

Los problemas procedimentales que presenta la negociación colectiva conjunta en estas mesas generales de negociación respecto de la composición de la comisión negociadora, las reglas a seguir sobre convocatoria o procedimiento son los mismos que ya vimos respecto de la Mesa General de Negociación Unitaria, por lo que para no reiterarnos a ello nos remitimos, centrándonos brevemente en la segunda fase de la negociación.

La adopción de acuerdos en estas Mesas Generales Conjuntas no altera lo dispuesto por la legislación vigente en materia de acuerdos para el personal funcionario, ya que para la validez y eficacia de los mismos será necesaria la aprobación expresa y formal por parte de las Administraciones Públicas correspondientes y, en igual sentido, para el personal laboral será necesaria, siguiendo lo dispuesto en la legislación laboral, la formalización del correspondiente acuerdo en el seno de la unidad de negociación de que se trate tal y como ha venido sucediendo en los últimos años. Señala además el art. 38.8 EBEP que "los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el art. 37, contengan materias y condiciones de trabajo generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el art. 83 del ET para el personal laboral". Significa ello que no será necesario que las

---

[25] En el mismo sentido, Roqueta Buj, R.: *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto…*, ob. cit., págs. 96–97.

Mesas Generales o Sectoriales aborden de nuevo la negociación de tales materias para los funcionarios públicos o, en otros términos, que los acuerdos de la Mesa General Conjunta serán vinculantes para esas otras mesas de negociación. Igual sucede para el personal laboral de la Administración Pública pues lo acordado en la Mesa General Conjunta de Negociación se aplicará directamente al personal laboral sin necesidad de que su contenido se recepcione en un convenio colectivo[26].

[26] El art. 83 ET hace referencia a dos tipos de acuerdos con efectos distintos: los acuerdos marco y los acuerdos para materias concretas. La doctrina, por el momento, parece estar de acuerdo en que pese a la indeterminación en que incurre el art. 38.8 EBEP, se refiere a los segundos. Al respecto, Valverde Asencio, A.: "Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública…", ob. cit., pág. 101; Roqueta Buj, R.: *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto*…, ob. cit., págs. 478–479.

EL TRADE COMO SUJETO NEGOCIADOR. A PROPÓSITO DE LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL Y EFICACIA DE LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL

Mª de los Reyes Martínez Barroso
Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

ÍNDICE

1. Instrumentos específicos de acción y representación de los trabajadores autónomos como marco de referencia
2. La conveniencia de negociar colectivamente las condiciones de trabajo de los TRADE
3. Sujetos legitimados para concertar los acuerdos de interés profesional
4. Las prácticas negociales *de facto* como antecedente inmediato de los acuerdos de interés profesional
5. Régimen legal de los acuerdos de interés profesional
   5.1. Justificación
   5.2. Formalidades
   5.3. Contenido posible

5.4. Límites

6. RECONOCIMIENTO EXPRESO DE EFICACIA A LOS ACUERDOS PROFESIONALES DE LOS TRADE EN EL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

1. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS DE ACCIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMO MARCO DE REFERENCIA

En contraste con el amplio y consolidado reconocimiento jurídico de medios colectivos de tutela, acción y representación a los trabajadores subordinados y sus representantes, a los empresarios y sus representantes, y a los ciudadanos en general, el Derecho positivo no ha reconocido expresamente a los trabajadores autónomos hasta la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo instrumentos específicos, ni de acción ni de representación, a través de los cuales pudieran defender los intereses relacionados con el desarrollo de su trabajo personal. Ello no impedía, sin embargo, que pudieran hacer valer sus intereses profesionales, económicos o socio-políticos, a través de otras fórmulas colectivas, no expresamente previstas para este colectivo, sino para otros sujetos, de cuya misma condición puedan participar los trabajadores autónomos: como afiliados a un sindicato de trabajadores o a una asociación empresarial; profesionales titulados integrados en un colegio profesional; comerciantes adscritos a una cámara de comercio; agricultores integrados en cámaras agrarias; trabajadores del mar asociados a cofradías de pescadores; o, en fin, asociados a una organización genérica, constituida *ad hoc* por los autónomos de un determinado sector o profesión —agrupados en razón del tipo de actividad que desarrollan—, o por autónomos de un determinado territorio, con independencia del tipo de actividad que desarrollen —atendiendo a un criterio geográfico—, o por quienes desarrollan cualquier actividad, pero de una forma dependiente —en razón de la forma de prestar sus servicios en la actividad que desarrollan—[1]. El aspecto más negativo del reconocimiento de tan amplias fórmulas de asociacionismo radica en las importantes interferencias funcionales que pueden producirse entre las mismas, incluso entre éstas y las organizaciones sindicales, si bien presenta la ventaja de que, dentro de la heterogeneidad existente entre los que realizan una actividad profesional en régimen de autonomía, cada sujeto se puede integrar en aquella fórmula asociativa que más se ajuste a sus intereses y necesidades[2].

---

[1] Sepúlveda Gómez, Mª: "Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados", *TL*, núm. 81, 2005, pág. 188.

[2] Un minucioso análisis de dichas interferencias en Gallego Morales, A.: *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones,* Granada (Comares), 1996, págs. 247 y ss.

Pese a la amplitud de opciones posibles, la falta de representación colectiva de los trabajadores autónomos es una carencia tradicional que ha impedido, en principio, que los convenios colectivos puedan ofrecer soluciones ajustadas a las necesidades de estos colectivos. De ahí que, en términos amplios, las propuestas reivindicativas relativas a la protección del trabajo autónomo tradicionalmente se hayan orientado hacia fórmulas de tutela de sus intereses a través, de asociaciones profesionales específicas de autónomos —esto es, a través de un sistema de representación externa al modelo de representación colectiva de los trabajadores subordinados—.

En relación con los TRADE —trabajadores autónomos económicamente dependientes— la doctrina se ha planteado, sin embargo, si no sería posible su inserción en el modelo de representación existente —a la vista de algunas prácticas colectivas que han surgido espontáneamente entre el colectivo de transportistas[3], lo cual podría alcanzarse si se opta "por un modelo alternativo de presencia sindical directa a través de nuevos sujetos sindicales cuya representación y tutela se extendiera a las diversas formas de trabajo concurrente"[4]. El declive del sindicalismo en sus ambientes naturales —los del obrero industrial— y el auge de los nuevos espacios laborales al margen del Derecho del Trabajo han planteado la cuestión de si no es una necesidad vital para la supervivencia del sindicato el entrar con decisión en esos ámbitos[5].

En definitiva, es precisamente en materia de negociación colectiva donde adquiere virtualidad práctica el derecho de afiliación de los trabajadores autónomos sin empleados a su servicio, en especial de los que lo son por cuenta ajena o dependientes (más de 400.000 en España), pues las posibles objeciones técnicas no

---

[3] A título de ejemplo, los "Acuerdos sobre las condiciones de trabajo y económicas de los transportistas por cuenta propia o repartidores autónomos en el grupo PANRICO", firmado entre representantes de la empresa y de los repartidores autónomos, el 20 de mayo de 2005, con el objetivo de equiparar en derechos y medios colectivos de tutela a estos autónomos con los trabajadores subordinados de la misma empresa. Actualmente PANRICO está negociando un acuerdo de interés profesional —que probablemente esté listo en octubre— en el cual, por parte de los trabajadores, participan las tres organizaciones con representatividad en la empresa. La mayoritaria es la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA), que agrupa el 60% de los empleados. El otro 40%, según la empresa, se divide entre la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA) y CC.OO.

[4] Como con acierto se ha dicho, "la definición del colectivo tutelado por los representantes sindicales debe evolucionar paralelamente a los cambios de las organizaciones productivas para que puedan seguir siendo funcionales al fin que llevaría a su reconocimiento y promoción legal: la tutela de los intereses del trabajo en la empresa desde el concepto legal de trabajador (contrato de trabajo) hasta el de prestador de servicios", Sáez Lara, C.: "La representación colectiva de los trabajadores en la empresa", *RMTAS,* núm. 58, 2005, pág. 327.

[5] Ojeda Avilés, A.: "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos", *AS,* 2000, T. V, págs. 705-706.

pueden anteponerse a derechos fundamentales de tan alto valor y significación como los comprendidos en la autonomía colectiva que, como otros derechos constitucionales, no son circunscritos por el texto constitucional a un determinado tipo de contrato, sino que van ligados al trabajador, en cuanto sujeto que presta su trabajo personal para y por cuenta de otro.

En cualquier caso, es importante dejar claro desde el principio que —tal y como aclara la Exposición de Motivos de la Ley 20/2007— con la incorporación de los acuerdos de interés profesional en el sistema de fuentes de los TRADE no se ha querido trasladar la negociación colectiva propiamente laboral al ámbito de los autónomos, sino que la finalidad última de su reconocimiento obedece a la conveniencia de reconocer la existencia de una fuente de carácter colectivo que trascienda al mero contrato individual. Sin duda, la intervención de sujetos colectivos a la hora de regular las condiciones de desarrollo de la actividad profesional de los TRADE permitirá alcanzar un nivel más alto de protección a favor de este colectivo[6].

2. LA CONVENIENCIA DE NEGOCIAR COLECTIVAMENTE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRADE

El sistema de negociación colectiva del ET descansa en la representatividad, no en la afiliación, por lo que el trabajador autónomo queda, en principio, al margen del cauce negocial de eficacia general. No obstante, en un sistema de relaciones profesionales maduro, las divergencias de intereses colectivos deben desarrollarse por vías de diálogo social lo que a la postre supone necesariamente procesos de negociación colectiva, en el sentido amplio del término, con vistas a alcanzar acuerdos. En principio habría que excluir de este supuesto a los trabajadores autónomos puros, pues carecen de contraparte empresarial: trabajan para sí mismos, es decir, para obtener el beneficio que les pueda reportar la explotación de su actividad en el mercado general. Sin embargo, dentro de la negociación colectiva laboral sí cabría plantear la posible regulación de condiciones de trabajo de los TRADE. No cabe considerar que sea la subordinación jurídica la única justificación o causa de la necesidad de aplicar las técnicas jurídicas correctoras de los desequilibrios de poder negocial en las relaciones de prestación de servicios, pues la dependencia económica puede situar en una posición fáctica de sometimiento a la voluntad empresarial del autónomo similar a la que, con las bendiciones del or-

---

[6] Sirvent Hernández, N.: "Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *RTSS (CEF),* núm. 296, 2007, pág. 54.

denamiento por haber sido reconocida jurídicamente, se produce con los trabajadores del art. 1.1 ET[7]. En las prestaciones de servicios de los autónomos económicamente dependientes se puede localizar un desequilibrio de poder de negociación similar al que justificó el nacimiento del Derecho del Trabajo para los obreros dependientes y por cuenta ajena, pues en absoluto constituye un monopolio de las relaciones laborales[8].

Como con gran acierto ha precisado la doctrina, es posible que los sindicatos, como forma de frenar cierto tipo de procesos acentuados de descentralización productiva y de "competencia desleal", comprometan al empresario a otorgar un tratamiento asimilado, por ejemplo, en lo que se refiere a ingresos económicos de los autónomos con los que externaliza ciertos servicios, al objeto de "blindar" tanto el empleo como las condiciones económicas de los que efectúan ya tales labores en régimen de subordinación[9]. De otro lado, al margen de la posibilidad anterior —ciertamente marginal, pues ni puede abarcar a todos los grupos de trabajadores autónomos afectados por la colectivización de sus intereses ni facilitar el protagonismo directo de éstos en la defensa colectiva de sus intereses— cabría mencionar la posibilidad de que sus asociaciones profesionales específicas logren acuerdos de alcance colectivo con quienes de ordinario suelen establecer relaciones contractuales civiles, mercantiles o administrativas, siendo precisamente contenido de tales acuerdos colectivos la fijación de las condiciones económicas y de otra índole que afectan individualmente a las relaciones entre esos autónomos y terceras empresas de las que dependen[10].

Tales pactos, al mantenerse en la esfera de las categorías jurídicas de la contratación civil, por sí solos "no podrían 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"*[11]. Tales inconvenientes han llevado a postular una in-

---

[7] Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", *DL*, núm. 73, 2005, pág. 57 y 59.

[8] D. Antona, M.: "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?", en AA.VV. (a cura di GhezzI, G, Ed.): *Contrattazione, rappresentatività, coflitto. Scritti sul Diritto Sindacale,* Roma, 2000, págs. 283-284.

[9] Este tipo de cláusulas serían perfectamente lícitas y vinculantes en la medida en que se configuran como cláusulas en favor de terceros. Cruz Villalón, J.: "Propuestas para una regulación del trabajo autónomo", *TL,* núm. 73, 2005, pág. 46.

[10] Ampliamente sobre el particular, Fernández López, Mª.F.: "Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *RDS,* núm. 42, 2008, págs. 13 y ss.

[11] No obstante, vía contractual civil, no podría objetarse nada a que el acuerdo colectivo de autónomos fuera sucesivamente contradicho por cualquier tipo de contrato individual concertado por un trabajador autónomo con una empresa, aunque ambos hubieran estado representados en la mesa de ne-

tervención legislativa en orden a garantizar la inderogabilidad *in peius* de lo pactado por parte de las asociaciones profesionales de autónomos, lo cual exigirá controlar la legitimidad jurídica de tales negociadores, apostando por un modelo informal y flexible en el que la autonomía privada sea la fuente que domine la ordenación tanto del proceso negociador como de los productos resultantes —eficacia, contenido...—[12].

Además, a la hora de regular el fenómeno, se utiliza una denominación sin precedentes en el sistema jurídico, evitando términos que hubieran resultado quizás más gráficos, como el de "acuerdos colectivos" —pese a que lo son- con un claro interés, transversal en toda la Ley, de evitar concomitancias conceptuales y hasta gramaticales con la regulación de los trabajadores por cuenta ajena[13].

La referencia principal a estos acuerdos profesionales aparece en el art. 13 LETA, cuyo apartado cuarto prescinde de cualquier amparo en art. 37 CE, para arrojarlos a las manos del Derecho común. El instrumento es, sin duda, típicamente laboral, pero la regulación será la civil. Es más, cuando el legislador explica que el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional como fuente del trabajo autónomo "no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito", sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de acuerdos que trasciendan del marco del contrato individual, sólo está descartando el modelo normativo del Estatuto de los Trabajadores, si bien, como acertadamente ha expresado la doctrina, inevitablemente los acuerdos de interés profesional, de carácter colectivo, se asocian a los convenios, también colectivos, regulados en los arts. 82 y ss. del ET. "Difícilmente puede creerse que estos acuerdos no sean una traslación (o una copia descafeinada y mínimamente adaptada) de los convenios colectivos"[14].

En definitiva, están llamados a ser una "fuente" de primer orden de la relación profesional entre los TRADE y los empresarios-cliente a los que prestan sus servicios. Que ello llegue a ser una pronta realidad dependerá, como con acierto se ha dicho, de la actitud hacia ellos de las propias asociaciones y sindicatos de TRADE

---

gociación del acuerdo colectivo. Cruz Villalón, J.: "Propuestas para una regulación del trabajo autónomo", cit., págs. 46-47 –en consideraciones vertidas con anterioridad a la aprobación de la Ley 20/2007—.

[12] García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso,* Madrid (Tecnos), 2007, pág. 168.

[13] Proponiendo otros términos como más adecuados: "Acuerdos Profesionales", "Acuerdos Profesionales Colectivos" o "Acuerdos de Regulación Profesional", González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 89.

[14] Montoya Melgar, A. y Martín Jiménez, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio,* Madrid (Civitas), 2007, pág. 119.

y los empresarios pues la Ley los regula sucintamente —omitiendo cuestiones clave como pudiera ser el procedimiento negociador, extensión temporal, denuncia, reglas de solución de concurrencia...— pero no los promueve en sentido estricto ni establece tan siquiera la obligación de negociar de buena fe para el empresario requerido para ello por una asociación profesional o sindicato[15].

3. SUJETOS LEGITIMADOS PARA CONCERTAR LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL

Por el banco social aparecen legitimadas las asociaciones o sindicatos que representen a los TRADE —sin que finalmente resulten exigibles cualidades de representación adicionales— y por el banco económico las empresas para las que ejecuten su actividad, con exclusión tácita de las asociaciones que sí aparecían como eventuales interlocutores en el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Expertos. De hecho alguna enmienda presentada durante la tramitación parlamentaria iba dirigida a que dichos acuerdos se negociaran con asociaciones empresariales, pero no prosperaron[16]. Probablemente dicha exclusión ha tenido por finalidad restringir al ámbito empresarial los acuerdos de interés profesional, propiciando un entorno negociador similar al de las *bargaining units* propias del Derecho anglosajón al diseñar unas partes negociadoras realmente asimétricas[17] y debilitar así su poder regulador. O quizás, su omisión obedezca a la necesidad de evitar que las dos partes que pueden intervenir en la negociación estén representando los mismos intereses, situación que pudiera producirse en algún caso si se diera la circunstancia de que los TRADE incluidos en el ámbito de aplicación del acuerdo estuvieran afiliados a la asociación empresarial concreta que participara en la negociación del acuerdo en cuestión[18].

No obstante, al margen de esta primera y obligada interpretación literal de la norma, también cabe admitir la posibilidad de que las asociaciones empresariales que organizan a los clientes de los autónomos celebren AIP de ámbito superior al de la empresa, sea provincial, de comunidad autónoma o estatal, con organizacio-

---

[15] González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 89.

[16] Concretamente la enmienda núm. 65 (Congreso) del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. En idéntico sentido la reitera con el núm. 9 el Grupo Mixto en el Senado.

[17] González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 91.

[18] Sirvent Hernández, N.: "Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", cit., pág. 57.

nes de autónomos de igual ámbito[19]. Y las razones que avalan tal posibilidad, al margen de carecer la LETA de cualquier planteamiento expresamente prohibitivo, residen en el reconocimiento explícito de que los AIP establezcan métodos extrajudiciales de solución de conflictos, equiparando *ex* art. 63 LPL la validez del acceso a la vía conciliatoria así establecida con la de la conciliación administrativa previa a la interposición de demanda de conflicto colectivo, lo cual presupone, de manera obvia, la posibilidad de AIP de amplio nivel, en cualquier caso muy superior al de una sola empresa. *A fortiori,* si teleológicamente tal especie de norma pactada tiende a fomentar la tutela de los TRADE, resulta muy probable que un ámbito de negociación más elevado otorgue mayor poder de negociación a la parte más débil y, por tanto, permita obtener mejores condiciones profesionales. De hecho, la Asociación Nacional de Empresarios y Profesionales Autónomos (ASNEPA) está negociando el primer acuerdo de interés profesional para el transporte pesado, por el cual se establecen horarios de trabajo, períodos vacacionales e indemnizaciones en caso de cese de los servicios contratados[20]. En un comunicado, la Asociación destacó que mantendrá contactos "en breve" con empresas y "asociaciones de empresarios" con el fin de poder establecer y negociar las condiciones generales de contratación con los TRADE que desarrollen su actividad o perciban más del 75% de sus ingresos en su empresa.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda, es de que el hipotético reconocimiento de dicha capacidad y legitimación para suscribir acuerdos profesionales a nivel superior al de la empresa incurre de lleno en la posible "concurrencia" entre acuerdos de interés profesional y en la coexistencia de AIP a distinto nivel que puedan afectar a los mismos trabajadores, reproduciendo un escenario no muy lejano al de la negociación colectiva propia de los trabajadores por cuenta ajena[21].

La utilización de la conjunción disyuntiva "o" debe interpretarse en sentido alternativo o de opción (lo cual se traduce en que tanto uno como otro sujeto colectivo pueden celebrar este tipo de pactos sin estar condicionados por una nego-

---

[19] Considerando que también están legitimadas las asociaciones empresariales, aunque no lo diga expresamente el texto de la LETA, "pues se trata de instrumentos de Derecho privado", García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo,* cit., pág. 169. En el mismo sentido, Tárrega Poveda, J., en AA.VV. (Luján Alcaraz, J., Dir): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio,* Murcia (Laborum), 2007, pág. 237.

[20] Fuente: *Europa Press,* Madrid 13 octubre 2008.

[21] Planteando la posibilidad de que existan distintos acuerdos, a distintos niveles, y que todos afecten a quien esté afiliado a una sola asociación o sindicato, González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 94, planteando la hipótesis de una asociación o sindicato que puede suscribir un acuerdo a nivel estatal en el que se diluciden, por ejemplo, procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos e indemnización por extinción de contrato; a nivel provincial la jornada máxima y, por último, a nivel de empresa pacte aspectos más singulares como el salario.

ciación —o iniciativa— previa) y no en sentido excluyente, que supondría en la práctica que la prioridad en la iniciativa negocial o en la propia negociación cerrasen el paso a otro sujeto colectivo que, potencialmente, pudiera celebrar el acuerdo[22]. Además, si bien la legitimación dual impide el monopolio de cualquiera de los entes legitimados, lo cierto es que los sindicatos, dada su experiencia, podrían desplazar a las asociaciones profesionales en el ejercicio regular de tan importante función. No obstante, un sindicato o asociación de autónomos sin afiliados en el ámbito en el que se suscribe un AIP no puede concertar este acuerdo[23]. Tampoco una empresa cliente que no emplee a TRADES. Ni, por supuesto, ningún trabajador individual puede reclamar la titularidad del derecho, sólo a estos órganos colectivos pertenece la titularidad del mismo. En cualquier caso, quizás hubiera resultado más apropiado exigir unos criterios mínimos de implantación (en cuanto al número de autónomos afiliados) dentro del ámbito funcional y/o territorial del acuerdo que permitieran por sí solos discriminar entre los sujetos colectivos con capacidad negocial en cada caso concreto[24].

En definitiva, reconocer como fuente de derecho los pactos colectivos celebrados entre las asociaciones representativas de TRADE y las empresas para las que ejecutan su actividad profesional significa reconocer un importante papel en la conformación del régimen de prestación de estos servicios autónomos a las asociaciones de profesionales, que pueden incidir de este modo en el ámbito de las relaciones individuales de carácter civil e incluso administrativo. Además, se les atribuye no sólo un poder de representación de intereses de estos trabajadores normalmente en demanda de actuaciones de los poderes públicos sino también un poder regulador —que no normativo[25]— a ejercer en nombre de sus representados y frente a la contraparte en un contrato civil o administrativo.

Un interesante interrogante que ha suscitado la doctrina es el de si, cuando un sindicato está tutelando o representando a los TRADE está, en realidad, ejerciendo

---

[22] Sirvent Hernández, N.: "Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", cit., pág. 56.

[23] *Contra,* considerando que tal acuerdo "no sería en modo alguno inútil", puesto que puede propiciar —paradójicamente— que se afilien *a posteriori* del acuerdo los TRADE que no estaban afiliados a las asociaciones o sindicatos firmantes, o prepara el terreno para que los futuros TRADE que sean contratados por la empresa de que se trate, sepan qué condiciones profesionales les esperan con sólo afiliarse al sindicato o asociación que ya firmó con la empresa en cuestión, González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 92.

[24] Postura ya adelantada por Cruz Villalón, J.: "Propuestas para una regulación del trabajo autónomo", cit., pág. 47.

[25] Vicente Palacio, A., en AA.VV. (García Ninet, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo,* Valencia (CISS), 2007, págs. 281-282.

su libertad sindical u otro derecho distinto. Es cierto que los TRADE no son trabajadores ordinarios, que constituyen un *tertium genus* entre el trabajador ordinario y el empresario autoempleado, pero la Ley 20/2007 ha tomado una opción, al menos en este aspecto, al asimilarlos a los trabajadores por cuenta ajena, permitiéndoles que sean representados, a efectos de negociar los AIP y de defender sus intereses, por los sindicatos. No cabría negar, por tanto, que el sindicato que representa a los TRADE ejerce, en esa tarea, su libertad sindical. Lo que ya no resulta posible es que la negociación de los AIP se pueda equiparar al ejercicio de la "negociación colectiva" en el sentido del art. 37.1 CE, pues en este caso claramente la LETA da a entender que los AIP no son convenios colectivos —ni siquiera extraestatutarios— debiendo concluirse que el sindicato que actúa en representación del TRADE está ejerciendo la libertad sindical[26] —amparándose en ese momento en el art. 28.1 CE— pero no desarrolla el derecho a la negociación colectiva en los términos fijados en el art. 37.1 de la Norma Magna.

4. LAS PRÁCTICAS NEGOCIALES *DE FACTO* COMO ANTECEDENTE INMEDIATO DE LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL

El sistema de negociación diseñado en el ET descansa sobre el principio de representatividad, no de afiliación, quedando el trabajador autónomo, por tanto, al margen del cauce negocial de eficacia general. No obstante, siendo conscientes de que determinadas "nuevas" modalidades de prestación autónoma de trabajo se adecúan sin excesiva dificultad a los moldes construidos sobre el trabajo dependiente, no ha sido extraño asistir en la práctica a un progresivo fenómeno de penetración de la negociación colectiva en la regulación de las condiciones bajo las cuales prestan sus servicios los trabajadores autónomos.

En la raíz del fenómeno de proliferación del quehacer económicamente dependiente está precisamente la búsqueda de flexibilidad en la gestión de los recursos humanos de la empresa, quizás por la vía más traumática de la presión a la continua renegociación del contrato derivada del desequilibrio de poder contractual. En este contexto de prioridad de la flexibilidad, el canal normativo que mejor permite compatibilizar este objetivo con la búsqueda de un régimen de defensa de los intereses de los que prestan su trabajo en la organización empresarial, además con el valor añadido de certeza de costes y eficacia en la gestión de los recursos humanos, es la negociación —o concertación— colectiva[27].

---

[26] Pues lo contrario constituiría una suerte de "funambulismo jurídico difícil de entender". González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 112.

[27] Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", cit., pág. 61.

Espontáneamente han surgido fenómenos negociales con la pretensión de superar las carencias regulatorias presentes en la norma estatal a través de la autonomía colectiva, que en el caso de los trabajadores autónomos resulta especialmente emblemática, puesto que por definición, como se ha repetido insistentemente, este colectivo se encuentra directamente fuera del ámbito de aplicación de la normativa laboral. Dado que los propios interlocutores sociales tienen una profunda preocupación por los trabajadores por cuenta propia, cada día son más los convenios colectivos que se refieren a este tipo de profesionales[28]. De hecho, la apuesta decidida del Estatuto del Trabajo Autónomo por regular el fenómeno viene a corroborar la existencia de prácticas de negociación de numerosos convenios, de pretendida eficacia general, en los cuales se imponen una serie de exigencias a los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación en lo relativo a los contratos civiles o mercantiles que puedan negociar en la contratación de personal a su servicio[29]. Esto es, acuerdos que regulan no sólo el contenido de los contratos de trabajo, sino también el contenido de los civiles o mercantiles que firmen los empresarios, extendiendo en algunos casos previsiones establecidas para los primeros a los segundos, incluyendo, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación personal una referencia genérica a los autónomos "sin mayores aclaraciones" o, en fin, limitando la extensión de su eficacia a los autónomos a algunas previsiones concretas contenidas en su articulado —tablas salariales, clasificación profesional, acciones de formación continua, subrogación empresarial, etc—[30]. Y ello desconociendo cómo la regulación de ciertas condiciones contractuales de los autónomos en los convenios colectivos, especialmente las salariales, podría suponer una vulneración de la libre competencia.

---

[28] La necesidad del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva a los trabajadores autónomos se demuestra con la existencia de algunos convenios colectivos, de pretendida eficacia general, que buscan incluir a los autónomos dentro de su ámbito de aplicación. Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria", *RL*, núm. 11, 2001, pág. 32.

[29] Es cada vez más frecuente encontrar instrumentos jurídicos de naturaleza colectiva (convenios, acuerdos interprofesionales fruto de la concertación social, etc.) que extienden su ámbito de aplicación, parcial o totalmente, a los trabajadores autónomos. Las manifestaciones de esta afectación de la negociación colectiva al trabajador autónomo son variadas. Así, en ocasiones, los convenios llevan a cabo referencias muy específicas y concretas a determinadas materias que puedan ser de aplicación al conjunto de los trabajadores autónomos (materia salarial, seguridad y salud, etc.). También es frecuente hacer declaraciones genéricas de la posible aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo a los trabajadores autónomos abriendo, de esta manera, un cauce que facilite una hipotética inclusión de éstos en el ámbito de aplicación del convenio. Por último, existen experiencias en concertación social donde los acuerdos suscritos son, previo cumplimiento de determinadas condiciones, de directa aplicación al colectivo de autónomos (así, por ejemplo, el *III Acuerdo Nacional de Formación Continua* incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta propia). Valdés Alonso, A.: "Accidente de trabajo y enfermedad profesional en el trabajo autónomo", *DL*, núm. 70, 2004, pág. 39.

[30] Ampliamente sobre el particular, Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria", cit., págs. 9 y ss. o "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", cit., págs. 63 y ss.

En la medida en que la delimitación del campo de aplicación subjetivo del convenio colectivo encuentra sus límites en el ámbito de representación de sus negociadores y los autónomos no son tenidos en cuenta a la hora de medir la representatividad de los negociadores del convenio colectivo estatutario, se ha de deducir que estos sujetos se encuentran fuera de la unidad de negociación y, por tanto, tales prácticas reales son irregulares si no cuentan con un reconocimiento jurídico expreso. Dicho en otros términos, la imposibilidad de defender la vinculación jurídica de los autónomos por un convenio colectivo en cuya negociación no han estado representados, a través de las técnicas del Derecho Común, fuerza al legislador a hacer un reconocimiento expreso de la titularidad de tal derecho colectivo, motivado en gran medida por la evolución y nuevas formas de prestación del trabajo autónomo.

5. RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL

5.1. Justificación

Como no podía ser de otra manera ha resultado polémico el alcance del derecho a la negociación colectiva —denominación evitada en todo momento por el legislador— de los autónomos económicamente dependientes, pues mientras unos opinan que la regulación colectiva de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva agrava el problema de la competitividad a la baja del nivel de protección social disfrutado por los trabajadores subordinados, otros, por el contrario, consideran que la negociación colectiva constituye una vía eficaz de satisfacción de las reivindicaciones de mejora de las condiciones de trabajo de los autónomos, al posibilitar la reducción de la distancia entre niveles de protección entre éstos y los subordinados, reduciendo esa presión negativa sobre las conquistas sociales alcanzadas por los segundos[31].

Mayor unanimidad parece haber en cuanto a las bondades que la regulación del trabajo autónomo a través de ámbitos de negociación de carácter sectorial, territorial o de centro de trabajo puede aportar, es decir, unidades de negociación con necesidades de protección homogéneas, en cuestiones que afectan al desarrollo de su actividad y que van desde las percepciones económicas a la prevención de ries-

[31] Ojeda Avilés, A.: "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos", cit., pág. 704.

gos[32] o a la formación, con el objeto de cubrir vacíos o de mejorar lo establecido a través del acuerdo de las partes, pues la experiencia ha perfilado este instrumento como el más eficaz en la adaptación a los cambios y a la diversidad social[33].

5.2. Formalidades

Como garantía de transparencia del funcionamiento correcto del mercado y de seguridad jurídica la LETA exige, parece que con carácter *ad solemnitatem,* forma escrita para estos acuerdos de interés profesional, lo cual no implica que rija principio alguno de registro ni publicidad, lo que acentúa, si cabe, aún más su carácter privado, su eficacia limitada y, de paso, dificulta su control judicial, incluyendo la eventual demanda presentada por otras asociaciones o terceros perjudicados por lesividad o ilegalidad, que sería razonable, a similitud de lo que ocurre en lo laboral con el convenio colectivo; o incluso la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia, que es el llamado a supervisar los límites de estos acuerdos. Los AIP ni se presumen, ni son tácitos, ni, por supuesto, pueden ser acordados verbalmente. La ausencia de dicha forma escrita lleva aparejada la falta de validez y eficacia de los mismos.

No están sujetos a formalidad procedimental alguna. La remisión a las "disposiciones del Código Civil" implica que ha de estarse a tales reglas a la hora de determinar si concurren los requisitos de validez y eficacia de los negocios jurídicos —en cuanto a voluntad, objeto, término, modo y causa— y a la suerte de éstos: interpretación, eficacia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión y cuantos otros extremos sean observables en relación a cualquier negocio jurídico[34]. Esto es, como elementos esenciales requiere la concurrencia de una manifestación de voluntad consensual, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca (art. 1261 CC) y, finalmente, aplicado a estos peculiares acuerdos, cobra sentido la exigencia de autorización o de representación prevista para el caso de que uno contrate en nombre de otro (art. 1259 CC). No obstante, como con acierto se ha dicho, quizás hubiera sido conveniente un pronunciamiento legal expreso en favor de la obligación de negociar de buena fe, pues ello contribuiría a potenciar más intensamente la celebración de acuerdos de esta naturaleza a la vez que ante idéntico silencio legal en

---

[32] Donde se manifiesta más marcadamente la debilidad económica y jurídica de estos profesionales, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, Mª.E.: "El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo", *RL,* núm. 7/8, 2000, pág. 11.

[33] UPTA: "Posición de la UPTA sobre el Estatuto del Trabajador Autónomo", *DL*, núm. 73, 2005, pág. 138.

[34] González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 95.

cuento a integrantes de la comisión negociadora se refiere, únicamente cabe exigir a los integrantes de la misma la acreditación de suficiente capacidad jurídica y de obrar, sin limitación numérica alguna ni exigencia de paridad[35].

5.3. Contenido posible

La libertad que inspira el entramado regulador determina que el contenido de estos pactos profesionales pueda ser el que determinen las partes firmantes, si bien la LETA hace un listado, completamente abierto, de los aspectos más relevantes a tratar: modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad, así como otras condiciones generales de la contratación (esto es, cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato venga impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, *ex* art. 1 Ley 7/1998, 13 abril)[36].

Son varios los preceptos de la LETA que se refieren a la intervención del acuerdo de interés profesional mejorando el régimen legal de interrupción anual de la actividad (art. 14.1 LETA); determinación del régimen de descanso semanal, festivos, la duración máxima de la actividad y, en su caso, su distribución mensual (art. 14.2 LETA); la posibilidad de realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente y la fijación de un incremento máximo a realizar de esa actividad (art. 14.3 LETA); la fijación de la indemnización cuando el contrato se extinga por voluntad del cliente sin causa justificada o por el trabajador fundada en un incumplimiento contractual de la contraparte (art. 15 LETA); o el establecimiento de otras causas de interrupción justificada de la actividad profesional (art. 16.2 LETA). Además de las anteriores condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad laboral, los pactos colectivos también pueden cumplir otras funciones como la institución de órganos específicos de solución de conflictos, ante los cuales llevar a cabo los preceptivos intentos de conciliación o mediación como trámite preprocesal al ejercicio judicial de acciones en relación al régimen profesional de los TRADE así como el establecimiento de sistemas de arbitraje voluntario o, en general, sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos co-

---

[35] Postulando atribuir idéntico valor al voto mayoritario de cada parte con independencia del número de representantes que, por cada una de ellas, integre la comisión Sirvent Hernández, N.: "Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", cit., pág. 58.

[36] El establecimiento de condiciones generales de contratación a través de acuerdos colectivos únicamente determina que cambia el sujeto que puede establecerlas, pasando de ser sujetos de carácter individual a colectivo por una de las partes, pero sin alterar el régimen jurídico previsto por la Ley 7/1998. Vicente Palacio, A., en AA.VV. (García Ninet, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 285.

lectivos (arts 18.1 y 2 LETA). En definitiva, cualquier aspecto que incida o presente interés desde la óptica del trabajo autónomo dependiente podrá regularse en estos acuerdos, sin olvidar que también podrán incorporar cláusulas en aspectos compartidos con los trabajadores autónomos "ordinarios"[37], tales como los derechos profesionales (art. 4 LETA); deberes profesionales básicos (art. 5), prevención de riesgos laborales (art. 8), garantías económicas (art. 10) o derechos colectivos básicos (art. 19).

5.4. Límites

Puesto que, aunque dependientes económicamente, los destinatarios del acuerdo son autónomos, parece lógico que éstos se sometan a los principios básicos de la libre competencia, pues resulta evidente el riesgo de que se produzcan eventuales limitaciones de la libertad de prestación de servicios profesionales y consiguiente distorsión de las reglas mercantiles del libre mercado con tales pactos a la vez que resulta aconsejable establecer límites en orden al contenido que pueden asumir, señaladamente los previstos en las disposiciones legales de derecho necesario, de modo que serán nulas las que las contravengan —recordatorio claro del principio de jerarquía normativa, declarando sometido al derecho imperativo el contenido de los acuerdos—. Tampoco podrán disponer *in peius* las condiciones previstas en normas mínimas (Derecho necesario relativo)[38].

En el ámbito del Derecho de la Competencia, la Ley 15/2007, de 3 de julio (LDC) define en su artículo primero como conductas colusorias prohibidas todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional declarando expresamente comprendidas en éstas la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. Igual consideración otorga a la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros o la subordinación de la ce-

---

[37] En tal sentido Montoya Melgar, A. y Martín Jiménez, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio,* cit., pág. 124.

[38] Teniendo en cuenta la posibilidad que tienen los acuerdos de esta naturaleza de mejorar el régimen de interrupción de la actividad anual de los autónomos previsto en la LETA —que prevé un período de interrupción de 18 días hábiles—, sería nula, por ejemplo, una cláusula del acuerdo que fijara un período de interrupción anual inferior a los 18 días hábiles previstos en la Ley.

lebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Según esta previsión, parece que los acuerdos de interés profesional no podrán fijar los precios de los servicios, por tratarse de una práctica colusoria prohibida. No obstante, el propio art. 3 prevé la inaplicación de esta prohibición, sin que sea preciso acto normativo previo alguno, cuando dichos acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico cuando concurran una serie de condiciones expresamente previstas, entre las que figura "permitir a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas", supuesto en el que bien podrían ubicarse este tipo de acuerdos colectivos cuya finalidad no es perjudicar los intereses de los consumidores mediante un aumento de precios o minoración de la cantidad o calidad de los productos ofrecidos, sino mejorar la situación del profesional que presta servicios para empresas de las que dependen económicamente teniendo muy mermado su poder negociador. A mayor abundamiento, el propio art. 4.1 LDC establece excepciones a las prohibiciones establecidas en la propia Ley, disponiendo que "sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley". A partir de esta excepción podría deducirse la compatibilidad de los AIP con las exigencias de las normas de defensa de la competencia, toda vez que los mismos surgen al amparo de una Ley —la LETA— y, por lo tanto, no podrían concebirse como una práctica colusoria prohibida, y sí exceptuada de la prohibición[39].

En definitiva, resulta difícil que mediante un acuerdo de interés profesional pactado para el establecimiento de las condiciones de prestación de servicios del TRADE pueda afectarse la competencia en el sentido previsto por la normativa comunitaria[40] y nacional, pero la referencia expresa a dicho límite cobra una doble virtualidad. De un lado, como límite para el establecimiento de condiciones en la prestación de servicios, de forma que los sujetos negociadores deben evitar pactar condiciones que puedan afectar a dicha competencia y, de otro, y desde la posibilidad de que efectivamente pueda quedar afectada, al permitir entrar en juego los procedimientos previstos en la citada normativa, además de las cláusulas de nuli-

---

[39] González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 101.

[40] Las sentencias del TJCE de 21 septiembre 1999 —casos 202 *Albany* y 206, *Breutjiens Handelsordemenning*— dejan entrever que la regulación de las condiciones de trabajo a través de convenios o acuerdos, pueden lesionar los principios de la libre competencia, si bien concluyen que la negociación colectiva no cae bajo el art. 81 TUE.

dad previstas en el art. 13.3 LETA respecto de las cláusulas contrarias a disposiciones de derecho necesario[41].

Pese a que no existe limitación alguna en cuanto al número y duración de los acuerdos o en cuanto al número de los autónomos dependientes que pueden ejercer el derecho de afiliación sindical o asociativa lo cierto es que, sin embargo, como con acierto ha predicado la doctrina, una negociación masiva de acuerdos, aplicables a un número considerable de autónomos dependientes podría desembocar (involuntaria o deliberadamente)[42] en prácticas contrarias a lo establecido en los preceptos citados de la LDC, pues es indudable que las mejoras del régimen profesional pueden conducir a la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a uno competidores en situación desventajosa frente a otros, además de imponer a las empresas condiciones que afecten a aspectos comerciales y de la producción.

Por lo demás, nada impide la revisión *ante tempus* del contenido del pacto cuando así se decida de mutuo acuerdo por las partes o cuando concurra alguna circunstancia que dé lugar a la aplicación de la cláusula *rebus sic estantibus*.

6. RECONOCIMIENTO EXPRESO DE EFICACIA A LOS ACUERDOS PROFESIONALES DE LOS TRADE EN EL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

El rumbo marcadamente contractual otorgado a los acuerdos de interés profesional hubiera sido mucho más evidente de haber seguido el legislador la propuesta originaria, conforme a la cual la eficacia de estos pactos o acuerdos era disponible para los firmantes, dejando el tipo y el grado de vinculación, jurídica —contractual o normativa— y personal —alcance subjetivo diferenciado por materias— a la libre fijación de los sujetos signatarios. La fórmula finalmente acogida por el legislador restringe el marco regulador de los sujetos firmantes pero, al tiempo, evidencia una preocupación legislativa por garantizar una cierta eficacia jurídica vinculante a estas reglas contractuales colectivas de profesión[43]. Pero en cualquier caso, lo que debe quedar claro, es que no tienen la naturaleza normativa de los con-

---

[41] Vicente Palacio, A., en AA.VV. (García Ninet, J.I., Dir): *Comentarios a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., págs. 286-287.

[42] En tal sentido Montoya Melgar, A. y Martín Jiménez, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio,* cit., pág. 128.

[43] En terminología de García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso,* cit., pág. 169.

venios colectivos, no tienen su fuente en el art. 37.1 CE. La lectura de los preceptos de la LETA da a entender que estos acuerdos de interés profesional son contratos colectivos, que afectan exclusivamente a las partes firmantes del mismo y a sus representados y que, en consecuencia, carecen de la fuerza vinculante de los convenios.

No obstante, estos acuerdos prevalecen sobre lo estipulado en los contratos individuales cuando contengan cláusulas (que devienen nulas) que contravengan lo dispuesto en los mismos, de modo que sus normas constituyen derecho necesario siempre que el acuerdo haya sido suscrito por un sindicato o asociación a la que esté afiliado el autónomo dependiente y, además, haya prestado éste su consentimiento (art. 3.2.2º LETA). Gozan, en definitiva, de eficacia imperativa absoluta, habida cuenta la consecuencia de nulidad de los pactos individuales celebrados en contra de lo dispuesto en aquellos, lo cual no pretende sino garantizar la aplicación real y efectiva de este instrumento jurídico o, lo que es igual, evitar un efecto pernicioso consistente en que el acuerdo se deje sin efecto como consecuencia de una sucesión de "descuelgues" individuales. Solo de este modo, mediante el blindaje del contenido del acuerdo frente a los pactos individuales, puede quedar garantizada la función que corresponde a esta nueva figura negocial, cual es la de elevar las condiciones profesionales de este colectivo de pseudotrabajadores[44].

Tampoco sería razonable entender como "contravención" la mejora de una condición establecida en el AIP, pues si así fuera el pacto colectivo podría llegar a convertirse en un instrumento temible para el propio TRADE. Resulta más sensato entender que, respecto de la autonomía individual, el AIP es una "norma de mínimos" con carácter general, aun cuando en alguna de sus partes pueda ser terminantemente rígida y no admitir pactos ni matizaciones en sentido contrario, entendiendo por "contravención" únicamente aquella norma contractual individual que empeore o rebaje esos mínimos convencionales[45].

Desde un punto de vista práctico, suponiendo que se alcancen estos acuerdos, ello puede generar la implantación en nuestro Derecho, por vía de hecho, especialmente en sectores de elevada tradición reivindicativa, *rectius* el de transportistas, de cláusulas al estilo de las que se utilizan en el sindicalismo anglosajón, como la de "taller cerrado", que, indirectamente, obligue a los TRADE a afiliarse al sindicato o asociación profesional que haya conseguido un AIP en una empresa. Sin olvidar que como no se puede exigir su cumplimiento para todos, se van a generar regímenes desiguales entre los colectivos afectados, con diferentes condiciones

---

[44] Sirvent Hernández, N.: "Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", cit., pág. 62.

[45] González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., pág. 108.

profesionales, para unos y otros, en razón de su afiliación y la adhesión, o no, a los acuerdos firmados por sus sindicatos u organizaciones de autónomos[46]. Por tanto, del desarrollo que hagan del derecho los sujetos del mismo dependerá su supervivencia, o la necesidad de postular cambios legales a favor de su acercamiento al régimen de la negociación colectiva, que cuenta al respecto con un cuerpo jurisprudencial muy consolidado en cuanto a sujetos legitimados, los acuerdos y su eficacia.

Por lo que se refiere a la eficacia personal desplegada por este tipo de pactos, aplicando la regla civilista del art. 1257 CC, en virtud de la cual *los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero*[47]*, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada*[48], cabría aplicarles, a lo sumo, una eficacia limitada, en el sentido de que sólo podrá afectar a los trabajadores y empresas representadas por las asociaciones y sujetos firmantes del pacto colectivo. En modo alguno se contempla la posibilidad de que estos pactos colectivos gocen de eficacia *erga omnes*, afectando a quienes no se encuentren afiliados o representados por asociación o sujeto firmante del mismo.

La autonomía de la voluntad es el fundamento de la fuerza vinculante de todos los contratos que ordenan las relaciones privadas entre particulares, también los colectivos. Por lo tanto, lo previsto en una negociación ajena no puede tener por objeto regular la relación contractual de un tercero que no ha prestado su consentimiento a vincularse por el contrato, personalmente o a través de sus representantes. Consentimiento que además debe ser expreso, ya se manifieste en forma verbal o escrita, pero sin que en ningún caso pueda resultar admisible la aceptación tácita del TRADE en la aplicación de un acuerdo de interés profesional mediante actos concluyentes del mismo en dicho sentido.

Ciertamente, el precepto legal limita su eficacia, condicionada a su consentimiento, a los trabajadores afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes, lo cual implica, *contrario sensu*, la imposibilidad de que pueda alcanzar a sujetos no afiliados. El acuerdo vendría a ser así una especie de "carta abierta" a la que pueden adherirse, si lo desean, los miembros de las asociaciones o sindicatos

---

[46] Problemas puestos de manifiesto por Tárrega Poveda, J., en AA.VV. (Luján Alcaraz, J. Dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio,* cit., págs. 233-234.

[47] Ampliamente sobre el particular Pérez Conesa, C.: *El contrato a favor de tercero,* Granada (Comares), 1999, págs. 7 y ss.

[48] Una interpretación de la letra de este artículo inspirada en el principio de voluntariedad impone la exigencia de la libre aceptación por parte del tercero de los efectos pactados por los negociadores de la cláusula contractual de pretendida eficacia extravagante. Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", cit., pág. 72.

firmantes, funcionando como un "proyecto de acuerdo" a modo de contrato de adhesión, al que los TRADE se pueden adherir o no. Es más, dado que constituye una representación de intereses y no una representación legal, posiblemente, al igual que ocurre respecto de los convenios extraestatutarios, sería posible deducir —si las partes firmantes están de acuerdo y los trabajadores no afiliados se adhieren a los mismos— la aplicación de dichos acuerdos, logrando así, indirectamente, una eficacia personal general. Estaríamos en presencia de una especie de "AIP extraestatutario".

Respecto al momento concreto en que debe otorgarse el expreso consentimiento, si bien lo más normal será que el TRADE espere a ver el resultado el AIP suscrito para más tarde adherirse al mismo, si lo encuentra adecuado, no cabe descartar una adhesión anticipada, una especie de delegación o apoderamiento negocial a favor de la asociación o sindicato que le representa. Del mismo modo, y ante la ausencia de una regulación expresa de la posible revocabilidad o no de su aplicación por parte de los TRADE, cabe entender que la laguna deberá cubrirse aplicando el principio *pacta sunt servanda*, de modo que si se hace reposar la efectiva aplicación de un AIP a un trabajador concreto en su aceptación -anterior o posterior a su suscripción- no se puede desvincular unilateralmente de ella sin causa legal que lo justifique, aun cuando se desvincule del sindicato o asociación que suscribió el acuerdo[49]. Respecto a la parte empresarial, ésta quedará vinculada al AIP desde su propia firma o, alternativamente, desde el momento en que se hubiera fijado el comienzo de sus efectos, sin necesidad de ratificación o adhesión alguna, salvo que de una asociación empresarial se trate, en cuyo caso, en mera simetría con lo dispuesto para los trabajadores, haría falta o bien una adhesión previa incondicional al acuerdo que alcanzara la asociación o bien una adhesión posterior al acuerdo.

En otro orden de cosas, la desaparición del texto definitivo de la referencia a la posibilidad de que sea el acuerdo el que disponga el alcance personal del mismo no quiere decir que no pueda preverlo; de hecho, será lo normal, pues los contratantes determinarán si, por ejemplo, se comprometen a incluir como cláusulas contractuales lo previsto en el convenio o si, por el contrario, el acuerdo será aplicable a quienes presten el consentimiento expreso a su aplicación, sin necesidad de la incorporación de dichos contenidos al contrato de TRADE.

En consonancia con su eficacia limitada, el ámbito subjetivo de los acuerdos de interés profesional tiene dos límites poderosos, quedando circunscritos a los sujetos que cumplan una doble condición: sólo quien concierte un contrato TRADE puede ser beneficiario de un acuerdo de interés profesional —los autónomos ordinarios no tienen reconocido el derecho a concertar acuerdos de interés profesional

---

[49] González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo,* cit., págs. 105-107.

y, por mera lógica, no pueden reclamar su aplicación, no tienen derecho a ello, si bien dado que la Ley no proscribe que tales acuerdos sean posibles, si llegaran a existir lo harían al margen de la regulación de la LETA— y, en segundo término, afiliados a las organizaciones que los conciertan. Tal vez ello obedezca a un deseo de potenciar las organizaciones en las que se organizan los autónomos, pero está por ver si, por el contrario, limita, no ya el número de acuerdos que se concierten, sino a las propias organizaciones de autónomos[50].

Por último, corresponde al orden social la competencia para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos profesionales sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia (art. 17.2 LETA), la cual atribuye a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de las conductas que puedan entenderse colusorias de la competencia o de abuso de posición dominante en el mercado (disp. ad. 1ª Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Los AIP deberán ser igualmente aportados al órgano judicial en caso de litigio, puesto que al no venir publicado en ningún boletín oficial no se le puede exigir al juzgador su conocimiento, no siendo por tanto de aplicación el principio *iura novit curia*.

---

[50] Tárrega Poveda, J., en AA.VV. (Luján Alcaraz, J. Dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio,* cit., pág. 238.

MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES Y ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Amparo M. Molina Martín*
Prof. Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. La renovada puesta en cuestión de la configuración del ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos
2. Balance sistemático del tratamiento de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos
   2.1. Las exiguas referencias inclusivas
   2.2. La exclusión como regla general
3. propuesta de nulidad de las cláusulas convencionales de exclusión del trabajo temporal en el extranjero de la unidad de negociación

---

* También miembro del Observatorio de la Negociación Colectiva y del Proyecto de Investigación MEC "Nuevos contenidos y tendencias de la negociación colectiva II" (SEJ 2005–07750–C02–01) de la Universidad de Alcalá, ambos bajo la responsabilidad de Escudero Rodríguez, R.

1. LA RENOVADA PUESTA EN CUESTIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El análisis de la problemática que se presenta respecto de la configuración del ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos es un tema que sigue de actualidad, a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales por darle una solución definitiva[1]. Hoy en día, la práctica negocial sigue planteando supuestos controvertidos –unos novedosos, otros ya conocidos– en esta concreta materia, revitalizando el debate sobre la legalidad de las cláusulas que los plantean.

Dentro de este contexto, el estudio del tratamiento que se dispensa a los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores en la configuración del ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos justifica por sí solo la revisión de este tema. Más allá, la particular regulación de estos fenómenos –novedosos ya en sí mismos– que se establece en ciertas experiencias negociales bien merece un análisis monográfico más amplio –que, sin embargo, no puede ser abordado en este estudio– por las repercusiones que tiene respecto de los contenidos clásicos de la negociación colectiva[2].

---

[1] Una solución que lleva casi tres décadas gestándose, de acuerdo con las reflexiones de Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M. y Fernández López, M. F. *Igualdad y discriminación,* Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 67, desde el pronunciamiento de la STC 34/1981, de 10 de noviembre (Ref. Ar. RTC 1981\34), donde se hace un análisis y desarrollo exhaustivo del alcance y significado del principio de igualdad y no discriminación a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del art. 28.2 Decreto 1120/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de derechos pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado.

Sin ánimo de exhaustividad, véanse también Alonso García, E. "Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla. Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 29, 1987, págs. 129 y ss.; Borrajo Dacruz, E. "Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral", *Actualidad Laboral*, núm. 28, 1987, págs. 1573 y ss.; Fernández López, M. F. "La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos", *Relaciones Laborales*, vol. I, 1988, págs. 389 y ss.; y Sempere Navarro, A. V. y Luján Alcaraz, J. "Límites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española", *Revista de Trabajo*, núm. 99, 1990, págs. 59 y ss.

[2] En efecto, el análisis de la configuración del ámbito subjetivo de los convenios colectivos que se referencian en este estudio habría de ser completado con el estudio de otras cláusulas que regulan elementos del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero. A título meramente ejemplificativo, destacamos aquéllas que hacen referencia a las retribuciones –incorporando percepciones salariales específicas, como el plus de expatriación o la prima de país, en base a cálculos hechos por medio del sistema de transferencia equivalente u hoja de balance– y al tiempo de trabajo –adaptando las reglas de aplicación general, como las relativas a jornada, horario de trabajo y calendario laboral, a las características de la dinámica de las relaciones laborales en el país de destino–.

En efecto, la localización de referencias positivas a los fenómenos de movilidad transnacional en el empleo en el seno de la negociación colectiva es relativamente reciente, como lo es la internacionalización del contenido de los propios convenios. Existe, por tanto, una relación directa entre la reconfiguración de su ámbito subjetivo de aplicación y la incorporación de elementos de extranjería en las relaciones de trabajo, lo cual, en última instancia, trae causa en la progresiva y creciente expansión internacional de las empresas[3]. De tal forma, y como consecuencia de la puesta en práctica de estrategias empresariales de organización productiva que desbordan las fronteras nacionales[4], se implanta una nueva dinámica en la prestación de servicios en virtud de la cual se moviliza a trabajadores de plantilla en los países de destino de parte de la actividad, y esta realidad no es ajena a la regulación convencional.

Una vez hechas estas reflexiones, interesa a continuación analizar, en particular, el tratamiento que los convenios colectivos dispensan a las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores desde el punto de vista de la configuración de su ámbito subjetivo de aplicación.

2. BALANCE SISTEMÁTICO DEL TRATAMIENTO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

2.1. Las exiguas referencias inclusivas

Si bien son las menos, hay constancia de experiencias negociales que incorporan expresamente, en algún lugar de su articulado, referencias a la situación ju-

---

[3] "Estos novedosos fenómenos organizativos (…) inciden, indudablemente, en el desarrollo organizativo de las empresas, en el ejercicio efectivo del poder de dirección de los empresarios sobre los trabajadores y, por consiguiente, en las condiciones laborales de los trabajadores", según Menéndez Calvo, R. "Las estructuras empresariales complejas: los grupos de empresas", en AA.VV. (Coord. Escudero rodríguez, R.) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 119. Añade esta autora –pág. 124– que "uno de los factores que ha contribuido a la complejidad en las estructuras empresariales en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la "apertura de las fronteras" y, de manera particular, entre países del ámbito comunitario".

[4] Básicamente, los supuestos de organización empresarial flexible en el ámbito de la movilidad geográfica externa de trabajadores se corresponden con la actividad de los grupos multinacionales de empresa, las empresas de trabajo temporal que operan a nivel internacional y las empresas destinatarias de una prestación de servicios, por medio de la puesta a disposición internacional de trabajadores o la ejecución de contratas y subcontratas a nivel externo.

rídico–laboral de los trabajadores sometidos a un régimen de movilidad transnacional. Aunque –como decimos– estas referencias no están aún extendidas en sede de la autonomía colectiva, se advierten casos concretos de convenios colectivos que no sólo recogen esta figura[5] sino que incluso favorecen su utilización[6]. Sea como fuere, en referencia a la cuestión específica de la delimitación de la unidad de contratación, en nuestra realidad negocial se plantean dos alternativas de regulación en función de la consideración que recibe este colectivo de trabajadores en el clausulado del convenio colectivo de turno.

Por una parte, determinados convenios optan por excluir parcialmente de su ámbito de aplicación estas situaciones particulares de trabajo en el extranjero, delimitando con mayor o menor concreción aquellos extremos de la relación laboral que están sometidos a su articulado y aquéllos que no. Estos últimos suelen venir referidos a materias como las retribuciones, las horas extraordinarias y la jornada[7], de modo que el resto de elementos del contrato de trabajo están regidos por las mismas reglas convencionales que disciplinan las relaciones de trabajo a nivel interno o nacional[8]. En otras ocasiones, sin embargo, no se hace una regulación par-

---

[5] El art. 11 de la Resolución de 11 de julio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del II Convenio colectivo de Cemex España, S.A., para la actividad de fabricación de cemento (BOE de 6 de septiembre de 2006, núm. 213) establece que "será de aplicación en todo el territorio del Estado español, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores" que –recuérdese– dispone que "la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo".

En idéntico sentido se pronuncia, entre otros, el art. 15 de la Resolución de 1 de marzo de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IV Convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17 de marzo de 2007, núm. 66).

[6] Valga como ejemplo lo recogido en el art. 82.7 de la Resolución de 20 de noviembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Unysis España, Sociedad Limitada (BOE de 4 de diciembre de 2007, núm. 290): "Sólo se contratará personal extranjero en el caso de que la Empresa no disponga en el mercado nacional de personal de nacionalidad española adecuado en el momento en que lo requiriese".

[7] Se puede observar esta circunstancia en el Capítulo IX (arts. 53–65) de la Resolución de 24 de julio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo de Agencia EFE, S.A. (BOE de 24 de octubre de 2006, núm. 254) (en adelante, CoCo Agencia EFE), pues en dicho capítulo se arbitra un régimen jurídico bastante completo aplicable a los supuestos de trabajo temporal en el extranjero.

[8] En el caso de la Resolución de 8 de mayo de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del I Convenio colectivo de la empresa Iberdrola Ingeniería y Construcción, S.A.U (BOE de 27 de mayo de 2006, núm. 126), los trabajadores destinados en el extranjero están excluidos de la percepción del plus de obra, el plus de puesta en marcha/recarga y el plus nuclear (arts. 32, 33 y 34, respectivamente), "debido a que percibirán otros pluses relativos a su asignación internacional y trabajo realizado".

ticular de las especiales condiciones de trabajo de este colectivo, sino que se deja su determinación para el momento en que se pase a desarrollar la actividad transnacional –normalmente mediante la suscripción de un pacto individual[9], "acuerdo complementario"[10] o "carta de asignación"[11-12].

En segundo lugar, también hay experiencias negociales que incorporan plenamente al personal destacado en el extranjero en su ámbito de aplicación, de modo que todos los trabajadores de plantilla reciben el mismo tratamiento en sus condiciones de trabajo con independencia de la localización nacional o internacional de la prestación de servicios[13]. De ello hay que exceptuar –como es natural, por otra parte– el disfrute de aquellas condiciones laborales que se ven alteradas por efecto de las especiales características objetivas del puesto o del lugar de trabajo una vez ejecutada la movilidad[14], tales como el reconocimiento de ciertos pluses específi-

---

[9] El art. 10 de la Resolución de 28 de febrero de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio Colectivo de Amper Soluciones, S.A. (BOE de 11 de marzo de 2008, núm. 61) dispone que "para el caso de desplazamientos al extranjero, será necesario el acuerdo individual entre la empresa y el trabajador afectado. En estos casos, la empresa comunicará a los representantes de los trabajadores las personas que se desplazarán, así como el tiempo aproximado previsto para el desplazamiento". El mismo planteamiento puede encontrarse en el art. 2 de la Resolución de 1 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se inscribe en el registro y publica el XXI Convenio Colectivo de Banca (BOE de 16 de agosto de 2007, núm. 196) (en adelante, XXI CoCo Banca).

[10] Ésta es la denominación que se emplea en el art. 57 CoCo Agencia EFE.

[11] Es la expresión cuyo uso generalizado se defiende en FIGUEIREDO, E. "Marco legal que afecta a los procesos de movilidad internacional entre España y América", *Capital Humano*, núm. 146, 2001, pág. 48.

[12] En el art. 4.c) de la Resolución de 26 de junio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del V Convenio Colectivo de la empresa BP Oil España, S.A.U. (BOE de 10 de julio de 2006, núm. 163) se dispone que "el presente convenio afecta a todas las personas, que presten servicios de naturaleza laboral en Bp Oil España, S.A.U. recogidas genéricamente como empleados, con las excepciones siguientes: (…) Los empleados en régimen de expatriados, en aquellas materias que forman parte de sus condiciones especiales de asignación". En idéntico sentido se pronuncia el art. 4.c) de la Resolución de 17 de noviembre de 1998, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del texto del Convenio Colectivo de la empresa Mobil Oil, Sociedad Anónima (BOE de 15 de diciembre de 1998, núm. 299).

[13] El art. 1 de la Resolución de 1 de septiembre de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVIII Convenio colectivo de Alcatel–Lucent España, S.A., establece que "el presente Convenio Colectivo Interprovincial (…) es de aplicación, con exclusión de cualquier otro, a todo el personal que forme parte de la plantilla activa de Alcatel–Lucent España, S.A., cualquiera que sea el lugar en que preste sus servicios".

[14] Se hace una previsión general en este sentido en el art. 3 de la Resolución de 4 de febrero de 2004, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del II Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y los Técnicos de Mantenimiento Aeronáutico (BOE de 10 de marzo de 2004, núm. 60) (en adelante, CoCo Air Europa) cuando

cos para estos trabajadores o, por el contrario, su exclusión en el disfrute de otros complementos[15].

2.2. La exclusión como regla general

Al margen de las escasas experiencias negociales que acogen en su clausulado la figura de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, la tónica general es que los convenios colectivos vigentes no contemplen los supuestos de movilidad transnacional de trabajadores, ya sea porque los extraen expresamente de su ámbito de aplicación, ya sea porque dicha exclusión se deduce del particular diseño de su unidad de contratación.

Se trata de una circunstancia que puede responder, en primera instancia, al hecho de que en nuestro país no son numerosas –aunque van aumento– las organizaciones productivas en cuyo seno se desenvuelven experiencias de tales características. Y es que no ha lugar a la movilidad geográfica internacional de trabajadores cuando no se experimenta expansión alguna fuera de nuestras fronteras. Sin embargo, aún en aquellas empresas o grupos de empresas que tienen implantación en el extranjero –o, al menos, intereses internacionales– se detectan dificultades para extender la respectiva regulación convencional a los supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero. En estos casos, las razones sí se encuentran en la configuración que los mismos convenios colectivos hacen de su propio ámbito de aplicación y que son expresión última de las orientaciones y planteamientos de las partes que los conciertan respecto de las relaciones de trabajo a las que van a aplicarse.

Partiendo del hecho de que son aún incipientes las referencias negociales expresas a la movilidad geográfica internacional de trabajadores, aquellos convenios

---

dispone que "el (personal) contratado originariamente en territorio Español y destinado a prestar sus servicios fuera de él, se regirá por las normas del presente Convenio, salvo en aquellas materias en las que se haya establecido pacto distinto". En otros términos, el art. 2 XXI CoCo Banca dispone que el trabajador afectado "tendrá como mínimo los derechos económicos que le corresponderían de trabajar en territorio español".

[15] El art. 4 *in fine* de la Resolución de 22 de agosto de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVIII Convenio colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España, S.A., y su personal de tierra (BOE de 6 de junio de 2006, núm. 134) (en adelante, XVIII CoCo Iberia) establece que el personal "contratado originariamente en territorio español y destinado a prestar sus servicios fuera de él, se regirá por las normas de este Convenio, salvo en aquellas materias que hayan sido reguladas en forma diferente por la Dirección, como pueden ser las comprendidas en los Capítulos de Retribuciones, Horas Extraordinarias y Jornada". En sentido similar se expresa, entre otros, el art. 3 CoCo Air Europa y el art. 18 de la Resolución de 27 de marzo de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo para las empresas del Grupo Generali España (BOE de 10 de abril de 2007, núm. 86).

colectivos que la toman en consideración lo hacen, por lo general, para excluir al colectivo de trabajadores movilizados en el extranjero de su ámbito de aplicación[16].

Ello no obstante, el listado de convenios colectivos que dejan los fenómenos de trabajo transnacional fuera de la unidad de negociación aumenta considerablemente si se amplía el objeto de estudio y se observa, combinadamente, la delimitación de sus ámbitos territorial, funcional y personal. En este sentido, la mayoría de convenios colectivos viene restringiendo su aplicación espacial al territorio nacional y su aplicación personal y funcional a los trabajadores que prestan servicios en los centros de trabajo sitos en España[17]. En consecuencia, son abundantes las referencias que apartan el trabajo trasnacional de la regulación convencional por el hecho de que la prestación de servicios se realiza en el extranjero.

En primer lugar, el ámbito territorial dispone generalmente la aplicación de las disposiciones convencionales al centro o centros de trabajo de la empresa que estén situados en territorio nacional. Por lo tanto, si el trabajador desarrolla temporalmente su actividad fuera de España queda al margen de lo establecido en el convenio colectivo que ha ido rigiendo hasta entonces su relación laboral. Con ello no queremos decir que el hecho de que el convenio colectivo de turno limite su ámbito territorial de aplicación a todo o parte del territorio español suponga automáticamente la acotación de la movilidad geográfica de los trabajadores a dicho ámbito[18]. En consecuencia, para que operen las limitaciones a la movilidad de los

---

[16] Valga como ejemplo lo establecido en el art. 1 de la Resolución de 8 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A. (BOE de 9 de marzo de 2007, núm. 59): "las normas contenidas en el presente Convenio Colectivo afectarán a todos los centros de trabajo de Repsol Química, S.A., sitos en territorio nacional. A los trabajadores de nacionalidad española que presten servicios en centros de trabajo radicados en el extranjero, se les aplicarán las condiciones del país de residencia".

[17] Véase, entre otros, el XVIII CoCo Iberia, cuyos arts. 1 y 2 disponen, respectivamente, que "el ámbito de aplicación del presente Convenio será todo el territorio nacional español" y que "funcionalmente, las normas del mismo serán de aplicación en todos los centros de trabajo que la Empresa tenga establecidos o establezca en el futuro, dentro del ámbito del artículo anterior".

[18] Tal interpretación no es admisible y así se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia al resolver litigios, en este caso, relacionados con el trabajo móvil e itinerante. Literalmente, en el F.D. quinto de la STSud (Sala de lo Social) de 19 de junio de 1995 (Ref. Ar. RJ 1995\5203) se expresa que "como consecuencia de la existencia del convenio colectivo de ámbito personal y territorial limitados, sostiene la sentencia recurrida que la facultad de ordenar traslados conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 citado (ET), debe quedar reducida a los que se realicen dentro del ámbito territorial del convenio (…), por atribuir a la empresa (Abengoa, S.A.) que se ha residenciado dentro de tales límites para dichos efectos. Pero nada autoriza para dicha conclusión; la expresa referencia al artículo del Estatuto mencionado, dentro de la normativa del convenio, hace que, al no sujetarse a ninguna restricción pactada, ni hacer referencia a circunstancia alguna limitativa, que haya de interpretarse en sentido propio que de sus términos se desprende. Si otra hubiere sido la intención de los contratantes, hubieren plasmado en el convenio o bien claramente dicha limitación a la regla general, o circunstancia que claramente condujesen a dicha solución".

trabajadores, éstas han de contemplarse de manera específica en el convenio colectivo aplicable y no pueden deducise del ámbito de aplicación de éste, ya sea el territorial o, también, el personal y funcional[19].

Por tanto, la controversia que se suscita en torno a la limitación del ámbito de aplicación en los convenios colectivos no versa sobre la procedencia de ejecutar un determinado supuesto de movilidad geográfica internacional de trabajadores. El problema que se deriva de ello es bien distinto. Se trata de poner de relieve el hecho de que la aplicación de las cláusulas convencionales de organización del trabajo y régimen jurídico de la prestación de servicios no se extiende, en muchos casos, a los supuestos de movilidad transnacional, ya tácita, ya expresamente. Esto sucede, en efecto, en relación con el ámbito territorial pero también respecto de otros ámbitos de aplicación.

Así, la configuración general del ámbito funcional de la mayoría de convenios colectivos impide igualmente la aplicación de su contenido a los supuestos de movilidad transnacional. Como en el supuesto anterior, también aquí se reproduce una fórmula casi estandarizada que limita el alcance del convenio a las relaciones de trabajo que se desenvuelvan en los establecimientos de la empresa dentro del Estado. En consecuencia, tampoco ha lugar para aplicar el contenido del convenio colectivo al trabajador afectado por un episodio de movilidad geográfica internacional.

Por su parte, tampoco el ámbito personal que se diseña en gran parte de referencias de nuestra negociación colectiva comprende a todos los trabajadores que prestan servicios en tal unidad de negociación. Es en este punto donde se presenta una mayor variabilidad y casuística, aunque también donde se abren más posibilidades para considerar incluidos a los trabajadores que prestan servicios temporalmente en el extranjero dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo correspondiente. Así, hay experiencias negociales que, a pesar de establecer las limitaciones anteriores, incluyen en este apartado a todos los trabajadores que presten servicios para esa concreta empresa. Ello abre una puerta para considerar la

---

Esta postura es igualmente respaldada por la doctrina, representada, entre otros, por Pérez De Los Cobos Orihuel, F. "Movilidad geográfica del trabajador (en torno al artículo 40)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 857: "De la mera delimitación del ámbito del convenio no puede deducirse la limitación a la movilidad de los trabajadores".

[19] Entre otras referencias, en el F.D. primero de la STSJ Andalucía–Granada (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1996 (Ref. Ar. AS 1996\4410) se declara que "es consustancial con el objeto de una empresa (Abengoa, S.A.) de tales características el desarrollar sus labores en centros o lugares distintos, dependiendo de los contratos que le surjan y, por ello mismo, puede trasladar su personal de uno a otro Centro de Trabajo cuando, según las necesidades laborales, dejen de ser necesarios sus trabajos en un determinado lugar y sean precisos en otro distinto. El único valladar de ese poder de dirección de la empresa, que se concreta en el traslado de sus obreros, radica en el abuso del derecho deviniendo a nulo el que no persiga la finalidad que es consustancial a dicha medida y que responda a la exclusiva finalidad de dañar al trabajador (…) (lo cual) haría nula la decisión empresarial.

aplicación del contenido del convenio colectivo de que se trate a los trabajadores que se encuentren destinados temporalmente por su empresa en el extranjero.

El problema surge, a este respecto, cuando los mismos convenios colectivos que permiten esta interpretación limitan seguidamente su ámbito personal de aplicación en función de las características de la relación laboral o de prestación de servicios. Nos estamos refiriendo a la frecuente exclusión de colectivos como los consejeros, el personal de alta dirección o los trabajadores en puesto de mando superior o intermedio. En este sentido, sucede que, tradicionalmente, los trabajadores que se involucran en la movilidad transnacional suelen ser directivos y personal de alta cualificación profesional. Sin embargo, en la actualidad se aprecia cierta inversión de esta tendencia, detectándose tales fenómenos en relación con personal de cualificación inferior[20], con lo cual la cuestión de la reducción del ámbito personal de aplicación de los convenios colectivos no deja de ser una cuestión de tratamiento del caso concreto y con independencia de que el trabajador se encuentre destinado temporalmente en el extranjero.

3. PROPUESTA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE EXCLUSIÓN DEL TRABAJO TEMPORAL EN EL EXTRANJERO DE LA UNIDAD DE NEGOCIACIÓN

El análisis de la problemática que nos ocupa requiere un ejercicio previo de contextualización normativa a partir de la combinación de varios preceptos. Por un lado, hay que traer a colación el art. 85.3.b) ET que, en el marco del reconocimiento de la libertad de contratación colectiva, exige no obstante que los convenios estatutarios expresen –en tanto contenido mínimo y entre otros extremos– el "ámbito personal, funcional, territorial y temporal" de aplicación de los mismos. Por otro lado, y dentro del preceptivo "respeto a las Leyes" que se recoge expresamente en dicha disposición, se debe tener en cuenta también el principio de igualdad y no discriminación, que se consagra como derecho fundamental en el art. 14 CE y que se incluye entre los derechos de los trabajadores en su relación de prestación de servicios en los arts. 4.2.c) y 17 ET.

En definitiva, y de acuerdo con lo expresado al respecto por el Tribunal Constitucional, "las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación. Antes al contrario, la negociación

---

[20] Esta reflexión ya está presente, entre otros, en LYON–CAEN, G. "Sur le transfer des emplois dans les groupes multinationaux", *Droit Social*, núm. 5, 1995, pág. 493, cuando expresa que "encore devrait–on prendre au sérieux cet aspect du reclassement (reclassement à l'étranger), en tous cas pour les cadres supérieurs, et même les moyens".

colectiva de eficacia general (…) está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre «todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación», como prescribe el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores; limitaciones que tienen su fundamento constitucional en el art. 37.1 de la norma suprema, que encomienda a la ley el papel de garantizar «el derecho a la negociación colectiva laboral»"[21].

Hecha la combinación de los preceptos citados, el planteamiento que resulta consiste en cuestionar la compatibilidad entre el principio de igualdad y no discriminación y el contenido de aquellas cláusulas de convenios colectivos que limitan su ámbito subjetivo de aplicación. En otras palabras, se trata de plantear "las posibilidades constitucionales para establecer por convenio colectivo condiciones de trabajo distintas de unos grupos laborales a otros dentro de la misma empresa"[22].

Sintéticamente, en defensa de la postura que aboga por la licitud de las disposiciones que limitan el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos, se apela a la referida libertad de contratación en el entendido de que, en virtud de la misma, las partes que los conciertan tienen, en particular, la facultad de incluir o excluir a cualquier colectivo de su ámbito de aplicación. El argumento fundamental que se opone a éste plantea, por el contrario, la nulidad de dichas cláusulas convencionales limitativas o excluyentes en base a la violación del derecho constitucional y estatutario a la igualdad y a la no discriminación[23].

Es preciso, sin embargo, modular los planteamientos que enfrentan ambas posturas a través de la incorporación de un elemento diferencial. Este nuevo matiz que debe tomarse en consideración consiste en valorar si el límite que se impone a la libertad de contratación colectiva en base al respeto del principio de igualdad y no discriminación es un límite absoluto o si, por el contrario, es relativo y, en consecuencia, son admisibles ciertas limitaciones en el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos.

Recuérdese que el caso de la exclusión de determinados colectivos del ámbito subjetivo de aplicación de algunos convenios colectivos no es exclusivo de los tra-

---

[21] Así se declara en el F.J. 5 de la STC 136/1987, de 22 de julio (Ref. Ar. RTC 1987\136). Nótese que esta resolución ha sido comentada monográficamente por BAYLOS GRAU, A. "Trabajo temporal y discriminación", *Relaciones Laborales*, vol. II, 1987, págs. 429 y ss.

[22] Borrajo Dacruz, E. "Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral", *op. cit.* pág. 1574.

[23] En suma, de acuerdo con Sempere Navarro, A. V. y Luján Alcaraz, J. "Límites de la autonomía colectiva en la definición del ámbito y contenido del convenio colectivo (Comentario a las SSTSJ País Vasco 22 julio 1996 y Baleares 5 julio 1996)", *Aranzadi Social*, vol. III, 1996, pág. 2406, "en cuanto reconocida constitucionalmente y reguladas legalmente sus principales manifestaciones, la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios ha de expresarse siempre dentro de límites predeterminados. Básicamente, los que imponen el respeto a los derechos fundamentales (…) y a lo «establecido en las normas de superior rango jerárquico» en cuanto sus preceptos «sean de derecho necesario»".

bajadores transnacionales. Entre otros, y sobre todo, también los trabajadores temporales han sufrido esta circunstancia –es conocida la problemática jurídica planteada por la exclusión generalizada de los trabajadores temporales en la unidad de negociación de los convenios colectivos–; y es que la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos es un asunto que viene planteando conflictos desde hace tiempo. Una necesaria –aunque breve– revisión de esta materia pone de manifiesto la controversia que ha planteado y que todavía no está del todo zanjada. Se propone, en definitiva, dar solución a la disyuntiva planteada a través de la comparación de los que podrían denominarse como "supuestos clásicos" y de la nueva problemática que se suscita respecto de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, cuestionando si los argumentos esgrimidos hasta la fecha en contra de la expulsión de determinados colectivos de trabajadores de la unidad de negociación de ciertos convenios colectivos son igualmente válidos para sentenciar la nulidad de las cláusulas que hacen lo propio respecto de los trabajadores transnacionales.

En el supuesto de los convenios colectivos que sustraen a los trabajadores temporales de su respectiva unidad de negociación, existe jurisprudencia ya muy consolidada que rechaza dicha exclusión sobre la base del art. 14 CE. En concreto, la *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales[24] que han resuelto la problemática planteada respecto de estos "supuestos clásicos" a favor de la nulidad de las cláusulas negociales de exclusión de su ámbito subjetivo es que tal exclusión no responde a motivo alguno objetivo ni razonable, lo cual la convierte en discriminatoria, de acuerdo con lo dispuesto por la OIT al respecto[25].

La aplicación de esta solución unánime a los casos en los que los convenios colectivos excluyen la movilidad geográfica internacional de trabajadores de su unidad de negociación ha dado, sin embargo, resultados diametralmente opuestos. La jurisprudencia, en estas ocasiones, ha convalidado tales prácticas fallando a favor de la legalidad de dichas cláusulas convencionales. Es elocuente el pronunciamiento que se contiene en el F.D. tercero de la STSud (Sala de lo Social) de 17 de junio de 1994[26], donde se afirma que de la singularidad de determinados "colectivos que tienen unas características específicas y condiciones concretas derivadas del centro, sito en país extranjero, donde prestan sus funciones (…) derivaría la li-

---

[24] Véanse, entre otras, la STC núm. 52/1987 (Sala Segunda) de 7 de mayo de 1987 (Ref. Ar. RTC 1987\52), F.J. 4; y las SSTS de 20 de septiembre de 1993 (Ref. Ar. RJ 1993\6889), F.D. segundo; de 23 de junio de 1994 (Ref. Ar. RJ 1994\5470), F.D. tercero; y de 19 de diciembre de 1995 (Ref. Ar. RJ 1995\9315), F.D. tercero.

[25] Véanse los Convenios OIT núm. 111, de 25 de junio de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación) y núm. 117, de 22 de junio de 1962, sobre política social (normas y objetivos básicos), ambos ratificados por España, respectivamente, el 6 de noviembre de 1967 y el 8 de mayo de 1973.

[26] Ref. Ar. RJ 1994\5448.

citud de su exclusión por las partes negociadoras del convenio estatutario". De forma más general, por su parte, en el F.D. tercero de la STSud (Sala de lo Social) de 17 de marzo de 1995[27] se expresa que una exclusión tal "no infringe ningún precepto legal, ni menoscaba los mínimos de derecho necesario y tampoco lesiona el interés de terceros"[28].

La conclusión fundamental que se extrae del análisis de esta jurisprudencia supone admitir, por tanto, que el límite que impone el principio de igualdad y no discriminación a la libertad de contratación colectiva no es absoluto, sino que está condicionado. En consecuencia, si la exclusión está dentro de unos límites de razonabilidad y objetividad, la cláusula negocial en cuestión es válida y el convenio colectivo no es aplicable a la situación objeto de controversia.

En el supuesto del trabajo temporal en el extranjero, la rotundidad de los pronunciamientos jurisprudenciales en contra de la nulidad de las cláusulas que lo excluyen del ámbito de aplicación de los convenios colectivos no se compadece completamente –en nuestra opinión– con la dinámica real de tales prácticas. En este sentido, podría afirmarse que la objetividad y razonabilidad que se argulle desde estas instancias para fallar en tal sentido son atributos que no pueden predicarse de los argumentos que lo justifican. Entendemos, por tanto, que la afirmación de que es lícito que la negociación colectiva no se ocupe de ordenar el régimen jurídico de la prestación de servicios cuando ésta se ejecuta temporalmente en el extranjero no debe convertirse en una solución general e indiferenciada. Se hace preciso, en este sentido, tener en cuenta determinados elementos característicos que definen dicha actividad y que conducen a relativizar la solución alcanzada en sede judicial.

Conviene tener en cuenta, de entrada, que la problemática en torno a la aplicabilidad del convenio colectivo de la empresa de origen a los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores trasciende los planteamientos expuestos hasta el momento. En efecto, más allá de lo que se disponga en su clausulado, la aplicación de la negociación colectiva nacional a estas experiencias de trabajo transnacional depende directamente de cuál sea la legislación aplicable al contrato. Es decir, los casos de movilidad geográfica internacional de trabajadores introducen evidentes elementos de extranjería que provocan conflictos de Derecho aplicable, como mínimo, entre el ordenamiento jurídico del país de origen y el país de destino de la prestación de servicios[29]. Así pues, si de la combinación de las

---

[27] Ref. Ar. RJ 1995\2023.

[28] Es un argumento que se reproduce, entre otras, en la STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 27 de enero de 1998 (Ref. Ar. AS 1998\258), F.D. único.

[29] No es posible analizar este tema –propio del Derecho Internacional Privado– en este trabajo, por lo que nos remitimos a los recientes estudios monográficos, entre otros, de FOTINOPOULOU BASURKO, O. *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional. Estudio del*

distintos puntos de conexión del supuesto en concreto resulta la aplicación del ordenamiento jurídico español, la negociación colectiva, en tanto fuente formal o positiva de las relaciones laborales, será igualmente aplicable[30].

Sentada esta base, es momento ahora de replantear el objeto de nuestro estudio desde la afirmación de que los supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores no pueden, por sí mismos e incondicionalmente, ser expulsados de la unidad de contratación de los convenios colectivos. Retomando los argumentos esgrimidos por el TS en su sentencia de 17 de junio de 1994, consideramos que la evidente singularidad de aquellos "colectivos que tienen unas características específicas y condiciones concretas derivadas del centro, sito en país extranjero, donde prestan sus funciones" no puede justificar dicha expulsión sino, más bien, el establecimiento de reglas específicas y diferenciadas en su régimen jurídico. Entendemos, por tanto, que los trabajadores de plantilla de las empresas nacionales que son movilizados temporalmente en el extranjero pueden experimentar una suerte de modificación, sustancial o no[31], en sus condiciones de trabajo y que dicha modificación se encuentre –más bien, deba encontrarse– prevista expresamente en el clausulado del convenio colectivo que ha venido rigiendo su relación laboral, excepto si es objeto de un pacto individual suscrito *ad hoc* o, incluso, previsto con anterioridad en el contrato de trabajo.

Al margen de estas consideraciones, entendemos que, en todo caso, sería admisible la exclusión indirecta del trabajo temporal en el extranjero de la unidad de contratación de los convenios colectivos. Esta posibilidad vendría dada por la aplicación de limitaciones generales, establecidas en nuestro ordenamiento jurídico[32]

Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, Aranzadi, Pamplona, 2006, y Menéndez Sebastián, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

[30] Así se prevé expresamente en el art. 3 de la Resolución de 3 de abril de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Multiprensa y Más, S.L. (BOE de 20 de abril de 2007, núm. 95): "El presente Convenio colectivo será de aplicación a todos los centros de trabajo de la Empresa Multiprensa y Más, S.L. que estén situados dentro del territorio del Estado Español, así como a todos aquellos trabajadores con relación laboral con la empresa que presten sus servicios fuera del territorio español, siempre que para regir tal relación las partes hayan elegido la ley española o cuando, en defecto de elección por las partes, la legislación aplicable disponga el respeto de los mínimos de derecho laboral español".

[31] En función de que reúnan o no los requisitos y procedimientos que se establecen en el art. 41 ET.

[32] Se trata, principalmente, del establecimiento de reglas específicas en el ámbito de las relaciones laborales de carácter especial –art. 2 ET– e, incluso, de las actividades excluidas del ámbito de aplicación del ET –art. 1.3 ET–.

y validadas por la jurisprudencia[33], derivadas de características de la actividad profesional o de la propio diseño de la negociación colectiva. Concretamente, y como declara el TC[34], el principio de igualdad "no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito funcional y geográfico determinado" pues nada impide que "determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo si es que consideran que (…) esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses". Se trata "de una excepción lícita a esa unidad de negociación «natural» según el criterio del encuadramiento vertical, por rama de producción, que se funda en un aspecto «en positivo», el de que tal unidad constituida al margen de la común cuente con un poder que permita constituise con un inequívoco signo de regulación –en positivo– de sus condiciones de trabajo, entendido así como mejor vía para la defensa de sus intereses"[35]. Serán, entonces, convenios colectivos de distinto ámbito y alcance –de rama, extraestaturarios, etc.– o pactos individuales suscritos desde este colectivo los que determinen o completen el régimen jurídico aplicable a las experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores.

---

[33] En la STC 170/1988, de 29 de septiembre (Ref. Ar. RTC 1998\170) que, en su F.D. segundo y en referencia a la exclusión del personal sanitario de la Seguridad Social del ámbito de aplicación del ET, se recuerda que la "regulación diferente de las condiciones de trabajo por cuenta ajena (…) no es contraria al art. 14 de la Constitución si está referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas o está justificada por las características especiales de cada tipo de trabajo".

Este argumento también se encuentra, aunque para resolver supuestos de hecho diferentes, entre otras, en las SSTC 22/1981, de 2 de julio (Ref. Ar. RTC 1981\22), F.J. 9; 34/1981, de 10 de noviembre (Ref. Ar. RTC 1981\34), F.J. 3; y 26/1984, de 24 de febrero (Ref. Ar. RTC 1984\26), F.J. 3.

[34] Véase el F.J. 5 de la STC 136/1987, *cit*.

[35] Baylos Grau, A. "Trabajo temporal y no discriminación", *op. cit.,* pág. 436.

LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Natalia Tomás Jiménez
Profesora Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. Introducción
2. ¿Existe realmente un vacío de regulación?
3. La viabilidad de los convenios de grupo de empresas de eficacia general
4. Sujetos legitimados para negociar convenios colectivos de grupo de empresas de eficacia general. Evolución jurisprudencial: La teoría de la legitimación cruzada
5. Reflexión final. La necesidad inmediata de una regulación flexible

1. INTRODUCCIÓN

Como uno de los muchos reflejos de la globalización se encuentra la empresa de grupo que es una realidad económica y jurídica, pese a contar con una regula-

ción insuficiente en el ordenamiento español[1], aún anclado en distinciones del siglo diecinueve[2]. Respecto a los derechos colectivos de los trabajadores dos son las cuestiones especialmente problemáticas en el grupo de empresa. Una de ellas es la representación de los trabajadores en la empresa, y la otra es los convenios colectivos de grupo[3], centrándose esta comunicación en esta segunda cuestión, pero remarcándose que ambas se encuentran intensamente interrelacionadas.

Los grupos de empresas constituyen hoy día un ámbito de negociación colectiva importante. Si bien las estadísticas a principios de la década de los noventa arrojaban un balance ciertamente pesimista[4], los datos demuestran que en la actualidad a nivel nacional el número total de trabajadores cubiertos por convenios de grupos de empresas va aumentando de forma progresiva (82.357 trabajadores en 2004)[5], y especialmente desde una perspectiva relativa (en 2006 aproximadamente 1'8% del total de convenios son convenios de grupos de empresas, cubriendo al 1% del total de trabajadores)[6], subrayándose que aunque en la mayoría de las ramas de actividad tienen una presencia muy escasa, representan un porcentaje ciertamente relevante (en torno a la tercera parte de los trabajadores con convenio colectivo) en las ramas de "Otro material de transporte", por el convenio del grupo de Astilleros españoles, y en "Protección y distribución de electricidad, gas y agua", por los con-

---

[1] Sobre la realidad económica y el significado jurídico de la empresa de grupo, véase Girgado Perendones, P.: *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001, págs. 3 y ss.

[2] Respecto a las insuficiencias de las sistematizaciones tradicionales para expresar las formas organizativas complejas de la empresa y del empresario en la sociedad contemporánea, consúltese el magnífico estudio de Monereo Pérez, J. L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, Comares, Granada, 1997, págs. 228 y ss.

[3] Girgado Perendones, P.: *La empresa de grupo…*, op. cit., págs. 65 y ss.

[4] En este sentido, Cruz Villalón, J.: "La negociación colectiva en los grupos de empresas", en VV. AA., Collado García, L.; Baylos Grau, A. (coords.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, págs. 273–277.

[5] Obsérvese que en 1994 los convenios de grupos de empresas, que son 26 abarcaban un total de 10.124 trabajadores; en 1998, según la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 1998 del Consejo Económico y Social (pág. 272), los 45 convenios de grupos de empresas entonces existentes incluían a 37.062 trabajadores; y en el 2004 un estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (*La negociación colectiva en España en 2004, 2005 y 2006*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 50), recoge una cifra de 82.357 trabajadores. Puede verse claramente esta evolución en el cuadro II–30 de la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2002 del Consejo Económico y Social, pág. 391, que refleja el ámbito funcional de los convenios colectivos de grupo de empresas desde 1994 hasta 2002.

[6] Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, pág. 36.

venios de Endesa, Iberdrola y Unión FENOSA[7]. Estas cifras son trasladables al ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que se ha pasado de 9 convenios de grupos de empresas en 1998 a un total de 26 en 2007, destacando la provincia de Almería que cuenta con 7 convenios de grupo de empresas de un total de 50 convenios de empresa alcanzados en esta provincia[8].

Estos datos estadísticos evidencian de modo claro y contundente la tendencia creciente de los convenios de grupo de empresas en el ordenamiento convencional español, a pesar de que todavía se manifiesta cierta resistencia a negociar un convenio colectivo del grupo, lo que puede explicarse, entre otras razones, por el objetivo de aplicar distintas condiciones de trabajo a los trabajadores de las empresas pertenecientes al grupo, no garantizando a todos los trabajadores las condiciones más favorables que normalmente se han negociado para los trabajadores adscritos al que se considera núcleo duro del grupo[9].

No obstante, la tendencia creciente de los convenios de grupo de empresas contrasta precisamente con el vacío legal en diversos aspectos de debida regulación de los grupos de empresas, y en lo que a esta comunicación interesa, los referidos a la legitimación negocial. En principio, y observando rigurosamente lo dispuesto en los arts. 87 y 88 ET, se detecta que el grupo de empresa parece no encajar en ninguno de los ámbitos de negociación previstos por el Estatuto de los Trabajadores

---

[7] Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en España en 2005…*, op. cit., pág. 34. En términos similares se recogía en la memoria anterior (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en España en 2004…*, op. cit., pág. 47)*, señalándose que en el sector "Fabricación de otro material de transporte"* hay 8.190 trabajadores cubiertos por convenios de grupo de empresas, constituyendo el 31'7% del total de trabajadores afectados por convenios de este sector; y en "*Producción y distribución de electricidad, gas y agua"* hay 16.099 trabajadores incluidos por convenios de grupo de empresas, conformando el 32,6% del total de trabajadores de este sector.

[8] Esta presencia creciente de los grupos de empresas en Andalucía se extrae de la observancia de las distintas Memorias de Negociación Colectiva elaboradas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. En concreto, en la Memoria de 1998 se señalaba que había 9 convenios de grupo de empresas de un total de 442 convenios de empresa suscritos en el año 1998 (pág. 39). En la Memoria de 2005 se cifra en 29 los convenios de grupo de empresas de un total de 621 convenios de empresa, siendo éste el número más alto alcanzado hasta ahora (pág. 59). Y por último en la Memoria de 2007, se señala que en Andalucía se han convenido 26 convenios de este tipo de un total de 631 convenios de empresa (pág. 67), siendo en la provincia de Almería en la que tradicionalmente se viene detectando una práctica negocial más significativa de los grupos de empresas, seguida muy de cerca de la provincia de Málaga (que tiene 5 convenios de este tipo de 98 convenios de empresa), mientras que en el resto de las provincias los convenios de grupo de empresas se cifran entre uno y tres convenios.

[9] Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N.; Gallego Morales, Á.: *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 53.

(convenios de empresa o de ámbito inferior, y convenios supraempresariales)[10]. Ante esta carencia normativa, y habiendo constatado ya que la negociación de este tipo de convenios es una realidad que va en aumento, son diversos los interrogantes que se han planteado ante esta práctica negocial, forzando a la jurisprudencia a responder a estas cuestiones. Por ejemplo, cabe plantearse si existe realmente un vacío de regulación, o cuáles son los sujetos entonces legitimados para negociar, o si se pueden negociar convenios colectivos estatutarios, es decir, de eficacia erga omnes, en este ámbito. A continuación, se exponen sucintamente diferentes consideraciones sobre estos aspectos problemáticos.

2. ¿EXISTE REALMENTE UN VACÍO DE REGULACIÓN?

Debe tenerse en cuenta para dar respuesta a esta cuestión que el hecho de que el Título III del Estatuto de los Trabajadores no prevea de modo expreso como ámbito de negociación al grupo de empresa y no contenga reglas concretas de legitimación, no supone que realmente exista un vacío legal[11]. Son diversos los apoyos del ordenamiento jurídico español en los que pueden sustentarse sin lugar a dudas esta práctica negocial, no existiendo ningún obstáculo jurídico a la posibilidad legal y constitucional de negociar convenios colectivos en un ámbito coincidente con el grupo. Al máximo nivel se encuentra garantizada esta práctica basándose en el Convenio 154 de la OIT, sobre la negociación colectiva, en el art. 28. 1 CE respecto al derecho de autoorganización y de libertad de acción sindical, en el art. 38 CE que recoge la libertad de organización y dirección empresarial, y muy especialmente en el art. 37. 1 CE que establece el derecho a la negociación colectiva adoptando una fórmula amplia en la que caben diferentes opciones legislativas en la configuración del derecho a la negociación colectiva[12], una de ellas la estatutaria, pero siem-

---

[10] Contrasta la falta de previsión legal del convenio de grupo con las Leyes de Convenios Colectivos de 24 abril 1958 y de 19 diciembre 1973, que contemplaban la negociación de convenios plurales de empresas.

[11] Adviértase que la aparición del grupo como nueva realidad empresarial impone al ordenamiento la necesidad de dar respuesta a las nuevas cuestiones que el grupo plantea, siendo hasta ahora muy parca la regulación española respecto a los grupos de empresas. En este sentido, Girgado Perendones, P.: *La empresa de grupo…*, op. cit., pág. 18.

[12] Sobre el derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional, Monereo Pérez, J. L.: "El derecho a la negociación colectiva", en VV.AA., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Directores): *Comentario a la Constitución Socio–Económica de España,* Comares, Granada, 2002, págs. 625–683; Rivero Lamas, J. y De Val Tena, Á. L.: "El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales", en VV.AA., Sempere Navarro, A. V. (Director): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

pre debiendo quedar abierta una vía informal y flexible de negociación al margen del Estatuto de los Trabajadores, pudiéndose acoger los grupos de empresas a esta vía de autorregulación[13], tal y como expresamente se recoge en la STC núm. 121/2001, de 4 junio, sobre un acuerdo de viabilidad suscrito entre la sección sindical de SEPLA en «Iberia, SA» y ésta, que extiende su eficacia a otra empresa del grupo sin intervención de la sección sindical de esta empresa[14]; o en un plano de estricta legalidad ordinaria, la STS 30 mayo 1991 sobre un pacto colectivo extraestatutario del Grupo de Empresas Magefesa.

Por tanto, los grupos de empresas siempre van a poder negociar convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada[15], que ciertamente tienen un régimen jurídico escaso. La no consideración expresa por el legislador estatutario del ámbito de grupo de empresa para negociar convenios colectivos de eficacia general, lo que por otro lado no significa que tengan excluida automáticamente esta po-

---

[13] Monereo Pérez. J. L.; Molina Navarrete, C.: "La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas", *Tribuna Social*, núm. 98, febrero, 1999, págs. 53 y ss.; Monereo Pérez. J. L.; Molina Navarrete, C.: *El modelo de regulación jurídico–laboral de los grupos de empresa. Una propuesta de reform*a, Comares, Granada, 2002, pág. 141.

[14] La STC 121/2001 considera que el acuerdo de viabilidad es un convenio colectivo extraestatutario de grupo de empresa, entendiendo que no le correspondía enjuiciar "la licitud de tales estipulaciones para terceros contenidas en el pacto y cuyo efecto se remitiría a la voluntaria aceptación de aquéllos, por situarse extramuros del objeto de este proceso constitucional […] En razón a lo anterior, y teniendo en cuenta que el auténtico contenido de la demanda es la impugnación de un convenio extraestatutario y que el fundamento real de la misma resulta la lesividad que sobre ellos producía, es claro que nos encontramos ante una cuestión del todo ajena al derecho de libertad sindical y plenamente inmersa en el ámbito de la estricta legalidad ordinaria (Fundamento de Derecho Quinto).

[15] Respecto a los convenios colectivos extraestatutarios de grupos de empresas, véase VV.AA., Martínez Girón, J. (coord.): *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 37 y ss.

Sobre los convenios colectivos extraestatutarios en general puede consultarse, entre otros, Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos extraestatutarios (Base constitucional y casos significativos)", en VV. AA., Pérez de los Cobos, F.; Goerlich, J. M. (coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 621 y ss.; García Rubio, M. A.; Goerlich Peset, J. M.: "Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios", en VV. AA., Pérez de los Cobos, F.; Goerlich, J. M. (coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 583 y ss.; García Viña, J.: "Los convenios colectivos extraestatutarios. Régimen jurídico y relación con los convenios colectivos estatutarios", *Tribuna Social*, núm. 118, octubre, 2000, págs. 14–25; Rodríguez Hidalgo, J.G.; Álvarez Cuesta, H.: "Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exigidos por el Título III ET", *Tribuna Social*, núm. 148, abril, 2003, págs. 42–53; VV.AA., Barreiro González, G.; Fernández Domínguez, J. J. (Directores): *Los convenios colectivos extraestatutarios. Contenido y régimen jurídico*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

sibilidad como se verá a continuación, no debe derivar inmediatamente a la conclusión de que existe un vacío de regulación *stricto sensu*[16].

3. LA VIABILIDAD DE LOS CONVENIOS DE GRUPO DE EMPRESAS DE EFICACIA GENERAL

A principios de la década de los noventa se discutió si los convenios de grupo de empresas podían tener o no la deseada eficacia general propia de los convenios estatutarios. La cuestión es: ¿Es posible darles una adecuada cobertura jurídica dentro del Título III del ET? ¿Y en caso afirmativo, quién tendría legitimación para negociar los convenios colectivos de grupo con carácter erga omnes?

El Tribunal Supremo ha venido entendiendo de forma constante y reiterada que los convenios de grupo de empresas no deben ser privados de la eficacia general. En este sentido se pronunció en la STS 15 febrero 1993, en unificación de doctrina, respecto al convenio colectivo del personal laboral de la Seguridad Social, siguiendo muchas otras sentencias en esta misma línea[17]. El Tribunal Supremo argumenta que "la razón principal en que puede apoyarse esta posición reiterada de la jurisprudencia es el principio o norma general de libertad de elección de la unidad de negociación de convenios de eficacia general que reconoce el art. 83.1 del ET. Es cierto que este principio («Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden») puede estar sometido a algunas limitaciones legales y convencionales, entre ellas, como destaca nuestra Sentencia de 20 de septiembre de 1993, el atenimiento a criterios objetivos en la determinación de la unidad de negociación. Pero también parece claro que la libertad de elección conjunta de la unidad de negociación de los convenios estatutarios debe comprender, entre las opciones de las partes legitimadas para negociar una realidad de la vida económica objetivamente delimitada de tanta trascendencia en las relaciones de trabajo en la época actual como es el «grupo de empresa»"[18].

---

[16] Monereo Pérez. J. L.; Molina Navarrete, C.: *El modelo de regulación…*, op. cit, pág. 141. No obstante, es habitual en la doctrina referencias a que existe un vacío normativo, como por ejemplo, Valdés Dal-Ré, F.: "La legitimación negocial en los grupos de empresa: anomia legislativa e incertidumbre jurisprudencial", *Relaciones laborales,* núm. 2, 2007, págs. 33 y ss.

[17] La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha considerado desde hace ya bastantes años que los convenios colectivos de «grupo de empresa» pueden adquirir la condición de convenios de eficacia general o «erga omnes». Así se ha establecido, si bien con fundamentos no siempre enteramente coincidentes, en numerosas Sentencias, como la de 4 de octubre de 1988, 30 de octubre de 1995, 30 de abril de 1996, 7 de julio de 1997, 4 de febrero de 1998, y 14 de junio de 1999.

[18] Fundamento de Derecho Segundo STS 28 octubre 1999.

De la lectura de la regulación estatutaria, habría que entender que observando el principio de libertad de elección de las partes negociales para determinar la unidad de negociación según el art. 83.1 ET, y teniendo en cuenta que no concurre ninguno de los límites previstos[19], no habría ningún problema para reconocer a los convenios de grupo eficacia general. Se habla en el caso de los grupos de empresas de unidades negociales distintas, "atípicas"[20], pero apropiadas, ya pertenezcan o no a un mismo sector estas empresas[21]. Se trata de una unidad de negociación válida, otra cosa será determinar cuáles son los sujetos que deben negociar estos convenios para que alcancen este plus de eficacia, pero en sí mismo considerado el grupo de empresas es un ámbito perfectamente válido para la negociación colectiva estatutaria si así lo elijen las partes.

4. SUJETOS LEGITIMADOS PARA NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS DE GRUPO DE EMPRESAS DE EFICACIA GENERAL. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA TEORÍA DE LA LEGITIMACIÓN CRUZADA

Partiendo de que los grupos de empresas pueden negociar convenios colectivos de eficacia general, el problema ahora se concreta en qué ámbito de negociación de los establecidos por el Estatuto de los Trabajadores hay que encuadrar este tipo de convenios. El problema se centra en la elección del ámbito de la negociación y de la regla aplicable para determinar la legitimación para negociar en los supuestos de unidades empresariales complejas, en las que no negocia un único empresario, como persona física o jurídica también única, sino un conjunto empresarial dotado de un cierta unidad de dirección o de actuación, pero integrado por distintas personas que, aunque puedan constituir un grupo con homogeneidad en su actuación en el ámbito laboral, siguen siendo formalmente centros de imputación jurídica distintos, lo que sucede con la figura de los denominados grupos de

---

[19] Sobre las unidades de negociación y sus límites, véase entre otros, Altés Tárrega, J. A.; Fita Ortega, F. L.: "Las unidades de negociación", en VV. AA., Pérez de los Cobos, F.; Goerlich, J. M. (coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 pág. 204 y ss.; Díaz De Rábago Villar, M.: "Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos", *Aranzadi Social*, tomo V, 2005, págs. 1275 y ss.

[20] Marín Alonso, I.; Igartua Miró, M. T.: "Reflexiones en torno a la negociación colectiva en los grupos de empresa: legitimación y concurrencia de convenios", *Relaciones Laborales*, tomo I, pág. 630.

[21] Rivero Lamas, J.: "La legitimación empresarial para la negociación colectiva (Asociaciones empresariales legitimadas para negociar: La legitimación en grupos de empresas)", *Relaciones laborales,* núm. 2, 1992, págs. 430.

empresa o en las Administraciones Públicas con los fenómenos de descentralización a través de entes instrumentales sometidos a la tutela de un centro directivo[22].

Los arts. 87 y 88 ET sólo prevén dos ámbitos de negociación, el empresarial o inferior a la empresa y el supraempresarial, variando las reglas de legitimación en uno y en otro ámbito. En este aspecto, a la problemática propia que presentan los grupos de empresas en el ámbito de la autonomía colectiva se le ha añadido la cambiante postura mantenida por el Tribunal Supremo en esta cuestión. Por tanto, un aspecto ya de por sí complicado se ha visto considerablemente acrecentado por la oscilante jurisprudencia del Tribunal Supremo en la determinación de quiénes deben ser los sujetos que negocien los convenios de grupos de empresas y por las diferentes posturas doctrinales que se han vertido al respecto.

En un primer momento, el Tribunal Supremo se inclinó por incluir los convenios de grupo dentro del ámbito de empresa a la hora de determinar los sujetos legitimados para negociar, siendo por tanto de aplicación las normas del art. 87. 1 ET. En este sentido, la STS 15 febrero 1993 valoró la unidad de dirección para considerar aplicables, a efectos de legitimación, las normas de los convenios de ámbito empresarial; criterio que aplicaron también las Sentencias de 27 de abril de 1995, 29 de junio de 1995, 30 de octubre de 1995, dictadas en casos de grupos de empresas; 20 de diciembre de 1995, respecto a Administraciones Públicas.

No obstante esta posición jurisprudencial, pronto surgieron las dudas y así la STS de 8 de octubre de 1993 apreció la conveniencia de aplicar para la representación de los trabajadores las reglas sobre legitimación propias de los convenios de ámbito supraempresarial, siendo este criterio seguido luego por la Sentencia de 15 de diciembre de 1994, respecto el Convenio del Ministerio de Defensa y los organismos autónomos adscritos al mismo, teniéndose en cuenta que el ámbito del convenio se extiende a «diferentes y numerosos centros de trabajo, de muy dispar naturaleza y actividad, que presentan una gran dispersión geográfica y funcional» y que no existen órganos de representación de los trabajadores comunes para todos los organismos afectados. En el mismo sentido se pronunciaron las Sentencias de 30 de abril de 1996 y 21 de junio de 1996, sobre el Convenio del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, en las que, sin embargo, aparece una referencia más explícita a la complejidad del problema[23].

Así las cosas, la STS 21 diciembre 1999, sobre el convenio colectivo único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Catalunya, llega a la

---

[22] Así lo manifiesta la STS 21 diciembre 1999 (Fundamento de Derecho Cuarto).

[23] Se establece que, "por una parte, se reconoce que dada la unidad de dirección y el carácter público de la entidades empleadoras que han de negociarlo, se excluye que puedan asumir su representación las asociaciones empresariales», por otra parte, se señala que «la multiplicidad de organismos afectados por el convenio y de sus centros de trabajo, hace frecuentemente difícil la intervención negociadora de las representaciones unitarias o de las secciones sindicales".

conclusión de que es necesario diferenciar las reglas de legitimación en función de las partes de que se trate, aplicando la regla del artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores a la parte empresarial y la del número 2 de ese mismo artículo a la de los trabajadores, consagrando la teoría de la legitimación cruzada o mixta[24]. No obstante, hay se que señalar que a esta sentencia acompaña un numeroso voto particular formulado por D. Antonio Martín Valverde, y al que se adhieren los magistrados D. Víctor Fuentes López, D. Manuel Iglesias Cabero, D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Ramón Martínez Garrido y D. Leonardo Bris Montes, defendiendo que se deben aplicar las reglas de legitimación del ámbito de empresa y entendiendo, entre otros aspectos, que "la solución adoptada restringe innecesariamente dos de los pilares de este sector del ordenamiento que son el principio de autonomía colectiva de los representantes de los trabajadores y empresarios y el principio de legitimación «electoral» o legitimación de las representaciones de los trabajadores y empresarios apoyada en una elección democrática. Todavía hay una razón más en contra de la doctrina sentada en la Sentencia de la que se discrepa; los resultados prácticos a que conduce la aplicación de las reglas del art. 87.2 y siguientes del ET para la legitimación de los componentes del «banco social» pueden ser inconvenientes, como ya lo ha puesto de relieve la experiencia de aplicación del derecho en esta Sala del Tribunal Supremo; mucho más inconvenientes, a nuestro juicio, que las dificultades de articular representaciones de los trabajadores en los convenios de grupo, que las actuales técnicas de comunicación a distancia reducen considerablemente, y reducirán aún más en un futuro próximo".

El voto particular plantea diversas cuestiones a tener en cuenta en el sentido de que se apunta que la teoría de la legitimación cruzada utilizada por la STS de 21 de diciembre de 1999 encuentra excepciones en aquellos supuestos en que la estructura organizativa de las entidades comprendidas en la unidad de negociación sea «relativamente simple»[25]. Se ha optado, en definitiva, como dice la propia Sen-

---

[24] Establece la STS 21 diciembre 1999, en su Fundamento de Derecho Sexto, que "en este sentido es de todo punto evidente, conforme a las reglas de la experiencia, que una unidad de negociación de la extensión y complejidad de la que constituye el objeto del convenio controvertido –toda la Administración de la Generalidad de Cataluña, sus organismos autónomos y otras entidades públicas asimiladas– presenta más semejanza con una unidad supraempresarial que con otra de carácter empresarial y, por tanto, hay que aplicar las normas del Estatuto de los Trabajadores para los convenios de aquella clase, con la única excepción de lo previsto para la legitimación empresarial para la que ha de estarse a estos efectos a lo establecido en el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo ya razonado en el fundamento jurídico cuarto, no sería lógico en un ámbito de esta extensión y complejidad obligar a que la legitimación se determine teniendo en cuenta la situación de los órganos de representación unitaria o sindical de cada organismo, centro directivo o centro de trabajo, como tampoco tendría sentido excluir aquí, sustituyéndolas por un criterio mayoritario puro, las reglas que el Estatuto de los Trabajadores establece a favor de la presencia de los sindicatos más representativos y de los sindicatos suficientemente representativos".

[25] Efectivamente así se expresa al comienzo del Fundamento de Derecho Sexto de la STS de 21 de diciembre de 1999: "Este criterio mixto constituye, por tanto, la doctrina mayoritaria de la Sala y es

tencia de la que se discrepa, por un «criterio mixto», atemperado o matizado mediante el recurso a una regla de excepción de aplicación casuística.

Por tanto, realmente la STS 15 diciembre 1999 no zanja el problema de quién está legitimado para negociar en los grupos de empresas, ya que habrá primero que determinar si se está ante una estructura organizativa compleja y aplicar el criterio de legitimación mixto o cruzado, o si se está ante una estructura organizativa relativamente simple y aplicas las reglas de los convenios de empresa, configurándose este último supuesto como una excepción. Esta interpretación jurisprudencial deriva en que se traslada el problema a la necesidad de realizar primero un juicio sobre la complejidad organizativa del propio grupo, que a su vez se caracteriza por tener unos criterios muy difusos. En este sentido, se plantean diversos interrogantes cómo que si tal complejidad ha de aplicarse al número de sociedades que integran el grupo, al número de centros de trabajo, o si han de tenerse en cuenta ambos aspectos[26].

Algunas de las sentencias posteriores del Tribunal Supremo han intentado arrojar luz, sin mucho éxito[27], sobre estos aspectos, como la STS 10 junio 2002, respecto al convenio colectivo del grupo de empresa de La Estrella, SA de Seguros y Reaseguros, que defiende como un criterio determinante de la complejidad de la unidad de negociación la diversificación de actividades funcionales[28]; o la STS 18 mayo 2004, sobre el convenio colectivo de trabajo interempresas EADS–CASA y Airbus España, Sociedad Limitada y su personal[29]. Otras sentencias se han limitado a con-

---

el que hay que reiterar ahora en Sala General para el supuesto aquí contemplado y al margen de lo que, por excepción, pudiera establecerse para grupos de empresas con una estructura organizativa relativamente simple".

[26] Valdés Dal–Ré, F.: "La legitimación negocial…", op. cit., pág. 6.

[27] Valdés Dal–Ré, F.: "La legitimación negocial…", op. cit., pág. 7.

[28] Aludiendo la STS 10 junio 2002 a la"«extensión y complejidad» que revestía la unidad de negociación, en aquel caso referida a toda la Administración de la Generalidad de Cataluña con sus organismos autónomos y otras entidades públicas asimiladas, para establecer una mayor semejanza con unidades supraempresariales comparadas con las estrictamente empresariales y en la actual reclamación esa complejidad se traduce en la existencia de centros de trabajo en todo el territorio nacional sin comités intercentros, cubriendo actividades del ramo sanitario, seguros e inmobiliario, que responden, por empresas, a las denominaciones de Gensegur, Geninver, Desainsa; Hermes, SA de Servicios Inmobiliarios y Generales; Grupo Generali España, AIE; Holding de Entidades de Seguros y La Estrella, SA de Seguros y Reaseguros de donde se desprende que con independencia del número y dispersión de centros de trabajo que por sí solos no bastarían para adoptar la formulación mixta, es la diversificación de actividades, hasta tal punto influyente en la falta de unidad de dirección en múltiples aspectos, la que lleva a adherirse a la Sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 1999... ". (Fundamento de Derecho Séptimo).

[29] Que argumenta en su Fundamento de Derecho Segundo que sólo podría aplicarse el criterio excepcional de seguir las reglas de los convenios de empresa si se tratase de "un supuesto en el que pudiera ser aplicado sin dificultad el sistema de negociación que la Confederación Sindical postula, o sea,

firmar la teoría de legitimación cruzada, como la STS 10 octubre 2005, sobre el convenio colectivo del ente público Radiotelevisión Española y sus Sociedades Estatales, Televisión Española, SA y Radio Nacional de España, SA., o la STS 28 noviembre 2004, respecto al Acuerdo Marco sobre la mejora de las condiciones profesionales del personal de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos[30].

5. REFLEXIÓN FINAL. LA NECESIDAD INMEDIATA DE UNA REGULACIÓN FLEXIBLE

Desde una perspectiva integradora el grupo de empresas aparece de forma preeminente como una empresa de estructura jurídicamente compleja, formada por un conjunto de empresarios que están sometidos a una misma dirección unitaria, a través de vínculos contractuales o no, y con arreglo a criterios de coordinación o subordinación o fórmulas intermedias y más descentralizadas de centros de decisión[31].

El grupo de empresa desde el punto de vista laboral es una empresa y a partir de ahí los problemas de legitimación habría que observarlos desde el ámbito de la empresa[32], pero teniendo en cuenta que desde un punto de vista jurídico presenta una estructura compleja, que es precisamente la que ha obligado a la jurisprudencia a recurrir a la teoría de la legitimación cruzada, con una finalidad eminentemente funcional o pragmática.

Algunos aspectos importantes que debería tener presentes el legislador cuando aborde una reforma seria de la negociación colectiva, y especialmente cuando regule la legitimación negocial de los grupos de empresas es que se trata de figuras que deben contar con un margen importante de flexibilidad y de normas que posibiliten que se autoorganicen y se den a sí mismas sus propias normas, remarcando

---

en el caso hipotético de que al banco social le pudiera ser aplicado sin ningún inconveniente el sistema legitimador propio de las empresas individualmente consideraras lo que únicamente ocurriría si tuvieran un organismo unitario facultado específicamente para ello con todas las garantías legales".

[30] Igualmente la STS 17 junio 2002, respecto al convenio colectivo para el personal de la Comunidad Autónoma de Madrid.

[31] Se apuesta por una teoría jurídica integradora y crítica de los grupos de empresas en Monereo Pérez, J. L.: *Teoría jurídica de los grupos…*, op. cit., págs. 88; y 193 y ss. Muy interesante resulta también el análisis del profesor Monereo que lleva a cabo en este estudio sobre las teorías económicas y su "traslado" a la teoría jurídica de los grupos de empresas, las teorías políticas y sociológicas sobre la organización empresarial y los grupos de empresas y las teorías sistémicas y su proyección sobre el derecho de los grupos de empresas.

[32] Sobre los elementos delimitadores para la existencia de un grupo y los instrumentos jurídicos que pueden llevar a la dirección unitaria desde una perspectiva mercantilista puede consultarse Girgado Perendones, P.: *La empresa de grupo…*, op. cit., págs. 139 y ss.

así su carácter reflexivo. Por ello, las normas que se articulen para regular su legitimación deben ser flexibles y alternativas. La regulación jurídica que se haga en general del grupo de empresas, ya no sólo desde la perspectiva de la legitimación negocial, aunque por supuesto que también, debe contribuir a que el grupo de empresas continúe siendo una "estructura plástica y adaptable" a nuevas exigencias del medio ambiente–mercado[33]. Los grupos de empresas constituyen una realidad efectiva y operante que desbordan el escaso marco jurídico preestablecido, ya que han mutado los interrogantes en la "política legislativa" sobre los grupos y también las propias perspectivas de análisis del modelo conforme al cual viene desarrollándose la disciplina de los grupos[34].

Entre las diferentes propuestas de regulación que ha ido elaborando la doctrina sobre la legitimación negocial en el grupo de empresas[35], se comparte la idea de que se debe tener presente la estructura compleja de la empresa, coexistiendo diferentes opciones negociadoras, debiendo ser las reglas de legitimación acordes con la diversidad de productos negociales susceptibles de generarse o producirse en el ámbito de la empresa, distinguiendo entre convenios colectivos de grupo, acuerdos colectivos de empresa en grupo y convenios o acuerdos marco de grupos[36]. Y por otro lado, concretando un poco cómo deberían articularse esas reglas de legitimación, señalar que el banco empresarial debería estar compuesto por las direcciones de las empresas afectadas por el convenio, o bien por la dirección central del grupo, en la medida en que sea ésta, y no las direcciones de las filiales, la que posea la competencia y autonomía decisional en relación con las materias que se negocien[37].

---

[33] Monereo Pérez, J. L.: *Teoría jurídica de los grupos…",* op. cit., págs. 232 y ss. Duque Domínguez, J. ("Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al Derecho Mercantil", en VV. AA.: *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas europeas,* Madrid, 1987, pág. 19), en esta misma línea señalaba hábilmente hace ya tiempo que el objetivo esencial de dicha regulación debe ser "alcanzar un grado de integración que les permita hacer frente a las necesidades del desarrollo y a los datos del mercado, pero conservando un cierto grado de flexibilidad mediante la adopción de decisiones en régimen descentralizado, con la posibilidad de hacer posible una rápida modificación de la estructura empresarial cuando lo requiera el curso del acontecer económico".

[34] Molina Navarrete, C.: *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, Ibidem, Madrid, 1997, pág. 149.

[35] También han existido diversos intentos por parte de grupos parlamentarios de regular la legitimación negocial en los grupos de empresas. Por ejemplo, la proposición presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (BOCG, Congreso de los Diputados, 12 mayo 2000) que proponía estructurar esta legitimación como ámbito supraempresarial. Veáse Monereo Pérez. J. L.; Molina Navarrete, C.: *El modelo de regulación…*, op. cit, págs. 145 y ss.

[36] Monereo Pérez. J. L.; Molina Navarrete, C.: *El modelo de regulación…*, op. cit, págs. 150 y ss. Sobre la legitimación de los acuerdos colectivos de empresas en grupo consúltese García Jiménez, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2006, págs. 204 y ss.

[37] Baz Rodríguez, J.: "Participación y negociación colectiva…", op. cit., pág. 208.

Y respecto al banco social, este debería estar compuesto por las representaciones sindicales y unitarias de los trabajadores en la empresa, en términos similares a los dispuestos en la actualidad para los convenios de ámbito de empresa o inferior[38]. No obstante, deben tenerse en cuenta las complicaciones existentes, resultando diversos problemas en este sentido. Por ejemplo, la ausencia legal de un órgano de representación unitaria de grupo[39], debiéndose regular de forma urgente la figura del comité del grupo de empresas, aunque cierto sector doctrinal entiende que ya es viable la creación de un comité de grupo nacional a través de un acuerdo colectivo de grupo[40], proyectando por analogía la normativa existente para el comité de empresa europeo a ese acuerdo colectivo[41]. Asimismo, esta legitimación negocial por parte de los trabajadores podría completarse con la previsión de que también tuvieran legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios de grupo los sindicatos que acrediten al menos un 10% de los representantes legales en el ámbito territorial y funcional que abarque el grupo (o la parte del mismo que se vea afectado por el convenio colectivo), haciéndose eco así de las últimas reglas jurisprudenciales[42].

Una vez más la realidad es la que moldea la norma: la realidad de la expansión de los grupos de empresas y de las redes está reclamando del legislador una norma que las regule y ya. El legislador debe abordar a través de la vía de legislación negociada esta problemática de forma inminente, puesto que la jurisprudencia está "parcheando" esta realidad para encauzarla jurídicamente, pero generando una gran incertidumbre e inseguridad jurídica[43].

---

[38] Quesada Segura, R.: *El procedimiento de negociación del convenio colectivo: un estudio jurisprudencial,* Comares, Granada, 2002, pág. 57, que propone que sea legitimado el comité de empresa de grupo.

[39] Sobre los órganos de representación de los trabajadores en los grupos de empresas obsérvese, entre otros, Terradillos Ormaetxea, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas: modernas fórmulas de regulación*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000

[40] Baz Rodríguez, J.: "Participación y negociación colectiva en las empresas de grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas", *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006, pág. 209, que entiende que aunque no está expresamente previsto en el ordenamiento ese acuerdo colectivo de grupo de creación de un comité de grupo, no hay ningún obstáculo jurídico para crearlo.

[41] Sobre el comité de empresa europeo, puede consultarse Cristóbal Roncero, R.: "El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 43, 2003, págs. 157–180; Monereo Pérez, J. L.: "Los Comités de Empresa Europeos: Los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria", *Tribuna social*, 98, 1999.

[42] Monereo Pérez. J. L.; Molina Navarrete, C.: *El modelo de regulación…,* op. cit, pág. 151.

[43] Esta demanda se viene expresando desde hace tiempo ya por la doctrina, consúltese entre otros, Monereo Pérez. J. L.; Molina Navarrete, C.: *El modelo de regulación…,* op. cit, pág. 143, que considera que se trata de "una incertidumbre que ya sólo puede resolver una reforma legislativa, que será más eficaz si procede de un proceso de negociación previo a la misma («legislación negociada»)". Sempere Navarro, A. V.; Areta Martínez, M.: "El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 48, 2004, pág. 114.

En el momento presente, hasta que llegue esa norma del legislador, para determinar si un convenio colectivo de un grupo de empresas es de eficacia general o no, se debe atender principalmente a si cumple los criterios de representatividad que se supone que deben imperar en este tipo de convenios. Por tanto, el elemento determinante para atribuir o denegar legitimación, en defecto de una norma al respecto, debe ser la efectiva concurrencia de los principios que informan en el ordenamiento jurídico la legitimación negocial de eficacia general, debiéndose observarse especialmente si quien pretende negociar un convenio de de grupo reúne las exigencias de representatividad necesarias[44]. Tratar de encajar en uno u otro de los ámbitos fijados hasta ahora por el Estatuto de los Trabajadores supone forzar un encuadramiento que realmente no debe tener lugar.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA:

ALBÉNIZ MARTÍNEZ DE LA HIDALGA, J. L.: "La legitimación negocial en los convenios colectivos de grupos de empresas: comentario a una sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 mayo 2004", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, págs. 945–948.

ALFONSO MELLADO, C.L.; FABREGAT MONFORT, G.: "La legitimación negocial en el ámbito de la empresa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 115, págs. 67–89.

BAZ RODRÍGUEZ, J.: "Participación y negociación colectiva en las empresas de grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas", *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006, págs. 181–216.

BAZ RODRÍGUEZ, J.: "Participación y negociación colectiva en los grupos de empresas españoles: Análisis del "acuerdo marco de grupo", como instrumento de interacción operativa entre ambas funciones", en VV. AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999,* 2000, págs. 727–760.

CABERO MORÁN, E.: Negociación colectiva y representación de los trabajadores en los grupos de empresas nacionales y multinacionales, *Actualidad laboral*, núm. 3, 1990, pags. 371–380.

DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos, *Aranzadi Social*, tomo V, 2005, págs. 1275 y ss.

---

[44] Valdés Dal–Ré, F.: "La legitimación negocial…", op. cit., pág. 10.

GIRGADO PERENDONES, P.: *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001.

MARÍN ALONSO, I.; IGARTUA MIRÓ, M.T.: "Reflexiones en torno a la negociación colectiva en los grupos de empresa: legitimación y concurrencia de convenios", *Relaciones Laborales*, tomo I, págs. 621–643.

MARTÍN PUEBLA, E.: "La legitimación del sindicato para negociar en la empresa", *Actualidad Laboral*, núm. 6, marzo, 2006, págs. 644–652.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: "Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación de los trabajadores en la empresa", *Temas Laborales*, núm. 62, 2001, págs. 31–68.

MERINO SEGOVIA, A.: *La legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general*, Bomarzo, Albacete, 2005.

MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, Ibidem, Madrid, 1997.

MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S.: "Algunas reflexiones a propósito del problema de la legitimación negocial de los grupos de empresas", en VV.AA., Navarro Nieto, F. (coordinador): *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Trotta, Madrid, 1994, págs. 101–136.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, Comares, Granada, 1997.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.: "La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas", *Tribuna Social*, núm. 98, febrero, 1999, págs. 49–62.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico–laboral de los grupos de empresa. Una propuesta de reforma*, Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M.N.; GALLEGO MORALES, Á.: *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

MORENO VIDA, Mª.N.: "Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresas en el derecho del trabajo", *Tribuna Social*, núm. 98, febrero, 1999, págs. 63–80.

QUESADA SEGURA, R.: *El procedimiento de negociación del convenio colectivo: un estudio jurisprudencial,* Comares, Granada, 2002.

RIVERO LAMAS, J.: "La legitimación empresarial para la negociación colectiva (Asociaciones empresariales legitimadas para negociar: La legitimación en grupos de empresas)", *Relaciones laborales,* núm. 2, 1992, págs. 414–460.

RIVERO LAMAS, J.: Negociación colectiva en los grupos de empresas (Comentario a las SsTS, Social, 30 de octubre 1995 y 30 abril 1996), *Actualidad laboral*, núm. 1, 1997, págs. 281–292.

SEMPERE NAVARRO, A. V.; ARETA MARTÍNEZ, M.: "El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 48, 2004, págs. 97–133.

SOLANS LATRE, M. Á.: *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.

SOLANS LATRE, M. Á.: *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *Los "grupos de empresas" ante la jurisprudencia social española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas: modernas fórmulas de regulación*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

VALDÉS DAL–RÉ, F.: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

VALDÉS DAL–RÉ, F.: "La legitimación negocial en los grupos de empresa: anomia legislativa e incertidumbre jurisprudencial", *Relaciones laborales,* núm. 2, 2007, págs. 33–42.

VV. AA.: "El modelo legal de negociación colectiva a los veinticinco años del estatuto de los trabajadores", en VV.AA., Rodríguez–Piñero Royo, M.; Pérez Guerrero, M. L. (coord.): *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto,* Mergablum, Sevilla, 2006, págs. 273–376.

VV.AA., Martínez Girón, J. (Coordinador): *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO PÚBLICO

Gloria P. Rojas Rivero
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

ÍNDICE

1. El Estatuto Básico del Empleado Público
2. Las novedades en materia de negociación colectiva
3. La eficacia jurídica de los Pactos y Acuerdos
4. El seguimiento de los Pactos y Acuerdos
5. El control de legalidad
6. La competencia jurisdiccional
7. La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos

1. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Con la Ley 7/2007, de 2 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 13 de abril) se cumple de manera completa con el mandato constitucional

contenido en el art.103.3 CE: "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos" en los términos ordenados por el art.149.1.18 CE, según el cual, el Estado tiene la competencia exclusiva sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas[1].

Dice la propia Ley (en adelante EBEP) que las razones del retraso estaban en la dificultad de abordar una reforma legislativa del sistema de empleo público de alcance general, partiendo de la diversidad de Administraciones y de sectores, así como de grupos y categorías de funcionarios existentes. A partir de la CE de 1978, el régimen estatutario de los funcionarios públicos se había abordado en sucesivas regulaciones que van desde la Ley 30/1984 hasta la Ley 7/1990, pasando por la Ley 53/1984, de Incompatibilidades, las leyes autonómicas sobre Funcionarios públicos, la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, la LOLS y la LRAP. Todas ellas modificadas y complementadas en algún momento por normas de rango diverso provenientes del Estado y de las Administraciones autonómicas. Lo que probablemente ha convertido en más complicado el sistema de empleo público que se ha encontrado el legislador en 2007 que el existente en 1978 y años inmediatamente posteriores. En cualquier caso, de lo que no hay duda es de que las Administraciones Públicas han sufrido enormes transformaciones desde aquellas fechas y de que la legislación de los años 80 exigía ser reformada, por anticuada pero, también, por dispersa, que siempre lo fue. Podría señalarse como muestra de ello la declaración que la propia Ley hace en su Exposición de Motivos respecto a la necesidad de que la legislación básica en materia de función pública haya de reducirse hoy en día. Ya no puede sostenerse, afirma, un sistema de función pública homogéneo que tenga como modelo único de referencia la Administración del Estado, ha de atenderse a las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. Cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de coordinación que se estimen pertinentes[2].

La Ley, finalmente aprobada con fecha de 12 de abril de 2007, resulta de un intenso período de estudio y reflexión encomendado a una Comisión de Expertos en septiembre de 2004, que presentó su informe en abril de 2005; así como, al decir de su propia Exposición de Motivos, de un sostenido proceso de discusión y diálogo con los representantes de las Comunidades Autónomas y de otras Administraciones, y con los interlocutores sociales y organizaciones profesionales interesadas. Nace con el objetivo de "adaptar la articulación y la gestión del empleo

---

[1] Este trabajo se inserta en uno elaborado con mayor profundidad y publicado recientemente en el nº 17 de la RGDTSS, de Iustel con el título "La negociación colectiva de los empleados públicos".

[2] La dispersión normativa intentó afrontarse con el Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública alcanzado a partir del acuerdo de la Mesa General de Negociación de 10 de febrero de 1998, pero, tras el Dictamen del Consejo de Estado, no continuó su trámite parlamentario.

público en España a las necesidades de nuestro tiempo, en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente en los demás países de la UE y en la propia Administración comunitaria". "Contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio". Y reconoce aquellos elementos que han hecho de la Administración pública un terreno en el que la dualidad de regímenes, funcionarial y laboral, se ha convertido en seña de identidad del propio sistema. El porcentaje de empleados públicos con régimen laboral, las especificidades de su régimen de acceso, modulados por la aplicación de principios constitucionales; la aplicación de normas de derecho público como la Ley de Incompatibilidades; en fin, la creciente aproximación de condiciones de empleo pactadas en la negociación colectiva, aunque separada hasta ahora, de ambos tipos de personal, se reconocen como hechos ciertos y esta Ley se propone contribuir a concretarlos[3].

2. LAS NOVEDADES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El art.1.3 recoge en la letra k) la "negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de trabajo" como uno de los fundamentos de actuación del EBEP. En el art.15, como derecho individual de los empleados públicos que ejercerán de forma colectiva, se recoge en la letra b) el derecho "a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo". Se continúa utilizando la terminología de la OIT aunque admitiendo los términos "negociación colectiva", como ya se hizo desde la LRAP, pero de una forma particularmente novedosa, utilizándose una para definir a la otra. Así, se dice en el art.31.2, a diferencia de como se hacía en la LRAP, en cuyo art.30 se habla de negociación colectiva y determinación de las condiciones de trabajo como si de dos cosas distintas se tratara –idea que después se desvanecía en el articulado de la Ley–, que "por negociación colectiva se entiende el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados públicos". Esta formulación, ajustada a la normativa internacional ratificada por España (Convenio 151 OIT), se demuestra más coherente con la realidad –con lo que de verdad es– aunque todavía quepa decir que "derecho a negociar la determinación de las condiciones" puede resultar un tanto redundante, más correcto sería hablar de "negociar las condiciones" o "determinar las condiciones", aunque esta última expresión tenga un significado menos participativo y

[3] Lo entrecomillado es literal de la Exposición de Motivos.

aluda más a establecimiento unilateral. En fin, probablemente la más correcta formulación haya sido la contenida en la LOLS, art.6.3,c), que se refiere a la "participación en la determinación de las condiciones de trabajo… a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación", es decir, la determinación o establecimiento de condiciones se puede realizar a través de un sistema de negociación. Ahora el EBEP le ha dado la vuelta, como principio general del derecho a la negociación colectiva recoge aquella formulación ("la negociación es la determinación") y se olvida de esta última terminología para hablar a partir de ahí de "la negociación colectiva de condiciones de trabajo" (art.33.1, por ejemplo).

Los artículos 33 a 38 del capítulo IV del Título III que el EBEP dedica a la negociación colectiva responde a las recomendaciones realizadas por la Comisión de Expertos que, poco antes, habían sido recogidas en parte en la Ley 21/2006 de modificación de la LRAP –básicamente en lo relativo a sujetos legitimados para negociar y al establecimiento de unidades electorales distintas, pero sin alterar lo dispuesto en materia de Acuerdos y Pactos para el personal funcionario ni las previsiones existentes para el personal laboral–, Sin embargo, ahora se va más allá, clarificando los principios (de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad de la negociación, buena fe, publicidad y transparencia), el contenido (definiendo con mayor precisión las materias que han de ser objeto de negociación y las que quedan excluidas), los efectos (en particular cuando versan sobre materias que han de ser reguladas por ley, lo que ocurre cuando no se alcance acuerdo en la negociación colectiva y la vigencia de los Pactos y Acuerdos, así como aquellos casos en que la Administración puede incumplirlos) y los límites de la negociación colectiva. Se propone mejorar su articulación (creación de nuevas Mesas de negociación, permitiendo unidades de negociación nuevas, así como la negociación conjunta de personal funcionario y laboral), todo ello a la vista de la experiencia de los últimos años y de la doctrina legal establecida por el TC y el TS.

Conviene advertir que no todos los artículos contenidos en el citado capítulo IV están referidos indistintamente al personal funcionario y al personal laboral. La mayoría se refieren a los primeros exclusivamente, salvo error u omisión sólo el art.32 al personal laboral[4] y muy pocos a ambos colectivos (arts.36.3, 38.8 y 46).

---

[4] Es interesante señalar cómo algún autor se manifiesta crítico ante el art.32 EBEP ("La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación") por mantener intacta la remisión al Título III de la LET respecto a las partes negociadoras, sin recoger ninguna singularidad. "Quizá el reconocimiento de una relación laboral especial con una remisión al Gobierno para aprobar por Decreto, que regulara su estatuto e integrara una negociación colectiva singular, hubiera sido deseable", dice Lahera Forteza, J. "Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público" en AA.VV. *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada 41, Madrid, 2007, pp.147 y ss.

La negociación colectiva en la Función Pública ha sido siempre una cuestión complicada[5], no comparable con la negociación colectiva de los trabajadores por cuenta ajena. Desde que se promulga la Ley 9/1987, la negociación colectiva que instituye se aparta de manera resuelta del sistema de negociación colectiva regulado en el ET y vigente, por tanto, en el sector público laboral respecto a quién, cómo, qué y cuándo se negocia.

No cabe negociar fuera de los sistemas de negociación colectiva establecidos en los arts.30 y ss. LRAP. No cabe la negociación "extra LRAP", como ocurre en el sector laboral (convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios). No cabe extender los resultados obtenidos en una unidad de negociación a otra que constituya un ámbito territorial diferenciado, a través de un procedimiento similar al de adhesión previsto en el art.92.1 LET. El TS había rechazado tal posibilidad por entender que se produciría una renuncia al ejercicio de la propia competencia que no puede ser sustituida por un acto que permite la extensión de condiciones de trabajo negociadas para Administraciones Públicas distintas en otras Mesas de negociación (STS 29–VI–92 y 16–VI–94, R.5195 y 5289)[6]. La LRAP, en fin, fue duramente criticada en lo referente al contenido de la negociación colectiva (arts.32 y 33), del que quedaban excluidas todas las materias reservadas a la ley y, más específicamente, los incrementos retributivos que habrían de ser objeto de aprobación en la normativa presupuestaria anual.

La reforma operada a través de la Ley 7/1990 (resultado del Pacto tripartito entre Gobierno, organizaciones sindicales y empresariales de 1 de febrero de 1990) se recibió con optimismo ya que hizo prácticamente negociable todos los aspectos relacionados con las condiciones de trabajo en la función pública, ampliando el alcance material del sistema de "negociación" y reduciendo el tramitado a través del sistema de "consulta".

En cualquier caso, la negociación colectiva de los funcionarios públicos siempre se había caracterizado por tener señalados desde la ley sus rasgos principales: no sólo estaban establecidas las unidades de negociación y la estructura de la misma, sino que no se permitía a las partes intervenir de ninguna manera para cambiarlas. En este sentido se ha dicho que la negociación era centralizada y vertical[7]. Lo mismo cabe decir respecto a los sujetos, pues la Ley sólo permitirá negociar a los sindicatos del lado social. No decía nada la LRAP sobre reglas de constitución

---

[5] Como advierte Sande Pérez–Bedmar, M. "El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo", *RL* nº 18, 2007, p.65.

[6] Así se expuso en Rojas Rivero, G. "Notas sobre la negociación colectiva en el Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública", *RDS* nº 1, 1998, p.235. MAURI MAJÓS, J. "Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado", *DA* nº 241–242, 1995, p.165.

[7] Sande Pérez–Bedmar, M. "El estatuto básico del empleado público…", *op.cit*., p.65.

de las Mesas de negociación, al modo de las establecidas para las comisiones negociadoras de la negociación colectiva laboral. Respecto al procedimiento negociador no quedaban claras las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de negociar o de actuaciones contrarias a lo negociado. Y, finalmente, en cuanto a las materias objeto de la negociación, el art.32 LRAP no seguía un criterio sistemático, mezclando materias sometidas a reserva de ley con otras directamente negociables. Lo que se tildó de confusión entre materias negociables con eficacia política y materias negociables con eficacia jurídica[8].

El EBEP mantiene la estructura de la LRAP sobre el establecimiento de Mesas Generales de negociación en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, añadiendo expresamente a las Ciudades de Ceuta y Melilla, y en cada una de las Entidades Locales (art.34.1), así como Mesas Sectoriales en ámbitos específicos para negociar condiciones no atendidas en las Mesas Generales, pero flexibilizando la posibilidad de crear Mesas Sectoriales. El art.36 regula una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas presidida por la Administración General del Estado, con representantes de las CCAA, de las ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar. Por su parte, los sindicatos se distribuirán su presencia en función de los resultados obtenidos en las elecciones sindicales. Y se crearán otras Mesas Generales de negociación en los mismos ámbitos para la negociación de todas aquellas condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral, siéndoles de aplicación a las mismas los criterios de representación de los sindicatos pero debiendo tenerse en cuenta, además, los resultados de elecciones sindicales de personal laboral del correspondiente ámbito de representación, así como permitiendo la presencia en estas Mesas de los sindicatos legitimados en las Mesas Generales de las Administraciones Públicas siempre que cuenten con el 10% de los miembros de la representación unitaria de funcionarios y de laborales en el ámbito de referencia (art.36.3).

Se regula por primera vez la constitución y composición de las Mesas de Negociación que quedarán válidamente constituidas cuando, los sindicatos, sin perjuicio del derecho que tendrán todos los que resulten legitimados para participar en proporción a su representatividad, representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de la representación unitaria del ámbito de que se trate (art.35.1), más la representación de la Administración correspondiente. Cada una de las partes designará a los componentes de la Mesa que podrán contar con asesores con voz, pero sin voto, para las deliberaciones (art.35.3). Finalmente, se establece un número máximo de 15 miembros por cada parte que tendrá que respetar la normativa de desarrollo del EBEP cuando fije la composición numérica de cada Mesa en su correspondiente ámbito (art.35.4).

---

[8] En este sentido Sala Franco, T.; Blasco Pellicer, A. y Altés Tárrega, J.A. "Informe sobre la negociación colectiva en el empleo público", MTAS, Madrid, 2001.

El contenido de lo negociado sigue teniendo la forma de Acuerdo o Pacto. Los Pactos, válidos desde su aprobación en la Mesa correspondiente, tras su registro y publicación, no podrán tratar sobre materias que sean competencia de los órganos de gobierno del Estado, de las CCAA y de las Entidades Locales, sino que lo serán del órgano administrativo que lo suscriba, aplicándose directamente al personal del ámbito correspondiente (art.38.2). El Acuerdo exige para su validez y eficacia la aprobación expresa y formal del órgano competente y versa sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Una vez aprobados, serán directamente aplicables al personal del ámbito de aplicación, sin perjuicio de que haya de modificarse o derogarse la normativa reglamentaria correspondiente. No ocurrirá lo mismo si se trata de materias reservadas a ley, en cuyo caso, el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a elaborar y remitir a las Cortes o Asambleas Legislativas de las CCAA el correspondiente proyecto en el plazo que se hubiere acordado. A falta de aprobación o incorporación del Acuerdo en el proyecto de ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas si lo solicita la mayoría de una de las partes (art.38.3).

Tema distinto es que no se alcance acuerdo en la negociación ni en la renegociación, en cuyo caso, y tras agotar los sistemas de solución extrajudicial de conflictos que se puedan haber establecido, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas deberán establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del art.38 (art.38.7).

La competencia de las Mesas Generales versará sobre la negociación de las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito (art.34.3), mientras que las Mesas Sectoriales podrán negociar sobre aspectos comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o, también, sobre aspectos que ésta le reenvíe o delegue expresamente (art.34.5)

El EBEP mejora el panorama referido al ámbito material introduciendo ciertos matices. El art.37.1 se refiere a materias que serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y "con el alcance que proceda en cada caso", con el fin de distinguir claramente entre negociación a secas y negociación prelegislativa. El listado que contiene es, si cabe, más preciso (por ejemplo, en lugar de medidas sobre salud laboral, dice "las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales"), y de él se han sacado algunas materias como los sistemas de ingreso y promoción, por ejemplo. El art.37.2 amplía el marco de materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación, añadiendo a las que ya estaban en la LRAP, la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo, los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica y la regulación y determinación concreta de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y a la formación profesional; por

tanto, en este último caso parece que será posible la negociación de criterios generales[9] sobre tales aspectos.

3. LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

Negociación colectiva de los funcionarios públicos no equivale a negociación colectiva de los trabajadores a los efectos de aplicar a ella la teoría de la fuerza vinculante reconocida en el art.37.1 CE al convenio colectivo, ni de la eficacia personal general o limitada, también de los convenios colectivos. Lo primero que debe quedar claro es que estos instrumentos, a los que se llama Pactos o Acuerdos, probablemente con la primaria intención de que no se confundan con convenios colectivos, son algo distinto, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica. Podrán acercarse ambas regulaciones en cuanto a los sujetos legitimados, a las materias a negociar, al procedimiento de negociación, incluso respecto a la eficacia que despliegan algunos de ellos, pero el resultado de lo negociado, el Pacto y el Acuerdo, tienen una naturaleza jurídica totalmente distinta a la del convenio colectivo, la de norma jurídica. No por ello será menos negociación colectiva, lo que no será es negociación colectiva derivada del art.37.1 CE, ni el producto será igual al "convenio colectivo" regulado en la LET.

Esta afirmación parte de la idea de que si una norma jurídica es válida en función de si ha sido dictada por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento adecuado[10], ha de concluirse que, al menos en el caso de los Acuerdos, quien negocia no tiene la competencia para regular la materia aunque cumpla con un procedimiento legalmente establecido. En el caso de los Pactos, lo acordado tendrá eficacia directa, pero, se ha dicho hasta ahora, que no deja de ser un acto administrativo de carácter general o, a lo sumo, una instrucción o una orden impartida en el marco de una relación típicamente administrativa, por mucho que intervengan ahí los sindicatos[11].

Por su parte, respecto a la naturaleza jurídica de los Acuerdos ya ratificados, la jurisprudencia ha venido diciendo que sería la de una disposición general ela-

---

[9] Respecto a lo que deba considerarse como "criterios generales", v*id*. Alfonso Mellado, C.L. "Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el Estatuto Básico del Empleado Público", *RDS* nº 37, 2007, p.73. Él entiende que se debería entender por criterios generales los aspectos colectivos de las materias señaladas, excluyendo de la negociación el ámbito de lo individual, es decir, de la repercusión concreta e individualizada de aquellos aspectos colectivos.

[10] En este sentido Álvarez De La Rosa en Palomeque López, M.C.– Álvarez De La Rosa, M. *Derecho del Trabajo*, CEURA, Madrid, 15ª ed., p.187.

[11] En este sentido Mauri Majós, J. "La negociación colectiva",…, *op.cit*., p.420.

borada a través de un procedimiento convencional (SSTS 8–7–96, R.5781, 26–5–97, R.4008, 10–11–97, R.4534, 22–9–99, R.29, 14–4–00, R.5148), siendo el instrumento convenido en la Mesa de Negociación una propuesta o medida preparatoria de una disposición general cuyo único destinatario es el órgano de gobierno que lo deberá ratificar o incorporar al correspondiente proyecto de ley. Otra cosa es que dicha propuesta haya que considerarla como presupuesto esencial para la actuación del órgano receptor y que su contenido no pueda ser modificado unilateralmente por éste[12].

La novedad del EBEP (partiendo del Proyecto de EBFP de 1998 y de las sugerencias del Informe de la Comisión de Expertos) está en distinguir entre Acuerdos que versan sobre materias que han de ser reguladas por ley, que carecen de eficacia jurídica normativa directa, poseyendo sólo una eficacia jurídica obligacional (el órgano de gobierno tendrá que elaborar, aprobar y remitir al Parlamento que corresponda un proyecto de ley que recoja lo acordado) y los que versan sobre materias sin reserva de ley material o formal, que tendrán eficacia jurídica normativa directa[13].

La incertidumbre es importante cuando se dice que no debe confundirse la naturaleza jurídica de los Pactos y Acuerdos (la de actos administrativos o disposiciones generales) con que ellos mismos sean reglamentos ordinarios. En este sentido parece razonable pensar[14] que es innecesaria y duplicativa la exigencia del art.38.3 EBEP de que lo acordado se incorpore al correspondiente reglamento, después de reconocer que su contenido "será directamente aplicable". Eso es lo que se desprende de los términos "sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente". Salvo que se interprete que si no hay que modificar o derogar norma alguna, o en el último caso, aún derogando el correspondiente reglamento, no hay por qué darle forma de reglamento a lo acordado.

La postura más segura es la que considera que los Pactos son verdaderas normas jurídicas derivadas de la autonomía colectiva que se imponen como derecho objetivo a Administración Pública y funcionarios, naturaleza que, eso sí, se predica de su contenido normativo, pero no de los posibles compromisos de naturaleza obligacional; mientras que los Acuerdos, en cambio, ni son contratos administrativos especiales, ni convenios colectivos, ni simples reglamentos, sino, como propuso la Comisión de Expertos, se trata de una nueva fuente del derecho

---

[12] Como dice Mauri Majós, J. "La negociación colectiva…", *op.cit*., pp.421–422.

[13] En este sentido se expresa Sala Franco, T. "Los derechos colectivos de los empleados públicos" en AA.VV. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p.309, aunque no plantea nada para el caso de que no se ratifique.

[14] Compartiendo la posición de Mauri Majós, J. "La negociación colectiva…", *op.cit*., pp.422–426.

en este ámbito, un tipo de "norma negociada" que tendrá el rango del órgano que lo aprueba. Si lo negociado no precisa de regulación legal, deberá ser incorporado a una norma reglamentaria para que tenga eficacia normativa, y a esa norma se le podrá llamar "Reglamento reforzado" o "Reglamento negociado". Los Acuerdos sobre materias reservadas a ley tienen una eficacia meramente obligacional y una vez incorporado su contenido al correspondiente Proyecto de Ley, tendrán la naturaleza propia de éste, sin poder para limitar las facultades soberanas del Parlamento[15].

La aplicación directa de los Pactos se explica probablemente por el hecho de que los mismos versan sobre cuestiones "menores", ya que la mayor parte de las competencias en materia de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos están reservadas a los órganos de gobierno, como propias o con reserva de ley, y porque son normalmente negociados por autoridades unipersonales, haciéndose más fácil la negociación. Si tienen eficacia normativa y "erga omnes", su naturaleza jurídica ha de asimilarse a la de los acuerdos fruto de la autonomía colectiva en el ámbito laboral. Son contratos normativos negociados entre partes que han de considerarse iguales, sin que se aprecie posición de superioridad de la Administración. Su eficacia general significa que prevalecen sobre los reglamentos anteriores, sin que puedan ser alterados por posteriores[16].

El hecho de que el Acuerdo sea un reglamento negociado no quita para que el factor de negociación sea determinante, lo que acerca, desde el punto de vista de la naturaleza, a ambos instrumentos. El elemento diferenciador, el acto de aprobación, se explica porque como se negocia en nombre de un órgano colegiado, éste debe poder pronunciarse sobre ello[17]. No hay que buscarle una naturaleza administrativa especial al acto de aprobación, ni el mismo altera la naturaleza del Acuerdo aprobado fruto de la negociación colectiva. "La aplicación directa al personal incluido en su ámbito de aplicación tras la ratificación" y la modificación o derogación reglamentaria que proceda "a los simples efectos formales" (art.38.3), confirman esta opinión[18]. Efectivamente, lo negociado depende de la posterior ratificación, pero hay que entender que la libertad de aprobación por parte del órgano de gobierno del Acuerdo está limitada por las exigencias de la buena fe, consustancial a cualquier procedimiento negociador, la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, art.9.3 CE, y otros dos elementos

---

[15] En este sentido Roqueta Buj, R. *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público,* La Ley, Madrid, 2007, pp.469–477.

[16] En este sentido Alfonso Mellado, C.L. "Contenido y eficacia…", *op.cit*., pp.59 y 62.

[17] Alfonso Mellado, C.L. "Contenido y eficacia…", *op.cit*., pp.62–67, asimila esta intervención a la posterior ratificación que se produce tras la celebración de un preacuerdo.

[18] Que compartimos con Alfonso Mellado, C.L. *idem*.

más, la exigencia legal de negociar determinadas materias y la posibilidad de encargar la gestión de la negociación a órganos técnicos que llevarán instrucciones que deberán cumplir. En este último caso, y en general, en cualquier otro, hay que entender que la no aprobación podrá sostenerse en el caso de que los negociadores se apartaran de las instrucciones, de que existan problemas de legalidad y de que se produzca un cambio de circunstancias.

Eso sí, una vez aprobados, tienen la misma naturaleza que los Pactos, es decir, la de contratos colectivos normativos o, como antes se dijo, normas jurídicas derivadas de la autonomía colectiva.

En cuanto a su eficacia jurídica, están sometidos a la ley, se aplican automáticamente a las relaciones de servicio que regulan sin necesidad de sometimiento expreso, e imperativamente, son inderogables, se les aplica el principio de modernidad, deberán publicarse en el BO que corresponda y su inobservancia puede alegarse en vía contencioso–administrativa[19].

4. EL SEGUIMIENTO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

Un modelo de negociación colectiva institucionalizado como éste, no puede olvidar que en la aplicación del convenio se presentarán problemas de interpretación que precisarán de un desarrollo negociado o un control y análisis de su cumplimiento[20]. Probablemente convencido de esta realidad, el art.38.5 EBEP dispone que "se establecerán Comisiones Paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos con la composición y funciones que las partes determinen".

La diferencia con la LRAP está en la breve referencia que ésta hacía a comisiones de seguimiento establecidas por acuerdo de las partes (art.35 párrafo 5º), sin especificar su alcance ni la obligatoriedad de su constitución. Ahora no hay duda del carácter imperativo de la ley ("se establecerán") y de que tendrán las funciones que las partes acuerden. La jurisprudencia hasta ahora ha reducido su funcionalidad a la posibilidad de limitar la discrecionalidad administrativa en la ejecución del Pacto o Acuerdo y al mantenimiento de una postura activa ante posibles incumplimientos; en consecuencia, había atribuido a la Comisión Paritaria, ante el silencio de la ley, una función de vigilancia de la actividad de los órganos públicos

---

[19] Aspectos desarrollados en Roqueta Buj, R. *El derecho de negociación colectiva…, op.cit.,* pp.479–486. *Vid. infra* ep. 5.

[20] Así lo expresa Álvarez De La Rosa en Palomeque López – Álvarez De La Rosa *Derecho del Trabajo, op.cit.,* p.222 para la negociación colectiva laboral.

en la gestión y administración de lo convenido[21]. En cuanto a la eficacia jurídica de la interpretación que pudieran realizar, dicha jurisprudencia le ha negado un valor interpretativo general, afirmando que la Administración posee libertad para interpretar los Pactos y Acuerdos colectivos, sin otro límite que la mejor opinión de los tribunales[22]. No obstante, el art.45.1 EBEP dice "con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el art.38.5 *para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación* de los Pactos y Acuerdos…", lo cual indica que entre las funciones que las partes le atribuyan estará la resolución de conflictos de aplicación o interpretación. Su composición, sin embargo, no está determinada en la ley, que se remite a lo que las partes determinen, exigiendo sólo que sean paritarias.

La cuestión a resolver estará en determinar el alcance y eficacia de las decisiones de la Comisión, para lo que habrá que estar a la extensión que se haya dado a sus funciones en el Pacto o Acuerdo. Eso sí, parece lógico exigir que las decisiones de la Comisión deban conseguir, en el lado sindical, el acuerdo de los sindicatos legitimados en el ámbito del conflicto colectivo, pues de lo contrario se produciría un desacuerdo de imposible resolución desde la propia autonomía colectiva, salvo que las partes acudan a los sistemas de solución extrajudicial del art.45 EBEP[23]. Por cierto, estos sistemas de solución extrajudicial, los de mediación y arbitraje, podrán aplicarse no sólo a los conflictos que surjan en la negociación, sino, como establece el propio precepto en su apartado 1, para resolver los conflictos de aplicación e interpretación.

En cualquier caso, el límite a la atribución de funciones a favor de las Comisiones Paritarias estará en que los acuerdos interpretativos que formulen no sean vinculantes para la Administración y sus funcionarios, sino que, al contrario, incluso en el caso de arbitraje sean susceptibles de revisión ante la jurisdicción competente[24].

---

[21] En este sentido Mauri Majós, J. "La negociación colectiva"…, *op.cit*., pp.431–432. *Vid*. más ampliamente Martínez Ganoso, M.N. *Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública,* IVAP, Bilbao, 2002.

[22] SSTSJ Valencia 17–2–99, R. 490, 31–1–02, R.3769.

[23] Esta última reflexión la aporta Roqueta Buj, R. *El derecho de negociación colectiva…, op.cit.,* p. 532.

[24] En este mismo sentido Alfonso Mellado, C.L. "Contenido y eficacia…", *op.cit*., p.82, apoyándose en STSJ Valencia 9–11–05, R. 1208, quien, además, manifiesta que la situación es exactamente igual a la existente en el sector privado, las interpretaciones de las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos no vinculan a los jueces, por lo que si se cuestionan ante ellos, pueden revisarlas.

5. EL CONTROL DE LEGALIDAD

El EBEP no dice nada sobre cómo se ha de realizar el control de legalidad de los Pactos y Acuerdos colectivos de los funcionarios públicos. Podría presumirse que la Oficina Pública, designada por cada Administración para cada ámbito territorial, será la responsable de realizar el control de legalidad de los instrumentos que, debemos entender también, se encargará de depositar, registrar y enviar a la Autoridad competente para su publicación en el Boletín Oficial. Todo ello, si se piensa en que habrá sido el art.90.2 LET el que inspira el art.38.6 EBEP. Pero quizá sea mucho suponer pues lo cierto es que tampoco se establecen plazos para tal envío, lo que da una idea de ausencia de procedimiento, ni se dice nada sobre una posible iniciación de oficio por parte de la autoridad administrativa por razones de legalidad. Salvo que, tampoco se dice, este precepto vaya a ser objeto de desarrollo reglamentario.

De momento, lo que cabe deducir es que el envío a la Oficina tiene una finalidad puramente administrativa, de depósito y registro de estos instrumentos colectivos, y que el control de legalidad lo realizarán los jueces y tribunales, siempre a instancia de parte, sin que exista una posibilidad similar a la establecida en el art.90.5 LET; lo cual no debe extrañar, pues siendo parte la propia Administración en el proceso negociador, no parece adecuado que la misma vigile la legalidad de lo que ha acordado o aprobado, además, un órgano administrativo que será jerárquicamente superior con toda seguridad[25].

6. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Dado que el acto de aprobación de los Acuerdos es de carácter reglamentario, habrá de demandarse ante el orden contencioso administrativo de la jurisdicción por el procedimiento de impugnación de disposiciones generales, esto es, interponiendo el recurso contencioso–administrativo directo o indirecto ante los Tribunales ordinarios y ante el TC a través de los conflictos de competencia. Por su parte si, según se ha dicho más arriba, los Pactos son actos administrativos, la reclamación de nulidad de los mismos es una pretensión procesal competencia de la jurisdicción contencioso–administrativa. Tal competencia se desprende, además, del art.3.1,c) LPL.

---

[25] Lo mismo dice Roqueta Buj, R. *"El derecho de negociación colectiva…", op.cit.*, p.463, que añade otras razones como la inutilidad de un control de legalidad "a posteriori" cuando se han observado las formalidades legales destinadas a asegurar el acierto y la legalidad de los Pactos y Acuerdos, aunque esto último sea mucho suponer.

En dicha vía podrán dilucidarse tanto cuestiones de Derecho Administrativo como de vulneración de la libertad sindical, en este caso, a través del procedimiento preferente y sumario de la Ley 62/1978[26].

Dejando a un lado los supuestos de Acuerdos sobre materias sometidas a reserva de ley, las Salas de lo Social y de lo Contencioso–Administrativo del TS se han manifestado a favor de la competencia del orden contencioso–administrativo, tanto por cuanto afecta a funcionarios públicos, entre ellos el personal estatutario de los Servicios de Salud, como por no tratarse de auténtico convenio colectivo, sino de un Pacto o Acuerdo que necesita de aprobación por el órgano competente, mediante un acto administrativo, una norma reglamentaria y, en su caso, una ley. A lo que se puede añadir la *vis expansiva* del orden contencioso administrativo de la jurisdicción basada en el principio de unidad de la negociación colectiva y en las dificultades de segregación de lo pactado, cuando su contenido se aplique a ambos tipos de personal[27].

Ahora bien ¿es posible perseguir judicialmente el incumplimiento de la obligación de negociar o la modificación, antes de su remisión al Parlamento, del Acuerdo negociado?

Hasta ahora, la jurisprudencia ha considerado como un acto político, fuera del control jurisdiccional, los incumplimientos por parte de la Administración Pública, de actos negociales que afecten a su capacidad de iniciativa legislativa[28].

Obviamente, la negociación colectiva ni puede alterar lo regulado en normas de Derecho necesario absoluto, ni invadir el terreno reservado al legislador. Pero esto no es nada nuevo, lo primero también pasa en la negociación colectiva laboral, y lo segundo puede asimilarse a la llamada legislación negociada. Si el órgano

---

[26] En este sentido Álvarez De La Rosa, M. en Palomeque López – Álvarez De La Rosa *Derecho del Trabajo, op.cit.*, pp.199–200. Aunque dice Roqueta Buj, R. *El derecho de negociación colectiva…, op.cit.,* p.400, que tiene dicho del TS que las pretensiones procesales dirigidas a que se reconozca el derecho a negociar de los sindicatos funcionariales en general no pueden dilucidarse por el cauce de tal procedimiento. *Vid.* extensamente sobre los mecanismos de impugnación y sus causas *idem* pp.504–525.

[27] En este sentido Marced Cañete, C. "La negociación colectiva de los empleados públicos y el control jurisdiccional" en AA.VV. *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público,* CGPJ, Manuales de formación continuada, nº 41, 2007, p.357.

[28] Mientras que dice Mauri Majós, J. "La negociación colectiva…", *op.cit.*, p.425, que el hecho de que la ley permita la negociación de la iniciativa legislativa del Gobierno en una serie de ámbitos materiales es una de las singularidades más notables del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de lo público, máxime si se tiene en cuenta que en el ámbito privado no se ha llegado nunca a reconocer el derecho a la negociación de las normas laborales. Aunque no se podrá negar que existen multitud de normas laborales que son producto de la llamada legislación negociada, aun siendo cierto que la ley no obliga al Gobierno, en ningún caso, a que siga tal procedimiento.

administrativo que negocia aprueba el Acuerdo, después debe obrar en consecuencia. Si incumple el plazo de remisión del Proyecto de Ley o si remite un Proyecto sin la previa negociación, la consecuencia jurídica será la de la nulidad declarada por la jurisdicción contencioso–administrativa, al amparo de los arts.25 y 29 Ley 29/98 JCA[29]. La LRAP no decía nada y resultaba difícil recurrir frente a incumplimientos del deber de negociar por parte de la Administración, sobre todo en este caso. Ahora, el EBEP establece expresamente el deber del órgano de gobierno competente de elaborar un Proyecto de Ley "conforme al contenido de lo acordado y en el plazo acordado", y si se produce una negativa expresa de incorporar lo acordado al Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación en un mes si lo solicita la mayoría de una de las partes (art.38.3).

El órgano de gobierno tiene dos posibilidades, aprobar o desaprobar. Si introduce modificaciones en un Acuerdo con eficacia normativa directa tras su aprobación, o elabora una norma reglamentaria que lo contraríe, la consecuencia debe ser la nulidad. Ahora bien, si el Acuerdo trata sobre materias sujetas a reserva de ley, la negativa del órgano de gobierno a incorporarlo al correspondiente Proyecto de Ley o a iniciar la renegociación, no afectará a la validez de la norma que se dicte en su defecto, pues ésta tendrá el mismo rango jerárquico que el EBEP[30].

7. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El EBEP ha llevado a la letra de la Ley lo que ya era una realidad en la práctica, aunque con problemas de reconocimiento por parte de la jurisprudencia. De forma sorpresiva para el intérprete, el art.38.8 EBEP aparece de repente diciendo que "los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral". Con esta finalidad se mantienen las Mesas Generales de Negociación para la negociación conjunta tal y como establece el art.36.3 EBEP.

---

[29] Alfonso Mellado, C.L., "Contenido y eficacia…", *op.cit.,* p.71, no lo ve claro, dice que faltan respuestas que el EBEP no da; mientras que no tiene dudas ROQUETA BUJ, R. *El derecho de negociación colectiva…, op.cit.,* p.456.

[30] Así lo expresa Roqueta Buj, R. *El derecho de negociación colectiva…, op.cit.,* p.456.

De esta negociación conjunta resultarán acuerdos mixtos[31] sobre los que se han planteado algunos interrogantes, relativos sobre todo a la diversa naturaleza jurídica de estos acuerdos mixtos respecto de los Pactos y Acuerdos colectivos de los funcionarios y los convenios colectivos laborales, a los que ahora habrá que añadir los derivados de las posibles situaciones de concurrencia entre los distintos instrumentos pactados que resultarán de esta Mesa de negociación conjunta que se añade, con carácter imperativo a las demás; así como de la necesaria concreción de los términos a que se refiere el art.36.3 EBEP cuando habla de las "materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral…".

En cualquier caso, esta previsión ha de considerarse siempre positiva en la dirección de agilizar y ahorrar esfuerzos en la gestión y de conseguir regular de forma conjunta las condiciones de trabajo de todo el personal respecto a materias coincidentes[32].

---

[31] Sobre los que ya se han realizado estudios, así Roqueta Buj, R. "Los acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales", *REALA*, nº 280–281, pp.291 y ss. Marín Alonso, I. *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Comares, Granada, 1999. Guillén Olcina, J.J. "Convenios, pactos y acuerdos colectivos mixtos: hacia una negociación colectiva laboral y funcionarial conjunta en el ámbito de las Entidades Locales" en AA.VV. *La negociación colectiva en las administraciones Públicas a propósito del estatuto Básico del Empleado Público*, CGPJ, Manuales de formación continuada, nº 41, 2007, pp.275 y ss.

[32] En este sentido Sande Pérez–Berdmar, M. "El estatuto básico…", *op.cit*., p.66.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

Luis Ángel Triguero Martínez
Profesor Ayudante
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

"El reconocimiento de la representatividad a singulares sujetos colectivos, o sea, del poder de participar en la formulación de la ley de grupo, viene a insertarse en un delicado juego de competencias y de jurisdicciones. Estas no nacen nunca sólo y exclusivamente del encuadramiento asociativo pero presuponen el recíproco reconocimiento, y sólo este permite, a fin de cuentas, dar cuerpo, sustancia y ámbito al interés colectivo que vendrá garantizado en el común acuerdo"

GINO GIUGNI, 2004, PP. 100–102

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS INMIGRANTES
   2.1. El supuesto del trabajador extranjero en situación administrativa regular
   2.2. El supuesto del trabajador extranjero en situación administrativa irregular
3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CIUDADANÍA SOCIAL INCLUSIVA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA
4. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El derecho de negociación colectiva adquiere un rol esencial en una sociedad altamente compleja, como la española, en la que la inmigración es ya una realidad de la misma y no un simple fenómeno marginal. Va a ser la naturaleza de este derecho la causante de su conversión en clave para la articulación de los intereses de los trabajadores extranjeros inmigrantes y su representación en el proceso de negociación del convenio colectivo en igualdad con los restantes trabajadores. Con ello, se manifiesta su consideración básica como instrumento de participación e inclusión en el orden laboral, primero, y posterior y consecuentemente en la sociedad en la que vive. Y, adicionalmente, los convenios colectivos resultantes van a constituirse también en un ámbito en el cual quede reflejada y patente la igualdad: bien por la aplicación de éste a todo trabajador en calidad de persona que trabaja indistintamente a su nacionalidad o condición, siempre y cuando se encuentre dentro del ámbito funcional y territorial del mismo, o bien por la posibilidad de introducir cláusulas que tiendan hacia ella.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva aparece regulada constitucionalmente como derecho en el primer apartado del artículo trigésimo séptimo[1]. Por tanto, integrado en la sección segunda, "De los derechos y deberes de los ciudadanos", del capítulo II, "Derechos y Libertades", del Título I, "De los Derechos y Deberes Fundamentales". Por este encuadramiento, este derecho va a presentar una eficacia directa e inmediata, va a estar garantizado constitucionalmente y su desarrollo es desviado a la ley. Asímismo, podemos inferir, inicial y estrictamente, que como tal el derecho a la negociación colectiva no debería ser incluido en el elenco de los derechos fundamentales de toda persona, (en este caso de aquellos que tengan la condición de trabajadores, de personas que trabajan) entendidos como derechos humanos constitucionalmente positivizados[2]. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucio-

---

[1] "La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios". Un comentario en profundidad del mismo es el realizado por Monereo pérez, J. L., "El derecho a la negociación colectiva", en *Comentario a la Constitución Socio–Económica de España*, AA. VV, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, Mª N., (dir.), Comares, Granada, 2002, pp. 625–684.

[2] *Vid*., al respecto, Garrido Gómez, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, pp. 18–25.

nal lo ha considerado como parte integrante del contenido esencial, en este caso sí, de un derecho social fundamental por antonomasia como es la libertad sindical[3], porque entre ambos se produce una colaboración funcional en virtud de la cual ésta última es irreconocible sin la propia negociación colectiva.

Es por ello por lo que podemos pasar a considerar y a definir el derecho a la negociación colectiva como un derecho social fundamental de libertad colectiva que supone un deber de respeto y de no intromisión estatal[4]. Libertad que, como se ha anotado, debemos entender en su acepción negativa, pero de la que no debemos olvidar, por la condición misma de este derecho, en su dimensión positiva, pues el Estado ha de promocionar esta negociación colectiva. Esta circunstancia, unida a su consideración de derecho social de libertad, lleva a incidir y a recalcar que el mismo, constitucionalmente recogido, va a ser una norma de aplicación directa e inmediata. En este sentido, en concordancia con y reforzando esta naturaleza, nos encontramos con que a nivel supranacional regional europeo, en la Carta Social Europea de 1961[5], este derecho a la negociación colectiva va a quedar reconocido como un derecho social fundamental en su artículo sexto.

Este hecho, en definitiva, va a suponer: por una parte, convertir al legislador en garante del derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios; y, por otra parte, va a otorgar una fuerza vinculante a la expresión formal de este derecho, los convenios colectivos, puesto que van a poseer una eficacia objetiva, inmediata e inderogable por su consideración de fuente del Derecho del Trabajo y por su configuración como contrato normativo.

Igualmente, en la letra c) del apartado primero del artículo cuarto del Estatuto de los Trabajadores aparece este derecho presentando una consideración de derecho laboral de autonomía colectiva de carácter básico de todo trabajador[6]. Pero es

---

[3] *Vid*. las SSTC 4/1983, de 28 de enero, 73/1984, de 27 de junio y 105/1992, de 1 de julio.

[4] Monereo Pérez, J. L., "El derecho a la negociación colectiva", en *Comentario a la Constitución Socio–Económica de España*, AA. VV, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, Mª N., (dir.), cit., p. 626.

[5] Texto supranacional europeo clave para el progreso económico y social mediante la defensa y el desarrollo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

[6] Esta consideración ha de ser matizada porque el trabajador individualmente considerado no tiene legitimidad alguna para negociar los convenios colectivos, ni si quiera los extraestatutarios. Tampoco tiene legitimación para poder impugnar un convenio colectivo. Sin embargo, sí tiene derecho el trabajador a que se le aplique el convenio pactado, como fuente reguladora de sus derechos y obligaciones, así como a reclamar como individuo la aplicación del mismo ante los Tribunales. Es en éste último sentido, en el que hemos de interpretar, necesariamente y por mera lógica, el derecho recogido en el artículo 4.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. *Vid*., Ramírez Martínez, J. R., "Derechos y deberes laborales (en torno al artículo 4 y 5)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*. *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Tomo I, núm. 100, marzo/agosto 2000, p. 255.

que además, es aquí, en este Estatuto, donde encuentra su desarrollo legal, ya que se le dedica todo el Título III, bajo la rúbrica *de la negociación colectiva y de los convenios colectivos*, quedando regulado tanto la naturaleza como los efectos de los convenios, la legitimación para la negociación y su procedimiento. Es decir, hay una ordenación de la propia negociación colectiva y del propio fruto de la misma, los convenios colectivos.

Así pues, podemos afirmar, por la propia naturaleza social fundamental de este derecho en el marco del actual Estado Social y Democrático de Derecho definido constitucionalmente, que nos encontramos ante un derecho que es un medio efectivo para la realización de la igualación social propia de este modelo estatal. Por tanto, hemos de destacar cómo ya, desde este mismo momento, en el plano de unas relaciones sociales horizontales, éste se va a convertir en un fundamento esencial de igualdad, inclusión y no discriminación por su atribución a toda aquella persona trabajadora, indistintamente a las condiciones personales que posea (nacionalidad, raza, sexo, etc), puesto que sus intereses, en la medida de lo posible, van a estar presentes en el momento de la propia negociación a través de sus representantes e, igualmente, se van a ver reflejados en el convenio colectivo resultante de igual aplicación a todos los trabajadores. Por su parte, en el plano de las relaciones sociales verticales, también va a existir una igualdad porque los intereses de los empresarios van a estar presentes a través de sus representantes, al igual que la de los trabajadores, en la negociación colectiva, quedando reflejados en cuanto sea posible, en el convenio colectivo resultante. De esta manera, con base en el diálogo social, se está constituyendo este derecho en una manifestación clave del acceso de la autonomía de la voluntad de los distintos grupos sociales al poder normativo surgido del equilibrio de posiciones entre empresarios y trabajadores[7].

Por tanto, como se ha apuntado, es aquí, en la negociación colectiva y en su convenio correspondiente, en cuanto instrumento y fuente del Derecho objetivo, donde, rompiendo con la tradición liberal, se hace notar el más genuino significado del adjetivo "social" en cuanto conjunto de prácticas desplegadas para reducir la brecha entre el orden socioeconómico y el orden político mediante sistemas que no son los del mercado, con los que se asegura la satisfacción de las necesidades del individuo con independencia de su posición en éste[8].

Este adjetivo, con su auténtico significado, cobra hoy un sentido importante y especial en nuestra sociedad española con la realidad de la inmigración de carácter económico–laboral, sobre todo, para que un grupo social, los trabajadores ex-

---

[7] Fernández Collados, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2008, p. 137.

[8] Castel, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 108. Monereo Pérez, J. L., *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999, p. 33.

tranjeros inmigrantes, no se sientan ni sean percibidos como excluidos, discriminados o en una posición social inferior. Esta inmigración hacia España ha pasado en unas pocas décadas de ser considerada un fenómeno marginal a ser ya hoy en día una realidad estructural con todas sus implicaciones: sociológicas, económicas, políticas, socio–jurídicas, etc. Ésta última es la que tiene una mayor centralidad e importancia porque en la misma se incluye el estatuto jurídico básico social de derechos de la persona inmigrante–trabajador[9], entre los que encontramos la negociación colectiva. Sin embargo, este estatuto, resultado de las dimensiones alcanzadas por la inmigración, ha sufrido transformaciones en forma de avances y retrocesos, puesto que la Ley de Extranjería que lo regula ha experimentado cambios continuos: LO 7/1985, LO 4/2000, LO 8/2000, LO 14/2003 y, por supuesto, la anunciada reforma para el próximo año 2009.

2. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS INMIGRANTES

Se han de realizar tres consideraciones de carácter previo. En primer lugar, hemos de tomar como punto de partida que el derecho a la negociación colectiva tiene como referencia la empresa, el centro de trabajo o el criterio funcional (sector o subsector de actividad económica, ámbito intersectorial, comunidad autónoma o territorio nacional) y sólo atiende, con carácter excepcional, a un grupo de trabajadores concreto adoptando el criterio de la pertenencia a una determinada categoría profesional, dando lugar a lo que se conoce como convenio franja. En segundo lugar, en el contexto de los flujos migratorios actuales, se va a considerar trabajador extranjero inmigrante a aquella persona física nacional de un tercer Estado, o extracomunitario[10], que trate de ejercer, o ejerza, en España una actividad lucrativa, profesional o laboral. Y, en tercer lugar, a diferencia de como ocurre con otros derechos –como por ejemplo el derecho al trabajo, la libre sindicación o la tutela judicial efectiva– el derecho a la negociación colectiva no viene explícitamente

---

[9] *Vid*., un amplio estudio del mismo y de sus garantías, Triguero Martínez, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.

[10] Se trata de una definición negativa de extranjero, por exclusión, tal y como lo establece el artículo 1.1 de la LO 14/2003: "se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española"; para matizarlo y clarificarlo aún mas posteriormente en el apartado tercero del mismo artículo, al afirmarse que "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables".

recogido ni formulado en la Ley de Extranjería, si bien implícitamente sí lo podemos encontrar, con toda seguridad, como contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Todo ello reforzado por el hecho evidente, ya manifestado, de su consideración constitucional como norma de aplicación directa e inmediata. Este hecho de ausencia de mención expresa puede encontrar explicación en el supuesto de que esta ley no es específica reguladora del aspecto laboral de los extranjeros, por más que la inmigración que acontezca sea de índole económica–laboral.

Así pues, partiendo de que se trata de un derecho reconocido estatutaria o legalmente como básico para el común y conjunto de los trabajadores sin excepción alguna, pues forma parte de su estatuto jurídico–laboral, en consonancia con lo establecido constitucionalmente, con la propia naturaleza del derecho antes expresada y con su consideración como parte esencial de un derecho social fundamental, hemos de considerar que los trabajadores extranjeros van a ser titulares del mismo y van a poder ejercerlo de un modo efectivo. Todo ello reforzado adicionalmente por la regla de igualdad y el consecuente principio de no discriminación incluido en la propia Ley de Extranjería en su artículo tercero[11]. En virtud de éste, una vez que el trabajador extranjero está incorporado al mercado nacional de trabajo, debemos de entender necesariamente de *iure* o de *facto*, ha de gozar de las mismas condiciones laborales que el resto de trabajadores, lo que supone la asunción de los derechos constitucionales de carácter laboral y del propio elenco de derechos detallado y relacionado en el artículo cuarto del Estatuto de los Trabajadores.

Esta circunstancia encuentra reflejo a nivel internacional y europeo. En el primero sí encontramos referenciado este derecho para los trabajadores inmigrantes en algunas normas internacionales de gran calado y relevancia. Así, tanto el Convenio Nº 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes, como el artículo décimo noveno de la Carta Social Europea, aunque no reconozcan explícita y exactamente un derecho a la negociación colectiva, sí exigen de los Estados miembros la garantía de que el trabajador extranjero *disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos*. Y también el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante de 1977, aboga para que las partes contratantes faciliten, *en lo posible,* la participación de los trabajadores migrantes en los asuntos de la empresa en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales[12]. En el caso europeo, especial mención merecen algunas Directivas de Igualdad de trato, como

---

[11] Tal y como podemos deducir, *in fine*, del apartado primero de este artículo: "Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles".

[12] García Murcia, J.: "Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería", *Revista Tribuna Social*, núm. 133, enero 2002, p. 28.

son la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico[13], y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[14].

En cualquier caso, partiendo del precepto constitucional relativo a la negociación colectiva y como derivación del mismo, se han de tener presentes dos dimensiones entrelazadas para su aplicación al supuesto de los trabajadores extranjeros: por un lado, la negociación colectiva propiamente dicha, es decir, la participación del trabajador como sujeto negociador; y, por otro lado, la aplicación del convenio resultante de la negociación, es decir, la inclusión del trabajador en la aplicación del convenio.

2.1. El supuesto del trabajador extranjero en situación administrativa regular

Respecto a la primera dimensión, la participación del trabajador como sujeto negociador en el proceso de negociación, no cabe exclusión alguna. De esta manera, el trabajador extranjero en posesión de su permiso de residencia y de su autorización de trabajo, puede participar como representante del resto de los trabajadores en la comisión negociadora –en igualdad de condiciones que los otros trabajadores que la conforman– regulada específicamente en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores, indistintamente sean nacionales o extranjeros. Esto es, puede participar bien como representante sindical o bien como miembro de la representación unitaria en el centro de trabajo o en la empresa. Ambas conforman las modalidades de participación de los trabajadores en la empresa, y, en este caso, por qué no, de los trabajadores extranjeros, pues no existe cláusula legal alguna que mencione la nacionalidad. Todo ello se completa con los derechos derivados de esa participación en la negociación del texto convenido: integración en las comi-

---

[13] Esta directiva aborda la igualdad de trato por razón de nacionalidad de manera genérica. Diferencia entre discriminación directa o indirecta, advirtiendo que se producirá la primera cuando por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que lo sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. La segunda se producirá cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, sitúen a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas (artículo segundo). Sólo admite la norma la imposición de diferencias de trato mediando causa objetiva, razonable y proporcionada, justificada por la particularidad de una concreta actividad profesional o del contexto en que se realiza (artículo cuarto).

[14] Esta directiva completa a la anterior al proscribir, con carácter general (tal y como se establece en su artículo primero) cualquier tipo de discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, y se dicta con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

siones paritarias para la solución de cuestiones relativas al convenio, así como en cualesquiera otras constituidas para la administración o aplicación de lo convenido[15], con lo que vemos cómo el estatuto jurídico laboral básico inicial del trabajador extranjero quedaría perfeccionado.

De esta manera, observamos cómo los sujetos intervinientes en la negociación colectiva como resultado del entramado negocial existente en nuestro ordenamiento, pueden coincidir en las mismas personas que llevan a cabo la representación en la empresa. Aquí, obviamente, la nacionalidad de aquellos que tienen la condición de trabajadores–representantes no tiene por qué incidir de forma alguna en el fruto de la negociación[16], pues se están defendiendo y representando los intereses de todos los trabajadores y no sólo aquéllos de un determinado colectivo nacional. A *sensu contrario*, se constituye en muestra de participación, inclusión e igualdad de los trabajadores extranjeros en el seno de la empresa. Ahora bien, es necesario tener presente una relativa restricción existente: los trabajadores encontrarían tales facultades supeditadas a la vigencia del permiso de residencia y de la autorización para trabajar.

Así pues, por analogía a la regulación legal de otros derechos en la Ley de Extranjería que son atribuidos en base a la situación administrativa del trabajador extranjero, podemos afirmar que aquellos que se encuentren en situación administrativa regular en España podrán participar y ser tenidos en cuenta en la negociación colectiva, o participar en las reuniones con derecho de voz y voto, junto con el resto de trabajadores y en condiciones de absoluta igualdad. Y tan sólo de forma ocasional y con suma coincidencia se puede dar el caso de una negociación con representantes solamente de otras nacionalidades, fruto de la cual se dé lugar a un convenio que afecte de forma única y exclusiva a trabajadores extranjeros. En tal caso, estaríamos ante el supuesto de que la empresa tan sólo tenga contratados a trabajadores de nacionalidad extranjera. Pero, ante esta casuística, hemos de tener presente que el ámbito de aplicación es la propia empresa y no los sujetos que posean una nacionalidad extranjera. En consecuencia, la superposición va a ser más fruto de la coincidencia que del criterio de la nacionalidad.

Por lo que toca a la segunda dimensión, la aplicación del convenio resultante en su caso de la negociación, para aludir a ésta y su cumplimiento efectivo es necesario prestar atención a la regla general de eficacia que sirve de soporte para la fundamentación de dicho derecho. Esto es, el contenido íntegro del convenio se ha de aplicar en igualdad de condiciones, imperiosamente, a la totalidad de los traba-

---

[15] Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F.: "Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena", en, *El Nuevo Derecho de Extranjería*, AA. VV., Rodríguez Benot, A. y Hornero Méndez, C. (coords.), Comares, Granada, 2001, pp. 85–86.

[16] Ceinos Suárez, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006, p. 428.

jadores incluidos en su ámbito funcional y territorial de aplicación y durante el tiempo en que se encuentre vigente, tal y como viene establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores[17]. Pero es que adicionalmente y en este sentido, si se produjese una exclusión del trabajador en esta aplicación del convenio o de algunas de sus cláusulas o si se estableciesen condiciones especiales distintas para el mismo[18], este trato diferente fundado en la condición de extranjero sería tachado de ilícito por discriminatorio en base, por una parte, al Convenio 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes, de 1949, y lo establecido en su artículo sexto[19]; y, por otra parte, al Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, y lo determinado en su artículo primero[20].

2.2. El supuesto del trabajador extranjero en situación administrativa irregular

En el caso en que el trabajador extranjero se encuentre en situación administrativa irregular, en cuanto a la dimensión de su participación como trabajador–representante en la negociación del convenio colectivo, desde el punto de vista estricto del derecho, va a ser titular y va a poder ejercer efectivamente este derecho, pues como ya se ha anotado, estamos ante un derecho social que forma parte del estatuto jurídico básico de derechos de todo trabajador y hay que tener presente, al respecto, que éste, por encima de su situación administrativa, va a ser una persona que trabaja, un trabajador *de facto*.

Sin embargo, desde la óptica de la política del derecho, esta dimensión del derecho de negociación colectiva para el trabajador extranjero en situación administrativa irregular se puede ver hasta un cierto punto considerable limitada y sesgada.

---

[17] Este artículo establece claramente para todos los trabajadores lo siguiente: "Los convenios colectivos regulados en esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia".

[18] A excepción de aquellas que encuentren fundamento en normas legales que de forma taxativa y justificada conlleven una comprensión racional y jurídica del trato desigual por la condición extranjera del trabajador. Fernández Collados, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit., p. 139.

[19] "Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias: (…) ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos"

[20] "Los trabajadores deberán gozar de una protección adecuada contra todo acto discriminatorio tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

Es así porque, al llevar implícita una perspectiva pública y de relación con las autoridades competentes, hace que dentro de unos parámetros considerables no sea recomendable su ejercicio efectivo por los trabajadores sin la correspondiente autorización para trabajar[21] por la posibilidad de denuncia por éstas de su situación y las negativas consecuencias para ellos, por más que sea un trabajador *de facto* pero no de derecho, con el consecuente retroceso respecto a su inclusión e igualdad.

Es aquí entonces donde se muestra, en gran medida, la necesidad de que tanto la legislación de extranjería, así como la específica normativa laboral, tenga en consideración la situación real de discriminación que se produce con los trabajadores extranjeros de derecho respecto a los de hecho en cuanto a sus derechos. Con ello se produce una circunstancia que atenta y es contraria, por una parte, al pleno goce y disfrute de unos derechos sociales de carácter laboral que se hacen imprescindibles para el conjunto de los trabajadores extranjeros; y, por otra parte, a la reducción de la importancia que tiene para ellos la ciudadanía social como medio y fin para conseguir su integración e inclusión en el seno de una sociedad que venga definida y caracterizada por ésta, en la que el trabajo adquiere y posee, por el carácter de la inmigración, un rol central. Es desde esta posición, teniendo como referencia este paradigma, desde donde se ha de acometer una reforma en la política y legislación de extranjería para hacerla plenamente efectiva y real, acercando al máximo la realidad, la política del derecho, al derecho mismo, para que éste posea todo su esplendor como fundamento, base y pilar del orden de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna no ya sólo por la nacionalidad, sino por la condición administrativa personal en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales. Es en esta dirección en la que entendemos que debe ir la anunciada reforma de la Ley de Extranjería para el año 2009 respecto al estatuto jurídico de derechos sociolaborales del trabajador extranjero.

Este sentido esperado se atisba ya desde finales del año 2007, cuando por medio de unos pronunciamientos jurisprudenciales de gran calado y novedad, por parte del Tribunal Constitucional a través de las sentencias 236/2007, de siete de noviembre, y 259/2007, de diecinueve de diciembre[22]. Con ellas finaliza la doctrina

---

[21] García Murcia, J.: "Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería", cit., pp. 33–34.

[22] Estas sentencias firmes del Alto Tribunal, en respuesta a sendos recursos de inconstitucionalidad (núm. 1707/2001 y 1640/2001) puestos por el Parlamento de Navarra y por el Letrado de la Junta de Andalucía, a los efectos que aquí interesan, supusieron una modificación de la regulación de los derechos de los trabajadores extranjeros, pues por medio de la primera se estableció que los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular van a ser titulares y a poder ejercer de un modo efectivo el derecho a la libertad sindical; mientras que con la segunda sucede lo mismo pero respecto al derecho de huelga.

restrictiva y limitadora en la atribución de derechos sociales fundamentales de toda persona en función de situaciones administrativas y, se pasa, a una doctrina social coherente con la propia naturaleza y función de estos derechos[23].

Estos pronunciamientos jurisprudenciales, punto de partida de esta nueva y adecuada tendencia social en la regulación jurídica del conjunto de derechos correspondientes a la persona que trabaja, independientemente a la nacionalidad o la condición administrativa que posea, ha afectado de un modo directo al derecho de negociación colectiva. Es así porque con la STC 236/2007 se ponía fin a la regulación inconstitucional del derecho de libertad sindical establecida en la Ley de Extranjería a través de una distinción sibilina, pero de gran calado, pues quedaba atribuida la titularidad de este derecho a todo trabajador extranjero pero para su ejercicio efectivo éste debía encontrarse en posesión del permiso de residencia. Circunstancia que iba contra la regulación constitucional de este derecho e, igualmente, con lo establecido en relación al mismo a nivel internacional en las grandes Declaraciones de Derechos[24], Pactos Internacionales[25], Convenios[26] y Convenios de la OIT[27]. Con ello se estaba dando lugar a una discriminación en el goce de uno de los derechos sociales fundamentales de toda persona por antonomasia. Esta sentencia viene a corregir esta situación, a todas luces inconstitucional y atentadora contra la propia dignidad de la persona, y establece el derecho a la libertad sindical para todo trabajador extranjero, *de iure* o *de facto*, con fundamento en la correcta interpretación y naturaleza de los derechos conformadores del estatuto jurídico–constitucional del extranjero en España[28], en consonancia con lo establecido respecto a él a nivel internacional.

---

[23] Para un análisis de esta doctrina jurisprudencial, *vid*., Triguero Martínez, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, cit., pp. 55–67.

[24] La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23.4, reconoce el derecho que toda persona tiene para "fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

[25] El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 8.1 a) "la garantía del derecho a toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses".

[26] El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su artículo 11.1 establece que "toda persona tiene el derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

[27] Como es el caso del Convenio Nº 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, de 1950. En él, en su artículo 2, queda reflejado que "los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". Igualmente, el ya citado Convenio Nº 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, y lo fijado en su artículo primero.

[28] *Vid*., en general para el análisis de este tema, la monografía de García Vázquez, S., *El estatuto jurídico–constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Especialmente respecto a la libertad sindical, *vid*., las pp. 294–298 y 301–317.

En este sentido, si anteriormente se ha puesto de relieve que la negociación colectiva es considerada uno de los contenidos esenciales del derecho a la libertad sindical, por efecto de irradiación[29], fruto de estos pronunciamientos jurisprudenciales, debemos de entender que si el trabajador extranjero, independientemente a su situación administrativa, va a ser titular y va a poder ejercer el derecho de libertad sindical, al ser el derecho a la negociación colectiva un contenido esencial de la misma, éste trabajador de hecho o de derecho también se va a constituir en titular y va a poder ejercer efectivamente este derecho a la negociación colectiva, especialmente en la dimensión que estamos tratando, la de trabajador–representante en el procedimiento negociador. De esta manera, estas dificultades anteriormente manifestadas en formas de sesgo o de limitación, quedarían superadas circunstancialmente por esta interpretación jurisprudencial de conjunto. Ahora bien, cabe esperar que sean reflejadas en la anunciada reforma de la Ley de Extranjería, si bien por el profundo calado que se espera que tenga en el aspecto de la regulación de los derechos del extranjero en España, más bien debería de ser una nueva ley.

Sin embargo, para la segunda dimensión apuntada de este derecho, la aplicación del convenio colectivo a todo el conjunto de trabajadores incluidos dentro de su ámbito funcional y territorial, indistintamente a su condición administrativa y a la nacionalidad, esta interpretación no aparece de tan gran trascendencia, si bien igualmente hay que tenerla presente y, por tanto, extenderla. Y es que, en este caso, nos encontramos con la misma situación descrita para el trabajador extranjero en situación regular, porque su aplicación a todos los trabajadores trae causa en la ya manifestada regla general del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y en lo establecido internacionalmente en el Convenio 97 de la OIT.

---

[29] Expresión acuñada en el sentido que se expone por MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., "Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II", *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008, pp. 15–49 y 15–37. *Cfr*. con otros comentarios realizados a estos pronunciamientos jurisprudenciales por GARCÍA NINET, J. I., "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los «sin papeles»", *Revista Tribuna Social*, núm. 205, enero 2008; RAMOS QUINTANA, M. I., "Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008; DE ALBA BASTARRECHEA, E., "Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre", *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, num. 21–22, 2008; CEINOS SUÁREZ, A., "Los derechos y libertades de los extranjeros en la LO 8/200: comentario a las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre", *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20, marzo 2008.

[30] Este artículo dispone que "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a las que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Pero es que, adicionalmente, para una mayor justificación de esta circunstancia, se ha de tener presente el artículo trigésimo sexto, apartado tercero, de la Ley de Extranjería[30] por el que se validan los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular mediante la validez del contrato de trabajo firmado[31]. Esto conlleva, como resultado, que el derecho laboral a la negociación colectiva en esta dimensión recogido en el Estatuto de los Trabajadores sea de plena vigencia y efectividad. Además, en este mismo sentido, el propio Tribunal Constitucional condena la diferencia de tratamiento dentro de los convenios colectivos por razones como el tipo de contrato o el parentesco, censurando, en definitiva, la discriminación de cualquier tipo introducida mediante convenio colectivo.

En esta vertiente de este derecho a la negociación colectiva, sí adquiere más sentido y comprensión la situación de trabajador *de facto*, con lo que independientemente a la situación administrativa del trabajador, al tener esta condición dentro de un sector o una empresa determinada, tendrá derecho a regirse completa y absolutamente por el convenio, las condiciones de trabajo y demás establecidas en él. Es así para que su tratamiento, las condiciones en las que deba desarrollar su actividad laboral y sus derechos sean los mismos que los restantes trabajadores. Todo ello reforzado por la decisiva influencia de la denominada "constitución del trabajo"[32]: derechos individuales, colectivos (como es el caso), y de protección social, que tiene la importante significación de atribuir a todo trabajador, en igualdad de condiciones y como lucha contra la exclusión, un elenco significativo de derechos.

3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CIUDADANÍA SOCIAL INCLUSIVA

El convenio colectivo, resultado de la negociación colectiva, actúa como instrumento de equiparación y de igualdad de condiciones, convirtiéndose y teniendo un rol fundamental no ya sólo como elemento clave para el acceso a la ciudadanía social, sino en el seno e interior de ésta evitando desigualdades y conflictos. Ello

---

[31] Una profundización mayor de las implicaciones de este artículo lo encontramos en Moreno Vida, Mª N. "Artículo 36: autorización para la realización de actividades lucrativas", en, *Comentario a la Ley y al Reglamento de la Extranjería e Integración Social*, AA. VV., Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C., (dir.), Comares, Granada, 2001, pp. 566–582. Desde el punto de vista del Derecho Civil, a *sensu contrario* y en una perspectiva con el derecho comparado francés e italiano, *vid*., Alonso Pérez, M. T., "Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo. (El artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores a la vista del art. 36.3 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, abril–junio 2008.

[32] Monereo Pérez, J. L., *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, pp. 156 y ss.

se deriva de la consideración del derecho de negociación colectiva como un derecho social de libertad clave del conjunto de éstos enmarcados en la ciudadanía social, pues adoptando la perspectiva de la igualación del conjunto de personas, más allá de su nacionalidad y/o condición, se pretende asegurar la solidaridad y la igualdad entre las personas con la clara finalidad de satisfacer un conjunto de necesidades consideradas básicas.

De esta forma, se tiende a penetrar en la lógica de un cambio en el criterio de atribución de los derechos distributivos, ya que éstos no se condicionan a los roles productivos de los sujetos y se trata, en consecuencia, de abarcar a sujetos que se pueden hallar desplazados del mercado de trabajo –como puede ser el caso de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular–, para lo que se han de garantizar derechos de participación como medio de inclusión.

Este hecho queda vinculado al objetivo del sindicalismo contemporáneo y su institucionalización que, como resultado, conlleva su mayor participación e influencia en el gobierno político de la sociedad[33]. En este sentido, la ciudadanía social no ha sido un conjunto de derechos otorgado por el sistema establecido para el mantenimiento del *status quo* preexistente, sino que, en la misma dirección, también es producto de las reivindicaciones de carácter sociopolítico del conjunto del movimiento obrero organizado, tanto en el plano político como en el sindical[34]. Así, la progresiva y necesaria incorporación de los trabajadores extranjeros inmigrantes a las estructuras sindicales ha de suponer una facilitación del traslado a las plataformas de convenio de las reivindicaciones de éstos.

De esta manera, lo que se está haciendo notar y manifestando es que el convenio colectivo es una de las grandes instituciones de la democracia social moderna, insertándose completamente en el concepto y progreso no sólo de la ciudadanía social, sino también política[35], puesto que uno de los principales logros del poder político de fines del siglo XIX fue el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva mediante el uso del contrato en el mercado abierto[36]. En consecuencia, se produce la afirmación, desde el interior del sistema democrático, del derecho a la identidad colectiva y a la participación diferencial de los grupos socioeconómicos, entre los que encontramos a los trabajadores extranjeros.

---

[33] Monereo Pérez, J. L.: "El derecho a la negociación colectiva", en, *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª N. (dirs.), cit. p. 678.

[34] Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit. p. 172.

[35] Monereo Pérez, J. L.: "El derecho a la negociación colectiva", en, *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª N. (dirs.), cit. p. 648.

[36] Marshall, T. H. y Bottomore, T.: *Ciudadanía y clase social*, Traducción de Linares, P., Alianza, Madrid, 1998, p. 48.

Así, la negociación colectiva y su fruto jurídico, el convenio colectivo, participan de esta forma en el Estado Social mediante la programación de la penetración del contrato por *status*, subordinando el principio estricto de mercado a los criterios de justicia colectivos[37] consensuados entre las fuerzas sociales. De esta manera, la negociación colectiva contribuye dinámicamente a la racionalización del conflicto que existe entre los derechos sociales que se incluyen en la ciudadanía democrática y el valor del mercado, siendo su resultado, el convenio colectivo, una cristalización del conflicto regulado en la democracia contemporánea[38].

CONCLUSIONES

El derecho de negociación colectiva queda incluido dentro del estatuto jurídico social laboral que posee todo trabajador. Éste, en el marco del paradigma de una ciudadanía social –a cuya realización efectiva se debe de aspirar bajo los criterios de igualación, redistribución, solidaridad y justicia social entre todos aquellos miembros que la integran sin distinción– adquiere una mayor importancia para el trabajador extranjero inmigrante. Es así porque ha de desempeñar un rol esencial como elemento de integración, igualdad y acceso a una ciudadanía social en la que tales derechos han de ser plenamente efectivos y válidos, en cuanto derechos inherentes a la persona y a la dignidad humana, para la reducción de diferencias entre personas de igual condición pero que poseen una situación de nacionalidad y, en algunos casos administrativa, diferente.

Como resultado, el caso concreto de la negociación colectiva se va a presentar si cabe aún más relevante, pues, por una parte, supone la representación y articulación de los intereses de los trabajadores extranjeros, en igualdad de condiciones que los de los restantes trabajadores, a través de la posibilidad de participación en el ámbito del diálogo social que conlleva este derecho; así como, por otra parte, en virtud de aplicación del convenio colectivo resultante, va a ser el soporte sobre el cual se ha de fundamentar la igualdad de tratamiento, de condiciones de trabajo y la no discriminación no sólo ya entre trabajadores extranjeros y nacionales/comunitarios, sino también entre los primeros según condición administrativa regular o irregular.

---

[37] Marshall, T. H. y Bottomore, T.: *Ciudadanía y clase social*, cit. p. 69.

[38] Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas". Estudio preliminar realizado a la obra clásica de GIUGNI, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Comares, Granada, 2004, p. LXXX.

Todo ello lleva a afirmar que es la propia naturaleza de este derecho de negociación colectiva, con las dos dimensiones que lleva implícitas, y sus propios fundamentos los que hacen que se convierta en la clave sobre la que cimentar una igualdad de tratamiento que tenga como corolario su integración en la sociedad en la que se encuentra.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Comentario a la Ley y al Reglamento de la Extranjería e Integración Social*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

Comentarios a la Constitución Socio–Económica de España, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, Mª N., (dirs.), Comares, Granada, 2002.

El nuevo Derecho de Extranjería, RODRÍGUEZ BENOT, A. Y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.), Comares, Granada, 2001.

ALONSO PÉREZ, M. T., "Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo. (El artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores a la vista del art. 36.3 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, abril–junio 2008.

CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Barcelona, 1997.

CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006.

"Los derechos y libertades de los extranjeros en la LO 8/200: comentario a las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre", *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20, marzo 2008.

DE ALBA BASTARRECHEA, E., "Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre", *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, num. 21–22, 2008.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2008.

GARCÍA MURCIA, J., "Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería", *Revista Tribuna Social*, núm. 133, enero 2002.

GARCÍA NINET, J. I., "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los <<sin papeles>>", *Revista Tribuna Social*, núm. 205, enero 2008.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico–constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007.

GIUGNI, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, con estudio preliminar "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas" de MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., Comares, Granada, 2004

MARSHALL, T. H., Y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Traducción de LINARES, P., Alianza, Madrid, 1998

MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España, Trotta, Madrid, 1999.

"El derecho a la negociación colectiva", en *Comentarios a la Constitución Socio–Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, Mª N., (dirs.), Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., "Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II", *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. R., "Derechos y deberes laborales (en torno al artículo 4 y 5)", *Revista Española de Derecho del Trabajo. El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Tomo I, núm. 100, marzo/agosto 2000.

RAMOS QUINTANA, M. I., "Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.

LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

José Antonio Fernández Avilés
Profesor Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. La extensión de mecanismos de regulación colectiva a los trabajadores autónomos
2. Las insuficiencias del régimen jurídico previo a la LETA
3. La opción político–jurídica por un sistema propio de regulación colectiva
4. Funciones de la regulación colectiva de las condiciones de contratación de los TAED's.
5. Régimen jurídico de los Acuerdos de Interés Profesional (caracteres generales)
   5.1. Ámbito de aplicación subjetivo (sujetos vinculados por los AAIP)
   5.2. Legitimación negocial.
   5.3. Naturaleza y eficacia jurídica de los AAIP
   5.4. Aspectos procedimentales y formales
   5.5. Contenido de los AAIP
   5.6. Aplicación, interpretación e impugnación de los AAIP
   5.7. Algunas cuestiones finales.

1. LA EXTENSIÓN DE MECANISMOS DE REGULACIÓN COLECTIVA A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

La problemática de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos –especialmente de los "dependientes" o "parasubordinados"– no es nueva. El auge y fomento del trabajo autónomo, como solución a la crisis del trabajo asalariado y a las exigencias de flexibilidad en los mercados de trabajo, ha reafirmado la necesitad de una tutela colectiva de este tipo de trabajadores. El fenómeno socioeconómico de base conecta con los nuevos modelos organizativos empresariales flexibles[1], responsables de la progresiva complejidad de la misma figura del trabajador, el cual se hace cada vez más heterogéneo. Los propios trabajadores por cuenta ajena se ven sometidos a regímenes laborales diferentes (fruto de la diversificación y la "diáspora" en sus modalidades contractuales o en el carácter de su relación laboral), o bien se desvinculan formalmente de la empresa como contratados laborales a través de fórmulas de subcontratación, prestamismo a través de empresas de trabajo temporal, junto con las nuevas formas de trabajo autónomo o parasubordinado (con frecuencia utilizadas para trabajadores antes vinculados laboralmente con la empresa con la que ahora mantiene un contrato de servicios civil o mercantil)[2].

Así pues, uno de los retos relativamente recientes de la negociación colectiva constituye su extensión al "trabajo profesional" y no solamente al subordinado, lo que podría considerarse un avance notable en el *status* jurídico del trabajador autónomo[3]. La dependencia económica, más intensa cuanta menor es la actividad profesional ejercida y mantenida en un mercado abierto por el trabajador autónomo, instala la relación jurídica celebrada entre ambas partes en un escenario caracterizado por la asimetría contractual. En definitiva coloca al "trabajador autónomo económicamente dependiente" (en adelante, TAED) en la típica posición del contratante débil que reclama, a fin de alcanzar un cierto reequilibrio, la introducción de medidas de tutela jurídica[4].

---

[1] *Vid*. Della Rocca, G., Fortunato, V.: *Lavoro e organizzazione*. *Dalla fabbrica alla società postmoderna*, Laterza, Roma–Bari, 2006.

[2] *Vid*. De Luca Tamajo, R.: "I processi di esternalizzazione *intra moenia*", en AA.VV., Colonna, M., Pugliese, E. (a cura di), Il futuro del lavoro in Europa. Occupazione, diritti civili, diritti sociali, ESI, Napoli, 2007, págs. 131 sigs.

[3] *Vid*. Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A.: "La función de la autonomía colectiva en el escenario post–industrial", *iustel*. *RGDTSS*, núm. 5, 2004.

[4] Valdés Dal–Ré, F.: "Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo", *RL*, núm. 7, 2008, pág. 13.

En tal sentido, se ha explorado poco la ampliación del ámbito subjetivo de los convenios colectivos laborales, y ésta tampoco ha sido la fórmula elegida por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA). Queda por ver si los avances normativos producidos han desembocado efectivamente ante una "negociación colectiva profesional", cuestión muy dudosa, o si el marco normativo se ha quedado en una fórmula de compromiso a medio camino entre la negociación colectiva y la pura contratación privada. En cualquier caso, la tendencia –frente a vaticinados retornos al individualismo y la lógica de mercado– no hace sino poner de manifiesto la "viveza" y adaptabilidad del instrumento convencional colectivo bajo nuevos contextos y exigencias y su revalorización como instrumento de composición y gestión de conflictos socio–laborales[5].

La práctica de negociaciones entre autónomos y empresas clientes ha existido *de facto*, normalmente a través de acuerdos con contenidos puntuales que afectaban a condiciones concretas del ejercicio de la actividad profesional autónoma. En ocasiones dichos acuerdos han quedado "ocultos" a la luz pública, porque no puede descartarse *a priori* que algunos de ellos puedan afectar a los intereses de consumidores y usuarios (afectando a los principios de la libre competencia). Pero en otros casos son conocidos los acuerdos colectivos –especialmente en el sector de transporte y reparto– entre los autónomos y la empresa cliente tras una situación de conflicto colectivo, lo que adelantaba el reconocimiento del importante papel que la acción colectiva está llamada a cumplir en este ámbito.

Así pues, el fenómeno de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos –desde un punto de vista sociológico– no es nuevo, pero sí es muy novedosa una ordenación jurídica específica del mismo.

2. LAS INSUFICIENCIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO PREVIO A LA LETA

Las propuestas para integrar la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores "parasubordinados" o, para ser más precisos, dado el nuevo marco normativo, del "trabajador autónomo económicamente dependiente" en los convenios colectivos, se enfrentaba a numerosos problemas derivados de la inadecuación de la regulación jurídica de la negociación colectiva "laboral" al ámbito de los autónomos. En primer término, un obstáculo venía determinado por un criterio formal: el título III de la LET es de aplicación exclusiva a la negociación colectiva de

---

[5] Lyon–Caen, G.: "The Evolution of Labor Law", en AA.VV., *Labour Law in the Post–Industrial Era*, Dartmouth, Aldershot, 1994, pág. 98.

los trabajadores por cuenta ajena, luego no existía una infraestructura jurídica adecuada –y específica– para encauzar este tipo de negociación colectiva (que podría considerarse como una materia que excedía los límites subjetivos y materiales de una negociación propiamente "laboral"). De otro, aparecían complejos problemas de legitimidad de las posibles representaciones negociadoras[6]. Aunque el autónomo sin trabajadores contratados a su servicios contaba con el derecho de afiliación sindical, hubiera sido excesivo –y complicado jurídicamente– presumir de este dato jurídico una legitimación del sujeto sindical a efectos de la negociación colectiva laboral (de eficacia general) para este colectivo. Un elemento a tener en cuenta es que los criterios de la representatividad sindical no tienen en cuenta el vínculo asociativo o de afiliación para poder deducir la representatividad sindical en relación a los trabajadores autónomos. El sistema de representatividad sindical no guardaba conexión con los trabajadores por cuenta propia para que pudiera deducirse un mecanismo de "representación legal" (u obligatorio), dado que tampoco aquéllos participan de la representación unitaria en la empresa.

Ciertamente, desde el punto de vista de su ámbito subjetivo, la libertad sindical no se circunscribe exclusivamente al trabajo por cuenta ajena, dado que abarca en nuestro ordenamiento a trabajadores autónomos sin empleados a su servicio, y que la negociación colectiva –como instrumento de autotutela colectiva– forma parte del contenido esencial de aquel derecho (lo que lo distingue del derecho de asociación genérico). El TC no apreciaba inconstitucionalidad en la limitación del art. 3 LOLS para la fundación –por parte de los trabajadores autónomos sin contratados a su servicio– de sindicatos para la defensa de sus intereses, considerando que la actividad sindical tiene como presupuesto material la existencia de una relación se servicios a partir de la cual adquieren sentido las formas de acción sindical típicas como la huelga y la negociación colectiva. Pero este pronunciamiento [STC 98/1985, de 29 de julio] operaba sobre el paradigma socio–económico del trabajador autónomo "puro", entendiendo que la libertad de sindicación se justifica por el ejercicio de la actividad sindical, y que ésta "se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular de derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita, siendo su expresión una serie de derechos como los de huelga, de negociación y de conflicto…". En el caso de los trabajadores "parasubordinados" el argumento decae, pues sí tiene sentido –en la línea parificadora *ex* art. 9.2 CE– el ejercicio –y reconocimiento– de formas de actividad sindical frente a una empresa cliente, que puede ser única o prevalente en la perspectiva de la dependencia económica del autónomo. Este es el espacio donde se justificaba la pertinencia de una actividad negocial colectiva que desemboque en la ordenación de las condiciones de trabajo de ciertos autónomos mediante acuerdos colectivos con la empresa

---

[6] *Vid*. Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", en AA.VV., Cruz Villalón, J., Valdés Dal–Ré, F. (dirs.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 377 y sigs.

cliente[7]. Sobre esta base era posible sostener la viabilidad de contenidos en los convenios colectivos relativos a los trabajadores autónomos sin contratados a su servicio, por entrar en el ámbito de representación del sindicato y ser potenciales o reales representados, incluyéndose dentro de su esfera de libertad sindical constitucionalmente garantizada[8]. La cuestión de la naturaleza y la eficacia jurídicas de tales cláusulas ya constituye otro asunto.

Por otra parte, se sostenía en la doctrina que las técnicas del Derecho común tampoco ofrecían un marco adecuado para poder incluir a los autónomos dentro del campo de aplicación de un convenio colectivo laboral. En especial porque no ofrecían una justificación adecuada para la integración directa de las condiciones de trabajo del autónomo según lo establecido convenios colectivos laborales sin su consentimiento (esto es, la regla de la aplicabilidad automática a su relación contractual), como tampoco garantizaban la inderogabilidad por un acuerdo individual. Paradójicamente –y como dato que relativiza el "avance" normativo previsto en el LETA– el consentimiento individual del autónomo es también una exigencia para aplicabilidad individual de los nuevos acuerdos de interés profesional. De ahí que críticamente quepa calificar la norma con la plasmación de un derecho preexistente en el Derecho común –salvo alguna modalización– que persigue únicamente una finalidad de clarificación o de incentivo al desarrollo de actividad contractual colectiva en este ámbito.

Refiriéndonos brevemente a la insuficiencia de los mecanismos de Derecho común nos encontramos, por un lado, que los pactos a favor de terceros (que no han sido parte negociadora y representada en la negociación), por el efecto relativo –limitado– de los contratos (*ex* art. 1257 C.c.) requieren del consentimiento individual del tercero para tener virtualidad. Esto es, requieren de la libre aceptación por parte del tercero de los efectos pactados por los negociadores de la cláusula contractual de pretendida eficacia extravagante. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, "a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra contraparte" (art. 1259 C.c.)[9]. En lo que respecta a las condiciones generales de la contratación, los acuerdos colectivos actuarían a modo de cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes (el em-

---

[7] *Vid*. Gutiérrez–Solar Calvo, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", *DL*, núm. 73, 2005, págs. 68–70.

[8] En esta dirección, *vid*. Valdés Alonso, A.: "El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación", *RMTAS*, núm. 26, 2000, págs. 38 y 40; Sanguineti Raymond, W.: "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales ¿un criterio en crisis?", *TL*, núm. 40, 1996, pág. 70.

[9] *Vid*. Sepúlveda Gómez, M.: "Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados", *TL*, núm. 81, 2005, págs. 200–201; Gutiérrez–Solar Calvo, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", *DL*, núm. 73, 2005, págs. 90–93.

pleador parte del acuerdo colectivo) al autónomo (tercero a la negociación colectiva); pero de nuevo la normativa específica requiere la aceptación del adherente para su incorporación al mismo (cfr. art. 5.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación)[10].

3. LA OPCIÓN POLÍTICO–JURÍDICA POR UN SISTEMA PROPIO DE REGULACIÓN COLECTIVA

Las fórmulas reseñadas anteriormente podrían haberse incluido en el sistema de fuentes del trabajador autónomo, al ser instrumentos totalmente respetuosos con el principio de autonomía de la voluntad, pues en todo caso requieren del consentimiento individual y expreso del autónomo para que tenga aplicación la regulación convencional colectiva. Y ello podría haber englobado también la posibilidad de la aplicación de cláusulas convencionales laborales, que podrían establecer contenidos y previsiones para este tipo de colectivo.

En la práctica de la negociación colectiva "laboral" se encuentran previsiones muy heterogéneas relativas al trabajo autónomo, ciertamente muy polémicas en cuanto a su licitud. Tales cláusulas presentaban un contenido diverso: de extensión selectiva o parcial de beneficios convencionales para la mejora de la protección de los autónomos; cláusulas que desarrollan previsiones legales de extensión de ciertos derechos a los trabajadores autónomos. Aunque las más frecuentes sean las que excluyen por completo la aplicabilidad del convenio a este tipo de prestación de servicios o las que establecen cláusulas restrictivas a la contratación de autónomos para proteger el empleo por cuenta ajena (considerado "preferente") [11].

No obstante, la opción de política legislativa ha sido la de crear un *sistema propio de contratación colectiva*[12] con sujetos, criterios de legitimación, e instru-

---

[10] *Vid*. Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina general del contrato*, tomo II, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1988, págs. 261 y sigs.; Pérez Conesa, C.: *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999. Adviértase que la doctrina del convenio colectivo se nutrió en sus orígenes de la figura del contrato a favor de tercero para facilitar que los que no estuvieran representados en la conclusión del mismo (siguiendo la "teoría de la representación"), pudieran apelar a él (cfr. COING, H.: *Derecho privado europeo*, tomo II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pág. 259).

[11] Vid. Gutiérrez–Solar Calvo, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", *cit*., págs. 74–78.

[12] Cfr. Gutiérrez–Solar Calvo, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", *cit*., págs. 63–68; Molina Navarrete, C.: "Trabajadores en la Frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo", *Estudios financieros.RTSS*, núm. 295, 2007, págs. págs. 108–109.

mentos jurídicos específicos para la regulación convencional colectiva de sus condiciones de trabajo (aunque solo para el ámbito subjetivo de aplicación que abarca la definición estipulativa de TAED contemplada en la LETA). De hecho, como puede comprobarse, los convenios y acuerdos colectivos laborales no se contienen en el enunciado de fuentes reguladoras del trabajo autónomo. Dato que confirma el explícito deseo del legislador, tal como reza en la Exposición de Motivos de la LETA, de no trasladar la negociación colectiva laboral al ámbito de este tipo de trabajo. Ello confirma la tendencia hacia la vaticinada diversificación "del Derecho y de las prácticas de negociación colectiva"[13], como instrumento de composición de los conflictos socio–laborales en los nuevos contextos organizativos y productivos. El art. 3.2 LETA los denomina "acuerdos de interés profesional", eludiendo de forma deliberada y celosa la denominación de "acuerdo colectivo" o la de "convenio colectivo", por ser ésta última la nomenclatura de la figura típica de la negociación colectiva laboral.

Como se irá comprobando, la regulación legal es muy escueta (principio de intervención mínima), sin previsiones específicas de desarrollo reglamentario, salvo la genérica habilitación al Gobierno por la disp. final 3ª LETA. Este sistema es paralelo al laboral y, en principio, no presenta elementos de conexión con la negociación colectiva laboral propiamente dicha: el régimen jurídico de ésta no actúa como derecho supletorio, salvo en lo relativo a los sindicatos, como sujetos con legitimación negocial para este tipo de negociación colectiva "extralaboral"; como tampoco se prevé la posibilidad de una suerte de negociación unitaria o simultánea, donde se negocien instrumentos convencionales "mixtos" (convenio colectivo para el personal laboral y acuerdo de interés profesional para los TAED's), de manera que no se establecen reglas para articular los convenios colectivos con los AAIP u otro tipo de acuerdos colectivos de derecho común.

4. FUNCIONES DE LA REGULACIÓN COLECTIVA DE LAS CONDICIONES DE CONTRATACIÓN DE LOS TAED'S

Como toda regulación colectiva, se trata de una institución multifuncional, pues se presenta como un sistema que puede actuar como un instrumento de ree-

---

[13] Conforme a cierta propuesta doctrinal, el sistema adoptado es abrir la posibilidad de que los sindicatos y las asociaciones profesionales específicas de los trabajadores autónomos "logren acuerdos de alcance colectivo con quienes de ordinario suelen establecer relaciones contractuales civiles, mercantiles o administrativas, siendo precisamente contenido de tales acuerdos colectivos la fijación de las condiciones económicas y de otra índole que afectan individualmente a las relaciones entre esos autónomos y terceras empresas de las que dependen en la perspectiva económica" (Cruz Villalón, J.: *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*, Documento de trabajo 17/2003, Fundación Alternativas, 2003, pág. 45).

quilibrio en la posición negocial del TAED trasladando al plano colectivo la fijación de las condiciones de trabajo más difícilmente negociables en el plano individual (conviene recordar la máxima de Kahn–Freund: "*On the labour side, power is collective power"*). En tal sentido, su reconocimiento, tutela y fomento se conecta con una intervención normativa destinada a corregir las situaciones de desigualdad generadas por el mercado, por tanto, puede considerarse una manifestación de las políticas propias del Estado social (intervención que se conecta claramente con el mandato contenido en el art. 9.2 CE), en la línea de reforzar las posibilidades de defensa colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos. La inexistencia de poderes "jurídicos" empresariales (la no sujeción formal a un poder directivo, organizativo y disciplinario) en relación a los autónomos económicamente dependientes no puede ocultar las exigencias de tutela que puede presentar este colectivo, sujetos a una dependencia económica fácilmente traducible *de facto* en poderes organizativos y de heterodirección. La subordinación jurídica no es la única justificación para la necesidad de aplicar técnicas jurídicas correctoras de los desequilibrios de poder negocial en las relaciones de prestación de servicios, pues la dependencia económica sitúa al trabajador a una situación de subordinación que en la práctica es muy próxima a la que legitima y juridifica la regulación del contrato de trabajo. Resulta de ello justificable una tendencia de política jurídica hacia la uniformidad del régimen del trabajo autónomo, que no pretenden alterar el libre juego de la autonomía de la voluntad, pero procuran "asegurar un mayor equilibrio en el trato contractual mediante técnicas vinculadas a la tutela del contratante débil"[14].

Del lado de las empresas, los acuerdos de interés empresarial podrían introducir un elemento *anti–dumping* a nivel pluriempresarial, atenuando la competencia entre empresas de un mismo sector. No obstante, este efecto es poco probable dado que el nivel de negociación de los AAIP es, en principio, empresarial, aunque el tema se preste a un complejo debate teórico (sobre los niveles de negocación, *vid. infra*). La única ventaja podría ser la de simplificar la gestión empresarial y reducir los costes de transacción e incertidumbres de futuro en la contratación de nuevos profesionales "externos", estandarizando las condiciones aplicables. Pero las empresas normalmente serán reacias a este tipo de expresiones de colectivización y recurrirán a modos de negociación alternativos donde su posición de supremacía negocial quede salvaguardada. Con independencia de que también puedan considerarlos un indeseado elemento de "rigidez" en la contratación y gestión de la mano de obra "extralaboral" de la que se nutre la empresa[15].

---

[14] Supiot, A. (Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 159.

[15] Valdés Dal–Ré, F.: "Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo", *cit*., núm. 7, 2008, pág. 8.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL (CARACTERES GENERALES)

5.1. Ámbito de aplicación subjetivo (sujetos vinculados por los AAIP)

En cuanto al ámbito aplicativo del sistema de regulación colectiva de los trabajadores autónomos, la opción político–jurídica seguida ha sido restrictiva, pues conviene destacar que se trata de un sistema que solamente abarca a los autónomos económicamente dependientes y, por traslación, a las empresas clientes de tales trabajadores. Esta dualización de regímenes jurídicos, para el autónomo económicamente y para el que no lo es, obedece a la exigencia de una regulación más garantista en respuesta a la mayor vulnerabilidad de los económicamente dependientes.

En principio, los AAIP se destinan a los autónomos afiliados o asociados a las organizaciones firmantes (efecto relativo, limitado –carencia de eficacia *erga omnes*–), aunque no parece existir obstáculo para que el acuerdo sea aplicable a sujetos no pertenecientes a las organizaciones firmantes a través de un acuerdo expreso y conjunto de adhesión individual[16]. Al igual que sucede con el convenio colectivo extraestatutario, la empresa podría generalizar la aplicación del AIP, si bien no a través de una aplicación colectiva generalizada, sino a través de acuerdos individuales de adhesión con autónomos no pertenecientes a las organizaciones con las que ha firmado el acuerdo, lo que simplificaría su gestión empresarial en relación a la actividad externalizada (pero también como estrategia para desincentivar la afiliación).

Por ello mismo, la LETA ha restringido implícitamente la unidad de negociación a la empresarial (incluida la de centro de trabajo), al referirse en exclusiva, como contraparte empresarial a "las empresas" (art. 13.1 LETA), mientras que para la representación de los autónomos se identifican los sujetos colectivos legitimados para negociar (asociaciones o sindicatos). Así pues, no se contempla en el texto legal la posibilidad de AAIP de carácter supraempresarial o "sectorial" (*vid. infra*). Los motivos para ello no aparecen explícitos en la exposición de motivos de la norma, quizá haya influido aquí el riesgo de distorsión de la competencia, o bien haya sido el dato del solapamiento de representaciones, dado que las asociaciones empresariales pueden asociar a empresarios autónomos y empresas clientes de los mismos con el consiguiente conflicto de intereses intra–organizativo. Ahora bien, podrían pactarse AAIP "pluriempresariales" o de "grupo de empresas", cuando el banco de la representación de las empresas clientes integren una pluralidad de ellas. Si lo hace una asociación empresarial representativa de las empresas clientes pa-

[16] Apunta tales riesgos Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., págs. 382–383.

rece que ya estaríamos al margen de la regulación prevista en el LETA, aunque no necesariamente cabría tachar de ilícita dicha negociación ni sus resultados.

Los acuerdos de interés profesional no podrán resultar de aplicación a la relación profesional del TAED con sus potenciales clientes secundarios y distintos del predominante o principal, incluso en los supuestos en que, tratándose de AAIP de ámbito supraempresarial, aquellos clientes se hallen afiliados y/o representados por las asociaciones firmantes de los citados acuerdos. A salvo de acuerdo expreso entre las partes (TAED y clientes secundarios) en tal sentido, los AAIP únicamente afectarían a la relación profesional del TAED con su cliente principal[17].

5.2. Legitimación negocial

Por lo que respecta a los sujetos legitimados para la negociación, el sistema instaurado se basa sobre la institución civil del mandato representativo, así pues, no estamos ante un sistema de representación legal (obligatoria), ni siquiera se requieren mínimos de representatividad en coherencia con un rasgo estructural definitorio de los AIP: la eficacia subjetiva limitada de los mismos.

En consecuencia, la representación de los TAED's (banco social de la mesa de negociación) podría correr a cargo de tres tipos de organizaciones asociativas: los sindicatos, las asociaciones empresariales y las asociaciones específicas de trabajadores autónomos (dado que la literalidad de la norma no exige que deba tratarse de asociaciones empresariales que defiendan "exclusivamente" los intereses de los TAED'S). Tampoco la norma exige que tales organizaciones sean representativas, no existen criterios de representatividad adicionales en este ámbito de actuación; ni siquiera se exige requisito de implantación alguna en el ámbito de negociación[18]. Se exige simplemente la necesidad de que las asociaciones o los sindicatos negociadores cuenten entre sus asociados o afiliados con trabajadores autónomos a los que vaya dirigido el acuerdo, aunque lo más razonable habría sido exigir unos criterios mínimos de implantación dentro del ámbito funcional y/o territorial del acuerdo[19]. Antes al contrario, la participación en la celebración de los AAIP –con-

---

[17] Cfr. Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., págs. 409–410.

[18] Barrios Baudor, G. L., Apilluelo Martín, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Thomson–Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 122.

[19] Se ha señalado que no sería inútil la negociación de un AIP, puesto que puede propiciar que se afilien *a posteriori* del acuerdo los TAED que no estaban afiliados a las asociaciones o sindicatos firmantes, o preparar el terreno para que los futuros TAED que sean contratados por la empresa de que se trate, sepan qué condiciones profesionales les esperan con sólo afiliarse al sindicato o asociación que ya firmó con la empresa en cuestión [González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV., Del Rey Guanter, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 92].

forme al art. 21.1 LETA– es uno de los criterios (como elemento puramente fáctico) tenidos en cuenta para que las asociaciones de autónomos adquieran el calificativo de "representativas" y participen del régimen privilegiado previsto para las mismas (representación institucional, derecho de consulta en el diseño de políticas pública que incidan sobre el trabajo autónomo, etc.). En este ámbito, se asiste a un fenómeno de la "parificación" del sujeto sindical respecto de otros entes colectivos (la norma –art. 13.1 LETA– simplemente exige "que representen" a los TAEC).

Cuando se trata de sindicatos habrá de referirse a trabajadores por cuenta propia que no tengan empleados a su servicio (en consonancia con lo previsto en el art. 3.1 LOLS), que es también un elemento definitorio del TAED, por lo que aquí no se presenta problema alguno. Pero cuando se trata de asociaciones empresariales se plantea el problema de que deberían actuar exclusivamente en la representación de sus autónomos dependientes, aunque puede suceder –de manera paradójica– que tengan también empresas clientes asociadas (o que se trate de organizaciones federadas) que pretendan interferir en la negociación de manera intraorganizativa, porque también sean parte legitimada en el banco empresarial (se plantearía así la aporía de un sujeto que tiene que negociar en defensa de los intereses de un colectivo frente a una empresa que también puede ser asociada)[20]. Las propias asociaciones de autónomos genéricamente previstas en la LETA como sujetos con derecho a concertar AAIP [*ex* art. 19.2 b) LETA] podrían agrupar a autónomos que, a su vez, mantuvieran contratas o subcontratas con TAED'S. Como tercera posibilidad, pueden crearse asociaciones específicas de trabajadores autónomos (art. 12 LETA), legitimadas también para la negociación de estos AIP [art. 19.2 b) LETA]. La cuestión se hace más compleja en la medida que no se trata de legitimados "alternativos" , sino que pueden concurrir conjuntamente, si lo desean ellos mismos y la contraparte empresarial, a la negociación y suscripción del pacto que, en su caso, afectará a sus afiliados respectivos[21].

La referencia a los sindicatos como sujetos legitimados podría producir un efecto "legitimador" de las cláusulas de los convenios colectivos laborales relativas a los trabajadores autónomos (económicamente dependientes), que antes presentaban el riesgo de considerarse nulas por afectar a un colectivo no incluido en el ámbito de la negociación colectiva laboral, ahora se considerasen como una modalidad *sui generis* de AIP. De otro lado, nada impediría que los sindicatos –incluso en el mismo procedimiento negociador del convenio colectivo– negocien una

---

[20] Sirvent Hernández, N.: "Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *iustel.RGSTSS*, núm. 15, 2007, págs. 7–8.

[21] Doctrinalmente se ha advertido que ello puede llevar a un resultado un tanto esquizofrénico: la negociación consigo mismo (Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 392; Rivas Vallejo, P.: "Aspectos estructurales y primeras reflexiones sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo", *REDT*, núm. 136, pág. 801).

regulación específica para los TAED'S afiliados al mismo, que tendría la eficacia propia de los AAIP[22].

Lo que no parece admitir el sistema de contratación diseñado es la negociación individual de los autónomos (en tal caso lo acordado no tendría carácter de AIP) o bien colectivamente, pero al margen de las entidades representativas (asociaciones o sindicatos), cuyos resultados contractuales no merecerían la calificación de AIP con sus correlativas consecuencias jurídicas (se produciría una aplicación estricta de las normas de Derecho común). La LETA pretende potenciar este tipo de representaciones de cara a la actividad de negociación colectiva de los trabajadores autónomos.

Por el banco "económico" estarían legitimadas las empresas, que normalmente negociarán de manera individual, aunque la norma no prohíbe expresamente que pueda ser plural dicha representación, como también podrían negociar, aunque no se prevé expresamente en la norma, las asociaciones empresariales[23], si bien en este caso, por coherencia, sólo las que no tengan TAED'S asociados para garantizar la verdadera existencia de intereses contrapuestos[24]. La admisión de esta posibilidad podría plantear problemas similares a los de la negociación colectiva laboral en cuanto a la concurrencia de convenios colectivos y los criterios de articulación de los mismos, y determinar en la práctica el establecimiento criterios de estructuración de este tipo de actividad de negociación a diferentes niveles.

Lo cierto es que también se ha interpretado la norma como una exclusión tácita, reflejo de la finalidad de restringir al ámbito empresarial los AAIP[25], y ello en atención al dato de que algunas enmiendas presentada durante la tramitación par-

---

[22] Goerlich Peset, J. M., Pedrajas Moreno, A., Sala Franco, T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 70.

[23] Selma Penalva, A.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV., Luján Alcaraz, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007, pág. 201.

[24] En este sentido, Goerlich Peset, J. M., Pedrajas Moreno, A., Sala Franco, T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, *cit*., pág. 70; Tárraga Poveda, J.: "Los derechos colectivos del trabajador autónomo", en AA.VV., Luján Alcaraz, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007, pág. 237; González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", *cit*., págs. 92–93; Barrios Baudor, G. L., Apilluelo Martín, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, *cit*., pág. 118.

Otra posibilidad es que la asociación empresarial pueda negociar en representación de una empresa singular, utilizando la institución civil del mandato (Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 397), sin que ello altere el ámbito empresarial de negociación diseñado por el legislador.

[25] Adviértase al respecto, que la condición de trabajador autónomo "puro" o TAED es móvil, pues depende de la presencia de determinados caracteres, que por su naturaleza pueden ser cambiantes (cfr. art. 11 LETA).

lamentaria, en el sentido de contemplar expresamente que tales acuerdos se negociaran con asociaciones empresariales, finalmente no prosperaron[26]. De entenderse excluidas como sujetos legitimados a las asociaciones empresariales, ello no impediría la posibilidad de negociar acuerdos "paraestatutarios" plenamente sometidos al Derecho contractual común[27].

Una empresa cliente podría negociar sucesiva o simultáneamente con varios sindicatos o asociaciones diversos acuerdos de interés profesional, aunque nada impide que se negocie simultáneamente en una misma mesa de negociación, firmando un único documento por parte de todos los negociadores. Como también cabría la adhesión de un sindicato o una asociación a un acuerdo ya negociado por la empresa cliente con otra, si así lo acepta la empresa cliente.

Interesa también destacar que la figura es aplicable a las Administraciones Públicas, dado que no se encuentran formalmente excluidas, en cuyo caso los acuerdos pasarán a regirse adicionalmente por la legislación sobre contratación administrativa, dada la intersección de los dos grupos normativos reguladores [cfr. art. 3.1 b) LETA].

5.3. Naturaleza y eficacia jurídica de los AAIP

Dado que no es función del legislador calificar jurídicamente a las instituciones jurídicas que crea, la aparición *ex novo* de una figura convencional plantea siempre la cuestión de su naturaleza jurídica. Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica a través del encuadramiento jurídico de la figura en las categorías jurídicas dogmáticas preexistentes, para aplicar el régimen jurídico y las consecuencias jurídicas coherentes con la misma.

Esta tarea debe partir primordialmente de la propia regulación legal del nuevo instrumento, pues conviene advertir que trata de instrumentos de regulación colectiva no encuadrables en previsión del art. 37.1 CE, previsto para la negociación colectiva "laboral"[28]. De ahí la inaplicabilidad de la garantía constitucional relativa a la "fuerza vinculante" del convenio colectivo que, en verdad, tampoco resulta

---

[26] *Vid*. Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 392.

[27] Vicente Palacio, A.: "Artículo 13. Acuerdos de interés profesional", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*, García Ninet, J. I. (dir.), CISS, Valencia, 2007, pág. 283; en este sentido, aunque sin apreciar razón justificativa de la exclusión, Luján Alcaraz, J.: "Fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo", en AA.VV., Luján Alcaraz, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007, pág. 64.

[28] En este sentido, Fernández López, M. F.: "Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *RDS*, núm. 42, 2008, págs. 34–35; Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 399.

pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina científica. Se trata de un tipo de acuerdo que no participa de la naturaleza de la negociación colectiva y no se beneficia, por tanto, de las garantías del art. 37.1 CE. A pesar de lo dicho, no puede perderse de vista que los AAIP pueden ser negociados y concluidos por sindicatos, que podrían beneficiarse de la tutela relativa a la libertad sindical para esta actividad de negociación colectiva. El derecho de negociación colectiva forma parte del contenido esencial de libertad sindical, y no podría negarse que el sindicato que representa a los TAED'S ejerce, en esta acción sindical, su propio derecho de libertad sindical[29], en los términos fijados en el art. 28.1 CE. Otra cuestión es que dicha negociación colectiva pueda equipararse a la prevista en el art. 37.1 CE. Aunque la LETA excluye la posibilidad de catalogar esta negociación como negociación colectiva y los AAIP como convenios colectivos, el tema es complejo porque no corresponde a la propia norma legal determinar las implicaciones constitucionales de sus regulaciones.

Como punto de partida, el art. 3.2 párr. 1º LETA recoge entre las fuentes de regulación del trabajo autónomo a los acuerdos colectivos de interés profesional como fuente del régimen profesional de los autónomos económicamente dependientes. En principio, pudiera parecer que la norma establece una simetría con el cuadro de fuentes reguladoras de la LET para la relación laboral (art. 3), con fuentes heterónomas de regulación (leyes, reglamentos), fuentes autónomas colectivas (acuerdos de interés profesional) y las relativas a la autonomía individual (pactos individuales –contratos civiles o mercantiles–) que según la literalidad de la norma están sujetos "a las disposiciones legales de derecho necesario" (¿acaso no a las establecidas por rango reglamentario?) a lo que se añaden los usos y costumbres locales y profesionales.

Pero ello no es exactamente así porque el art. 3.2 párr. 2º LETA se encarga de precisar que: "Toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente *afiliado* a un sindicato o *asociado* a una organización de autónomos, 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*" (la cursiva es nuestra). Esto quiere decir que la primacía jerárquica se condiciona al consentimiento individual expreso del autónomo. Ello es consecuencia del seguimiento de dos reglas civiles: los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y si el contrato

---

[29] La doctrina ha planteado dudas razonables sobre la exclusión de esta conexión, considerándola no concluyente y referida al modelo normativo de la LET (que no agota los posibles resultados del derecho a la negociación colectiva), de forma que sería una "inequívoca, aunque débil, expresión de un derecho a la negociación colectiva", y por tanto conectada con el art. 37 CE (cfr. García Jiménez, M., Molina Navarrete, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2008, pag. 168).

contiene alguna estipulación en favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada (art. 1257 C.c.)[30].

En cuanto a su régimen jurídico, se indica que, aparte de las previsiones del propio LETA, "se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil" (art. 13.4 LETA). Así pues, son claramente contratos de Derecho privado más que convenios colectivos, sometidos con carácter general a la legislación civil, y su "obligatoriedad" como fuente de obligaciones proviene de esa base jurídica (arts. 1091 y 1278 C.c.). Ello impide cualquier integración normativa acudiendo analógicamente a las reglas de la LET (salvo remisión expresa, *ex* art. 3.3 LETA). Previsión que seguramente se verá desvirtuada en la *praxis* hermenéutica judicial –social– por las indudables similitudes institucionales y funcionales que la figura presenta con el convenio colectivo (y la dogmática jurídica propia desarrollada en torno a éste)[31].

Conviene tener siempre presente el dato normativo de que necesitan de un consentimiento individual para la aplicación de lo acordado colectivamente. Así pues, estos instrumentos de regulación no tienen la aplicabilidad directa e inmediata ("automática") –propia de la "eficacia normativa"– dentro su ámbito de aplicación y necesitan de este consentimiento ulterior para ser efectivos en las relaciones entre el TAED y su contraparte contractual. Desde esta perspectiva, presentan la eficacia característica y propia de un instrumento puramente "contractual" sin eficacia normativa. Por consiguiente, la primacía sobre la autonomía individual solamente se produce en el caso de que exista el previo consentimiento del autónomo para la aplicación de la regla colectiva. Queda así claro que la primacía o vinculabilidad del AIP sobre la autonomía individual es condicionada y no automática. Otra cuestión es que el TAED conceda un apoderamiento negocial a favor de la asociación o sindicato que lo representa, por el que automáticamente se apliquen las condiciones negociadas por el representante en el AIP.

Ello desmonta la prevalencia de la regla colectiva sobre la individual, propia del convenio colectivo, y acerca la figura a las técnicas civilísticas ya reseñadas. El AIP se aproxima a una especie de contrato colectivo a favor de terceros (los afiliados o asociados a las partes firmantes que presten su consentimiento), o de un contrato colectivo marco de condiciones generales de contratación, eso sí, con la importante singularidad de su origen no unilateral, sino pactado y *bilateral*, y con la exigencia de una adhesión individual posterior.

---

[30] Cfr. Fernández López, M. F.: "Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *cit*., págs. 38–40.

[31] Cfr. Comisión de expertos para la elaboración de un estatuto del trabajador autónomo: *Un Estatuto para la Promoción y Tutela del Trabajador Autónomo*, octubre de 2005, pág. 128.

Ello es una manifestación preclara del influjo de las técnicas del Derecho privado (de la primacía de la autonomía de la voluntad –individual–) y de no haber construido un verdadero sistema de representación "legal" (general) en este ámbito a efectos de la contratación colectiva.

De ello se desprende que se trata de un contrato colectivo de eficacia limitada dirigido a los afiliados de las asociaciones o sindicatos firmantes "*que hayan prestado su consentimiento"*, sin aplicabilidad automática. Y ello se clarifica más todavía cuando el art. 13.4 LETA prescribe que la "eficacia personal 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). Aquí –a diferencia del sistema de eficacia general– es el vínculo asociativo o sindical del autónomo dependiente el criterio que avala la representación negocial de las partes firmantes y la posible aplicación de cláusulas convencionales en relaciones civiles o mercantiles. Por otro lado, el precepto parece abrir la posibilidad de un doble ámbito regulador: de un lado, lo relativo a las obligaciones creadas entre las partes firmantes (lo que sería el equivalente al contenido obligacional); por otro, las obligaciones destinadas a los afiliados y empresas (contenido normativo cuya aplicabilidad se condiciona al consentimiento del TAED)[32].

El art. 13.4 LETA pone de relieve que el empresario queda afecto al AIP por el mero hecho de la suscripción de éste, mientras que para que sea aplicable al TAED no bastará la sola suscripción del AIP por una asociación o sindicato a la que pertenezca, sino que es necesario el acto de adhesión expreso por parte de cada TAED.

El cuanto al consentimiento del TAED para que el AIP tenga aplicabilidad a su relación contractual con la empresa cliente, el art. 3.2 LETA no señala que ese consentimiento deba ser expreso, de forma que podría deducirse el consentimiento tácito derivado del dato asociativo, siempre que no conste oposición del trabajador autónomo asociado o afiliado. Pero esta posibilidad desaparece cuando el art. 13.4 LETA establece literalmente el carácter "expreso" del consentimiento. Eso sí, habrá de entenderse que el consentimiento no puede producirse con anterioridad a la firma del acuerdo sino una vez conocido su contenido[33]. Como también el consentimiento deberá ser específico para el AIP concreto de que se trate. Así pues, no basta el mero acto afiliativo de pertenencia a la asociación o sindicato firmante del acuerdo para que el AIP firmado por éstas tenga aplicabilidad.

Es de precisar que tampoco se exige que el consentimiento lo exprese la empresa cliente (que ya firmó el AIP), por lo que no se ha de formular de modo bila-

---

[32] En esta dirección, Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 387.

[33] *Vid*. Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., págs. 401–402.

teral, sino que tiene carácter unilateral o potestativo para el autónomo), lo contrario supondría dejar a la exclusiva voluntad de la empresa cliente los casos –y en concreto, los TAED's– a los que se aplica el AIP.

Así pues, serán la asociación o sindicato firmantes los que deban comunicar a la empresa cliente los afiliados o asociados que le han manifestado expresamente su consentimiento para la aplicación del AIP; o bien los propios TAED's los que comuniquen a la empresa cliente firmante su consentimiento para la aplicabilidad del AIP. De nuevo resaltar que no es un acuerdo con aplicabilidad automática (directa) sobre los contratos regulados, sino que se necesita un acto de recepción individual expresa (y su carácter vinculante –en el plano individual– queda condicionado a este elemento adicional).

Una cuestión a dilucidar es si el consentimiento despliega efectos retroactivos sobre la relación contractual individual para el caso de que el AIP ya tuviese vigencia en el momento de prestar el consentimiento. En principio, parece que el AIP solamente desplegaría efectos a partir de la prestación de ese consentimiento, salvo acuerdo en contrario de las propias partes contractuales.

Sin duda, esta dualidad de requisitos (pertenencia al sujeto colectivo negociador, trabajo para la empresa cliente firmante y prestación del consentimiento) puede resultar un indudable freno a la extensión subjetiva del ámbito aplicativo de tales acuerdos. Por otro lado, facilita estrategias de la empresa cliente destinadas a lograr la inefectividad ("vaciamiento aplicativo") del AIP forzando al TAED a descolgarse de lo estipulado en aquél. Un sistema de aplicabilidad automática –aunque limitada subjetivamente– evitaría tales riesgos, y además siempre quedaría abierto a mejoras introducidas por acuerdo individual. Este es un efecto propio de la eficacia normativa, aunque –como sabemos– también se haya aceptado jurisprudencialmente para el convenio colectivo extraestatutario.

La diferencia trascendente con la negociación colectiva laboral es que los convenios colectivos –al menos los estatutarios– se imponen automáticamente también a los trabajadores (como normas indisponibles para el trabajador), que solamente podrían llegar a acuerdos individuales de mejora con su empleador o, como mucho, a pactos transaccionales con los límites y criterios fijados por nuestra jurisprudencia laboral.

Cumplidos los condicionantes para su aplicación, las relaciones civiles y mercantiles de los autónomos económicamente dependientes se regulan mediante estos AAIP negociados "al amparo de las disposiciones del Código Civil".

Dentro de la eficacia de los AIP destaca el efecto de nulidad de la cláusula contractual contradictoria y su sustitución aplicativa por la cláusula convencional. Como indica la norma, realizado el trámite de consentimiento individual "toda cláusula del contrato individual del autónomo económicamente dependiente… será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional" (art. 3.2 LETA), reemplazándose la regulación por lo establecido en la cláusula convencional.

Parece que la regla legal tiene la relevancia de que garantiza una inderogabilidad *in peius* de lo pactado mediante este tipo de AAIP[34]. Y esta es la única novedad de relevancia respecto del marco normativo preexistente (art. 22 CE; art. 1259 C.c.) Conviene matizar que el efecto anulatorio se produce cuando se trate de norma de derecho necesario o cláusula convencional indisponible. Al respecto, a efectos regulativos pueden surgir una serie de relaciones entre el AIE y el contrato individual al estilo de las existentes entre el convenio colectivo y el contrato de trabajo (relaciones de complementariedad, suplementariedad, supletoriedad o de exclusión de la negociación colectiva) deducibles de la propia configuración de las cláusulas del AIP. Sin duda, resulta positivo que la regulación aclare esta regla de primacía jerárquica del AIP sobre el contrato individual, al tener ambos instrumentos naturaleza contractual. Las partes negociales también podrían pactar que parte del clausulado tenga carácter dispositivo para la autonomía individual.

Ello parece la interpretación más aceptable de este efecto anulatorio derivado de la relación entre AIP y contrato individual, esto es, entender que el IP es una norma de mínimos respecto de la autonomía individual, aunque en algunas materias pueda configurarse como derecho necesario absoluto y no dejar espacios de regulación a la autonomía individual. Pero adviértase que el texto legal se expresa más simplemente en términos de "contradicción", sin precisar si ésta se condiciona a que el AIP sea más beneficioso que el acuerdo individual, y ello –al menos en apariencia– parece también vetar acuerdos individuales "alternativos" o simplemente "diferentes" –no necesariamente peyorativos– a lo previsto en el AIP.

El parco régimen previsto en la LETA hará aflorar problemas no resueltos en la norma. Una cuestión que surge es si podría el TAED revocar su consentimiento para que se le aplique el acuerdo y, una vez obtenida la inaplicabilidad el AIP, negociar individualmente las condiciones contractuales. Efectivamente, al tratarse de una voluntad individualizada es *reversible*, y el autónomo podría de manera libre –evidentemente sin que concurran vicios de la voluntad– retirar unilateralmente su consentimiento, lo que tendría como efecto la inaplicabilidad del AIP a su relación contractual[35]. Ello supone una debilitada eficacia vinculante del AIP (en una perspectiva *dinámica o funcional*), como también se presta a maniobras de presión de la empresa para conseguir la inaplicabilidad del AIP. En definitiva, constituye una vía debilitadora de la regla de inderogabilidad *in peius* del API durante su periodo de vigencia, que pone de manifiesto la relevancia atribuida a la autonomía individual en este sistema, y también su mayor flexibilidad respecto de la negociación colectiva laboral.

---

[34] Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 412.

[35] En la dirección propuesta por Cruz Villalón, J.: *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*, *cit*., pág. 46.

También puede resultar problemática la situación en que un TAED cambie de sindicato o de asociación o deje de pertenecer a ellas, ¿seguiría siéndole de aplicación el AIP?

Por lo que respecta a la empresa, ésta quedará afecta al AIP sin necesidad de ratificación o adhesión alguna. No obstante, si se admitiera la posibilidad de acordar a niveles supraempresariales donde el sujeto llamado a suscribir tales acuerdos fuese una o varias asociaciones empresariales, por coherencia, el AIP no vincularía de manera directa y automática a los empresarios representados (no firmantes directos), y sería requerible también una adhesión empresarial al acuerdo. En tales supuestos, el criterio de la eficacia limitada resultará extensible en similares términos a las empresas–clientes afiliadas a las asociaciones empresariales firmantes[36].

5.4. Aspectos procedimentales y formales

En primer lugar, destaca la inexistencia de un deber de negociar, de modo que estamos ante un sistema *puramente voluntarista* de negociación colectiva y es cuando menos dudoso que pueda deducirse un deber de negociar del principio de buena fe. La incorporación expresa de un deber de negociación (junto con un elenco de causas legítimas para la negativa) hubiera sido un instrumento muy adecuado para fomentar el desarrollo de procesos negociadores y la celebración de acuerdos de esta naturaleza[37].

No se contempla tampoco regla alguna sobre la iniciativa negocial, la selección del interlocutor (lo que determina la "unidad de negociación") o si cabe la concurrencia de varios interlocutores por banco. En tal sentido, la empresa goza de absoluta libertad para aceptar o rechazar una negociación como en la propia elección del interlocutor.

El art. 13.4 LETA simplemente indica que los AAIP se "pactarán al amparo de las disposiciones del Código civil". El legislador ha apostado por un modelo de contratación colectiva más informal y flexible, en el que, conforme a la lógica que inspira globalmente la LETA, la autonomía privada –ahora en su dimensión colectiva– sea también la fuente que domine el proceso negociador (y –como ya se ha visto– la eficacia de sus productos negociales). No existen reglas en cuanto a su

---

[36] Algún autor niega la posibilidad de la revocabilidad por parte del TAED, basándose en que la inexistencia de regulación específica al respecto determina la aplicabilidad del principio *pacta sunt servanda*, de manera que el TAED no podría desvincularse unilateralmente sin una causa legal que lo justifique (González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", *cit*., pág. 107).

[37] En este sentido, González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", *cit*., pág. 107; Barrios Baudor, G. L., Apilluelo Martín, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, *cit*., pág. 122.

procedimiento de elaboración, de manera que –respetando las reglas civiles de capacidad y representación, junto con los principios de corrección y buena fe (art. 7 C.c.)[38]– las partes son libres para establecer el modo de celebración de las reuniones de negociación: constitución de la mesa de negociación (número de representantes, presencia o no de asesores, nombramiento de un moderador o presidente de las negociaciones), posibilidad de acudir a procedimientos para solventar el bloqueo de la negociación, modo de desarrollo de las sesiones, formalización del contenido de las reuniones a través de actas, etc.

La legitimación para la constitución de la mesa de negociación así como para la adopción de acuerdos no requiere de reglas de mayoría específicas, dado que el acuerdo se alcanza simplemente por el libre consentimiento prestado por las dos partes que llevan a cabo la negociación.

El único requisito legal es la formalización del acuerdo por escrito (art. 13.2 LETA), por elementales exigencias de seguridad jurídica. Ello cierra el paso a cualquier tipo de AIP celebrado verbalmente o bien tácito. La exigencia escrita puede considerarse como requisito *ad solemnitatem*, de manera que la ausencia de dicha forma llevará aparejada la falta de validez y eficacia de los mismos.

Los AAIP no se someten a requisito alguno de registro y depósito ante la administración laboral, como tampoco de publicidad (lo que disipa cualquier tipo de duda sobre su eficacia contractual). Este último dato refuerza la tesis de que se trata de un instrumento contractual privado y colectivo, típico, pero muy poco intervenido en los aspectos procedimentales. La falta de publicidad implica que deberá probarse su existencia y contenido en caso de litigio (en relación a ellos no es de aplicación el principio *iura novit curia*).

5.5. Contenido de los AAIP

Con carácter general, los acuerdos "*podrán* establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de la contratación" (art. 13.1 LETA). Adicionalmente, el articulado de la LETA prevé remisiones específicas al AIP para la regulación de posibles materias. Estas remisiones, que cabe considerar a título ejemplificativo, son las siguientes: la ampliación de la duración de la interrupción anual de la actividad por parte del autónomo más allá de los 18 días hábiles previstos legalmente (art. 14.1 LETA); la determinación del descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal (art. 14.2 LETA); el incremento máximo posi-

[38] Sirvent Hernández, N.: "Los acuerdos de interés profesional…", *cit*., pág. 10.

ble del tiempo de actividad pactado contractualmente (art. 14.3 LETA); la fijación de la cuantía de la indemnización a percibir por el autónomo cuanto éste tenga derecho a percibirla con ocasión de la extinción del contrato con la empresa para la que ejecuta su actividad (art. 15.4 LETA); la fijación de causas de interrupción de la actividad por parte del autónomo, adicionales a las contempladas legalmente (art. 16.2 LETA).

La LETA no impone un contenido mínimo al AIP, aunque un mínimo imprescindible será necesario para identificar el acuerdo, la determinación de los sujetos firmantes y sus potenciales destinatarios (alcance personal), así como su vigencia temporal (reglas de denuncia y prórroga, de retroactividad o ultraactividad) dado el deterioro de los contenidos y la necesidad de su actualización periódica.

El art. 13.3 LETA establece una regla superflua por innecesaria, al indicar que estos acuerdos están sujetos a las "disposiciones *legales* de derecho necesario" (declarándose nulas las cláusulas convencionales contrarias a las mismas); como también incompleta (¿acaso no están sujetos a las normas reglamentarias?).

Las cláusulas podrán dirigirse: bien a la creación de obligaciones y derechos para "las partes firmantes" (contenido "colectivo" u "obligacional"), como a la creación de obligaciones y derechos para los sujetos representados (TAED'S individualmente considerados) (contenido "individual" o "normativo"). Ello se deduce del art. 13.4 LETA, cuando afirma que la eficacia del AIP se limitará "a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes". Esto abarcaría la previsión de derechos colectivos de los TAED'S en la empresa cliente (institucionalización de órganos de representación colectiva y derechos de participación en la empresa cliente).

Las cláusulas no podrán establecer obligaciones a quienes no sean destinatarios de tales acuerdos (efecto relativo del AIP). Reténgase que los terceros podrían impugnar directamente el mismo por motivos de lesividad.

Interesa destacar la regla por la cual se establece que los AAIP "observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia" (art. 13.1 *in fine* LETA). Esta compatibilidad deberá verificarse en función de los efectos que los AIP produzcan sobre la competencia desde el punto de vista de los usuarios y consumidores finales de los productos o servicios ofrecidos al público en general.

La Ley 15/2007, de defensa de la competencia, define como conductas colusorias prohibidas todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional ,declarando expresamente comprendidas en estas la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (art. 1). En nuestro ordenamiento la protección específica constitucional con que cuenta la negociación colectiva ha permitido dejar ésta –en términos genera-

les, aunque con excepciones– inmune a la acción de la normas de la competencia[39]. Pero las bases estrictamente privatistas que inspiran la regulación de la LETA dejarán sentir sobre los AAIP, con muchísima mayor intensidad, la incisiva lógica de las normas de la competencia, pues es evidente que existe el riesgo de que a través de ellos se produzcan limitaciones de la libertad de prestación de servicios profesionales y la consiguiente distorsión de las reglas mercantiles del libre mercado[40]. Una nueva problemática queda abierta y habrá de esperarse a los pronunciamientos jurisprudenciales para conocer exactamente el alcance de una norma que, por otro lado, podría haber sido más explícita y aclaratoria en este punto[41].

A nadie escapa que las subidas de tarifas negociadas se trasladarán vía precios por parte de la empresa cliente, pero ello no parece que suponga ningún atentado a la libre competencia. Tampoco constituyen una imposición, sino el resultado del libre acuerdo de las dos partes concernidas; como también conviene no perder de vista que la aplicación del AIP se supedita al consentimiento individual de cada autónomo. De otro lado, la misma Ley 15/2007 declara exentas de la LDC las conductas que "resulten de la aplicación de una ley" (art. 4), como es el caso.

Toda negociación colectiva implica un cierto efecto de limitación de la competencia entre los propios prestatarios de servicios (son conocidas las teorías sobre el efecto "monopolizador" de la mano de obra por la vía de la acción sindical), de forma que la justificación de la restricción puede venir proporcionalmente justificada en atención a razones de política social. En este sentido, aunque se trate de instrumentos para fijar los precios de los servicios de los autónomos, y constituir en teoría una práctica colusoria, encajan en la inaplicación de la prohibición prevista en el art. 3 LDC, pues pueden considerarse acuerdos que "mejoran la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico" dentro de ciertas condiciones, supuesto en el que se ubicarían estos acuerdos colectivos, cuya finalidad no es perjudicar los intereses de los

---

[39] Referida a las negociaciones la buena fe asume especialmente el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una ellas tiene el deber de informar de las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que pueden resultar determinantes para la prestación del consentimiento (o su prestación en términos diferentes); se considera contraria a la buena fe una ruptura de las negociaciones imprevista e injustificada, y acaecida en el momento en el que la otra parte tenía motivos para confiar en la conclusión futura del contrato y había realizado, en consideración al mismo, gastos para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales (*vid*. Galgano, F.: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 461–463); en definitiva, implica un genérico deber de cooperación de las partes interesadas para que la negociación llegue a buen fin.

[40] *Vid*. Guamán Hernández, A.: *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, especialmente págs. 193 y sigs; Fernández López, M. F.: "Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *cit*., págs. 40–43.

[41] García Jiménez, M., Molina Navarrete, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, *cit*., pág. 173.

consumidores, sino mejorar la situación del profesional que presta sus servicios para empresas de las que dependen económicamente teniendo muy mermado su poder negociador[42]. Esto es, se dirigen a evitar prácticas abusivas respeto de los trabajadores que prestan sus servicios a las empresas cliente como autónomos dependientes.

En consecuencia, lo que está en juego es la tutela de los intereses contractuales de los TAED'S, lo que determinará las relaciones entre los AAIP y la libre competencia. Ello impone un equilibrio ("proporcionalidad") entre las funciones perseguidas por el acuerdo colectivo y su repercusión sobre el mercado de bienes y servicios, de modo que no serían admisibles los acuerdos en los que los efectos sobre la competencia del mercado excedan de los imprescindibles para alcanzar los objetivos propios de los AAIP. Ello conlleva una inmunidad "limitada o condicionada" de los AAIP frente a las reglas de defensa de la competencia, esto es, la imposibilidad que introduzcan restricciones injustificadas a la libre competencia[43].

De ello se desprende que la limitación relativa al respeto de los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia no conlleva tampoco la imposibilidad de pactar en los AAIP los honorarios, haberes, comisiones o precio de los servicios que perciba el autónomo, pues ésta es la materia económica más prototípica de un acuerdo de interés profesional, aparte de quedar englobada perfectamente en la cláusula general del art. 13.1 LETA[44], no contradicha de manera expresa por norma alguna del propio texto legal. En cualquier caso, el mecanismo de adhesión individual preserva la posibilidad de auto–exclusión del TAED del régimen previsto en el AIP.

Otra cuestión diferente es que las empresas cliente de manera concertada pudieran utilizar disfuncionalmente este instrumento como práctica colusoria de la competencia, pues ello podría ir en perjuicio de los consumidores y otras empresas.

Además de lo señalado, a través de los AAIP se pueden instituir órganos específicos de solución de conflictos (art. 18.1 LETA), incluida la institucionalización de sistemas de conciliación equivalentes a la conciliación preprocesal obligatoria (art. 63 LPL). Tales procedimientos estarán basados en los principios de gratuidad, celeridad, agilidad y efectividad (art. 18.2 LETA), teniendo fuerza ejecutiva lo acordado en avenencia entre las partes intervinientes, sin necesidad de ratificación ante el órgano judicial, y pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sen-

---

[42] Cfr. González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", *cit*., págs. 99–102.

[43] Vicente Palacio, A.: "Artículo 13. Acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 286.

[44] Luque Parra, M., Martínez Fons, D.: "Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV., Del Rey Guanter, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 205.

tencias (art. 18.3 LETA). Entre estos órganos específicos, podrán crearse comisiones paritarias para los conflictos derivados de la aplicación e interpretación del convenio (interpretación "auténtica"), como también "*mecanismos preventivos*" de evitación del conflicto. Lo cierto es que la instauración efectiva de estos mecanismos requerirá, además del reconocimiento legal, una legislación promocional con apoyo financiero.

Importa destacar que la disp. adic. 1ª.Cinco LETA modifica el art. 63 LPL, para aclarar que también los AAIP pueden constituir órganos que asuman las funciones dirigidas a la celebración del intento de conciliación, como requisito previo para la tramitación del proceso.

5.6. Aplicación, interpretación e impugnación de los AAIP

Una de las vertientes en las que se demuestra que el Estatuto es una "norma de frontera"[45] se conecta con las competencias atribuidas a la jurisdicción social en este ámbito, suponiendo una nueva fractura en la correlación derecho sustantivo/derecho procesal. Conforme al art. 17.2 LETA: "Los órganos jurisdiccionales del orden social serán también 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".

A tal efecto, según la naturaleza de la pretensión procesal –individual o colectiva– y la materia sobre la que verse, la aplicación e interpretación judicial se llevará a efecto por el proceso correspondiente (proceso ordinario o proceso especial que corresponda), lo que conllevará un inevitable intregración normativa por parte de la jurisprudencia, dado que los ajustes normativos en la LPL han sido parciales e incompletos.

En el plano individual, las cláusulas de los AAIP se aplicarán e interpretarán en procesos individuales, y cuando lo planteado sea un conflicto colectivo vinculado a la interpretación de una cláusula del AIP la tramitación será la de los arts. 151 y sigs. LPL (como demanda relativa a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores).

En principio, esta remisión abarca también el control de legalidad de los AAIP[46], aunque no parece que esté incluida la vulneración de las normas relativas a la defensa de la competencia. No obstante, en este punto cabe recordar que el

---

[45] *Vid*. Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 404.

[46] García Murcia, J.: "El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos", *AL*, núm. 18, 2007, págs. 2167–2168.

orden social de la jurisdicción es competente para conocer prejudicialmente en los amplios términos del art. 4 LPL, en aras de la resolución de asuntos de su competencia. Se trata pues, de una competencia jurisdiccionalmente compartida en razón del ámbito material de la legalidad conculcada por el AIP. La LDC otorga esta función de control a la CNC, sin perjuicio de las competencias de las CC.AA. en sus ámbitos, y a los Juzgados de lo Mercantil, respecto de las conductas que puedan entenderse colusorias de la competencia o de abuso de posición dominante en el mercado (disp. adic. 1ª LDC). Por otro lado, si el AIP atenta contra la libre competencia, podría dar lugar a la intervención de los órganos administrativos establecidos para el enjuiciamiento de tales conductas (Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las CCAA), que daría lugar a la imposición de sanciones administrativas, recurribles ante la jurisdicción contencioso–administrativa (art. 48.1 LDC). Los cauces son inciertos y abonan una situación propicia al "peregrinaje de jurisdicciones", máxime cuando pueden existir terceros perjudicados[47]. Los órganos judiciales pueden asesorarse por la Comisión Nacional de la Competencia (art. 16.1 LDC).

Las causas justificativas de la impugnación pueden consistir tanto en la ilegalidad como en la lesividad respecto de intereses de terceros. *V. gr.* asociaciones de defensa de consumidores y usuarios cuando el AIP vulnere las reglas de defensa de la competencia, aunque esta materia parece estar excluida de la competencia jurisdiccional del orden social.

Por lo que respecta a la legitimación procesal no se han realizado las adaptaciones correspondientes en la LPL en relación al procedimiento de conflicto colectivo y de impugnación de convenios colectivos (en este caso, de un AIP), por lo que puede ser un ámbito problemático. En principio, puede considerarse que: no cabe una impugnación de oficio por parte de la Administración laboral; salvo que se trate de lesividad a terceros, los sindicatos o asociaciones no firmantes no tendrían legitimación activa (por tratarse de acuerdos de eficacia limitada); no es posible una impugnación individual abstracta de los AAIP, aunque puede conseguirse su inaplicabilidad de la cláusula ilegal ante la demanda de tutela judicial de un asunto específico en un litigio individual; por lo que respecta a la legitimación pasiva, el art. 17.3 LPL establece que: "Las organizaciones de trabajadores autónomos tendrán legitimación para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ella firmados" (igualmente la tendrán los sindicatos firmantes como las empresas clientes cuando sean firmantes de tales acuerdos); la sentencia "colectiva" tendrían los mismos efectos sobre los procesos individuales pendientes, y no podrá entenderse de eficacia general al versar sobre un instrumento que carece de la misma. El

---

[47] El art. 2 p) LPL atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan en relación con el "régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva" de los TAED, e indudablemente los acuerdos forman parte de su régimen profesional.

alcance del fallo judicial será variable en función de cuál sea la causa de la impugnación y la naturaleza de la ilegalidad.

En caso de nulidad, si la ilegalidad reside en una irregularidad formal o de procedimiento insuperable la declaración sería la de nulidad total (como AAIP "estatutario"), aunque en algunos casos cabría la posibilidad e subsanación de tales defectos de tramitación. Si se trata de impugnaciones de fondo, conviene tener en cuenta que la legislación civil se inspira en el principio de conservación del negocio jurídico, por lo que normalmente la nulidad será parcial, aunque aquí se presenta problema de la ruptura del equilibrio interno (–interprestacional–), lo que probablemente determine la necesidad de establecer cláusulas de vinculación a la totalidad.

5.7. Algunas cuestiones finales

Cabría plantearse la viabilidad jurídica de acuerdos de interés profesional "atípicos" (o "paraestatutarios"), esto es, para los acuerdos que extralimiten las reglas de la LETA. En principio, parece admisible dadas las facultades derivadas de la autonomía de acción reconocida a las asociaciones profesionales del colectivo [*ex* art. 19.2 c) LETA], como en general, de la autonomía negocial derivada del art. 1255 C.c., que amparan la celebración de acuerdos en torno a los intereses económicos y profesionales del TAED[48]. Serían AAIP "extraestatutarios", sujetos exclusivamente a las reglas del Derecho común. Se trataría de la conocida figura de Derecho privado conocida como el "contrato normativo", en este caso colectivo, destinado no a la constitución de relaciones contractuales (eficacia constitutiva), sino a la fijación de las condiciones contractuales de futuros contratos (eficacia reguladora). En principio, ello es posible, pues nos encontramos en el ámbito del Derecho privado de la contratación (principio de autonomía de la voluntad) y no existe prohibición alguna al respecto, aunque queden –como es obvio– sujetos al respeto del principio de libre competencia (cuya potencial vulneración aquí será más intensa, por abuso de posición dominante, etc.).

En general, tampoco el resto de trabajadores autónomos –los que no son económicamente dependientes– tienen prohibida la posibilidad de negociar acuerdos colectivos que fijen sus condiciones contractuales. En cualquier caso, la libertad individual se respeta, al requerirse –siempre conforme a las reglas de Derecho común– el consentimiento individual (y no constituir un sistema con aplicabilidad automática) ningún obstáculo a que el sistema –con los correlativos ajustes en la legitimación negocial– se hubiera previsto también para los autónomos puros pues

---

[48] Un análisis detallado puede verse en Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., págs. 414 y sigs.

todos se sujetarían al principio de voluntariedad individual. Actualmente una negociación colectiva para autónomos puros sería perfectamente posible, aunque no queda garantizada la primacía del acuerdo colectivo sobre el individual (inderogabilidad *in peius*), al tratarse ambos de instrumentos de eficacia puramente contractual (su eficacia se regiría estrictamente por lo previsto en los arts. 1255 y 1257 C.c.)[49]. La LETA no prohíbe expresamente que los autónomos independientes puedan regular colectivamente sus condiciones de contratación, pero de llegar a existir sería al margen de la regulación de la LETA, y se verían sujetos más intensamente al *test* de compatibilidad con la normativa reguladora de la competencia, pues podrían tener perfectamente la consideración de prácticas colusorias para restringir la competencia[50].

BIBLIOGRAFÍA

APILLUELO, MARTÍN, M.: *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BARRIOS BAUDOR, G. L., APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Thomson–Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

BARTÉLÉMY, J.: "Une convention collective de travailleurs indépendants?", *DS*, núm. 1, 1997, págs. 40–47.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo", *AS*, núm. 14, 2004.

CEINOS SUÁREZ, A.: "Autónomos económicamente dependientes", en AA.VV., García Murcia, J. (dir.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

COING, H.: *Derecho privado europeo*, tomo II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO: *Un Estatuto para la Promoción y Tutela del Trabajador Autónomo*, octubre de 2005.

---

[49] En esta dirección, Martínez Abascal, V.–A.: "El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo (I)", *AS*, núm. 2, 2008, pág. 106.

[50] *Vid*. Cruz Villalón, J.: "Los acuerdos de interés profesional", *cit*., pág. 389; Selma Penalva, A.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", *cit*., págs. 162–163.

[51] González Biedma, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", *cit*., pág. 89.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales", *RL*, 2000 (I), págs. 533–567.

CRUZ VILLALÓN, J.: "El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos", *TL*, núm. 8, 2005, págs. 11–24.

CRUZ VILLALÓN, J.: "Los acuerdos de interés profesional", en AA.VV., Cruz Villalón, J., Valdés Dal–Ré, F. (dirs.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.

CRUZ VILLALÓN, J.: *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*, Documento de trabajo 17/2003, Fundación Alternativas, 2003.

DE LUCA TAMAJO, R.: "I processi di esternalizzazione *intra moenia*", en AA.VV., Colonna, M., Pugliese, E. (a cura di), Il futuro del lavoro in Europa. Occupazione, diritti civili, diritti sociali, ESI, Napoli, 2007.

DELLA ROCCA, G., FORTUNATO, V.: *Lavoro e organizzazione. Dalla fabbrica alla società postmoderna*, Laterza, Roma–Bari, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: "Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *RDS*, núm. 42, 2008, págs. 13–44.

GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GARCÍA JIMÉNEZ, M., MOLINA NAVARRETE, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2008.

GARCÍA MURCIA, J.: "El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos", *AL*, núm. 18, 2007, págs. 2156–2168.

GARCÍA MURCIA, J.: "La problemática "laboral" del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente", *REDT*, núm. 126, 2005, págs. 19–46.

GARCÍA MURCIA, J.: "Trabajo autónomo", en AA.VV., García Murcia, J. (dir.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

GOERLICH PESET, J. M., PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ BIEDMA, E.: "Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo", en AA.VV., Del Rey Guanter, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GUTIÉRREZ–SOLAR CALVO, B., LAHERA FORTEZA, J.: "Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo", en AA.VV., Cruz Villalón, J., Valdés Dal–Ré, F. (dirs.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.

GUTIÉRREZ–SOLAR CALVO, B.: "El "autónomo económicamente dependiente": problemática y método", *AS*, núm. 18, 2003.

GUTIÉRREZ–SOLAR CALVO, B.: "La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatuaria", *RL*, 2001 (I), págs. 687–712.

GUTIÉRREZ–SOLAR CALVO, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", *DL*, núm. 73, 2005, págs. 55–94.

LYON–CAEN, G.: "The Evolution of Labor Law", en AA.VV., *Labour Law in the Post–Industrial Era*, Dartmouth, Aldershot, 1994.

LUJÁN ALCARAZ, J.: "Fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo", en AA.VV., Luján Alcaraz, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

LUJÁN ALCARAZ, J.: "Reflexiones sobre el papel del Derecho del Trabajo en la actual revitalización del trabajo autónomo", *AS*, núm. 15, 2001.

LUQUE PARRA, M., MARTÍNEZ FONS, D.: "Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV., Del Rey Guanter, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.–A.: "El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo (I)", *AS*, núm. 2, 2008, págs. 89–106.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, CEF, Madrid, 2006.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Trabajadores en la Frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo", *Estudios financieros.RTSS*, núm. 295, 2007, págs. 43–142.

MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La función de la autonomía colectiva en el escenario post–industrial", *iustel.RGDTSS*, núm. 5, 2004.

MONTOYA MELGAR, A., MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Civitas, Madrid, 2007.

OJEDA AVILÉS, A.: "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos", *AS*, núm. 5, 2000.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "El trabajo autónomo y propuestas de refundación del Derecho del Trabajo", *RL*, 2000 (I), págs. 429–444.

PÉREZ CONESA, C.: *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina general del contrato*, tomo II, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1988.

RIVAS VALLEJO, P.: "Aspectos estructurales y primeras reflexiones sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo", *REDT*, núm. 136, págs. 763–812.

RIVERO LAMAS, J., MONEREO PÉREZ, J. L., OJEDA AVILÉS, A.: "Trabajo asalariado y trabajo autónomo: las nuevas fronteras del Derecho del Trabajo", en AA.VV., *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Cacucci Editore, Bari, 2003, págs. 113–162.

RODRÍGUEZ–PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E.: "El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo", *RL*, 2000 (I), págs. 73–89.

SAGARDOY BENGOECHEA, J. A.: *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Cinca, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ TORRES, E.: "Los derechos colectivos del trabajador autónomo", en AA.VV., Del Rey Guanter, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

SANGUINETI RAYMOND, W.: "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales ¿un criterio en crisis?", *TL*, núm. 40, 1996, págs. 53–71.

SELMA PENALVA, A.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV., Luján Alcaraz, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

SELMA PENALVA, A.: "El trabajo autónomo dependiente en el siglo XXI", *REDT*, núm. 133, 2007, págs. 151–192.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: "Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados", *TL*, núm. 81, 2005, págs. 173–206.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: "Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes", *iustel.RGSTSS*, núm. 15, 2007 [publicado también en *Estudios financieros.RTSS*, núm. 296, 2007, págs. 49–66].

SUPIOT, A. (Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

TÁRRAGA POVEDA, J.: "Los derechos colectivos del trabajador autónomo", en AA.VV., Luján Alcaraz, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

VALDÉS ALONSO, A.: "El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación", *RMTAS*, núm. 26, 2000, págs. 13–44.

VALDÉS DAL–RÉ, F.: "Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo", *RL*, núm. 7, 2008, págs. 5–14.

VALVERDE ASENCIO, A. J.: "Condiciones de trabajo del autónomo dependiente: protección y tutela del contratante débil, *TL*, núm. 81, 2005.

VICENTE PALACIO, A.: "Artículo 13. Acuerdos de interés profesional", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*, García Ninet, J. I. (dir.), CISS, Valencia, 2007.

ZACHERT, U.: "Trabajo autónomo: el ejemplo alemán", *RDS*, núm. 22, 2003, págs. 9–18.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS SOBRE DERECHOS: UNA REVISIÓN CRÍTICA

Mª Isabel Granados Romera
Profesora Colaboradora Doctora de la Universidad de Granada

ÍNDICE

1. Inconvenientes técnicos de la negociación colectiva como instrumento de solución de conflictos colectivos

2. Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos y la indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva

2.1. La interpretación normativa con carácter vinculante contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva

2.2. Las especialidades de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva en el Ordenamiento Jurídico–Laboral

2.3. El derecho a la tutela judicial efectiva: límite implícito del derecho de negociación colectiva.

1. INCONVENIENTES TÉCNICOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

El derecho a la negociación colectiva, regulado en el art. 37.1 de la Constitución Española (en adelante CE), atribuye a los representantes de los trabajadores y empresarios[1] capacidad normativa creadora[2] para la ordenación de las relaciones de trabajo, y es precisamente a través del convenio como se regulan tales relaciones, connaturalmente conflictuales[3]. Es decir, el convenio colectivo es la expresión formal del acuerdo que resuelve los conflictos de intereses en los que se encuentran inmersos trabajadores y empresarios. Consecuentemente el convenio colectivo es el primero y fundamental sistema de solución de conflictos colectivos de intereses. Es cierto que en ocasiones la negociación directa no es suficiente para resolver el conflicto, y por ello es necesario recurrir a instrumentos que vienen a favorecer a aquella, no obstante el resultado es el mismo, un convenio colectivo que ha sido igualmente fruto de la negociación aunque en este caso haya sido, asistida, al ponerse en práctica los denominados procedimientos extrajudiciales de solución autónoma.

Sin embargo, el Legislador a través de distintos preceptos ha reconocido a los interlocutores sociales competencia para que resuelvan conflictos sobre interpretación y/o aplicación de normas. El art. 91 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), atribuye dicha facultad cuando se trata de conflictos sobre normas convencionales, el art. 154 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para cualquier modalidad de conflicto jurídico, pues el mismo hace de la conciliación requisito *sine qua non* para poder iniciar el proceso de conflicto colectivo, procedimiento cuyo objeto no es únicamente la interpretación y aplicación de normas de origen convencional sino de cualquier norma jurídica cuando el interés que se pretenda tutelar sea de naturaleza colectiva. Igualmente se ha de mencionar el art. 24 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo (RDLRT), relativo al procedimiento administrativo de conflicto colectivo, procedimiento a

---

[1] El derecho "es atribuido a instancias colectivas (estructuras organizativas, estables o espontáneas, sindicales y no sindicales) para la defensa de intereses colectivos o generales de los grupos sociales", pero de esta libertad negocial no disfrutan los sujetos individuales representados colectivamente, se trata de un derecho colectivo. (*Vid*. Monereo Pérez, J.L., "El derecho a la negociación colectiva" en VV. AA., *Comentario a la Constitución socio–económica de España*, Dir. por J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.N. Moreno Vida, Granada, Comares, 2002, p. 627).

[2] *Vid*. Borrajo Dacruz, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 16ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 292.

[3] En este sentido Correa Carrasco, M., *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 211.

través del cual se pueden resolver tanto conflictos de reglamentación, como conflictos sobre interpretación de cualquier tipo de norma (así se deduce del art. 25 del citado texto normativo). Incluso el art. 41 de la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, una vez indicados los procedimientos judiciales adecuados para resolver las distintas cuestiones litigiosas que puedan plantearse, señala su carácter no vinculante y la posibilidad de acudir a los procedimientos de solución extrajudiciales, entre los que evidentemente se encuentran los autónomos.

También los interlocutores sociales apuestan de un modo claro por la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos, todos los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos actualmente vigentes en nuestro país así lo prevén[4]. Consideran válidos los procedimientos de conciliación y/o mediación o arbitraje voluntario para la solución de los conflictos de interpretación y/o aplicación ya sea sobre normas estatales o convencionales.

---

[4] *Vid*. Art. 4.1.a) del III Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC–III) (BOE de 29 de enero de 2005); Estipulación Tercera c) del Acuerdo Interprofesional para la constitución del sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía (BOJA de 23 de abril de 1996); art. 4 del III Acuerdo sobre solución Extrajudicial de Conflictos Laborales en Aragón (BOA de 9 de enero de 2006); art. 3 del Acuerdo Interprofesional sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Asturias (AISECLA) (BOPA de 10 de noviembre de 2003) y art. 10 del Reglamento de Funcionamiento del Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos (BOPA de 13 de junio de 2005); art. 6.1 del II Acuerdo Interprofesional sobre renovación y potenciación del «Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Illes Balears» (TAMIB) (BOIB de 3 de febrero de 2005); art. 21 del Acuerdo Interprofesional Canario por el que se modifican y refunden los Acuerdos sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (BOC de 30 de julio de 2004); art. 5.1 del V Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Laborales (BOC de 13 de noviembre de 2007); art. 4.1 del Acuerdo Sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Castilla–La Mancha (ASEC–CLM) (DOCM de 23 de agosto de 1996); art. 8 del II Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla y León (II ASACL) (BOCyL de 20 de mayo de 2005); art. 14 del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Laboral de Cataluña (DOGC de 15 de septiembre de 1999); art. 6 del IV Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana (DOCV, de 26 de julio de 2005); art. 5.1.a) del Acuerdo Interprofesional sobre Solución de Conflictos Laborales de Extremadura (ASEC–EX) (DO de 16 de abril de 1998); art. 4 del Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo (AGA) (DO de 8 de abril de 1992), Revisado el 15 de marzo de 1995(DOG de 4 de mayo de 1995); art. 10.1 del Reglamento del Tribunal Laboral de Mediación, Conciliación y Arbitraje de La Rioja (BOR de 2 de enero de 1997); art. 3 del Acuerdo Interprofesional sobre la creación del Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid (BOCM de 7 de marzo de 1995); art. 5.1 del II Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales en la Región de Murcia (ASECMUR–II) (BORM, de 15 de junio de 2005); art. 4 del Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Laborales de la Comunidad Foral de Navarra (BON de 10 de mayo de 1996); art. 8 del III Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos voluntarios para la Solución de Conflictos Laborales (PRECO) (BOPV de 4 de abril de 2000).

De forma mayoritaria tal regulación se considera un éxito, consolidación y desarrollo de la negociación colectiva[5]. No obstante, al tratarse de la solución de conflictos interpretativos y/o aplicativos, aceptarla sin más estimo que es –cuando menos– imprudente para un jurista, y ello por las razones que a continuación se señalan.

La solución de los conflictos sobre derechos ha de tener lugar a través de la interpretación y/o aplicación de una norma, dado que el conflicto sobre derechos es una discrepancia sobre el sentido de una norma "de la realidad de su aplicación, o de su cumplimiento"[6]. La utilización de la negociación colectiva (procedimientos autónomos: conciliación, mediación o arbitraje voluntario), para la solución de tal modalidad de conflictos implicaría que los interlocutores sociales tienen atribuida competencia para interpretar y aplicar las normas con carácter vinculante, pues de no reconocerse dicha condición a la solución autónoma, ésta carecería de toda virtualidad. Ahora bien, ante tal estado de cosas, es ineludible determinar si la utilización de la negociación colectiva para la solución de conflictos colectivos sobre derechos afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se encuentra en juego un derecho fundamental.

2. LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS Y LA INDEMNIDAD DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1. La interpretación normativa con carácter vinculante contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra regulado en el art. 24 del Texto Constitucional, es un derecho de contenido complejo[7] lo que sin duda difi-

---

[5] *Vid*. Entre otros Valdés Dal–Re, F., "El ASEC: apuntes sobre su texto y su contexto", *La Ley*, 1998–I, p. 44 o "Problemas aplicativos de la ordenación del arbitraje en conflictos colectivos previstos en el ASEC", *La Ley*, 2000, p. 12. Y Fernández López, M.F. "El sistema de solución de conflictos colectivos en la Comunidad Autónoma de Andalucía: concreción de un diseño global", en VV.AA., *Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía*, Coord. Cruz Villalón, J. y Rodríguez–Piñero y Bravo Ferrer, M., Sevilla, CARL, 2003, p. 317.

[6] Vid. Vida Soria, J., "La distinción entre conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses en la problemática general de los conflictos colectivos de trabajo" en VV.AA., *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1968, p. 38.

[7] En este sentido Díez–Picazo Giménez, I., "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo–agosto, 2000, p. 14, que lo describe como "complejo y poliédrico derecho fundamental".

culta cualquier aserto sobre el mismo, no obstante podría definirse como el derecho de toda persona (física o jurídica), al libre acceso a los órganos jurisdiccionales para obtener de éstos la protección de derechos subjetivos o de intereses legítimos a través de una resolución fundada en Derecho. De lo cuál se deduce, que el contenido básico del derecho a la tutela judicial, fundamento de todos los demás aspectos del mismo, es el acceso a la jurisdicción. Es decir, en virtud del art. 24 CE la protección de cualquier derecho subjetivo o interés legítimo, a través de los Tribunales de Justicia, necesariamente ha de ser viable. De modo que la norma que excluyera del acceso a los órganos judiciales a cualquier persona o cualquier situación jurídica sería claramente inconstitucional[8]. Por supuesto no se puede hacer una interpretación simplista, considerando que basta con permitir el acceso a los Juzgados y Tribunales. Será necesario que los órganos judiciales emitan una resolución sobre el fondo de la cuestión que ha sido planteada[9], y que ésta esté fundada en Derecho[10].

Es obligado matizar que el derecho a una resolución de fondo no significa, en ningún caso, que haya de ser favorable[11], y por supuesto dicho derecho tampoco excluye la introducción, por parte del Legislador, de requisitos procesales de acceso a la misma. Ahora bien, como en numerosas ocasiones ha manifestado el Tribunal Constitucional[12], tales requisitos no podrán ser arbitrarios, absurdos o desproporcio-

---

También Lorca Navarrete, J.F., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Madrid, Ediciones Piramide, 1995, p. 192; De Bartolomé Cenzano, J.C., *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, p. 221, entre otros.

[8] *Vid*. Díez–Picazo Giménez, I. "Artículo 24. Garantías Procesales", en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. por O. Alzaga Villaamil, tomo III, Madrid, EDERSA, 1996, p. 37.

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional declaró derogados en virtud del art. 24.1 CE y la disposición derogatoria tercera, aquellos preceptos legales [art. 40 d) y f) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956] que impedían el control por los Tribunales contencioso-administrativos de la legalidad de determinados actos administrativos (ATC 60/1980, de 22 de octubre y STC 39/1983, de 17 de mayo, f. j. 2º). También se ha considerado inconstitucional una norma legal que imponía a las partes de una relación jurídica, salvo pacto en contrario de éstas, recurrir al arbitraje y no a la jurisdicción (STC 174/1995, de 23 de noviembre sobre el artículo 38.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres).

[9] *Vid*. Y Borrajo Iniesta, I., Díez–Picazo Giménez, I., Fernández Farreres, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, Civitas, 1995, p. 31.

[10] En este sentido STC 123/1997, de 1 de julio (f.j. 3º); 8/1998, de 13 de febrero (f.j. 3º); 115/1999, de 14 de junio (f.j. 2º); 122/1999, de 28 de junio (f.j. 2º); 157/1999, de 14 de septiembre (f.j.2º); 167/1999, de 27 de septiembre (f.j.2º); 108/2000, de 5 de mayo (f.j.3º); STC 196/2005, de 18 de julio (f.j. 3º).

[11] Así lo ponen de manifiesto: STC 114/1990, de 21 de junio (f.j. 3º); STC 269/2005, de 24 de octubre (f.j. 2º), entre otras.

[12] En este sentido, por todas, SSTC 22/1985, de 15 de febrero (f.j. 6º); 32/1991 de 14 de febrero (f.j. 4º); 48/1995, de 14 de febrero (f.j.2º); 76/1996, de 30 de abril (f.j. 2º) y 230/2001, de 26 de noviembre (f.j. 3º).

nados, sino que tendrán un carácter instrumental para una adecuada administración de la justicia, y preservación de otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos[13]. Es más, la interpretación que se haga de tales requisitos procesales habrá de ser la más favorable para posibilitar que exista una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión, existiendo en este aspecto la regla de la subsanabilidad[14], con objeto de asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial[15].

Evidentemente el derecho a la tutela judicial efectiva también implica el derecho a que la resolución judicial se cumpla[16], es decir, la ejecución de los pronunciamientos judiciales[17] y el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales[18].

---

[13] *Vid*. SSTC 206/1987, de 21 de septiembre (f.j.5º); 147/1989, de 21 de septiembre (f.j. 6º); 114/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3º), entre otras.

[14] "Es decir aunque hay que cumplir los presupuestos procesales que no pueden dejarse al arbitrio de las partes, no toda irregularidad meramente formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de forma que no es lo mismo un rigor formal justificado que un exceso de formalismo. Criterios orientadores para distinguir uno y otro, son el de estabilidad y fuerza intrínseca de los hechos y, especialmente, el de proporcionalidad, que impone un tratamiento distinto para los diversos grados de defectuosidad de los actos", STC 123/1986, de 22 de octubre (f.j. 2º).

Sobre este tema la profesora Saez Lara se pronuncia en este sentido: "Este derecho impone al órgano judicial los correlativos deberes de control de oficio, de dar ocasión y facilitar la subsanación de todos los defectos subsanables y, en su caso, de dictar una decisión inadmisoria de la demanda motivada y proporcionada a la efectividad del derecho de acceso al proceso", *vid*. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, Civitas, 2004, p.41.

[15] SSTC 1/1989, de 16 de enero (f.j. 3º); 201/1992, de 19 de noviembre, (f.j. 2º); 220/1993, de 30 de junio (f.j. 4º); 322/1993, de 8 de noviembre (f.j. 3º); 191/1997, de 10 de noviembre, (f.j. único); 215/1997, de 27 de noviembre (f.j. único); 89/1999, de 26 de mayo (ff.jj. 3 y 4); y 133/2000, de 16 de mayo (f.j. 3º), entre otras muchas.

[16] En este sentido STC 32/1982, de 7 de junio: "*El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones*" (f.j. 2º)

[17] Lo que incluye igualmente la denominada tutela cautelar, es decir "el derecho a que la ley prevea y los órganos judiciales adopten medidas cautelares tendentes al aseguramiento de la eficacia eventual sentencia estimatoria de la pretensión formulada que se pueda dictar en el proceso principal", *vid*. Díez–Picazo Giménez, I., "Artículo 24. Garantías procesales", *Op. Cit*., p. 47.

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de manifiesto esta idea: STC 14/1992, de 10 de febrero (f.j. 7º); STC 238/1992, de 17 de diciembre (f.j. 3º); STC 218/1994, de 18 de julio (f.j. 3º).

[18] En el art. 24 de la Constitución se reconocen además toda una serie de garantías procesales con el rango de derechos fundamentales como el derecho a no padecer indefensión, el derecho al juez pre-

No obstante, la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva no impide que los interlocutores sociales, en virtud del art. 37 CE, pacten que un determinado tipo de controversias jurídicas en la que en un futuro se vean implicados serán sometidas a procedimientos de solución autónomos como puede ser la conciliación, la mediación o el arbitraje voluntario. Dicha conducta implica desistir del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva[19], derecho del que son titulares en virtud del art. 24 CE[20] y el art. 7.3 LOPJ que desarrolla al primero en tal aspecto, ya que consagra la protección de los intereses colectivos por parte de los Juzgados y Tribunales. Es por ello que este comportamiento no merece reproche alguno desde el punto de vista técnico–jurídico[21] y mucho menos político.

Ahora bien, la situación que se genera es bien distinta si los efectos del laudo o acuerdo a través del cuál se resuelve el conflicto se despliegan y con carácter vinculante para los sujetos individualmente considerados que integran el ente colectivo personificado[22] por los negociadores, igual que si de un convenio se tratase. Y es que en virtud del art. 91 párrafo tercero ET, si los sujetos que optan por el sistema de solución autónomo ya sea mediación o arbitraje tienen legitimación inicial y plena para negociar un convenio de eficacia general, el sometimiento al arbitraje o el acuerdo de conciliación vinculará a todos los trabajadores y empresario/s pertenecientes a dicho ámbito geográfico, funcional y personal, sin posibilidad de optar por la vía judicial para la solución del citado conflicto. Es decir, a tenor de tal disposición normativa, el desistimiento realizado por los sujetos colectivos en

---

determinado por la ley, el derecho a un proceso público, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y otra serie de derechos que son propios de la jurisdicción penal y en algunos caso y con matices de la administrativa sancionadora como: el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo… Sin embargo, esta es una dimensión del precepto que no tiene relevancia para el análisis que se pretende, por ello no ha sido tratada.

[19] La STC 174/1995, de 23 de noviembre (BOE de 28 de diciembre), pone de manifiesto esta idea refiriéndose al procedimiento arbitral: "*Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes* [...] *y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la de árbitro o árbitros*", (f.j. 3º). No obstante, la situación no cambia cuando el procedimiento que se utiliza es de conciliación o mediación, ya que si se alcanza acuerdo es imposible acudir a la vía judicial para plantear nuevamente el mismo conflicto.

[20] Además la doctrina del TC estimó que de la interpretación de los artículos 7 y 28 CE era perfectamente deducible la capacidad genérica de un sindicato para actuar en juicio.

[21] "*la irrenunciabilidad de* [los derechos fundamentales] *no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios graciables cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio*", STC 6/1990, de 26 de abril (f.j. 7º).

[22] En este sentido Vida Soria, J., *Memoria sobre el Concepto, el Método de investigación y enseñanza universitaria y las fuentes de conocimiento del Derecho del Trabajo*, Salamanca, Inédita, 1970. El prof. Vida considera que el sindicato personifica, subjetiviza, el interés colectivo, pp. 153–157.

cuanto al ejercicio de la acción judicial parece hacerse extensivo al conjunto de sujetos individualmente considerados inmersos en el conflicto, y además los interlocutores sociales tendrían capacidad para interpretar las normas con carácter vinculante.

Sin embargo, la interpretación de las normas con carácter vinculante, según el art. 117.3 CE y en atención al principio de separación de poderes vigente en todo Estado de Derecho, es una competencia exclusiva de los órganos judiciales[23]. En virtud del derecho de negociación colectiva los interlocutores sociales tienen reconocida la facultad de darse a sí mismos normas que regulen sus relaciones pero no de interpretar las mismas con carácter vinculante; ahora bien, con ello no se quiere decir que los sujetos negociadores de un convenio no tengan facultad para interpretarlo, por supuesto que sí, además en determinadas ocasiones puede ser muy oportuno, pero ello siempre y cuando no se le reconozca eficacia general y carácter vinculante, pues de lo contrario se estaría afectando al derecho a la tutela judicial efectiva.

2.2. Las especialidades de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva en el Ordenamiento Jurídico–Laboral

Los sujetos colectivos –como ya se ha puesto de manifiesto– son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, y en virtud de ello podrían renunciar a su ejercicio optando por un sistema de solución autónomo. Sin embargo, en el ámbito laboral existe la peculiaridad que sobre un mismo conflicto pueden iniciarse simultáneamente acciones judiciales individuales y colectivas. Por tanto los sujetos colectivos podrán desistir del ejercicio del derecho a la tutela judicial para en un momento determinado someterse a cualquier procedimiento extrajudicial de carácter autónomo, pero en ningún caso tal desistimiento afectaría a cada uno de los trabajadores singulares por los mismos representados y en ellos integrados, pues el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho subjetivo de carácter personal, intransmisible e indisponible, cuyo ejercicio corresponde únicamente a cada titular.

Además, en este caso, no se discierne un contenido colectivo y otro individual de la tutela judicial efectiva como puede ocurrir por ejemplo con el derecho de huelga, contenido colectivo del que sí pueden disponer los sindicatos, sino que se trata de derechos con contenidos coincidentes para sujetos de distinta naturaleza. Y no existen fundamentos jurídicos que permitan otorgar preferencia al ejercicio de

---

[23] La función de aplicar e interpretar las normas es una competencia exclusiva de los órganos judiciales, como así ha sido puesta de manifiesto por el TC, véase Sentencia 55/1995, de 6 de marzo (f.j. 2º); y en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, véase entre otras: STS de 20–3–1997, f.j. 2º (ar. 2604); STS 3–2–2000, f.j. 3º (ar. 1603); STS 27–4–2001, f.j. 3 (ar. 5125); 17–7–2001, f.j. 6º (ar. 577).

unos respecto de otros, es decir, el ejercicio de los titulares singulares no puede ser impedido por la renuncia de los sujetos colectivos.

La argumentación precedente puede plantear otra discrepancia conceptual, pues el hecho de negar la posibilidad de que por convenio o acuerdo puedan resolverse conflictos colectivos sobre derechos tendría, al menos a primera vista, un efecto debilitador de la autonomía colectiva[24]. La resolución del problema considero que precisa plantear la posible colisión entre dos derechos constitucionales, el derecho de negociación colectiva y el derecho a la tutela judicial.

2.3. El derecho a la tutela judicial efectiva: límite implícito del derecho de negociación colectiva

Cuando el objetivo de cualquier procedimiento extrajudicial es la solución de un conflicto interpretativo y/o aplicativo se ha de tener muy presente el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque el medio utilizado para el diseño de los procedimientos y su solución sea la propia negociación colectiva.

Obviamente los sujetos colectivos podrán disponer del ejercicio de la tutela judicial, solamente en cuanto a su interés legítimo, esto es, ante un conflicto «esencialmente» colectivo la utilización de un procedimiento de solución autónomo no supondría afectación del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el principal obstáculo es cómo detectar la presencia de un conflicto colectivo puro, qué criterios son aquellos que permiten afirmar la existencia de uno de ellos. Hasta ahora ni la doctrina científica ni la jurisprudencial han conseguido alcanzar semejante objetivo, de modo que se han limitado a dar indicios para detectar la presencia de un conflicto colectivo, pero se trata de un terreno «pantanoso», donde es imposible moverse con seguridad.

La institución del conflicto colectivo jurídico, en la realidad práctica, es difícilmente aislable de una serie de intereses individuales que en aquella subyacen de múltiples formas. Así cuando lo que se pretende es la interpretación de una norma jurídica, el sentido marcado servirá de punto de apoyo para poder plantear demandas individuales o plurales de reconocimiento de derechos; en tal caso ¿cómo diferenciar hasta donde llega el interés colectivo y donde comienza el individual?[25]

---

[24] *Vid*. Vida Soria, J., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., *et. alt*., "Derecho Sindical y conflictos de trabajo" en VV.AA., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2000: puntos críticos. XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Coord. por J. Castiñeira Fernández, CARL, Sevilla, 2003, p. 82, 83–84.

[25] Para Carnelutti la aplicación tanto de la ley como de los convenios colectivos es individual, considera que cuando se legitima al sindicato para que actúe en un conflicto sobre la aplicación o interpretación de un convenio colectivo, no se trata de un verdadero conflicto colectivo, el autor utiliza la expresión «controversia pseudocollective» (*vid*. Carnelutti, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padua, CEDAM, 1936, p. 138).

Es más, un mismo conflicto puede ser calificado como colectivo o individual atendiendo a la forma de ejercicio de la pretensión[26], situación aún más probable cuando lo solicitado es la aplicación de una norma. Por tanto, sobre un único conflicto se pueden iniciar procesos individuales o plurales y colectivos, todo depende del grado de determinación de la pretensión[27]. Si se mantiene en un plano general, "*sin entrar a ponderar consecuencias particulares*"[28] prosperará la acción colectiva, en cambio si la pretensión exige la "*valoración de circunstancias particulares de los distintos miembros del grupo*"[29] será conveniente acudir al proceso ordinario.

La jurisprudencia ha manifestado, en reiteradas ocasiones, que en los conflictos individuales puede haber un momento colectivo "*que se identifica con la interpretación de una regla general*", y que igualmente hay conflictos colectivos divisibles en los que existe "*un momento individual o plural en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto*"[30], matizando que "*el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda con-*

---

[26] Lo que ya fue indicado por el TS en su sentencia de 18–6–1992 (Ar. 4595): "*la diferenciación entre la pretensión propia del conflicto colectivo y aquella que aún siendo individual en su ejercicio tiene naturaleza plural* [...] *no puede conceptuarse apelando exclusivamente al carácter general o individual del derecho ejercitado en la pretensión sino que, es preciso, tener también en cuenta el modo de hacerlo valer*" (f.j. 2º). En este sentido también STS 23–2–2002 (ar. 10545), voto particular f.j. 1º. Esta idea es corroborada por la STS de 14–7–2000 (ar. 8196), al admitir como sentencia de contraste para el recurso de casación en unificación de doctrina, la que hubiera resuelto un proceso colectivo con el mismo objeto que el individual: *Sin duda, entre un proceso en el que se ventila un conflicto individual y otro en el que se resuelve un conflicto colectivo, existen diferencias de cierta consideración. Pero estas diferencias no alcanzan, en absoluto, al núcleo esencial de la pretensión ejercitada, pues ese núcleo esencial es obviamente el mismo. Se trata tan sólo de un diferente modo de dar solución a un misma controversia jurídica; las diferencias que puedan existir no alcanzan a la identidad esencial de la cuestión que se debate en ambos casos*". f.j. 3º. En el mismo sentido STS 20–2–2002, f.j. 1º (ar. 4536) y STS 15–12–04, f.j. 2º (ar. 2410).

En este sentido también la doctrina científica Palomeque López, M. C., "El proceso de conflictos colectivos", *La Ley*, 1993–I, p. 435. y Bejarano Hernández, A., "Excepciones procesales y subsanación de defectos", *La Ley*, 1995–I, p. 447.

[27] *Vid*. SsTS de 25–6–1992, f.j. 2º (ar. 4672); de 29–3–2001, f.j. 2º (ar. 3409); de 22–7–2002, f.j. 2º (ar. 9829); de 7–4–03 (ar. 5762); de 25–9–06, f.j. 2º (ar. 7475).

[28] *Vid*. STS de 12–5–1998, f.j. 3º (ar. 4329).

[29] *Vid*. STS de 12–5–1998, f.j. 3º, *cit*. También véase STS 24–4–2002 (ar. 7857): "*la línea que separa el conflicto colectivo del conflicto plural parte de que en éste el conjunto aparece como suma – total o parcial– de los individuos que lo componen, mientras que en aquél el interés general se formula de forma abstracta al margen de los elementos de individualización*"(f.j. 5º) y STS 18–7–2005, f.j. 2º (Ar. 8930).

[30] *Vid*. Ss.TS de 12–7–2000, f.j. 2º (ar. 6629); de 26–2–2001, f.j. 2º (ar. 3830); de 25–5–2005, f.j. 6º (ar. 9644); de 27–6–2008, f.j. 2º (ar. 4341).

cretarse en un derecho de titularidad individual no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores"[31]. Es decir, si a la simultaneidad de acciones de distinta naturaleza sobre un único conflicto, se añade que en los conflictos individuales se detectan rasgos colectivos y viceversa, la situación aún se hace más compleja.

La determinación de la naturaleza colectiva o plural de un convenio colectivo es un tema muy casuístico, muestra de ello son los numerosos procesos que hasta el Tribunal Supremo llegan sobre adecuación de procedimiento[32]. Es evidente que ni los propios órganos judiciales detectan con claridad la presencia de un conflicto colectivo. Siempre se ha de analizar cada situación para saber cuando se trata de un conflicto colectivo, siendo imposible proporcionar unos parámetros que de un modo seguro permitan determinar *a priori* ante cada conflicto, si el sometimiento a un arbitraje o mediación afectaría el derecho a la tutela judicial.

El hecho de que el conflicto colectivo no sea una institución que se pueda separar con absoluta nitidez del conflicto individual, supone la intersección del derecho a la tutela judicial de los sujetos colectivos e individuales, y consecuentemente la imposibilidad de negar el acceso a la vía judicial a ningún sujeto inmerso en un conflicto colectivo, ni siquiera porque en el ámbito colectivo se opte por una solución no judicial[33].

Es cierto que los sujetos colectivos tienen capacidad –y así les viene reconocido en virtud del derecho de negociación colectiva–, de disponer de los derechos individuales, pero ello se ha de entender siempre y cuando no suponga la afectación del orden público, es decir, con escrupuloso respeto al derecho necesario absoluto y a los mínimos de derecho necesario.

---

[31] *Vid*. SsTS de 17–11–1999, f.j. 1º (ar. 9502);de 15–12–2000, f.j. 2º (ar. 818); de 6–6–2001, f.j. 2º (ar. 5497); de 15–1–2001, f.j. 4º (ar. 767); 29–3–2001, f.j. 2º, *cit*.; de de 15–5–2001, f.j. 2º (ar. 5211); de 20–6–2001 f.j. 5º (ar. 6325); de 22–3–07, f.j. 4º (ar. 5082); de 21–6–2007, f.j. 2º (ar. 6852); de 12–7–2007, f.j. 4º (art. 7504); de 19–2–2008, f.j. 4º (ar. 3845).

[32] *Vid*. SsTS 6–3–2002 (ar. 4656); de 4–7–2002 (ar. 9204), de 11–6–2001(ar. 308/2002); de 24–7–2002 (ar. 9523); de 25–9–2002 (ar. 10656); de 12–5–2003 (ar. 5438); de 12–6–2003 (ar. 4141); de 25–1–2007 (ar. 1906); STS de 10–10–2007 (ar. 185), además de todas las citadas en las notas inmediatamente anteriores.

[33] "El recurso a sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos laborales de carácter jurídico sólo será posible, así pues, y a la vista del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto interesado no ejercita voluntariamente su derecho constitucional a plantear las pretensiones relativas a sus derechos e intereses legítimos ante los Tribunales de justicia". *Vid*. Palomeque López, M. C., "Administración del convenio colectivo y solución de conflictos laborales" en VV.AA., *La administración de los convenios y su valor normativo* (III Jornadas de estudio sobre negociación colectiva), Madrid, MTSS, 1991, p. 40.

En conclusión, los sistemas no judiciales de solución de conflictos colectivos sobre derechos aún siendo de carácter autónomo, no podrán impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales a los sujetos individualmente considerados, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. De modo que la argumentación precedente permite afirmar, que el establecimiento de sistemas autónomos de solución de conflictos a través del convenio colectivo no es manifestación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues el derecho a la tutela judicial efectiva marca un límite, de los denominados implícitos, a aquel derecho.

La conclusión alcanzada no puede ser puesta en duda alegando, como parte de la doctrina considera[34], que el derecho a la tutela judicial de los sujetos individuales, afectados por el conflicto (y sometidos a la solución), queda incólume precisamente por el control judicial posterior que sobre el mismo se pueda realizar. Pues se ha de tener presente, que el laudo o el acuerdo de conciliación o mediación que resuelvan el conflicto colectivo sobre derechos únicamente podrán impugnarse por incumplimiento de las normas de procedimiento ya sean legales o pactadas (en el caso del laudo también se ha de incluir el incumplimiento del compromiso arbitral, laudo «infra» o «extra petita»), o porque sean contrarios a normas de rango superior, pero en ningún caso se puede cuestionar el sentido de la solución dada[35].

Una propuesta para hacer viable la solución autónoma de conflictos colectivos jurídicos sin lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial, podría consistir en el pronunciamiento previo del órgano jurisdiccional sobre la modalidad de conflicto, cuando se pretendiese resolver por un procedimiento autónomo. Sin embargo, tampoco de este modo se conseguiría la coexistencia de ambas instituciones sin que ninguna de ellas perdiera su virtualidad, pues si bien se dejaría a salvo el derecho a la tutela judicial de los sujetos individuales afectados por el conflicto, los procedimientos autónomos pasarían a ser un sistema totalmente dependiente del judicial anulándose así cualquiera de sus ventajas.

---

[34] En este sentido Gárate Castro, J., "Composición y solución privada de conflictos de trabajo", *REDT*, núm. 87, 1998, p. 54; Cruz Villalón, J., "El arbitraje laboral en la reforma legislativa", en VV.AA., *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, coord. A. Ojeda Avilés, Madrid, Tecnos, 1996, p. 49; Piqueras Piqueras, C. *El Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Ibidem, 1998, p. 55.

[35] "[…] por lo que se refiere a los conflictos de interpretación de los convenios colectivos es preciso efectuar una importante matización, que limita el control de fondo de la impugnación judicial. […] se excluye la posibilidad de que el órgano judicial proceda a analizar la mayor o menor corrección de la interpretación efectuada vía laudo del convenio colectivo; sólo podrá analizar si esa interpretación es o no conforme a normas estatales.

[…] la impugnación de un laudo interpretativo no va a poder entrar en el análisis de la bondad o desacierto del árbitro a la hora de efectuar la correspondiente interpretación". (*vid*. CRUZ VILLALÓN, J., *El arbitraje laboral en la reforma legislativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 93–94).

En este sentido también Durán López, F., "El laudo arbitral en los conflictos laborales", *La Ley*, 1993–I, p. 110.

En tal caso, además, la opción por el arbitraje voluntario o la conciliación mediación sería tremendamente insegura, ya que hasta que no existiera un pronunciamiento judicial que indicara si el conflicto es esencialmente colectivo, sobre el laudo o acuerdo pendería la espada de Damocles, pues finalizado el procedimiento en cuestión, en cualquier momento podría ponerse en marcha la maquinaria judicial apareciendo una sentencia que resolviera el conflicto en un sentido distinto, escamoteando de este modo su eficacia. Por tanto, si la operatividad de los procedimientos autónomos precisan en gran medida de un pronunciamiento judicial, ya que de lo contrario podrían ser abrogados, no sólo se pierde una de las principales ventajas de la solución extrajudicial, la rapidez, sino que se genera una tremenda inseguridad jurídica para los usuarios desincentivándose totalmente su utilización.

El hecho de que la demanda judicial –para el pronunciamiento sobre el tipo de conflicto– se presentara cuando aún no ha finalizado el procedimiento autónomo, tampoco implica una mejora de la situación, ya que teniendo en cuenta la mayor celeridad de aquel, cuando el órgano judicial se pronuncie probablemente ya se haya dictado el laudo o en su caso alcanzado acuerdo. Incluso aunque el procedimiento arbitral no hubiese finalizado, el período de inseguridad será menor pero la dependencia no desaparece.

El análisis realizado permite concluir que los procedimientos autónomos, como sistema de solución de conflictos colectivos sobre derechos, no pueden ser aceptados tal y como aparecen regulados en el art. 91 ET, pues su puesta en práctica implica el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos individuales afectados por el conflicto colectivo jurídico, ya que no es técnicamente posible el conocimiento judicial posterior sobre el fondo del asunto.

Segunda Ponencia

LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Federico Navarro Nieto
Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

ÍNDICE

1. Introducción
2. Caracterización de la estructura de la negociación colectiva en España
3. Encuadramiento jurídico de las reglas sobre la estructura y la articulación de la negociación colectiva
4. Intervenciones normativas en la ordenación de la estructura y en la articulación de la negociación
5. las reglas de coordinación de la estructura de la negociación en la LET
   5.1. Introducción
   5.2. Los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos ex art. 83.2 LET como instrumentos de ordenación del sistema de negociación
   5,3. Las reglas de coordinación de unidades de negociación del art. 84 LET
      5.3.1. El principio de no afectación del párrafo 1º del art. 84 LET
      5.3.2. Las reglas de los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET
   5.4. Reglas estatutarias especiales sobre articulación negocial

5.5. Otros aspectos normativos que inciden en la estructura y articulación de convenios

6. EL TRATAMIENTO DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

6.1. El nuevo paradigma contractual en la ordenación de la negociación: centralización, articulación y especialización funcional

6.2. Caracterización general de los AINC desde 1997

6.3. Evolución de la negociación colectiva sectorial

6.4. Tendencias sectoriales en la ordenación de la estructura de la negociación. Algunos ejemplos sectoriales

7. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LAS REGLAS DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

El tema que se aborda está referido a la problemática de la estructura negocial considerando como tal la red de unidades de negociación (a partir de criterios funcionales, territoriales, personales y temporales de delimitación) y las relaciones existentes entre las mismas en un determinado sistema de negociación colectiva[1].

La estructura y articulación del sistema de negociación muestran la complejidad de la autonomía colectiva negocial como poder normativo, caracterizado por la autonomía normativa de las unidades de negociación, la diversidad interna de normas y la riqueza de funciones de los distintos convenios que conviven en su interior. Las reglas sobre la ordenación del sistema negocial constituyen el reflejo al fin y al cabo de la propia autonomía colectiva como sistema normativo dinámico, policéntrico y abierto a influencias extrajurídicas.

---

[1] Cfr. Martín Valverde, "*Estructura y proceso de la negociación colectiva*", en *Economía y Sociología del Trabajo,* nº 18, 1992, pág. 19; Rivero Lamas, "*Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.997*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 89, 1.998, pág. 384; Valdés Dal–Ré, "*Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva*" (1.983), en la obra del mismo, *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, MTAS, Madrid, 1.996, págs. 361–362. Entre los estudios sistemáticos de la materia, puede verse Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, 1994; Cruz Villalón, "*Estructura y concurrencia entre convenios colectivos*", en RMTAS, nº 68, 2007; Rodríguez Fernández, *La estructura de la negociación colectiva*, Lex Nova, 2000; Merino Segovia, *La estructuración legal y convencional de la negociación colectiva*, Civitas, 2000; López Terrada, *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Tirant lo Blanch, 2000; Rodríguez–Piñero Royo, "*La articulación de la negociación colectiva*", en *La eficacia de los convenios colectivos*, MTAS, 2003.

Es importante tener en cuenta que en nuestro sistema la estructura de la negociación responde en su configuración a una diversidad de variables. Influyen factores económicos. En el caso español deben ser tomadas en consideración especialmente la dimensión y características del tejido productivo (diversidad de las dimensiones de las empresas según sectores, diversidad de los mercados según ámbitos geográficos y variedad de las actividades del tejido productivo), o las características de la competencia empresarial y la organización del mercado económico (más o menos abierto a la competencia, por ejemplo).

Influyen también factores de orden jurídico. Es indudable que en el modelo español de negociación colectiva el ordenamiento jurídico ha ejercido una influencia relevante en la evolución de las instituciones y estrategias de los actores de la negociación colectiva. Aunque en el modelo normativo se otorga un papel protagonista a la autonomía colectiva en la ordenación de la negociación, es lo cierto que dicho papel lo ha sido a la sombra de la iniciativa estatal desde donde se ha apostado por la promoción de un paradigma de negociación (la negociación colectiva estatutaria) con un marco juridificado en relación con la estructura de la negociación colectiva.

Finalmente, existen factores vinculados a las características del sistema de relaciones laborales, siendo en este caso esencial considerar los factores históricos en la formación y desarrollo de las relaciones laborales y las características de las organizaciones de empresarios y de trabajadores y sus intereses y estrategias. La estructura negocial constituye el principal marco de expresión de la autonomía colectiva, es decir, el ámbito en el se despliega el poder de las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores en el mercado de trabajo[2]. En este sentido cabe indicar que, independientemente de las variables económicas o institucionales, el modelo de estructura negocial tiende a reflejar los equilibrios de poder internos a la organización e interorganizativos en la negociación[3]. Los factores históricos y organizativos de los actores de la negociación han sido destacados como fundamentales en la explicación de las características de nuestro sistema de negociación. Estos factores, apoyados en las características del marco jurídico, han contribuido a cristalizar un panorama de "unidades típicas" de negociación y a petrificar en buena medida la estructura negocial hasta tiempos recientes, generando una especie de paradigma de estructura de negociación sobre cuyas características existe un amplio consenso en la doctrina científica.

---

[2] Martín Valverde, "*Estructura y proceso de la negociación colectiva*", cit. pág. 21; Valdés Dal–Ré, "*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*", en *Relaciones Laborales*, I, l.995, págs. 10–11.

[3] Cfr. Valdés Dal–Ré, "*Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva*", cit. pág. 365.

2. CARACTERIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

La estructura negocial en nuestro sistema de relaciones laborales se ha caracterizado históricamente por la falta de criterios de ordenación y articulación de niveles de negociación, con patologías características que se han enquistado en nuestra estructura de negociación. En ello habrían influido decisivamente los avatares del sistema de negociación en el periodo franquista, con el que mantiene una línea de continuidad histórica el sistema de negociación colectiva también en lo referente a la estructura de la negociación[4].

Las notas características de este periodo son, de un lado, la descentralización y atomización de la negociación (la prevalencia de convenios de nivel sectorial provincial). De otro lado, la falta de articulación del sistema negocial, esto es, la tendencia generalizada de las unidades de negociación a actuar como compartimentos estancos. Es necesario resaltar que la configuración jurídica del sistema contractual tiene un papel relevante en esta caracterización porque el desarrollo de las ordenanzas laborales hacía innecesaria una negociación sectorial estatal, actuando los convenios provinciales como instrumento de mejora y concreción de los contenidos de aquella normativa reglamentaria. Por otro lado, la estructura de la negociación, por encima de las razones económicas y productivas, venía a reflejar la estructura jerarquizada de la Organización Sindical y el papel de los sindicatos provinciales.

Esta panorámica de las patologías características de nuestra estructura de negociación en el periodo franquista, como hemos indicado, ha tenido su continuidad en los años 80[5]. Los problemas de nuestro sistema de negociación están en la combinación de una estructura caracterizada por la descentralización y atomización de unidades de negociación con la falta de coordinación o articulación entre las unidades de negociación, que además no responde a la propia dinámica del tejido productivo, sino a la inercia histórica del sistema.

---

[4] Para el análisis en el periodo franquista, por todos, Valdés Dal–Ré, "*Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva*", cit. págs. 374 y sigs.; y "*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*", cit., pág. 11 y sigs.; Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 104 y sigs.; también con una perspectiva histórica detenida, Sepúlveda, "*La estructura sectorial de la negociación colectiva: problemas sin resolver*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo* , nº 127, 2005, págs. 309 y sigs.

[5] Véase, en este sentido, los estudios de Valdés Dal–Ré, "*Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva*", cit. págs. 401–402; y "*Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual*", en AA.VV., *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1.999, pág. 150; Rivero Lamas, "Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de l.997", cit. pág. 383; Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 104 y sigs.; Rodríguez–Piñero Royo, "*La articulación de la negociación colectiva*", cit., pág. 57 y sigs.

Son diversas las variables que contribuyen a la configuración de nuestra estructura negocial. Aparte de factores históricos que evidentemente imponen una cierta inercia en toda estructura negocial (y ello es evidente en el caso español), hay que considerar también la falta de uniformidad y la fragmentación funcional del sistema negocial, no tanto como factor patológico sino como elemento fisiológico del sistema. La estructura es diferente según el sector de referencia: sectores y subsectores regulados por un convenio estatal, convenios provinciales y convenios de empresa; sectores con convenios provinciales y de empresa; sectores sólo con convenios sectoriales o convenios de empresa. La falta de uniformidad de nuestra estructura negocial encuentra una cierta explicación en la compleja caracterización de nuestro tejido productivo (dimensiones de las empresas, de los mercados según ámbitos geográficos y de las actividades del tejido productivo). Igualmente ha de considerarse la propia estrategia de los actores colectivos. Estos anteponen en los años 80 el objetivo de su consolidación al de experimentación de cambios en la estructura negocial; además, la estabilidad y el gobierno de la negociación se imponen como condición para una concertación centrada en los primeros años en una política de rentas.

Mayor consideración debe tener en la explicación de nuestra estructura negocial el propio efecto cristalizador de las previsiones de la LET de 1980 que venían a estabilizar las tendencias de la estructura negocial facilitando la propensión de las unidades de negociación a perpetuarse. No obstante, aunque cristaliza una determinada conformación de la estructura negocial, la regulación legal pretendía favorecer su renovación ordenada mediante los acuerdos interprofesionales (art. 83 LET). El hecho es que apenas existió un desarrollo de las facultades previstas en el art. 83 LET durante la década de los 80, que además, como he indicado, estuvo más cerca de objetivos de concertación (políticas de rentas) que de ordenación de la negociación. Parece relevante a este respecto la pervivencia de las Ordenanzas Laborales, que contribuye sustancialmente a la petrificación de la estructura y contenidos negociales, y justifica la pasividad de las organizaciones sindicales y patronales mayoritarias. Una de las razones de esta "pereza negocial" probablemente está en que se va tomando consciencia de que la derogación de una regulación sectorial obligaba a las organizaciones sindicales y patronales a plantearse no sólo la necesidad de una regulación sustitutoria, sino a repensar la estructura negocial para el sector[6]. En definitiva, escribe DURÁN LÓPEZ a principios de los 90, la auto-

---

[6] Quizá deban tomarse en cuenta otros factores que ayudan a entender la lentitud y resistencia a la sustitución de las ordenanzas como el miedo a lagunas jurídicas, el temor del lado sindical a un efecto desregulador, de lado patronal el temor a una inseguridad en torno al fundamento de los poderes empresariales. Véase los análisis de Sala Franco, "*La suplencia o derogación de las reglamentaciones y ordenanzas del trabajo, en Reforma de la legislación laboral*", en *Estudios en homenaje a M. Alonso García*. M. Pons, Madrid, 1.995; Cruz Villalón, "*Derogación de ordenanzas laborales y negociación colectiva*", en *Relaciones Laborales*, 14, 1.995; Albiol, "*Derogación de Ordenanzas Laborales y fijación de condiciones de trabajo"*, en *Tribunal Social*, nº 68–69, 1.996.

nomía colectiva "se pierde en una maraña de pequeñas negociaciones cuya dinámica está heredada en gran parte del pasado, y experimenta demasiada dificultad para «desenredarse» de la misma y «elevarse» hasta las nuevas funciones que puede y debe asumir en el sistema de relaciones laborales..."[7].

Hay que insistir pues en que la singularidad de nuestro modelo hay que buscarla, en primer lugar, en la petrificación de la estructura negocial, en su rigidez y estancamiento; en segundo lugar, en la función reguladora totalizante de cada unidad de negociación, que conduce al autismo en la relación entre convenios; en tercer lugar, en su superposición sobre una lógica de mejora (que tiene como base de apoyo el contenido de las Ordenanzas).

Debe ser subrayado, por otra parte, que las características de nuestro tejido productivo y de las organizaciones de trabajadores y empresarios impiden hablar de un modelo óptimo de estructura negocial generalizable para el conjunto de ámbitos sectoriales y geográficos. Los cambios que se están introduciendo en los convenios sectoriales estatales en tiempos recientes así lo acreditan como veremos. Este dato en cualquier caso no justifica la falta de articulación de la negociación dentro de un determinado ámbito sectorial, que viene reclamada con creciente intensidad por el enriquecimiento de los contenidos de la negociación y por la necesidad de su dinamización.

El repaso de las estadísticas sobre convenios colectivos de la última década confirma la continuidad de nuestro modelo de estructura negocial, aunque con ciertos ajustes que quizá son premonitorios de una ruptura en determinadas variables en la negociación española.

Si nos atenemos únicamente al porcentaje de trabajadores cubiertos por cada tipo de convenio, que es considerada la variable más significativa para el análisis de la estructura de la negociación colectiva, caben las siguientes conclusiones. En primer lugar, la pérdida de importancia relativa de los convenios de empresa (del 13,1% de trabajadores cubiertos de 1996 al 11% de 2007); en segundo lugar, el aumento de la importancia relativa de los convenios provinciales hasta mediados del 2002 (desde el 51,9% en 1996 hasta casi el 54,6% en 2002), que sin embargo decrece significativamente a partir de este año (en torno al 51,8% en 2007); en tercer lugar, la estabilidad de los convenios nacionales (siempre en torno al 25%), aunque con un repunte en los últimos años (en 2007 se alcanza el mayor porcentaje de trabajadores cubiertos por convenios estatales en la serie estadística con el 27,5%); en cuatro lugar, el papel modesto y ligeramente decreciente en los últimos años de los convenios autonómicos (del 5,3% en 1996 hasta el máximo del 10,4% en 2003, y el 8% en 2007)[8].

---

[7] Cfr. Durán López, "*El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva*", en *Relaciones Laborales*, II, 1.990, pág. 130.

[8] Me he servido como fuentes estadísticas de los siguientes estudios, CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de 2007*, Madrid, 2008, pág. 423 y sigs.; *La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2007.

Podría interpretarse que el aumento del porcentaje de convenios provinciales y autonómicos desde 1996 está relacionado con la reforma del art. 84 LET en 1994, y al mismo tiempo que el peso decreciente de ambos tipos de convenios sectoriales y el crecimiento del papel de los sectoriales estatales está ligado al creciente protagonismo de éstos últimos en la ordenación de la estructura de la negociación en esta década.

3. ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DE LAS REGLAS SOBRE LA ESTRUCTURA Y LA ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como he señalado, el factor jurídico ha tenido influencia en la caracterización de la estructura de la negociación colectiva en España. Por ello parece oportuno partir del marco constitucional y legal en el encuadramiento del análisis jurídico, para analizar críticamente con posterioridad las distintas intervenciones normativas en la ordenación de la estructura y en la articulación de las unidades de negociación.

Como es conocido, la CE garantiza el derecho a la negociación colectiva prefigurando los núcleos normativos sobre los que se construye el derecho y establece una garantía institucional de la negociación. La garantía institucional lo es respecto de una institución en abstracto dejando un importante margen regulador al legislador[9]. En el terreno de la estructura negocial el respeto del espacio vital de la negociación exigiría la garantía de un espacio propio de la autonomía colectiva en la ordenación del tejido negocial y, con carácter particular, el respeto a la libre elección del ámbito de negociación. Pero como decimos la CE deja un margen significativo al legislador. Hay que decir que la respuesta legislativa a este mandato constitucional se sitúa en la órbita de los modelos continentales de intervención jurídica, que se caracterizan por una intervención estatal de tipo "estructural" sobre la negociación[10], con una regulación legal basada en diversas motivaciones y con diferentes planos de regulación que abarcan los principales aspectos estructurales de la negociación (legitimación negocial, estructura de la negociación, funciones y contenidos, aspectos procedimentales y eficacia de la negociación). Las competencias de la negociación colectiva lo son de atribución constitucional, pero en nuestro sistema jurídico es la regulación legal la que, amparándose en una política del derecho de promoción de la negociación, establece el reparto de funciones y te-

---

[9] Valdés Dal–Ré, "*El modelo español de negociación colectiva (I)*", en *Relaciones Laborales*, nº 9, 2006.

[10] Cfr. Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985, págs. 301 y sigs.

rritorios normativos entre la ley y la autonomía colectiva, a las que quedan por tanto vinculadas las reglas de ordenación de la estructura negocial.

El actual modelo legal de negociación se basa en los siguientes elementos. En primer lugar, la libertad de elección de la unidad de negociación (art. 83.1 LET). Ha observado el TC que estamos ante "una de las reglas generales por las que se ha de regir el sistema de negociación colectiva en un contexto de libertad sindical y autonomía colectiva, en el que, a diferencia de lo que ocurre en un régimen de tipo corporativo o de signo autoritario, la delimitación funcional y territorial del campo de aplicación del convenio colectivo corresponde a las partes"[11]. En segundo lugar, el reconocimiento de la igualdad entre convenios colectivos, a partir de la premisa de que los convenios colectivos son instancias autónomas de regulación. Este principio sin embargo es matizable, de un lado, porque la misma ley atribuye a ciertos acuerdos o convenios el poder jurídico para identificar unidades de negociación y delimitar sus competencias reguladoras (art. 83.2 LET); de otro lado, porque indirectamente el legislador asigna una relevancia normadora diferente a las distintas instancias contractuales colectivas a partir del creciente juego de criterios legales de ordenación competencial y aplicativa. En tercer lugar, se establece una ordenación de los sujetos con legitimación negocial para las unidades "típicas" de negociación estatutarias mediante requisitos de representatividad de los negociadores. En cuarto lugar, se establecen reglas legales de ordenación competencial y aplicativa entre ámbitos de negociación que se plasma en lo que doctrinalmente se denominan "reglas de coordinación" entre convenios colectivos[12]: es decir, criterios de preferencias competenciales entre unidades de negociación en determinadas materias y criterios de solución de conflictos entre convenios (siendo la principal referencia el art. 84 LET). En quinto lugar, se reconoce legalmente el protagonismo de la autonomía colectiva en el go0bierno del sistema negocial mediante una opción legislativa que atribuye determinados poderes normativos a sujetos investidos de ciertos requisitos de representatividad en los niveles superiores de negociación. Se les confiere el poder de establecer reglas de coordinación con carácter preferente (art. 83.2 en relación con el pár. 1º del art. 84 LET) o con carácter subsidiario a las reglas de coordinación de origen estatal (art. 83.2 en relación con los párs. 2º y 3º del art. 84).

Es indudable que el proceso de juridificación de la negociación se traduce actualmente en una red de reglas de coordinación (que no se limitan a los arts. 83 y

---

[11] STC 136/1987.

[12] Siguiendo la propuesta metodológica de Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", en BORRAJO (Dir), *Comentario a las Leyes Laborales*, tomo XII, vol. 2º, Edersa, 1995, págs. págs. 113 y sigs, las reglas de ordenación de las relaciones entre convenios colectivos se integran en la categoría genérica de "las normas de coordinación de los convenios colectivos" cuyo objetivo es introducir un cierto orden en la estructura de la negociación colectiva a partir de un conjunto no jerarquizado de convenios colectivos.

84 LET) mediante la que el legislador asigna diferentes valencias funcionales y normativas a las distintas unidades de negociación. Ahora bien, ello no debería ir más allá del objeto de toda norma de coordinación que es el establecimiento de un cierto orden en la estructura de la negociación colectiva a partir de un conjunto no jerarquizado de convenios colectivos mediante la elección de la norma aplicable en supuestos de concurrencia reguladora[13]. Las reglas estatales no deberían pues derivar en jerarquías normativas entre convenios, ni en la atribución orgánica de competencias, ni en la nulidad e invalidez de convenios concurrentes.

4. INTERVENCIONES NORMATIVAS EN LA ORDENACIÓN DE LA ESTRUCTURA Y EN LA ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

Estamos, pues, ante un modelo juridificado y complejo en su configuración. La LET interviene superponiendo políticas del derecho en las sucesivas intervenciones jurídicas en la temática, con una deficiente técnica jurídica y a través de una diversidad de normas de coordinación a lo largo de la LET que hacen de la regulación un entramado normativo problemático en su interpretación y aplicación.

En su versión de l.980, la LET adopta una línea neutral en la ordenación del tejido convencional con un objetivo fundamental de asegurar la estabilidad del sistema de negociación colectiva[14]. Se afirma la igualdad entre convenios y un principio de estabilidad (por medio de la regla *prior in tempore*); al mismo tiempo se faculta a la negociación para ordenar y articular las unidades de negociación, configurándose por tanto el art. 84 como supletorio respecto del art. 83.2 LET. El fallido juego de esta norma hace que los mecanismos de estabilización acaben por inclinar el sistema legal hacia un modelo continuista con relación al modelo corporativo. En los años 90 el legislador desarrolla una política del derecho caracterizada por el objetivo de una mayor descentralización, articulación y especialización funcional de los diversos niveles de negociación[15]. Lo hace, en primer lugar, inci-

---

[13] Véase también los estudios de Lahera Forteza, "*Marco constitucional de la negociación*", y Rodríguez Fernández, "*Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva*", ambos en Valdés Dal–Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007.

[14] Sobre los principios informadores de la estructura negocial en la LET de 1980, cfr. Valdés Dal–Ré, "*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*", cit., págs. 11 y sigs.

[15] Cfr. Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, "*La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores*", en "*Veinte años de Negociación Colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial*", Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2001, pág. 86.

diendo directamente en las reglas del art. 84 LET; en segundo lugar, por la vía de la ordenación de las competencias reguladoras de los diferentes instrumentos convencionales en diversas materias; en tercer lugar, potenciando el papel regulador de los acuerdos de empresa con efectos derogatorios sobre los convenios colectivos. Las críticas a las reformas de 1994 han sido generalizadas en la doctrina, existiendo una cierta coincidencia en el diagnóstico crítico ante la nueva política del derecho estatal en materia de estructura negocial. Sintéticamente, doctrina y jurisprudencia coinciden en la observación del paso de una legislación promocional a otra dirigista[16].

Tres grandes características sobresalen del cambio en la política del derecho estatal en relación con la estructura de la negociación colectiva a partir de la Ley 11/1994. En primer lugar, los párs. 2º y 3º del art. 84 LET constituyen una cierta ruptura con la regla de la que partía la Ley en su versión de l.980 de la igualdad de rango de los convenios, en tanto no existía una ordenación competencial entre convenios en el art. 84, pár. 1º. Además, la regla de la no afectación del primer convenio vigente, prevista en el párrafo 1º, restringe su juego a la relación entre convenios supraempresariales y empresariales.

En segundo lugar, aunque el objeto de la introducción del pár. 2º del art. 84 LET se plantea con un alcance limitado (es sobradamente conocido que la intención en origen era la potenciación de marcos autonómicos de negociación colectiva), el texto aprobado impulsa la descentralización de la estructura negocial en términos más amplios y probablemente no previstos por el legislador (en el sentido de una descentralización territorial más allá del ámbito autonómico y una descentralización funcional dentro del mismo sector). La orientación legislativa en sí no parece rechazable por los potenciales efectos benéficos de la distribución de competencias entre distintos niveles de negociación en un sistema instalado en la autarquía negocial, sin embargo es cuestionable porque el objetivo formal del policentrismo negocial de carácter territorial y funcional conlleva el peligro potencial de favorecer una evolución errática de la negociación[17]. Hay que añadir que

---

[16] Cfr. por todos, Valdés Dal–Ré, "*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*", cit., págs. 9 y sigs.; y "*Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual*", cit.; Rivero Lamas, "*Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de l.997*", cit.; Casas Baamonde, "*Ley, autonomía colectiva y eficacia de los convenios colectivos*", RMTAS, nº 3; Cruz Villalón, "*La estructura de la negociación colectiva y el Acuerdo Interconfederal de negociación colectiva de 1997*", en *Tribuna Social,* nº 89, 1998; Rodríguez–Piñero Royo, "*La articulación de la negociación colectiva*", en *La eficacia de los convenios colectivos*, cit. págs. 540 y sigs.

[17] El peligro del "cantonalismo" o la "balcanización" de los mercados laborales, tal como advirtiera Rivero Lamas, "*Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997*", cit. pág. 389; en el mismo sentido, Valdés Dal–Ré, "*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*", cit., pág. 30.

esta descentralización puede tener resultados paradójicos al contradecir en sus efectos los objetivos de dinamización y flexibilidad de la negociación pretendidos con la reforma de 1994. En efecto, el estudio jurisprudencial permite comprobar que el párrafo 2º del art. 84 LET está sirviendo en muchos casos de trinchera a los convenios provinciales para salvaguardar sus tratamientos normativos tradicionales frente a la renovación negocial desde niveles estatales. Nada más lejos de lo pretendido por el legislador.

En tercer lugar, y este es el dato que me parece más pernicioso desde la perspectiva del gobierno del sistema negocial y más discutible desde el punto de vista de la garantía institucional de la negociación, se debilita la capacidad de la propia autonomía colectiva para la ordenación y racionalización de la estructura de la negociación. Los acuerdos del apartado 2º del art. 83 LET quedan "desarmados" en su función ordenadora [18], porque tales reglas han pasado a ser supletorias de las establecidas por el legislador en los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET. En mi opinión ha sido una opción legislativa errónea básicamente porque impide a la autonomía colectiva establecer criterios normativos de articulación negocial, evitando una utilización de los descuelgues sectoriales inferiores ex art. 84 pár. 2º LET con motivaciones distintas de las pretendidas por el legislador (la renovación negocial).

Siendo destacables los aspectos negativos de la reforma, hay que destacar también algunos efectos positivos. En primer lugar, la ruptura parcial del principio de no afectación puede contribuir a afrontar la falta de articulación de la negociación y el "autismo" de los convenios, conscientes ahora los sujetos negociadores de la permeabilidad de las unidades de negociación. En segundo lugar, la regulación vigente, como ha observado cierta doctrina, permite la expresión de determinadas opciones sindicales de negociación que pueden no sentirse reflejadas en un sistema centralizado en torno a una negociación "general" estatal[19]. Esta posibilidad se compensa porque los descuelgues sectoriales inferiores no son factibles si no es mediante el acuerdo de los sujetos hegemónicos en los ámbitos sectoriales inferiores. En tercer lugar, los niveles sectoriales superiores siguen disponiendo de la capacidad de fijar un núcleo duro uniforme en la negociación de sector amparándose en el párrafo 3º del art. 84 LET; el valor adicional de este párrafo 3º es que sirve de contención a las tendencias hegemonizadoras del convenio sectorial esta-

---

[18] En este sentido, Valdés Dal–Ré, "*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*", cit., págs. 31–32. Como ha observado el TS, el segundo párrafo del art. 84 LET, con un "marcado signo autonomista", ha venido a implantar "fórmulas de dirigismo contractual" que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles descentralizados de negociación, reduciendo sensiblemente, " por razones de carácter político", la extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 LET. Véase, SSTS 22–9–1998 (RJ 1998, 7576); 26–1–2004 (RJ 2004, 1373); 1–6–2005 (RJ 2005, 7320).

[19] Baylos Grau, "*Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 1000, 2000, pág. 1474.

tal, pues es perceptible en la experiencia contractual que, de la misma manera que se avanza en la articulación sectorial, los convenios generales tratan de expandir sus competencias reguladoras exclusivas.

En definitiva, creo que las reformas de los 90 han servido para introducir una cierta cultura de la articulación y la complementariedad de las diferentes unidades de negociación, obligando a los diferentes agentes contractuales a abandonar la filosofía del autismo negociador y a las organizaciones sindicales y patronales representativas a asumir la iniciativa en el gobierno del sistema de negociación en España[20]. Se da la paradoja de que la reforma descentralizadora de 1994 ha servido de estímulo a una ordenación autónoma de las reglas sobre la estructura negocial, asumiendo su "debilidad organizativa", y dando paso a una tendencia centralizadora más eficiente, desde el terreno de lógica contractual[21], como por lo demás tendremos ocasión de ver *infra*.

5, LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN EN LA LET

5.1. Introducción

Conforme al artículo 83.1 LET se reconoce la libertad de las partes en la fijación de las unidades de negociación y el ámbito de aplicación del convenio negociado (el ámbito geográfico, funcional y personal de aplicación del convenio). En principio, por ello, la LET afirma una línea de neutralidad legislativa en la ordenación de la negociación. No obstante existen diversos condicionantes.

En primer lugar, las normas imperativas de la LET sobre legitimación negocial[22]. De esta forma la libertad de convenir del art. 83.1 LET debe complementarse con la regla de que las partes sean capaces y estén legitimadas para convenir en el ámbito de negociación elegido[23].

En segundo lugar, ha podido limitar también la neutralidad formal de la LET de 1980 la elaboración jurisprudencial sobre la necesidad de "la idoneidad o razo-

---

[20] En el mismo sentido, Rodríguez Fernández, "*Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva*", cit. págs. 165–166.

[21] Baylos Grau, *ibidem*.

[22] Cfr. Sempere Navarro y Luján Alcaraz, "*Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos*", en RMTAS, nº 68, 2007, págs. 51 y sigs.

[23] Alonso Olea y Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 2000 (18ª ed.), pág. 807.

nabilidad de la unidad de negociación", que con una interpretación rígida conduce a petrificar la estructura negocial heredada de la ordenación impuesta por las Ordenanzas Laborales[24]. Se ha observado, no obstante, que en la práctica esta elaboración jurisprudencial no ha tenido efectos prácticos[25]. Estos criterios de idoneidad de la unidad de negociación se remiten a la postre al cumplimiento por quienes negocian el convenio de los requisitos de capacidad y legitimación negocial de los arts. 87 y 88 LET[26].

En tercer lugar, también inciden en la determinación de las unidades de negociación y su articulación las reglas de coordinación negocial. El núcleo de las reglas de estructuración y articulación de la negociación se encuentra en dos preceptos principales, los arts. 83 y 84 LET (*Apartados 2º y 3º* de este *Capítulo*). Existen además otras reglas de coordinación negocial que se conforman como reglas de competencia y que se encuentran diseminadas a lo largo de la LET (*Apartado 4º*). Han de ser tomadas en consideración también ciertas reglas de sucesión de convenios, que aunque se conciben formalmente como derecho transitorio, juegan un papel como reglas de coordinación al incidir en los cambios de unidades de negociación, y de hecho han ejercido un papel disuasorio en la renovación de la estructura negocial (*Apartado 5º*).

5.2. Los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos ex art. 83.2 LET como instrumentos de ordenación del sistema de negociación

La LET dispone determinados instrumentos normativos a través de los que se atribuye a la autonomía colectiva el protagonismo en la racionalización de la estructura de la negociación colectiva. El régimen jurídico de dichos instrumentos se contiene en el art. 83.2 LET.

---

[24] Entre las más recientes, SSTS 18–12–2002 (RJ 2003, 2344) y 8–6–2005 (RJ 2005, 6014). La jurisprudencia requiere la "idoneidad" de la unidad de negociación, conforme a "exigencias de homogeneidad funcional relativa" o de "razonabilidad" de la unidad de negociación. Los criterios de "objetividad y estabilidad" como condicionantes de la elección de la unidad de negociación por los sujetos negociadores, que una doctrina sesgada ha referido en algunos casos a la composición material del nivel de negociación, en realidad se plantean con frecuencia ligados a la problemática de la representatividad de las asociaciones empresariales negociadoras del convenio y sirven en este contexto para excluir como criterio determinante de la unidad de negociación el de la mera adhesión de las empresas a una asociación empresarial. Cfr. Rodríguez Fernández, "*Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva*", cit. pág. 174 y sigs.

[25] Cruz Villalón, "*Estructura y concurrencia entre convenios colectivos*", cit. pág. 86.

[26] Días De Rábago, "*Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos. Problemas de la negociación colectiva estatutaria: su articulación, configuración de las unidades de negociación, concurrencia de convenios y convenio de aplicación en la sucesión de empresas*", AS, 20, 2005, BIB 2005, 2720, pág. 7.

Dicho precepto identifica los instrumentos de regulación, los sujetos que pueden suscribirlos, así como su contenido. Por lo que refiere a los instrumentos negociales el precepto identifica como tales los "acuerdos interprofesionales" o "convenios colectivos". Tradicionalmente se ha pensado en el acuerdo interprofesional o acuerdo–marco como instrumento típico de ordenación de la negociación. El acuerdo–marco cuenta con una naturaleza y función específica bien definida en la doctrina y jurisprudencia. Se trata de un pacto que circunscribe sus contenidos a los referidos en el art. 83.2 LET, esto es, lo que se conoce como "convenio para convenir" con la finalidad de establecer normas a seguir por futuros convenios. Sus contenidos se dirigen a los sujetos negociadores en los niveles negociales inferiores, de manera que sus mandatos no pretenden ser aplicables de manera directa e inmediata, aunque condicionan normativamente las reglas en los niveles inferiores. Se trata de instrumentos normativos "en la cumbre", circunscrito a los agentes negociales más representativos, a los que atribuye un poder fuerte de dirección centralizada del conjunto de la negociación colectiva. Aunque la introducción de los agentes representativos autonómicos "deja entrever un uso coordinado de dicha orientación del sistema entre el nivel estatal y el de Comunidad Autónoma"[27].

El legislador de los 80 parecía estar pensando en este instrumento como base principal de la regulación de la estructura negocial, sin embargo el papel de estos Acuerdos Interprofesionales se ha demostrado marginal al respecto. En primer lugar, porque como decimos se concibe este instrumento del art. 83.2 LET en los 80 pensando en una ordenación negocial desde una lógica interconfederal, cuyos objetivos y estrategias son de hecho instrumentales a las prácticas de concertación de esa década[28], donde por tanto los planteamientos de estructuración de la negociación son más retórica que maduración estratégica desde la propia dinámica negocial[29]. En segundo lugar, se ha demostrado con el paso del tiempo que es un ámbito inadecuado para el objetivo de estructuración de la negociación, y ello se acredita con el dato del creciente protagonismo de los convenios sectoriales estatales en la realización de dichos objetivos. Es frecuente por lo demás en los convenios sectoriales generales iniciar el capítulo referente a la estructura de la negociación con la referencia a que sus contenidos se aprueban al amparo del artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores[30].

---

[27] Baylos Grau, "*Unidades de negociación y concurrencia…",* cit. pág. 1461.

[28] Se ha observado que "la incidencia de la concertación social sobre la negociación colectiva tuvo una dimensión claramente económica: la contención de los salarios". Cfr. Miguélez y Rebollo, "*Negociación colectiva en los noventa*", en AA.VV., *Las relaciones de empleo en España*, Siglo XXI Ed, 1999, pág. 328.

[29] Baylos Grau, "*Unidades de negociación y concurrencia…",* cit. págs. 1465–1466.

[30] Por citar algunos ejemplos, entre otros tantos, art. 3 del III Convenio Estatal de la Madera (2007–2011); art. 11 del IV Convenio General de la Construcción (2007–2011); art. 1.1.2 del Convenio Colectivo de la Industria Química (2007–2009).

Por tanto, son los convenios sectoriales típicos los que están procediendo a integran en su contenido reglas sobre la estructura y articulación de convenios ex art. 83.2 LET. La negociación sectorial de tales reglas es aceptada con claridad por la doctrina científica[31], en primer lugar, por referirse dicho precepto a los "convenios colectivos", en segundo lugar, por ser estimado un ámbito óptimo para la ordenación negocial en un sistema contractual colectivo carente de uniformidad funcional, y en tercer lugar, por no existir incompatibilidad entre los requisitos de legitimación negocial del art. 83.2 LET y los exigidos a nivel sectorial estatal (los sujetos legitimados son en definitiva los referidos en el precepto citado).

Esta práctica negocial que otorga creciente protagonismo a los convenios generales en la estructuración de la negociación es captada pronto por la misma jurisprudencia, y explica que el TS se haya movido con cierta ambigüedad en sus referencias expresas a estos acuerdos o convenios del art. 83.2 LET. La doctrina judicial tiende a reiterar, refiriéndose específicamente a los acuerdos–marco, que están desprovistos de cláusulas normativas directamente referidas a las relaciones laborales en el ámbito de aplicación. Sin embargo, el mismo TS observa que los acuerdos o convenios–marco se caracterizan por referirse a una "unidad de negociación, que es una unidad muy amplia, tanto en lo que respecta al ámbito territorial (el territorio de todo el Estado) como en lo relativo al ámbito funcional (el conjunto de las relaciones de trabajo asalariado o por lo menos un sector significativo de las mismas)". Por otro lado en cuando a la finalidad o propósito de estos convenios o acuerdos–marco, indica el Alto Tribunal que "es el establecimiento de reglas o pautas, tanto sobre la estructura de la negociación colectiva en el ámbito interprofesional o sectorial al que se aplican, como sobre el contenido de los convenios colectivos ordinarios negociados en ámbitos inferiores"[32]. En otros términos, indica el TS que "la esencia y finalidad del Acuerdo Marco Interconfederal no deben ser otras que la de encuadrar toda la negociación colectiva de los sectores laborales afectados dentro de unas coordenadas que, con un mayor o menor grado de flexibilidad o libertad negocial, permitan, sin embargo, un cierto grado de uniformidad en todos los Convenios Colectivos que del mismo han de derivarse; pretender, por tanto, una directa aplicación de la norma marco a la concreta y particular relación laboral existente entre las partes comporta desnaturalizar su propia esencia y dotarla de unos efectos y de una fuerza vinculante de la que realmente debe carecer, salvo que, excepcionalmente, así resulte, expresa e inequívocamente, de su contexto"[33]. El TS admite desde un primer momento "la posibilidad de una moda-

---

[31] Por todos, Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 371 y 372.

[32] STS 16–11–1989 (RJ 1989, 8068).

[33] STS 16–6–1989 (RJ 1989, 4593).

lidad mixta o híbrida, en la que en el mismo cuerpo de un convenio o acuerdo colectivo se integran cláusulas que responden a las características de las normas–marco, y otras que tengan, en cambio, virtualidad de aplicación directa e inmediata"[34].

Puede tratarse por tanto de acuerdos de una unidad geográfica "muy amplia"[35], y de ámbito interprofesional o sectorial. Desde mi punta de vista la cuestión del ámbito de negociación debe resolverse atendiendo a la voluntad de los sujetos con legitimación para suscribir acuerdos ex art. 83.2 LET. Por otra parte, su contenido puede estar referido tanto a reglas sobre la estructura de la negociación, como sobre el contenidos de los convenios, pudiendo además dirigirse a regular contenidos vinculantes para los niveles inferiores de negociación como a regular aspectos referidos a las relaciones de trabajo[36]. En todo caso, lo que otorga naturaleza de acuerdo o convenio ex art. 83.2 LET es la inclusión en su articulado de normas sobre los aspectos referidos en este precepto estatutario:

1. Reglas sobre la estructura de la negociación colectiva, es decir, la identificación de las unidades de negociación.
2. Reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.
3. Principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, esto es, en un sentido amplio, las posibles relaciones de suplementariedad, supletoriedad y complementariedad. Y en relación con los principios de complementariedad se establece además que los acuerdos o convenios fijarán "siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores". Lo que supone atribuir a estos acuerdos o convenios el poder jurídico para identificar unidades de negociación y delimitar sus competencias reguladoras.

Creo que no puede mantenerse que el art. 83.2 LET en la actualidad sea un impedimento para que los convenios colectivos regulen las reglas de la negociación

---

[34] STS 16–11–1989 (RJ 1989, 8068).

[35] Que por las funciones del art. 83.2 LET parece lógico situar en el ámbito estatal (como vemos que hace el TS), pero que puede referirse también al ámbito autonómico en atención al régimen de legitimación negocial que establece el precepto. Sobre el particular ampliamente VILLAVICENCIO RÍOS, *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Ed. Comares, 1998, págs. 290 y sigs.

[36] Este planteamiento flexible sobre el ámbito geográfico y funcional y sobre los contenidos es también asumido en la doctrina científica. Cfr. Alonso Olea y Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 827; Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit pág. 105; Villavicencio Ríos, *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva…*, cit. págs. 300 y sigs..

en el sector y, en cuanto convenios colectivos, las materias o condiciones de trabajo que se reserva el propio convenio sectorial.

Precisamente, los problemas se plantean al aplicar a los convenios sectoriales las reglas de legitimación negocial previstas en el art. 83.2 LET. La cuestión radica en la armonización de los requisitos de legitimación negocial de los convenios colectivos sectoriales con las exigencias de representatividad de los sujetos negociadores ex art. 83.2 LET para incorporar reglas de ordenación de la negociación en el sector. En principio, conforme al precepto citado la legitimación negocial quedaría circunscrita a "las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma". Pero este requisito sin matices contraría la realidad de la negociación sectorial donde es posible que los sujetos legitimados para la negociación y efectivamente firmantes de los convenios no se circunscriban a los previstos en el art. 83.2 LET o no cuente con la participación de algún sindicato dotado de mayor representatividad estatal. La solución aquí pasa por adecuar los requisitos de legitimación negocial (requisitos de mayor representatividad pensados en el art. 83.2 LET para acuerdos intersectoriales con funciones de regulación de la estructura de la negociación y vinculantes para los sujetos negociadores de ámbito inferior) al nivel sectorial de negociación ex arts. 87 y 88 LET, dado que los convenios colectivos ex art. 83.2 LET tendrán "el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos" (art. 83.3 LET). Esta interpretación sin embargo no debe llevar a ignorar la voluntad del legislador de que el acuerdo sectorial cuente con el respaldo de una mayoría representativa, dentro de la comisión negociadora, correspondiente a sujetos negociales a los que el art. 83.2 LET atribuye dicha competencia.

La ambigüedad del TS en sus referencias expresas a estos acuerdos o convenios del art. 83.2 LET, a la que me he referido anteriormente, sigue sin cerrar las dudas sobre el formato de los pactos colectivos ex art. 83.2 LET, como se constata en Sentencias recientes del mismo TS[37]. Desde luego, la doctrina jurisdiccional hasta ahora viene asumiendo sin objeciones que los convenios de sector pueden contener reglas sobre la estructura y articulación de la negociación ex art. 83.2 LET que prevalezcan sobre el principio de no afectación del art. 84 pár. 1º LET[38]. Lo que

---

[37] Véase, SSTS 10–7–2007 (RJ 2007, 7112) y 5–3–2008 (RJ 2008, 5067). Véase, en este mismo volumen el estudio sobre el particular de Costa Reyes.

[38] A modo de ejemplo y respecto de la legitimidad del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad para establecer con alcance normativo tanto reglas sobre la estructura como sobre contenidos, STS 18–2–1999 (RJ 1999, 2600); respecto del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, véase STS 10–4–2002 (RJ 2002, 5321). La STSJ Comunidad Valenciana 28–3–2006 (Jur 2006, 254797) para determinar el salario de la demandante decide en base al IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (2003–2005) y no el convenio de empresa (2000–2002 y prorrogado tácitamente en años posteriores) porque el convenio estatal establece la estructura de la negociación colectiva en el sector, quedando integrada por unidades de negociación de ámbito estatal y de Comunidad Autónoma

hace en suma esta jurisprudencia es adecuar el alcance de los acuerdos colectivos sobre estructura de la negociación al ámbito natural en que deben plantearse, el ámbito sectorial, a la vista de la ineficacia de los planteamientos interconfederales.

5.3. Las reglas de coordinación de unidades de negociación del art. 84 LET

El art. 84 LET forma parte del núcleo duro de las normas estatutarias dedicadas a la coordinación de convenios, esto es, a la regulación de las relaciones entre convenios colectivos con el propósito de ordenación del proceso de negociación colectiva y de racionalización de su estructura. Es un precepto fundamental del armazón de las normas de coordinación de convenios, complejo, al configurarse como un híbrido de normas de concurrencia y de competencia, y lleno de delicados problemas interpretativos fruto de una defectuosa técnica jurídica[39].

5.3.1. El principio de no afectación del párrafo 1º del art. 84 LET

Conforme a dicho art. 84 pár. 1º LET, "un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente" del precepto. Este precepto estatutario, que conserva su versión original de 1.980, resuelve la concurrencia de convenios mediante la aplicación de un criterio cronológico (principio *prior in tempore*). Este principio de no afectación viene a reforzar la estabilidad de los convenios y la seguridad jurídica negocial; y como consecuencia de ello refuerza además el sistema de negociación en su conjunto al consolidar la confianza de los negociadores en el mantenimiento de las reglas pactadas[40]. La concurrencia de convenios toma como referencia temporal el convenio colectivo vigente en el momento de la publicación del posterior[41].

---

y sin que se contemple la empresa como ámbito de negociación, por lo que, concluyen, debe acudirse al Convenio Colectivo Estatal. A veces los Tribunales se refieren impropiamente a estos convenios sectoriales como normas de naturaleza mixta de acuerdo marco y de acuerdo sobre materias concretas (STSJ Andalucía 10–4–2003 –AS 2003, 2371–).

[39] Una descripción sistemática de estos problemas tras la reforma de 1994, en Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit., pág. 26–28.

[40] Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit. pág. 127; Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 150–151.

[41] STSJ País Vasco 7–2–2006 (AS 2006, 1547); tomando en consideración también la fecha de publicación del convenio, STSJ Madrid 17–5–2006 (JUR 2006, 296719).

La aplicación de esta regla del 84 pár. 1º LET requiere tres elementos. En primer lugar, se requiere la simultaneidad o concurrencia en el tiempo de dos convenios que regulan una misma materia para un mismo ámbito geográfico, funcional, personal y temporal. Lo que persigue la norma, se observa en la jurisprudencia, "es evitar que en un determinado ámbito territorial y funcional cubierto por un Convenio de los regulados en el citado Estatuto, se introduzca una nueva regulación convenida que alcance en todo o en parte al mismo ámbito"[42]. Es decir, se trata de concurrencia de convenios procedentes de distintas unidades de negociación. Excluido queda el supuesto de afectación por un convenio posterior pero con un ámbito geográfico y funcional coincidente. En este caso, estamos en realidad ante una sucesión de convenios dentro del mismo ámbito negocial, siendo aplicable el principio de modernidad[43].

La duda aquí es si la yuxtaposición o coincidencia parcial (dos convenios con intersección parcial de sus ámbitos funcionales) excluye la aplicación de esta regla de no afectación[44]. Hay que tener en cuenta que esta problemática de yuxtaposición de ámbitos funcionales se ve exacerbada con el proceso de derogación de las Ordenanzas, que ha supuesto la fragmentación de sectores y una tendencia a la ordenación de unidades de negociación de nivel sectorial inferior de manera muy diversa en cada subsector, con distorsiones en la configuración de los ámbitos funciones sobre todo a nivel provincial. En la jurisprudencia parece percibirse una evolución, desde la inicial admisión de concurrencia en situaciones de coincidencia parcial[45], hasta restringir los supuestos de concurrencia a la plena sobreposición de ámbitos funcionales. En este sentido la doctrina última del TS es que el convenio posterior no invade el ámbito del convenio anterior cuando se trata de coincidencia parcial en el ámbito funcional, en supuestos donde la actividad principal delimitadora del ámbito funcional del convenio posterior se incluyó en el ámbito del convenio anterior como actividad complementaria o el convenio colectivo nuevo ocupa un ámbito propio no cubierto hasta entonces por ningún convenio colectivo, siendo la aplicación del anterior meramente subsidiaria[46]. Se impone en

---

[42] Por todas, STS 8–7–2005 –RJ 2005, 6014–.

[43] SSTS 21–2–2000 –RJ 2002, 2052; 18–10–2004 –RJ 2005, 143–.

[44] Sobre esta temática, recientemente, THIBAULT ARANDA, *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, TB, 2008.

[45] STS 7–4–1994 (RJ 1994, 3233); STS 27–3–2000 (RJ 2000, 4794).

[46] El ejemplo lo encontramos en la STS 17–6–2002 (RJ 2002, 10542) donde se plantea la concurrencia del Convenio de Estaciones de Servicio con el Convenio Colectivo de las Cadenas de tiendas de conveniencia. Para el TS ambos Convenios son complementarios y no concurrentes, puesto que cuando la actividad principal sea la de estación de servicio se aplicará el primero de ellos en el tiempo, mientras que cuando esa actividad no sea la principal sino la complementaria quedará fuera de aquel Convenio y bajo la éjira del de tiendas de conveniencia a partir de la entrada en vigor de éste. Es el caso

estos casos un estudio casuístico para determinar en cada caso si el nuevo convenio ocupa un ámbito propio o regula una actividad que estaba contemplada en el ámbito funcional del primero y durante su vigencia, o también si estando contemplado se trata de una actividad complementaria[47].

El segundo elemento delimitador del supuesto del art. 84 pár. 1º LET es la situación de "afectación" entendida como una concurrencia divergente, esto es, una alteración o modificación del contenido de un convenio vigente por otro convenio posterior en el ámbito de aplicación del primero[48]. Lo que pretende la norma es evitar "la desvirtuación del equilibrio contractual alcanzado en un convenio por obra de otro convenio posterior que altera sus contendido o sus presupuestos"[49]. Es posible que la concurrencia de convenios no sea equivalente a afectación, en la medida en que el convenio afectante lo sea en términos, no de divergencia, sino de suplementariedad o complementariedad (al incidir en materias o aspectos normativos de una materia no contemplados en el convenio afectado) respecto de los contenidos del primero[50]. Pero en su versión más estricta el principio de no afectación viene a afirmar la intangibilidad o refractariedad del convenio a cualquier alteración procedente de una norma convencional de un nivel negocial diferente[51].

En tercer lugar, la regla del párrafo 1º del art. 84 LET está referida a la concurrencia de convenios colectivos estatutarios. Sobre la posible concurrencia entre convenios estatutarios y extraestatutarios hay que decir que la jurisprudencia re-

---

también de la STS 17–6–2002 (RJ, 2004, 1864), en la que tampoco se estima el supuesto de concurrencia prohibitiva entre el primer Convenio Colectivo de las Cadenas de tiendas de conveniencia con los más de cien convenios –uno estatal del sector de hostelería, y el resto de ámbito provincial territorial, pero del más variado ámbito funcional– que hasta ahora regulaban las relaciones de trabajo en las «tiendas de conveniencia» a las que este Convenio se refiere. En el supuesto de la STS 5–3–2008 (JUR 2008, 141639) se excluye el principio de no afectación, entre otros argumentos, por existir sólo coincidencia funcional parcial entre el I Convenio Colectivo general del sector de servicio de asistencia en tierra en aeropuertos (handling) y el II Convenio Colectivo de la Empresa "Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA" y su personal de tierra y los técnicos de cabida de pasajeros.

[47] De hecho estas dudas justifican votos particulares en las SSTS 17–6–2002 (RJ 2002, 10542) y 16–11–2002 (RJ 2003, 2698).

[48] STS 16–7–2001 (RJ 2001, 576).

[49] Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit., pág. 59.

[50] Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit, pág. 49. Se ha observado no obstante la dificultad de fijar el límite de la afectación en los supuestos indicados, debiendo indagarse en estos casos la voluntad de las partes del convenio aplicable. Cfr. Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 162–164.

[51] Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit., págs. 37–38. Ejemplos de afectación los encontramos en las ya descritas anteriormente SSTS 27–3–2000 (RJ 2000, 4794) y 8–6–2005 (RJ 2005, 6014).

suelve la cuestión en base a un principio de jerarquía, a partir de la distinción entre convenios estatutarios como normas jurídicas y los extraestatutarios como pactos contractuales[52].

Los efectos de una concurrencia conflictiva entre convenios estatutarios en los términos fijados en el art. 84 pár. 1º LET se concretan en la inaplicación del convenio posterior. En este sentido, la interpretación jurisprudencial rompe la equivalencia entre el principio de no afectación y de prohibición de negociación, esto es, la aplicación del art. 84 pár. 1º LET derivaría en la inaplicación de la norma concurrente, pero no en su invalidez o nulidad. La jurisprudencia es clara al respecto. Frente a la doctrina mantenida anteriormente en algunos pronunciamientos[53], conforme a la cual cabía distinguir los efectos de la nulidad (respecto de convenios inferiores afectantes) o de la inaplicación (para los convenios superiores afectantes), es pacífico hoy en la jurisprudencia que "el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal". Ello obedece –observa el TS en su doctrina– a que el art. 84 pár. 1º ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, esta también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de "ineficacia aplicativa". De manera que los convenios concurrentes permanecen vigentes y válidos pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia para pasar a ocupar su lugar el nuevo cuando aquél pierda vigencia. El principio de no afectación no tiene excepciones, como se constata en la jurisprudencia más reciente, en atención a que el invasor sea más amplio o más restringido en su ámbito que el invadido[54].

El TS entiende que la sanción máxima de nulidad (estatutaria, se entiende), ya sea total o parcial, debe quedar reservada "a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del art. 85.2 ET, o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria (arts. 87 a 89 ET), o que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto"; pero no para los convenios colectivos "que presentan defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores como es la vi-

---

[52] SSTS 17–10– 1994 (RJ 1994, 8052), 18–2–2003 (RJ 2003, 3372), 2–3–2007 (RJ 2007, 2381).

[53] STS 7–4–1994 (RJ 1994, 3233). Remito ampliamente al estudio de Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 214 y sigs.

[54] Sintetizando su doctrina al respecto, SSTS 18–2–1999 (RJ 1999, 2600), 16–7–2001 (RJ 2002, 576), 31–10–2003 (RJ 2003, 589), 8–7–2005 (RJ 2005, 6014), entre otras.

gencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquellos". En estos casos "será suficiente, para alcanzar el objetivo previsto por el art. 84, con declarar su inaplicación temporal, total o parcial, mientras mantenga su vigencia el convenio invadido"[55].

Todo lo expuesto hasta ahora está referido a las reglas aplicativas del párrafo 1º del art. 84 LET. Pero hay que tener en cuenta que, conforme al mismo precepto, el convenio colectivo *prior in tempore* no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, "salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83". La interpretación comúnmente aceptada de este inciso es que el 84 pár. 1º es supletorio respecto del art. 83.2 LET, es decir, resulta aplicable salvo que por Acuerdo Interprofesional o convenio se disponga la posibilidad de otras reglas, en cuyo caso habrá que estar a lo que dispongan al respecto[56].

5.3.2. Las reglas de los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET

Junto al art. 84 pár. 1º, la ley 11/l.994 introduce dos nuevos párrafos en este precepto de la LET, que como ha sido ampliamente observado, responden a un cambio en la política del derecho estatal en relación con la estructuración de la negociación colectiva en los años 90. Es novedosa la orientación legislativa (hacia la descentralización) y es novedosa la técnica jurídica[57]. El párrafo 1º del art. 84 LET establece, como hemos visto, una regla de coordinación que pertenece a la especie de las reglas de exclusión de concurrencia (que afecta a la aplicación de la norma). Por su parte, el párrafo 2º también fija una regla de concurrencia, en este caso como excepción a la anterior, estableciendo que en caso de concurrencia prevalece en todo caso el convenio sectorial inferior; es una regla concurrencial y no de competencia normativa porque en ningún momento el precepto excluye la capacidad reguladora de las partes negociadoras de ámbito superior para el ámbito sectorial inferior. Sin embargo, el párrafo 3º del art. 84 LET parece fijar un criterio de distinta naturaleza, esto es, se adscribe a la tipología de las reglas de exclusión de competencia (que afecta a la competencia normativa)[58]. Sin embargo comparto la opinión de MARTÍN VALVERDE[59], pero sólo respecto del párrafo

---

[55] Véase, SSTS 24–4–2006 (RJ 2006, 4708); 13–11–2007 (RJ 2008, 998).

[56] SSTS 2–4–1998 (RJ 1998, 3257) y 18–2–l.999 (RJ 1998, 2600).

[57] Sin precedentes en nuestro Derecho histórico, ha observado Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit. pág. 78.

[58] Martín Valverde, op. cit. 57–58, incluye en la tipología de reglas sobre competencia normativa las reglas de los párrafos 2º y 3º del art. 84.

[59] Nuevamente, Martín Valverde, op. cit. pág. 94.

3º, de que estamos ante una especie de híbrido, que combina un ingrediente de norma de concurrencia y un ingrediente normativo de delimitación competencial. El carácter híbrido del párrafo 3º del precepto comentado se deduce de que la reserva competencial establecida formalmente para los convenios sectoriales superiores no es absoluta, es decir, los sujetos negociadores del ámbito sectorial inferior sólo pierden la capacidad de regular las materias del párrafo 3º cuando éstas sean reguladas por los convenios superiores[60]. Como veremos el TS ha rechazado esta interpretación al entender que estamos ante normas que introducen reglas competenciales, provocando la nulidad de las normas convencionales que las contradigan.

Finalmente, cabe indicar que, como normativa de orden público cuya función es, junto con las previsiones del art. 83.2 LET, la de resolver los problemas de concurrencia entre convenios, no pueden combinarse o ser desplazadas estas reglas por otras como el principio de especialidad[61] o el de norma más favorable[62].

Los nuevos párrafos del art. 84 introducen reglas de coordinación referidas a los convenios sectoriales únicamente. Por tanto cuando hablamos de concurrencia entre convenios sectoriales y de empresa las reglas de concurrencia serán, en primer lugar, las que se hayan establecido en los Acuerdos interprofesionales o convenios ex art. 83.2 LET. En segundo lugar, de no existir previsión al respecto por la vía anterior, los problemas de concurrencia se someten al principio de no afectación del art. 84 pár. 1º LET[63]. Pero este planteamiento no rige en las relaciones de concurrencia entre convenios sectoriales a la luz de los nuevos párrafos 2º y 3º del art. 84 LET.

Dispone el pár. 2º del citado precepto que "los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán, en un ámbito determinado que sea superior al de empresa, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación". Se trata de una regla de concurrencia que constituye una excepción al principio de no afectación del párrafo 1º del art. 84 LET y que resulta aplicable a la concurrencia entre convenios supraempresariales.

---

[60] Martín Valverde, op. cit. pág. 95.

[61] STSJ País Vasco 27–2–2001 (AS 2001, 4351), que rechaza el argumento del carácter especial del convenio nacional de empresas consultoras frente al carácter general del convenio provincial de oficinas y despachos frente al criterio del art. 84.2 LET.

[62] SAN 14–10–2002 (nº sentencia 62/2002); STSJ País Vasco 7–2–2006 (AS 2006, 1547); STSJ Madrid 17–5–2006 (JUR 2006, 296719).

[63] STSJ País Vasco 6–11–2007 (AS 2008, 302).

El convenio supraempresarial inferior posterior prevalece en su ámbito de aplicación sobre la regulación de un convenio supraempresarial superior anterior (ambos vigentes)[64]. La superioridad del ámbito del convenio afectado, excluida su interpretación como superioridad jerárquica, puede interpretarse como mayor amplitud territorial o funcional, o ambas simultáneamente (ámbito territorial más extenso en un mismo ámbito funcional; ámbito funcional más extenso dentro de un mismo ámbito territorial; ámbito territorial y funcional más extenso)[65].

La jurisprudencia admite en particular la aplicación de este párrafo 2º del art. 84 LET a la relación entre convenios sectoriales y subsectoriales del mismo nivel geográfico[66]. En efecto, en algunos casos la cuestión de fondo en relación con la aplicación del art. 84 pár. 2º LET se plantea ligada a la problemática de la desvinculación de un subsector de una unidad negociadora más amplia, una vez que el convenio correspondiente a ésta ha llegado a su término. Conforme al art. 84 pár. 2º LET parece posible el desistimiento de una unidad de negociación sectorial más amplia por parte de determinados sujetos negociadores por elección de una unidad de negociación más reducida (subsectorial o de ámbito geográfico inferior) en la que reúnen los requisitos de legitimación negocial ex arts. 87 y 88 LET[67].

El párrafo 2º del art. 84 LET requiere determinados requisitos de legitimación negocial a los sindicatos y las asociaciones empresariales que pretendan negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior. Se requiere, de un lado, que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 LET y, de otro, la decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Lo que se requiere por tanto es la acreditación de los requisitos de representatividad de ambos preceptos y en particular que la decisión adoptada reciba el respaldo de quienes en la mesa de negociación "representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio", ex art. 88.1 pár. 2º LET.

---

[64] De esta forma un convenio de empresa no puede sustraerse a la regulación de un convenio sectorial inferior vigente que ha establecido una regulación específica ex art. 84.2 LET, mediante el expediente de la adhesión de las partes en un convenio o acuerdo de empresa ex art. 92.1 LET al convenio sectorial estatal, precisamente por estar afectado por el sectorial inferior (STSJ Castilla–La Mancha 22–3–2007 (AS 2007, 2231)).

[65] Martín Valverde, "*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*", cit. págs. 81–82. Este mismo autor es de la opinión de que no existe concurrencia por yuxtaposición, es decir, se rechaza la aplicación del art. 84.2 LET al supuesto de mera superposición sin abarcar íntegramente el convenio superior el ámbito del convenio inferior (op. cit. pág. 83).

[66] En un supuesto de convenio de sector y subsector, véase STS 24–4–2006 (RJ 2006, 5867).

[67] Ilustra muy bien esta cuestión la STS 24–4–2006 (RJ 2006, 5867).

El TS ha desarrollado una interpretación del 84 pár. 2º LET que ha supuesto su despliegue contenido, a partir de una interpretación estricta de algunos de los requisitos implícitos en él, como los requisitos de representatividad exigidos[68], o negando la existencia de un deber de negociar un convenio sectorial inferior si está vigente un convenio sectorial superior [69].

Por su parte, el art. 84, pár. 3º LET actúa formalmente como una regla de reserva competencial para los convenios sectoriales superiores frente al derecho de afectación reconocido a los convenios inferiores. Conforme al párrafo 3º del art. 84 se considerarán "materias no negociables" en ámbitos sectoriales inferiores "el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica". La preferencia del convenio sectorial superior se gradúa en la norma, distinguiéndose básicamente las preferencias absolutas (el período de prueba, los grupos profesionales, el régimen disciplinario) y preferencias parciales delimitadas con evidente ambigüedad (las modalidades de contratación, "excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa"; las "normas mínimas" en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica). El párrafo 3º del art. 84 LET extiende la limitación negocial a los "ámbitos inferiores". Se entiende que dichos ámbitos inferiores abarcan tanto los sectoriales inferiores a los que se refiere el párrafo 2º del art. 84 LET como a los convenios de empresa[70].

La cuestión más polémica está referida al significado jurídico de la expresión "materias no negociables" en los ámbitos sectoriales inferiores. Hemos mantenido, con cierta doctrina, que en realidad estaríamos ante una norma híbrida, dado que, configurándose como una norma de reserva competencial, realmente no está privando de capacidad reguladora de las materias del párrafo 3º a los niveles sectoriales inferiores, salvo en el supuesto de que estas materias sean reguladas efectivamente por los convenios superiores, en cuyo caso la reserva impide a los convenios inferiores entrar a regular la materia ni siquiera en un sentido complementario o suplementario (debiendo estarse a lo que disponga el propio convenio superior competente).

La interpretación del TS es por el momento más restrictiva. Aunque el Alto Tribunal está refiriendo su doctrina a los supuestos en que existe una regulación en el nivel superior (que por ello cierra las puertas a la regulación en un nivel inferior),

---

[68] En el caso de la STS 24–4–2006 (RJ 2006, 5867) se rechaza la posibilidad de negociación de un convenio subsectorial (frente al sectorial) porque el sindicato que se sienta en la mesa de negociación junto a la patronal no reúne a la mayoría absoluta de los representantes en el subsector.

[69] STS 10–4–2002 (RJ 2002, 5321).

[70] STS 27–10–1999 (RJ 1999, 8411).

lo cierto es que en su razonamiento parece ir más allá de este supuesto (que exista o no una regulación en un nivel superior), indicando que estamos ante una reserva de competencia en sentido estricto, lo que conlleva entre sus efectos que la norma actúe como una prohibición absoluta, y en consecuencia provoque la nulidad (no la inaplicación) de las cláusulas del convenio inferior.

Arranca esta doctrina con la STS 28–1–2004 (RJ 2004, 2180) y amplia su alcance en la posterior STS 19–7–2007 (RJ 2008, 293), aunque también aquí estamos ante el supuesto de contradicción de un convenio superior en vigor. Indica esta Sentencia, refiriéndose al art. 84.3 LET, que "al tratarse de una materia no negociable, supone que no cabe negociación sobre ella, lo que significa que dicha materia no puede ser regulada por un convenio de ámbito inferior, pues la prohibición contenida en el párrafo tercero del artículo 84 del Estatuto, no se refiere a que los convenios de ámbito inferior no puedan regular de forma distinta al de ámbito superior la materia referente al régimen disciplinario, sino que la regulación establece que dicha materia está vedada a la negociación colectiva de ámbito inferior". La STS declara la nulidad de la regulación del régimen disciplinario contenido en el Convenio Colectivo de trabajo de la industria de hostelería y turismo de Cataluña, por estar vigente, en el momento de su entrada en vigor, la regulación sobre la misma materia del II Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de hostelería. La cuestión radica en que los periodos de vigencia de ambos convenios no son coincidentes, manteniéndose en vigor el convenio autonómico más allá del periodo de vigencia del convenio estatal. Frente a una doctrina de suplicación que se muestra dubitativa sobre el alcance jurídico del incumplimiento del art. 84 pár. 3º LET[71], el TS parece afianzar la tesis de que las materias referidas en esta norma no pueden ser reguladas por un convenio de ámbito inferior y las consecuencias para las cláusulas de los acuerdos o convenios que contraríen el dictado de los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET será su ineficacia y no la mera inaplicabilidad.

En paralelo a semejante doctrina, la jurisprudencia ha interpretado que las cláusulas del convenio superior que declaran como no negociables materias no enumeradas en el art. 84 pár. 3º LET constituiría "una extralimitación no legítima, que operaría como causa independiente de nulidad –no necesitada de concurrencia real previa de Convenios– de tal previsión"[72]. En mi opinión esta doctrina es acertada porque estas cláusulas van claramente contra la propia ordenación jurídica del art. 84 LET y el reconocimiento de la autonomía contractual que el mismo precepto reconoce a determinadas unidades negociadoras, que debe estimarse de orden público (al igual que por ejemplo la ordenación de las unidades de negociación y las reglas de representatividad).

---

[71] Véase, SSTSJ País Vasco 7–2–2006 (AS 2006, 1547), Comunidad Valenciana 22–2–2007 (JUR 2007, 216890), Castilla–La Mancha 15–6–2006 (AS 2006, 2121).

[72] SSTS 18–12–2002 (RJ 2003, 2344) y 2–2–2004 (RJ 2004, 1069).

No obstante las limitaciones que se imponen al convenio sectorial superior directamente en el párrafo 2º e indirectamente en el tercero del art. 84 no significan que el convenio sectorial superior no pueda aplicarse en el ámbito del convenio sectorial inferior, pudiendo imponer el primero la convivencia de ambos convenios (el superior y el inferior) en el ámbito aplicativo del segundo, siempre y cuando el primero no invada el ámbito del inferior prohibiendo regulaciones lícitas a la luz del art. 84 pár. 2º LET y los convenios de ámbito inferior no entren a regular materias excluidas en el último párrafo del mismo precepto[73].

Este conjunto de líneas jurisprudenciales sobre el alcance interpretativo de los párrafos 2º y 3º LET se asienta en suma en la tesis de que este marco jurídico descrito es orden público, lo que significa que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan, como ya observó el TS desde su sentencia de 22–9–1.998 (RJ 1998, 7576). Son importantes las consecuencias de esta doctrina, aunque en parte eran previsibles. Lo más significativo y previsible es que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios estatuidas en los acuerdos amparados en el art. 83.2 LET carecen de valor normativo frente a los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET. Más discutible me parece el alcance que el TS da a su doctrina sobre la capacidad negociadora de unidades contractuales conforme al dictado del párrafo 3º del art. 84 LET y su tesis de la ineficacia y no la mera inaplicabilidad de las cláusulas de los acuerdos o convenios que lo contraríen. Discrepo de esta tesis, porque como he indicado el párrafo 3º del art. 84 LET se caracteriza funcionalmente como regla de concurrencia, es decir, no está estableciendo una prohibición absoluta de regular determinadas materias esenciales como contenido negocial a los ámbitos sectoriales inferiores, salvo que éstas sean reguladas por los convenios superiores del párrafo 3º del art. 84 LET y mientras esa regulación esté en vigor.

La interpretación del TS se construye exclusivamente desde la óptica del convenio como norma jurídica, prescindiendo de la lógica contractual que rige la relación entre unidades negociales no jerarquizadas y del sentido de las normas de coordinación en este contexto. Por otra parte, el TS hace de la regla legal una norma de ordenación orgánica de las unidades de negociación que amplifica el alcance de la orientación legislativa desde los años 90 hacia la asignación de valencias normativas diferenciadas a las distintas unidades de negociación y que es difícilmente compatible con los límites promocionales como base de la intervención legislativa en la regulación de la garantía institucional de la negociación del art. 37 CE. Existen además argumentos adicionales contra esta doctrina. En primer lugar, impone un criterio que contrasta con el considerado en la interpretación del párrafo 1º del

[73] STS 7–11–2005 –RJ 2005, 1302–: que rechaza la pretensión de nulidad del Convenio Colectivo Estatal de la Madera por invasión del ámbito del Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Cestería, artículos de Mimbre y Junco y afines de la provincia de Valencia).

mismo precepto estatutario, respecto del que por cierto el TS corrigió su doctrina inicial que ahora sin embargo renace como criterio hermenéutico de los siguientes párrafos del art. 84 LET. En segundo lugar, contradice su propia doctrina conforme a la cual la sanción máxima de nulidad estatutaria debe quedar reservada a los supuestos de convenios "que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto"; tesis que el TS interpreta con la mayor restricción (y que precisamente está en la base de la rectificación de su doctrina sobre el párrafo 1º). Finalmente, esta doctrina de la nulidad plantea problemas aplicativos complejos, en los casos en que no existe correspondencia exacta del ámbito funcional de los convenios superior e inferior. El TS ha mantenido en su Sentencia de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2344) que en estos supuestos cabe aplicar también la regla prohibitiva del art. 84.3 LET, pero "con cierta flexibilidad", esto es, que la exigencia de no negociar las materias incluidas en dicho número "debe proyectarse con mucho más rigor" en el ámbito funcional coincidente, pero no así en el ámbito funcional del convenio inferior no contemplado en el convenio superior, por lo que debe reconocérsele al convenio sectorial inferior "la posibilidad de ordenar dicha materia de un modo singular, siempre y cuando no choque con la regulación del Convenio General".

5.4. Reglas estatutarias especiales sobre articulación negocial

El legislador de los años 90 trata de impulsar la negociación hacia una cierta articulación y especialización funcional de los diversos niveles de negociación. Ya hemos visto que la principal vía empleada es incidiendo directamente en las reglas del art. 84 LET. Junto a ella otras vías empleadas son, de un lado, la vía de preferencias reguladoras de los diferentes instrumentos convencionales en diversas materias; de otro lado, la vía de la potenciación del papel regulador de los acuerdos de empresa con efectos derogatorios sobre los convenios colectivos.

Las remisiones a la negociación colectiva en diversas materias a lo largo del articulado de la LET se produce fundamentalmente con las reformas introducidas por la Ley 63/97 o el RDL 15/1998. Tales remisiones lo son identificando la unidad de negociación preferente en la regulación, a partir de dos fórmulas. En determinados preceptos se reserva la regulación a los convenios sectoriales, pero con preferencia de los convenios sectoriales superiores frente a los inferiores. Así ocurre en los art. 11.1 a) LET (puestos a cubrir en contrato en prácticas); art. 11.1 b) LET (duración); art. 11.2 b) LET (formación: número máximo); art. 15.1 b) LET (contrato eventual: duración) (en la versión que introduce en tales normas la Ley 63/97). En otros la preferencia se limita a los convenios sectoriales (sin distinción) sobre los de ámbito inferior. Este es el caso del art. 12.4 b), e) y g) y 12.5 c) LET (en la versión del RDL 15/1998).

Hay que añadir a todo ello las previsiones que otorgan cierto protagonismo a los acuerdos de empresa. En primer lugar, se asigna en algunos temas centrales un

papel regulador a tales acuerdos en cuanto regulación supletoria del convenio colectivo (por ejemplo, en relación con el sistema de clasificación profesional en el art. 22.1 LET, o en la regulación de la distribución irregular de la jornada conforme al art. 34.2 LET). En segundo lugar, se atribuye también capacidad a los acuerdos de empresa para derogar ciertas previsiones de los convenios colectivos, lo que supone otorgar preferencia a la regulación de empresa sobre la regulación sectorial (arts. 41.2 y 82.3 LET). Como se ha observado en la jurisprudencia, desde el punto de vista técnico–jurídico, preceptos como el art. 41 LET constituyen "una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas", que, al permitir la modificación de las disposiciones de los convenios colectivos del Título III ET por acuerdos de empresa, otorga a éstos preferencia aplicativa sobre aquéllos. En este supuesto especial de concurrencia de regulaciones colectivas la justificación de la decisión modificativa en "una más adecuada organización" de los recursos de la empresa se encuentra avalada y acreditada, en principio, por el acuerdo colectivo concluido entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores[74].

5.5. Otros aspectos normativos que inciden en la estructura y articulación de convenios

Junto a las normas de coordinación de convenios colectivos en sentido estricto, y las que el TS ha calificado de norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas (los acuerdos de empresa derogatorios), hay que tomar en consideración la existencia de otros datos normativos que inciden en la evolución de la estructura negocial. Se trata de aspectos normativos que tienen el efecto sobre todo de primar la estabilidad del sistema y el mapa de unidades de negociación existentes. Aunque hay que decir que la jurisprudencia, sin abandonar una actitud ecléctica, parece

---

[74] STS 21–11–2006 –RJ 2006, 9217–). En el caso de la STS 11–5–2004 (RJ 2004, 5157) se concluye que no hay duda de la legitimidad de diversas disposiciones adoptadas por un acuerdo de empresa sobre complementos salariales (plus de nocturnidad, incentivos, plus de penosidad) aunque contradigan las reglas de la estructura salarial o «sistema de remuneración» del convenio colectivo del comercio de Granada, por ajustarse la letra d) del art. 41.1. ET. Se observa en suplicación, respecto de los pactos de modificación de condiciones de trabajo ex art. 41 LET que "con independencia de la naturaleza jurídica que quiera otorgarse a estos Acuerdos de empresa, es lo cierto que la relación entre convenio colectivo y acuerdo no es de naturaleza conflictiva, pues no se olvide que el acuerdo surge con la finalidad de sustituir determinada regulación del convenio por razones, en lenguaje del Estatuto Laboral, económicas, técnicas, organizativas o de producción, o, en definitiva, como sucede en el caso enjuiciado, por razones estrictamente funcionales de la empresa. Se permite, pues, la sustitución de parte de lo pactado en convenio por una nueva regulación introducida por un acuerdo de empresa, cuando se constata que la regulación sustituida es inadecuada para dar efectividad al propio cometido de la empresa. Al no existir, por consiguiente, contradicción o confrontación entre convenio y acuerdo, no parece conveniente aplicar el principio de jerarquía normativa (supuesto que al acuerdo se otorgara esta eficacia)" (STSJ Navarra 28–7–2002 –AS 2002, 2447–).

avanzar en los últimos años tratando de contener sus efectos más perniciosos, sobre todo restringiendo el alcance de la ultraactividad del convenio y ofreciendo una interpretación menos restrictiva del deber de negociar.

El principio de no afectación del párrafo 1º del art. 84 LET inmuniza al convenio *prior in tempore*, salvo aplicación de las reglas del art. 83.2 y 84 párrafos 2º y 3º LET. Pero la inmunidad frente a invasiones de convenios posteriores finaliza con la pérdida de vigencia del convenio afectado. Se plantean aquí algunos supuestos problemáticos. Expondré algunos de ellos.

Entre los mecanismos que contribuyen a un papel estabilizador en el sistema de negociación está el efecto de ultraactividad del art. 86.3 LET, criticado por ser uno de los principales causantes de la inercia del sistema contractual[75]. Una cuestión polémica al respecto es si el efecto de ultraactividad, *ex* art. 86.3 LET, mantiene vigente el principio de no afectación o por el contrario hace desaparecer la inmunidad de la unidad de negociación. El TS mantiene desde antiguo que la ultraactividad del convenio finaliza con la aprobación de otro posterior, sea revisorio o sustitutorio y no impide el cambio de unidad de negociación, sin que pueda ser utilizada la ultraactividad al objeto de predeterminar las unidades de negociación. Esta doctrina la aplica el TS al supuesto de convenio superior en ultraactividad frente al convenio inferior posterior y a la inversa[76], superando las contradicciones que ha venido manifestando históricamente la aplicación de esta doctrina en función del ámbito (sectorial o de empresa) del convenio en ultraactividad [77].

No obstante, la ultraactividad amparada en el art. 86.3 LET sigue teniendo un efecto prohibitivo de la afectación del convenio ya denunciado siempre que se mantenga activa la negociación para la renovación del convenio de la misma unidad de negociación[78]. La jurisprudencia entiende que la vigencia ultraactiva de un conve-

---

[75] Por todos, Goerlich Peset, "*La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios*", en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pág. 95.

[76] STS 17–5–2004 –RJ 2004, 4969–: convenio–franja de empresa frente a un convenio sectorial estatal; STS 2–2–2004 –RJ 2004, 1069–: el Convenio estatal de Enseñanza no Reglada anterior en situación de ultraactividad frente al convenio autonómico posterior de Enseñanza Privada de Euskadi; STS 24–4–2006 –RJ 2006, 5867–: convenio anterior del sector del transporte de viajeros de la Comunidad de Madrid frente a convenio posterior del subsector del transporte discrecional para Madrid; STS 21–6–2005 –RJ 2005, 8819–: convenio de subsector provincial anterior de almacenistas de plátanos de Madrid frente a convenio sectorial provincial posterior del comercio mayorista de frutas y hortalizas de Madrid.

[77] Sobre tales contradicciones en la jurisprudencia, cfr. Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 194 y sigs.

[78] La STS 17–5–2004 (RJ 2004, 4969) indica que "como muestra la antigua doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Central de Trabajo, esta conservación de la unidad de negociación tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito

nio se agota a estos efectos cuando existen datos inequívocos de la inexistencia de negociación, como la no constitución de una comisión negociadora para la renovación del convenio durante un largo periodo de tiempo[79], o la acreditación del desistimiento, aunque sea tácito (deducible de la inasistencia a la mesa de negociación y la asistencia a otra mesa de negociación), En suma, el mantenimiento o el cambio de unidad de negociación requerirá el acuerdo de ambas partes negociadoras. El problema final es el de la discrecionalidad judicial en la valoración del supuesto de unidad negocial activa, como se comprueba con algunos pronunciamientos recientes de Suplicación[80].

Creo por otra parte, que una vez llegado el plazo de vencimiento inicial del convenio la preservación de sus contenidos no puede sustraerse a las reglas que en su caso puedan fijarse conforme al ap. 2º del art. 83 LET. No creo que la prórroga automática del convenio por no ser objeto de denuncia, la renovación del mismo o el efecto de ultra actividad pueda blindar a éste de las disposiciones del convenio colectivo general porque en ese caso sencillamente se ignora la misma previsión del párrafo 1º del art. 84 en relación con el 83.2 LET.

También incide en la dinámica de la estructura de la negociación la interpretación judicial del alcance del deber de negociar. La temática es compleja por la propia redacción del art. 89.1 pár. 2º abierta a una diversidad de interpretaciones, asumidas de manera ecléctica por el TS[81]. En el art. 89.1 se establece una regla general de obligación de negociar y determinadas excepciones a ese deber fijadas por el mismo artículo: "sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido". El deber de negociar cuenta por tanto con tres límites. En primer lugar, existen causas legales que exoneran del deber de negociar. Básicamente el incumplimiento de exigencias formales o de acreditación de requisitos de representatividad por quien demanda la negociación. En segundo lugar, se exonera de dicho deber por causas convencionales. Dichas causas se refieren al establecimiento de reglas ex art. 83.2 LET que eximan o limiten la obligación de negociar en una determinada unidad de negociación. Aquí debe matizarse que, junto a las re-

---

superior (…), esa protección requiere además que la negociación esté activa". Observa la STSJ Andalucía 23–1–2003 (AS 2003, 2568) que encontrándose el convenio sectorial denunciado, rota la unidad de negociación y estancado el proceso negociador, es legítima la consolidación de la unidad de negociación de empresa y la eficacia del convenio en cuestión.

[79] STS 17–5–2004 (RJ 2004, 4969).

[80] Véase, SSTSJ País Vasco 7–2–2006 (AS 2006, 1438), Cantabria 13–4–2005 (AS 2005, 67).

[81] Véase, en este mismo volumen el estudio sobre esta temática de Benavente Torres; también, Cuenca Alarcón, "*Procedimiento de negociación colectiva estatutaria*", en Valdés Dal–Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, *cit*. págs. 349 y sgs.

glas sobre estructura de la negociación (por ejemplo excluyendo la negociación en una determinada unidad negocial), pueden establecerse reglas de coordinación de unidades de negociación que no son excluyentes de la negociación pero asignan competencias reguladoras diferentes según el nivel (de suplementariedad o de complementariedad) y el deber de negociación existirá dentro de los límites competenciales fijados para la unidad de negociación donde se demanda el inicio del proceso de negociación. En tercer lugar, es causa de exoneración que no se trate de la revisión de un convenio ya vencido, lo cual, de atenernos a la literalidad de la norma, significa que no existe obligación de negociar mientras esté en vigor el convenio anterior, sin que de dicha literalidad pueda deducirse sin más que se excluya cuando se trata de constituir una unidad de negociación nueva inexistente hasta ese momento. En mi opinión el significado de la norma es que no existe obligación de negociar cuando exista un convenio vigente con aplicación en la unidad de negociación. El precepto matiza en este caso "sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84", lo que nos remite a lo indicado respecto de la existencia de reglas del art. 83.2 LET.

En síntesis, la doctrina del TS sobre el deber de negociar contribuye, de un lado, a la estabilidad de la estructura negocial, centrando el deber de negociar en los supuestos de continuidad de la unidad de negociación. De otro lado, favorece esta doctrina jurisprudencial el desarrollo de unidades sectoriales superiores. Ello tiene lugar, en primer término, por la vía de la admisión de un deber de negociación en unidades *ex novo* sectoriales superiores[82]; en segundo lugar, excluyendo dicho deber en unidades sectoriales inferiores por existir un convenio vigente y ser aplicable entonces la doctrina de la continuidad de la unidad de negociación[83]; y finalmente, restringiendo el deber de negociar por existir un derecho de desistimiento de unidades de negociación[84].

---

[82] STS 3–5–2000 (RJ 2000, 4258).

[83] STS 10–4–2002 (RJ 2002, 5321) y STS 10–12–2002 (RJ 2003, 1951). La STS 28–2–2000 (RJ 2000, 2246) legitima la negativa empresarial a negociar un convenio de franja dentro de la empresa por la previa iniciación de las negociaciones en una unidad general que comprende la de aquel convenio.

[84] STS 21–6–2005 –RJ 2005, 8819–. En el supuesto se admite el cambio de unidad de negociación, interpretando que la negociación del convenio sectorial provincial posterior del comercio mayorista de frutas y hortalizas de Madrid no afecta al convenio de subsector provincial anterior de almacenistas de plátanos de Madrid que se encontraba en fase de ultraactividad. Precisamente con anterioridad la STS 16–7–2001 (RJ 2002, 576) inaplicó el primero de los convenios por invadir el ámbito del convenio de subsector provincial de almacenistas de plátanos que estaba en plena vigencia.

6. EL TRATAMIENTO DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

6.1. El nuevo paradigma contractual en la ordenación de la negociación: centralización, articulación y especialización funcional

Lo expuesto hasta aquí nos permite concluir que las diferentes reglas estatutarias de coordinación de la estructura y articulación de unidades de negociación priman la estabilidad del sistema. Para romper con la lógica continuista del sistema negocial el legislador ha emprendido un camino jurídicamente tortuoso, incidiendo negativamente en la seguridad jurídica; un camino al mismo tiempo pernicioso al debilitar la capacidad de gobierno del sistema por las organizaciones más representativas. La jurisprudencia juega por su parte un papel ambivalente o ecléctico, límitándose en unos casos a neutralizar los efectos rigidificadores del sistema (en un sentido centralizador o descentralizador), en otros agravando los problemas técnico–jurídicos generados por las reformas legislativas.

Paralelamente a los desarrollos legislativos madura también la idea en la autonomía colectiva de la necesidad de una disciplina contractual dentro del propio sistema de negociación. Desde finales de la década de los 90 creo que se avanza en la formación de un paradigma contractual en la ordenación de la negociación, basado en la centralización, la articulación y la especialización funcional.

Voy a destacar dos factores que me parecen relevantes en el cambio de tendencia en la ordenación de la estructura y articulación de la negociación colectiva. El primero hace referencia al proceso de derogación definitiva de las ordenanzas laborales en 1994 y 1995. El segundo se vincula al desarrollo de los acuerdos interconfederales de negociación colectiva a partir de 1997.

El primer factor se refiere al proceso de sustitución de las ordenanzas laborales a partir de 1994[85]. Este proceso ha conllevado una importante dinamización en el tejido negocial, incidiendo, en primer lugar, en la reordenación de ámbitos funcionales y en la redefinición del papel de las unidades de negociación. Este escenario renovado anima tendencias a la generación de nuevos sectores o subsectores de actividad (por ejemplo, dentro del sector de hostelería), tendencias a la fragmentación de sectores tradicionales en nuevos subsectores estatales (puede servir-

---

[85] Remito a los estudios de Valdés Dal–Ré, "*Proceso de sustitución de las ordenanzas laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva: una aproximación*"; y Lahera Forteza y Cuenca Alarcón, "*La estructura de la negociación colectiva tras la sustitución de las ordenanzas laborales",* en *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2004.

nos los ejemplos sectoriales de construcción, vidrio y cerámica, de alimentación o de transportes), a la segmentación funcional estatal y provincial (comercio; limpieza de edificios y locales), o, en fin, la aparición de nuevas unidades sectoriales de negociación (autonómicas en el sector del comercio y de limpieza de edificios y locales). En segundo lugar, el proceso de sustitución de las ordenanzas laborales incide en la generación y diversificación de fórmulas de articulación de la negociación; se ha observado que 2/3 partes de las nuevas experiencias de articulación se generan en ámbitos negociales de sustitución de la ordenanza[86]. En cualquier caso las tendencias son plurales. Prevalece la tendencia a la centralización (mediante la aparición de convenios estatales antes inexistentes en el sector), aunque también se observan tendencias a la descentralización (afianzando unidades descentralizadas en el vacío generado por la desaparición de la normativa sectorial estatal, como ocurre el sector de limpieza de edificios y locales[87]). Un ejemplo paradigmático del dinamismo y diversificación de situaciones lo encontramos en la evolución de modelos subsectoriales dentro del sector de construcción, vidrio y cerámica tras la derogación de la Ordenanza Laboral del sector, que se describe más adelante.

El segundo factor se vincula al desarrollo de los acuerdos interprofesionales de negociación colectiva a partir de 1997[88]. Los AINC desde 1997 a 2007 van a tratar de favorecer una estrategia centralizadora de la negociación colectiva, haciendo del convenio estatal una pieza clave en la garantía de la unidad y uniformidad mínima en el sector, pero al mismo tiempo, y como dato novedoso desde 1997, se busca avanzar en una articulación negocial y una especialización funcional, facilitando así una descentralización ordenada en núcleos temáticos básicos de la negociación.

---

[86] Cfr. Valdés Dal–Ré, "*Proceso de sustitución de las ordenanzas laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva:…"*, cit., pag. 142.

[87] El Sector de limpieza de edificios y locales es un buen ejemplo para observar cómo la evolución del proceso de sustitución de la Ordenanza laboral ha condicionado la evolución de la estructura negocial. Un análisis del sector en Baylos Grau y Trillo Párraga (Coord.), *Análisis de la estructura y contenidos de la negociación colectiva del sector de la limpieza de edificios y locales*, Ed. Bomarzo, 2006.

[88] Entre otros estudios, Casas Baamonde, "*Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva*", en *Relaciones Laborales*, nº 10, 1.997; Valdés Dal–Ré, "*Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual*", en *Revista de Derecho Social*, nº 15, 2001; Rodríguez–Piñero, Valdés Dal–Ré y Casas Baamonde, "*El Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva 2002*", *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002; Rodríguez–Sañudo, "*Estructura negocial y distribución de contenidos de los convenios en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva*", en RMTAS, nº 8; Rodríguez–Piñero Royo, "*La articulación de la negociación colectiva*", en *La eficacia de los convenios colectivos*, MTAS, 2003; Cruz Villalón, "*La nueva hornada de Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva: 2002, 2003 y 2004*", en *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva*. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2004.

Coincido con algunos análisis en la dificultad de avanzar en el objetivo de los AINC de reorganización de la negociación[89]. Un obstáculos fundamental radica en que un objetivo tan vasto requiere una disciplina de la actividad negocial de las federaciones y asociaciones en los niveles negociales inferiores. Ya el proceso de sustitución de Ordenanzas Laborales ha servido para poner de manifiesto los límites de capacidad normadora y de cobertura de negociación. Lo cierto es que los niveles negociales inferiores al estatal actúan en muchos casos indiferentes a los planteamientos intersectoriales o sectoriales. Estudios recientes ponen de manifiesto la escasa sensibilidad en una diversidad de sectores a las directrices de los AINC y de los convenios sectoriales estatales en aspectos nucleares, como la ordenación de la estructura salarial[90], o el sistema de clasificación profesional[91].

Un obstáculo añadido está en las reglas del art. 84 LET que sirve de trinchera a los niveles sectoriales inferiores, facilitando las resistencias a las nuevas orientaciones en la negociación. Pero lo que resulta paradójico es que las fugas en niveles

---

[89] Remito a los análisis de Valdés Dal–Ré, "*Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual*", cit.; y Pérez De Los Cobos, "*Conclusiones generales*", en *Experiencias de negociación articulada*, Ed. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2003.

[90] En materia salarial no se siguen las directrices que marcan los AINC. Entre las directrices se destaca en particular la necesidad de que las estructuras salariales sean adecuadas a la realidad sectorial y empresarial, basadas en criterios objetivos y claros y «avanzar en una mayor relación entre retribución y productividad». El análisis de la negociación colectiva sin embargo sigue poniendo de manifiesto las relevantes deficiencias en la ordenación técnico–jurídica de la estructura del salario: una estructura basada en una amalgama de conceptos retributivos, sin sistematización de los complementos y con una inadecuada delimitación de los contenidos de los complementos retributivos (problemas de conexión entre terminología empleada y contenidos –paga de beneficios desconectada de los resultados económicos de la empresa–; indefinición de algunos complementos –plus de convenio–. Remito sobre el particular a los estudios de Soler Arrebola, "*Estructura salarial*", en Escudero (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, TB–CCOO, 2006, págs. 351 y sigs.; y en el mismo volumen, Molina Martín, "*Los complementos de puesto de trabajo",* págs. 422–423.

[91] El sector del metal es un ejemplo paradigmático a este respecto. En este sector se aprobó en 1996 un acuerdo estatal de revisión del sistema de clasificación profesional y posteriormente un acuerdo sobre estructura de la negociación de 1998 se suscribe en 2006 un acuerdo estatal para el sector que integra este conjunto de aspectos, posteriormente ampliado en sus contenidos en el acuerdo de 2008. Este Acuerdo reserva al nivel estatal (art. 10) el establecimiento del nuevo Sistema de Clasificación Profesional para la Industria del Metal (art. 12 y sigs. del Acuerdo). No obstante, reconoce la competencia de los niveles inferiores de negociación para el desarrollo y adaptación de la Clasificación Profesional para la Industria del Metal negociada en el ámbito estatal (art. 11). Aunque se reconocen avances en la adecuación de convenios provinciales al acuerdo estatal, lo cierto es que en materia de clasificación profesional cada convenio provincial o de empresa establece sus propias orientaciones y su propia ordenación del sistema de clasificación, sobre una diversidad de fórmulas, ignorándose en muchos casos las previsiones del acuerdo general del sector. Véase, el estudio de Álvarez Del Cubillo, "*La eficacia de los sistemas clasificatorios: examen particular del sector del metal*", en Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ed. Cinca/CCOO, 2008, págs. 388 y sigs.

sectoriales inferiores, amparadas en las previsiones de aquel precepto estatutario, estén protagonizadas por sujetos contractuales vinculados organizativamente a las grandes confederaciones sindicales y patronales españolas[92].

En fin, se habla de un "nuevo autismo" como patología de la negociación, "que ignora incluso el reparto material contenido en la ley: el convenio colectivo sectorial estatal ignora en su articulación lo previsto en el art. 84.2 ET y el convenio de ámbito inferior ignora tanto la ordenación estructural realizada a nivel estatal como la previsión de reserva material contenida en el art. 84.3 ET"[93]. Los estudios en la materia resaltan que poco o nada ha cambiado en la materia, manteniéndose patologías como la atomización y dispersión de unidades de negociación y la falta de coordinación[94]. Con cierto pesimismo se concluye que estamos frente un modelo bloqueado, que ante la incapacidad de autodisciplina de las organizaciones sindicales y patronales y en el actual contexto normativo no podrá corregir las tendencias centrífugas frente a los intentos centralizadores, y a la postre hace de la problemática de la ordenación de estructura y la articulación negocial un problema pendiente e inviable en el actual contexto normativo y negocial[95].

No obstante, comparto la tesis de que la percepción hipercrítica de la doctrina científica sobre la parálisis de nuestro modelo de negociación está mediatizada por una metodología positivista que prima la visión sistémica y racional de la negociación[96]. En mi opinión se minusvaloran con estos juicios globales las dificultades para avanzar en la coordinación de la negociación colectiva como sistema contractual, debido a la dificultad de armonización de regulaciones dinámicas y autónomas normativamente y la complejidad del proceso de articulación funcional entre convenios colectivos de distinto nivel, y además porque todo ello requiere la cooperación de los sujetos negociadores, celosos de su poder negocial dentro de la

---

[92] Por ejemplo véase los casos de las SSTS 19–7–2007 (RJ 2008, 293) y 28–1–2004 (RJ 2004, 2180).

[93] Pérez De Los Cobos, "*Conclusiones generales*", cit. pág. 306

[94] Mercader Uguina, "*La estructura de la negociación colectiva*", *Temas Laborales*, nº 76, 2004, págs. 114 y sigs.

[95] Ello abría justificado el debate a principio de la década sobre la necesidad de una reforma legal del sistema. La doctrina plantea a este respecto la necesidad de una intervención legislativa. Así, con diversos planteamientos, entre otros, Valdés Dal–Ré, "*Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual*", cit. págs. 83 y sigs.; Pérez De Los Cobos, "*Conclusiones generales*", cit. págs. 307–308; Rivero Lamas y De Val Tena, "*El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales*", en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, págs. 698–700; Rodríguez–Piñero Royo, "*La articulación de la negociación colectiva*", cit. págs. 547 y sigs.; Mercader Uguina, "*La estructura de la negociación colectiva*", 2004, págs. 128 y sigs..

[96] Rodríguez–Piñero Royo, "*La articulación de la negociación colectiva*", cit. págs. 566–567.

organización o directamente beligerantes en su defensa cuando hablamos de sujetos negociadores desvinculados organizativamente. En todo caso como juicio global tales críticas simplifican la visión del sistema contractual caracterizado por la diversidad de subsistemas negociales.

Creo que es visible un cambio "tranquilo" en la orientación de la estructura de la negociación sectorial en España, que efectivamente pone de manifiesto la asimetría en la evolución de los sectores hacia la articulación de la negociación y la diversidad de fórmulas de coordinación que se establecen. Esta evolución se capta por dos vías. En primer lugar, a través de los Acuerdos Interconfederales sobre negociación colectiva. La evolución se percibe, en segundo lugar, también en el acercamiento a los convenios colectivos de sectores y subsectores que, en un número significativo de casos, han afrontado la revisión de la estructura de la negociación y sus reglas.

6.2. Caracterización general de los AINC desde 1997

La problemática de la estructura y articulación de la negociación ha estado en la mente de los agentes negociales en la cumbre desde un primer momento. De hecho los Acuerdos interconfederales de 1979 a 1984[97] contemplan la problemática de la estructura de la negociación (la atomización) y la necesidad de avanzar en ciertos objetivos (reducción de las unidades de negociación, ordenación de las funciones de cada nivel, promoción del convenio sectorial nacional). Sin embargo estos Acuerdos se sitúan en un contexto de consolidación del gobierno de las relaciones laborales y se conciben dentro de la lógica del intercambio político triangular de la concertación social centrada en el control de variables macroeconómicas (y en particular los niveles salariales). En este contexto los Acuerdos Interconfederales, al igual que el primer ET, tienen un objetivo fundamental de asegurar la estabilidad del sistema de negociación colectiva y su control.

La lógica de concertación social de los 80 da paso en los noventa al Diálogo social centrado en las reformas y dinamización de las relaciones laborales y la negociación colectiva. Y en este contexto hay que situar los AINC de 1997, 2002, 2003, 2005, y 2007. El AINC de 1997 marca una nueva etapa por diferentes motivos.

En primer lugar, a partir de este Acuerdo de 1997 y en los AINC posteriores se pretende hacer de la autonomía colectiva el elemento vertebrador del gobierno de la negociación colectiva, orientando la dirección que debe prevalecer en la nego-

[97] El Acuerdo Básico Interconfederal DE 1979 (UGT y CEOE), el Acuerdo Marco Interconfederal (1980) (UGT y CEOE), el Acuerdo Interconfederal (1983) (CCOO, UGT y CEOE), y el Acuerdo Económico y Social (1984) (Gobierno y CCOO, UGT y CEOE).

ciación de los convenios colectivos mediante un conjunto de recomendaciones y directrices. Lo novedoso de estos Acuerdos Interconfederales desde los 90 es que asumen que el objetivo de renovación de la negociación colectiva es cometido de la propia autonomía colectiva[98]. Como lo expresan las Confederaciones sindicales y patronales firmantes, con estos Acuerdos Interconfederales se pretende afianzar "un nuevo método de trabajo, más continuo, duradero y estable, en las relaciones entre los interlocutores sociales que reforzara el papel de los mismos, y expresara su voluntad de abordar de forma autónoma y preferente todas las cuestiones que les competen" (AINC 2003, Capítulo I)[99].

Es relevante, en segundo lugar, este cambio de estrategia de la autonomía colectiva en la cumbre, que hasta 1997 se ha venido mostrando reacia a establecer soluciones negociales uniformes[100]. Se trata de Acuerdos Interconfederales que tienen como objeto marcar pautas orientadoras y convergentes en determinados aspectos de la negociación, entre ellos sin duda el de su estructura y articulación.

En tercer lugar, es relevante la aportación de estos AINC en el terreno de la estructura de la negociación, particularmente el AINC de 1997, porque inicia la senda de la articulación de la negociación mediante una especialización funcional de los diversos niveles negocial, pero evitando la institución de un modelo uniforme de estructura negocial[101]. En sus directrices sobre la estructura negocial y su articulación los AINC parten de la premisa, ya manifestada en el AINC de 1997, de que "los modelos de negociación colectiva pueden ser múltiples".

---

[98] Rodríguez–Piñero, Valdés Dal–Ré y Casas Baamonde, "*El Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva 2002*", *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002, págs. 1–3.

[99] Y para tal fin crean las comisiones de seguimiento o administración de los Acuerdos con funciones clásicas de interpretación y aplicación (AINC de 2002), como otras más novedosas de estudio, difusión o promoción en determinadas materias (AINC de 2003), que van efectivamente plasmándose en los diversos Acuerdos (desde temáticas más clásicas en los últimos años como la estabilidad en el empleo o salarios, a otras más novedosas como la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la flexiseguridad, el teletrabajo, la salud laboral, o la responsabilidad social de las empresas).

[100] Y lo prueba el dato de que el mismo Acuerdo de Cobertura de Vacíos es posterior a la fase de derogación de las Ordenanzas (1995), renunciando inicialmente a asumir el protagonismo en el proceso de sustitución de las Ordenanzas, siendo, como parecía, la solución más eficiente y coherente con el papel de la autonomía colectiva en nuestro modelo jurídico (Valdés Dal–Ré, "*Proceso de sustitución de las ordenanzas laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva:…*", cit., pág. 134). De hecho, el mismo ACV es visto por los agentes sociales como una solución excepcional a una situación extraordinaria.

[101] Ampliamente, Casas Baamonde, "*Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva*", cit. págs. 1 y sigs.; Valdés Dal–Ré, "*Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual*", cit. pág. 73 y sigs.; Rodríguez–Sañudo, "*Estructura negocial y distribución de contenidos de los convenios en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva*", en RMTAS, nº 8, págs. 126 y sigs.

El Preámbulo del AINC de 1997 indica que es voluntad de las partes "contribuir con este Acuerdo a la conformación de un nuevo sistema de negociación colectiva". Se trata con ello, por una parte, de superar las patologías ya conocidas. Así, constata dicho Acuerdo Interconfederal que "existen múltiples unidades de negociación colectiva concurrentes entre sí", que "la mayoría de las existentes reproducen las mismas materias que son objeto de negociación", sin reglas de articulación pues "cada Convenio Colectivo no tiene por qué subordinarse al anterior o al de mayor ámbito, puede agotar todas las materias y no responde al criterio de especialidad". De manera que "el nuevo sistema debería contribuir a racionalizar la estructura de la negociacion colectiva, evitando la atomización actualmente existente a cuyo efecto sería conveniente establecer una adecuada articulación entre los distintos ámbitos negociales".

Por otra parte, estos Acuerdos de Negociación Colectiva constituyen una respuesta al nuevo escenario negocial generado por las reformas legislativas de 1994. Hay en efecto en los Acuerdos una cierta lógica de autodefensa o de reacción frente a los aires intervencionistas del Estado en la ordenación de la negociación, que ya se han manifestado de manera evidente desde 1994 y que a principios de 2000 se concretan en propuestas de reforma legislativa. Los AINC reiteran la función política de la negociación colectiva bajo la afirmación solemne de que "la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las organizaciones empresariales y sindicales". En otros términos, y como se observó del AINC de 2002, tienen un cierto sentido "de autodefensa del marco autonomía propio de las partes sociales en el gobierno de las relaciones laborales, de evitar que las llamadas garantías legales de la negociación colectiva no sean sólo un desarrollo legal del derecho constitucional a la negociación colectiva, sino también un cierto impedimento o restricción del propio ejercicio de la autonomía colectiva"[102].

En cuarto lugar, es un intento de racionalización de la estructura negocial "dentro del respeto al principio de autonomía de las partes sociales representativas en cada ámbito de negociación". En los más recientes Acuerdos de 2005 y 2007 (Capítulo I) se llega a resaltar el reconocimiento "de la madurez alcanzada en los ámbitos sectoriales y en las empresas". Ello explica su condición de acuerdo de carácter obligacional y la exclusión de la eficacia normativa general sobre el sistema negocial ex art. 83.2 LET (Capítulo II). Los objetivos de la estructuración y articulación de la negociación "se confinan en el terreno de la "contractualidad" de los acuerdos"[103].

El interés de los interlocutores sociales de avanzar en la renovación de la estructura de la negociación, respetando al mismo tiempo la diversidad de las carac-

---

[102] Rodríguez–Piñero, Valdés Dal–Ré y Casas Baamonde, "*El Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva 2002*", cit. pág. 4.

[103] Baylos, "*Unidades de negociación y concurrencia…",* cit. pág. 1474.

terísticas de los sectores de actividad de nuestro tejido productivo, de un lado, y de otro, la dificultad adicional de disciplinar normativamente la negociación por obstaculizarlo el art. 84 pár 2º LET, justifica el empeño de las confederaciones firmantes de los Acuerdos Interconfederales de avanzar mediante el compromiso obligacional de un deber de influencia, esto es, mediante el objetivo de disciplinar la actividad negocial de las federaciones y asociaciones en los niveles negociales inferiores[104]. Se trata por lo demás de un deber de influencia "débil" al eludirse los mecanismos o procedimientos de los que han de valerse al efecto; todo lo más va a depender de la capacidad de las Confederaciones de disciplinar la vida organizativa y negocial de las organizaciones afiliadas o federadas a ellas. Lo que en su momento vino a estimarse en la doctrina un remedio débil y posibilista a los problemas de la negociación llegará a ser, como veremos, la vía a seguir por la autonomía para avanzar hacia un cambio "tranquilo" de modelo de negociación.

6.3. Evolución de la negociación colectiva sectorial

Ciertamente, las respuestas del sistema de negociación a los Acuerdos Interconfederales son muy diversas. Existen ámbitos que se caracterizan por su falta de evolución, esto es, por una inamovilidad de la estructura negocial respecto de sus orígenes[105]. En relación con la regulación de las unidades de negociación es lla-

---

[104] Cfr. Casas Baamonde, "*Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva*", cit. pág. 6. El carácter obligacional viene a concretarse, de un lado, en el compromiso de las partes firmantes de "ajustar su comportamiento y acciones a lo pactado", de otro lado, se plasma en una especie de deber de influencia de las Confederaciones firmantes, que se concreta en que "deberán dirigirse a sus respectivas Organizaciones en los Sectores o ramas de actividad para establecer con ellos, sin menoscabo de la autonomía colectiva de las partes, los mecanismos y cauces más adecuados que les permitan asumir lo aquí pactado, y ajustar sus comportamientos a las reglas y procedimientos previstos en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva" (AINC de 1997, Capítulo III).

[105] Este es el caso del sector de oficinas y despachos, que con una estructura basada en unidades negociales provinciales y carencia de convenios empresariales, da lugar a una ausencia total de fórmulas de coordinación y articulación entre niveles negociales diversos. Remito a los siguientes estudios, *Negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos (2000–2006)*, Cruz Villalón (Dir.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2007; Rodríguez–Ramos y Álvarez Del Cuvillo, "*La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos (1999–2006)*", en *Temas Laborales*, nº 97, 2008. Una situación parecida es la que se describe del sector de alimentación que presenta una estructura negocial fragmentada, diversa y compleja tanto en un sentido funcional como territorial: existe un laudo de l.996, para las industrias de alimentación enumeradas en dicho laudo; convenios generales de alimentación de nivel sectorial provincial (Almería (2007), Granada (2006)); subsectores con convenios sectoriales estatales y con cobertura provincial muy irregular. Remito a los estudios *La negociación colectiva en el sector de alimentación* García Murcia (Dir.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2007, y Navarro Nieto y Saez Lara, *Estructura y contenidos de la negociación colectiva en Andalucía: un estudio sectorial*, cit.

mativo que sigue existiendo un número significativo de convenios generales que guardan silencio sobre esta materia[106]. En estos casos el convenio colectivo sectorial se comporta como un convenio más, esto es, sin vocación ordenadora, sin voluntad de estructurar y articular el sector. Este hecho no obstante puede encontrar una explicación singular. Puede ocurrir que el convenio sectorial cumpla una mera función de cobertura negocial en sectores donde cobran importancia los convenios de empresa, y por tanto donde el convenio sectorial solo pretende evitar los vacíos de regulación[107]. También la explicación puede estar en que, aunque no se prevé

---

[106] Convenio colectivo para las empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (2008); convenio del comercio de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (mayoristas) (2008–2010); Convenio Colectivo para la Industria de las Granjas Avícolas y otros Animales (2006); Convenio colectivo nacional de mataderos de aves y conejos (2007); Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos (2007); Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas (2008); Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias del frío (2007); convenio de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías (minoristas) (2007–2011); el convenio de flores y plantas (2008–2010); el convenio de estaciones de servicio; el convenio de cadenas de tiendas de conveniencia (2006–2009); I Acuerdo colectivo marco para la Acuicultura Marina Nacional (2007); XXI Convenio colectivo de Banca (2007); Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (2007); I Convenio Colectivo Interprovincial de Empresas de Centros de Jardinería (2007).

[107] En estos sectores estamos ante un tejido empresarial con grandes empresas que cuentan con convenio colectivo propio, y donde la regulación sectorial no parece tener otra función que la de servir de regulación supletoria o de cobertura negocial para concretos segmentos de PYMES. En el caso del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, que en su art. 1 A) establece que dicho convenio es aplicable a "las encuadradas en la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), que no tuvieran Convenio Colectivo propio concurrente", siendo por tanto inaplicable para las empresas de la Asociación con convenio de empresa propio (al respecto, STS 6–7–2005 –RJ 2005, 8821–). También es el caso del II Acuerdo Marco para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas (2008–2011) se suscribe dicho acuerdo al amparo del artículo 83.3 LET configurándose como un acuerdo sobre materias concretas, sólo para el caso de que no exista texto legal o convencional que regule las materias que en el mismo se desarrollan. Se observa no obstante que las partes legitimadas según los artículos 87 y 88 LET, podrán disponer de la totalidad o de parte del contenido del presente acuerdo. Asimismo, la entrada en vigor de un nuevo acuerdo o convenio colectivo que regule, total o parcialmente, las relaciones laborales comprendidas dentro de los respectivos ámbitos de aplicación de este Acuerdo Marco, producirá la total o parcial inaplicación del contenido de éste en la empresa para el que se haya pactado aquél. El nuevo acuerdo o convenio colectivo será siempre de aplicación preferente, desplazando a este Acuerdo Marco con el que, por consiguiente, en ningún caso entrará en concurrencia a los efectos previstos en los artículos 3.3; 83; 84 y concordantes LET. Existen sectores de actividad que se desarrollan sobre una estructura muy descentralizada. Se trata de sectores que se concentran en muy pocas empresas o grupos societarios, de gran tamaño, que ocupan a la mayoría de los trabajadores y las que suelen contar con convenio colectivo (sector de telecomunicaciones o sector energético). Ello justifica que la estructura en estos sectores se caracterice por la descentralización y falta de articulación. De hecho en el sector de telecomunicaciones se aprobó un convenio sectorial y estatal para las empresas concesionarias de cable de fibra óptica (2004), que no parece tener vocación de coordinación o articulación, ignorando toda regla de articulación en el secto. Remito al estudio *Negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones,* Gárate Castro y Cabeza Pereiro (Dirs.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2006.

en el convenio reglas específicas sobre la estructura de la negociación, sin embargo esta posible articulación entre niveles se contempla dentro del contenido del convenio en relación con la regulación de las materias concretas[108].

En cualquier caso, hay que llamar la atención también de que existe un número significativo de sectores y subsectores que han afrontado la revisión de las reglas de la estructura de la negociación, y que otorgan cierta relevancia en su contenido a la racionalización de la estructura y articulación del sector. A día de hoy, puede hablarse de un número importante de sectores y subsectores con reglas más o menos precisas y completas sobre la estructura y articulación de la negociación del sector, fijando unidades de negociación, reglas de concurrencia y de complementariedad[109].

6.4. Tendencias sectoriales en la ordenación de la estructura de la negociación. Algunos ejemplos sectoriales

6.4.1. Evolución hacia una regulación unitaria y centralizada: las ETT

El sector de las empresas de trabajo temporal es un buen ejemplo de la evolución centralizadora de la negociación. La evolución durante estos últimos años del mapa de la negociación colectiva del sector ha conducido a la consolidación sobre el ámbito sectorial nacional, con una estructura sectorial que trata de eliminar la negociación de empresa, y que efectivamente hoy es inexistente en el sector. La ne-

---

[108] Es el caso del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (2007), que prevé la inexistencia de otros niveles sectoriales de negociación y se remite a lo largo de su articulado a posibles acuerdos dentro de cada empresa para materias concretas.

[109] Con distinto grado de perfeccionamiento pueden citarse, entro otros, IV Convenio General de la Construcción (2007–2001), XV Convenio colectivo de la industria química (2007–2009), V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (2008); III Convenio colectivo estatal de la madera (2007); III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho (2006); III Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (2007); XII Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (2006); I Convenio colectivo nacional de los Servicios de Prevención Ajenos (2008); Convenio Colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del Bingo (2006–2007); IV Convenio Colectivo Estatal para el Sector de regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos (2007–2010); Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (2005–2008); IV Convenio Colectivo de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (2007–2008); IV Convenio Colectivo Nacional del Sector del AutoTaxi (2006–2008); Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (2006–2008); I Convenio colectivo marco estatal de acción e intervención social (2007); Acuerdo estatal del sector del metal de agosto de 2008 (2008–2010); III Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (2005–2009).

gociación colectiva en el sector ha evolucionado desde la fragmentación y dispersión debida a la proliferación de convenios colectivos de empresa, a un modelo unitario y centralizado en el V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (2008), que fue inaugurado por los primeros Convenios Colectivos sectoriales nacional y autonómico y que está plenamente consolidado[110].

6.4.2. Evolución hacia la diversificación de modelos subsectoriales dentro del sector tras la derogación de la Ordenanza: construcción, vidrio y cerámica

El ámbito funcional de la antigua Ordenanza Laboral ha quedado hoy fragmentado en distintos subsectores: Construcción y Obras Públicas (CGSC); Derivados del Cemento (CGDC); Yesos, Cales y Escayolas (CGYCE); Cemento; Tejas y Ladrillos; Industrias Extractivas, Vidrio y Cerámica; Pizarra; Ferralla; Azulejos, Pavimentos y Baldosas Cerámicas. Salvo uno de ellos (el subsector de azulejos) todos cuentan con una regulación sectorial estatal, aunque con diferentes características[111].

La articulación de la negociación colectiva tiene lugar en algunos de los convenios generales, fijando las unidades de negociación en cada sector y repartiendo los contenidos y estableciendo reglas para disciplinar las relaciones entre los distintos ámbitos territoriales (el CGSC, el CGDC y el CGYCE). No obstante, los dos primeros articulan el reparto de materias entre el convenio general y la negociación colectiva provincial mientras que el segundo nivel de negociación articulado por el CGYCE es la empresa. El sistema de reparto material tiene a una cierta homogeneización en los más recientes convenios generales, aunque no es coincidente.

El sector de la construcción tiene como centro de gravedad de la regulación el CGSC (actualmente el IV CGSC 2007–2011). Este Convenio General fija las reglas de la estructura de la negociación en el sector (art. 11). El CGSC articula la negociación establemente sobre dos unidades de negociación: el CGSC y Acuerdos Sectoriales sobre materias concretas (la unidad sectorial estatal) y los Convenios Provinciales o de CCAA (las unidades provinciales o de Comunidad Autónoma; predomina la unidad de negociación provincial, siendo los convenios referidos a Comunidades Autónomas uniprovinciales, salvo en el caso de Baleares, donde el convenio autónomo es interprovincial). Además, identifica las unidades de nego-

---

[110] Un estudio detallado de la evolución en el sector en *Nuevas Actividades y Sectores Emergentes: El Papel de la Negociación Colectiva*, Rodríguez–Piñero Royo (Dir.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2007.

[111] Remito al estudio *Negociación colectiva en el sector de la construcción,* Ballester Pastor, Garrigues Jiménez y Vicente Palacio, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2006.

ciación, establece la articulación entre ellas y finalmente delimita los contenidos de los aspectos generales de las relaciones laborales en el sector.

En el sector de derivados del cemento la negociación colectiva se estructura con características muy parecidas al sector de construcción. El centro de gravedad se sitúa en torno al IV CGSDC. Al igual que en el sector de la construcción este sector ha vivido un importante proceso de racionalización de la estructura centralizada desde el convenio colectivo sectorial de ámbito nacional, En el CGSDC se establecen dos niveles de negociación: el CGSDC y los convenios colectivos provinciales o, en su caso, de Comunidad autónoma (art. 1). El nivel sectorial inferior es mayoritariamente el convenio provincial o el autonómico uniprovincial (hay dos convenios autonómicos interprovinciales: el Convenio de Baleares y el Convenio de la Comunidad Autónoma Valenciana). El CGSDC establece a su vez una distribución de materias entre niveles de negociación, las reglas de complementariedad y de concurrencia. Cabe observar aquí que al igual que en el IV CGSC, el IV CGSDC ha procedido a modificar las reglas de estructura y articulación de la negociación de los anteriores CG para adaptarse a la doctrina jurisdiccional sobre el art. 84 LET.

El Sector de Fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus prefabricados inicia de una manera estable la racionalización de la estructura del sector con su I Convenio estatal en 1999, estando vigente en el momento presente el II CGYCE (2003–2007). La peculiaridad de este sector respecto de los anteriores es que su estructura se ordena por el convenio estatal sobre el nivel sectorial estatal y el nivel de empresa, habiéndose prescindido de los niveles sectoriales inferiores al estatal. Lo cierto es que la estructura se ha consolidado y los sujetos negociadores en este sector han renunciado a la negociación de convenios provinciales o autonómicos, actualmente inexistentes por ello. Existe una excepción que es la del convenio provincial de Almería del sector de yesos y escayolas (2004–2007) que ignora en su regulación la existencia del convenio estatal, hasta el punto de establecer en su disposición final como legislación supletoria el Convenio Colectivo Provincial de Trabajo de Construcción y Obras Públicas. La razón puede estar en los distintos sujetos que han participado y firmado el convenio provincial (CC.OO por la parte social y por la Unión de Empresas del Yeso y la Escayola de la Agrupación de contratistas de Obras de ASEMPAL en representación empresarial), que no son coincidentes con las del II CGYCE (UGT y CC.OO por la parte social y ATEDY y ANCADE por la parte empresarial).

Contrasta con los sectores descritos hasta aquí el sector de fabricación de cemento. Se rige este sector a nivel estatal por el II Acuerdo Estatal sobre Materias Concretas y Cobertura de Vacíos para el Sector Cemento de 2006, celebrado bajo la cobertura del art. 83.3 LET, que actúa regulando determinados contenidos con efectos directos y preferentes para el conjunto del sector, y en otras materias como norma supletoria para evitar vacíos de regulación. No existen en este sector otra actividad negocial sectorial, rigiéndose su actividad presumiblemente por convenios de empresa. Hablamos por tanto de un sector en el que no existen experiencias de estructuración alguna de la negociación.

Sobre esquemas similares se mueve el sector de vidrio y cerámica. Este sector cuenta con un Convenio General de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (2007–2009). De forma que en la práctica como regla general se estructura sobre la base de un convenio general, convenios provinciales y eventuales convenios empresariales. Sin embargo, el Convenio General no introduce ninguna norma general de estructuración de la negociación. Por otro lado no existen en los convenios provinciales reglas de articulación con el convenio estatal, ignorándolo en su regulación.

Este es el caso del Convenio Colectivo provincial de vidrio de la provincia de Huelva para 2007/2008. El convenio es suscrito por la Asociación de Empresarios del Sector del Vidrio y por CCOO. En el convenio se ignora la existencia de un Convenio General, al que ni siquiera se hace referencia como derecho supletorio. El Convenio Colectivo del Sector Industrias del Vidrio (2006–2009), suscrito por la Patronal Asociación Profesional de Empresarios de Vidrio y Cerámica de Sevilla y por la Central Sindical UGT como representante social. El Convenio establece como ámbito funcional "las empresas dedicadas a la industria del vidrio y su manufactura y comercio, excepto a aquellas empresas que tuvieran Convenio Propio o de ámbito superior" (art. 2). Lo llamativo es que los negociadores del Convenio General y los convenios provinciales son las mismas organizaciones, pues el Convenio General es negociado por la Confederación Empresarial Española del Vidrio y la Cerámica, en representación empresarial, y por las centrales sindicales, CC.OO. y U.G.T., en representación de los trabajadores y trabajadoras.

El sector de Pizarras cuenta con un denominado Acuerdo Marco Nacional para las empresas dedicadas a la extracción y/o elaboración de Pizarra, de 1997. Es peculiar porque no contiene disposición alguna referida a la estructura y articulación de la negociación, comportándose realmente como un convenio que regula condiciones de trabajo directamente aplicables a las relaciones laborales de su ámbito funcional. A nivel inferior existe un convenio de ámbito autonómico, el Convenio de Pizarras de Castilla y León y un convenio interprovincial de Orense y Lugo.

Finalmente, el III Convenio Colectivo General de Ferralla (2005–2008) no contiene normas sobre estructura y articulación de la negociación en el sector. No existe constancia de experiencias negociales provinciales específicas para este sector en Andalucía.

6.4.3. Evolución hacia la diversificación de modelos subsectoriales dentro del sector tras la derogación de la Ordenanza: el sector de limpieza de edificios y locales

El Sector de limpieza de edificios y locales es un buen ejemplo para observar cómo la evolución del proceso de sustitución de la Ordenanza laboral ha condi-

cionado la evolución de la estructura negocial[112]. Se rige el sector por el Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales de 2005 que sustituye la Ordenanza laboral de 1975 ya derogada en 1995. Este Acuerdo tiene carácter subsidiario y resulta aplicable cuando las partes no se hayan dotado de cobertura convencional propia en ámbitos inferiores. No establece regla alguna de estructura y articulación en el sector, esto es, el Acuerdo Marco no procede a definir la estructura convencional del sector de limpieza, ni a determinar las unidades de negociación apropiadas en función de sus contenidos.

La derogación de la Ordenanzas y el amplio periodo sin un acuerdo colectivo de sustitución de la misma hasta el año 2005, introdujo una tendencia de fortalecimiento del convenio colectivo provincial que, ante la derogación de la Ordenanza, incorporaba su contenido como derecho supletorio, bien mediante una referencia general, bien mediante la copia de su articulado. De forma que a lo largo de la década entre 1995 y 2005 se desarrolla una fuerte red de convenios provinciales que formaban por consiguiente el eje de la estructura de negociación colectiva en el sector, como puede comprobarse en Andalucía.

Por otro lado, ese periodo sin regulación sectorial estatal en el ámbito funcional de la Ordenanza laboral ha permitido la subdivisión en algunas ocasiones del sector en subsectores con entidad negocial propia (normalmente centrados en la especialidad del cliente para el que se presta el servicio de limpieza: centros hospitalarios, centros educativos)[113], o con un replanteamiento del ámbito territorial[114].

6.4.4. Evolución hacia una regulación descentralizada y desarticulada: sectores de industrias de aguas de bebida envasadas, de telecomunicaciones, de energía

En el caso del II Acuerdo Marco para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas (2008–2011) se suscribe dicho acuerdo al amparo del artículo 83.3 LET configurándose como un acuerdo sobre materias concretas, sólo para el caso

---

[112] Véase, Baylos Grau y Trillo Párraga (Coord.), *Análisis de la estructura y contenidos de la negociación colectiva del sector de la limpieza de edificios y locales*, cit.

[113] Este es el caso de la provincia de Granada donde se cuenta con dos convenios: Limpieza de edificios y locales en centros no hospitalarios y limpieza edificios y Locales en instituciones sanitarias; en Málaga se cuenta con la especialidad de Convenio de Limpieza de aviones

[114] Por ejemplo facilitando el paso de convenios sectoriales provinciales a otros autonómicos. Combinando ambos factores: el convenio de Aragón de Limpieza en los centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de Salud; el convenio de Cataluña de Limpieza de edificios y locales; Convenios del País Vasco de Empresas concesionarias del servicio de limpieza del Servicio Vasco de Salud o de Limpieza de Centros Educativos del Gobierno Vasco, UPV/EHU e IVEF.

de que no exista texto legal o convencional que regule las materias que en el mismo se desarrollan. Se observa no obstante que las partes legitimadas según los artículos 87 y 88 LET, podrán disponer de la totalidad o de parte del contenido del presente acuerdo. Asimismo, la entrada en vigor de un nuevo acuerdo o convenio colectivo que regule, total o parcialmente, las relaciones laborales comprendidas dentro de los respectivos ámbitos de aplicación de este Acuerdo Marco, producirá la total o parcial inaplicación del contenido de éste en la empresa para el que se haya pactado aquél. El nuevo acuerdo o convenio colectivo será siempre de aplicación preferente, desplazando a este Acuerdo Marco con el que, por consiguiente, en ningún caso entrará en concurrencia a los efectos previstos en los artículos 3.3; 83; 84 y concordantes LET.

Existen sectores de actividad que se desarrollan sobre una estructura muy descentralizada. Se trata de sectores que se concentran en muy pocas empresas o grupos societarios, de gran tamaño, que ocupan a la mayoría de los trabajadores y las que suelen contar con convenio colectivo (sector de telecomunicaciones o sector energético). Ello justifica que la estructura en estos sectores se caracterice por la descentralización y falta de articulación. De hecho en el sector de telecomunicaciones se aprobó un convenio sectorial y estatal para las empresas concesionarias de cable de fibra óptica (2004), que no parece tener vocación de coordinación o articulación, ignorando toda regla de articulación en el sector[115].

7. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LAS REGLAS DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

Siendo por tanto diversas las soluciones en la configuración de la estructura negocial, en mi opinión un modelo español de coordinación sectorial y descentralización organizada es un modelo óptimo desde el punto de vista macroeconómico, desde la óptica de los intereses de los trabajadores y desde la perspectiva de las exigencias que el tejido empresarial impone a la negociación. Este modelo exige en todo caso una estructura negocial caracterizada por la simplificación de las unidades de negociación, su articulación y la reserva de un espacio propio a los mecanismos de negociación descentralizada.

La negociación colectiva sectorial puede ser un buen referente en la ordenación sectorial de la estructura sectorial a condición de que supere uno de sus obstáculos principales: la incapacidad de disciplinar las estrategias y comportamientos de las organizaciones adheridas a los negociadores sectoriales. Por otra parte, la diversi-

---

[115] Remito al estudio *Negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones,* Gárate Castro y Cabeza Pereiro (Dirs.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2006.

ficación de las funciones características de la negociación en el momento presente debe venir acompañada simultáneamente de la diferenciación de los papeles de los niveles negociales, que es reclamada por la propia naturaleza de las funciones a desarrollar desde la negociación (de regulación uniforme y básica a nivel sectorial; de desarrollo de una función de gestión organizativa a nivel de empresa)[116]. En suma, la creciente complejidad de los contenidos de la negociación y su relación con diferentes funciones negociales no parece adaptarse a modelos negociales apoyados en una negociación donde los convenios se comportan como regulaciones totalizantes en su ámbito de regulación y donde, por consiguiente, los diversos niveles de negociación tienden a homogeneizarse en sus funciones.

En tiempos en que entra en crisis abiertamente un modelo de crecimiento económico y de competitividad empresarial en España, con graves consecuencias en el mercado laboral, la autonomía colectiva debe alzar la vista hacia el horizonte, sentando nuevas bases que permitan al sistema de negociación colectiva contribuir a la renovación y el fortalecimiento de nuestro tejido productivo. Como he indicado esa renovación de la estructura negocial exige avanzar en la simplificación de las unidades de negociación, su articulación y una descentralización organizada.

Estas podrían ser algunas de las pautas estratégicas de la negociación sectorial. En primer lugar, en el nivel sectorial es urgente la revisión de la estructura de la negociación desde el objeto de su simplificación, eliminando como regla general los niveles sectoriales intermedios (en particular, la unidad negocial provincial). Caben desde luego matices dada la heterogeneidad de nuestro tejido negocial. En segundo lugar, la centralización, que es una tendencia sectorial general, debe evitar el riego de la hegemonía estatal. Es fundamental que los convenios sectoriales superiores centren su regulación en materias que pueden requerir un tratamiento homogéneo para el conjunto del sector (modalidades contractuales, sistema de clasificación, régimen disciplinario, formación, seguridad y salud, etc) o un tratamiento mínimo (tiempo de trabajo, salario), dejando al nivel de empresa competencias de desarrollo o de adaptación al contexto empresarial (tiempo de trabajo, salario, clasificación profesional y movilidad geográfica y funcional). En tercer lugar, los convenios sectoriales estatales deben fijar reglas mínimas sobre estructura, articulación y solución de conflictos de concurrencia y deben hacerlo con la suficiente precisión técnica para evitar efectos negativos en la seguridad jurídica (como una regulación genérica de la distribución de materias entre unidades de negociación). Finalmente, en cuarto lugar, las cláusula convencionales extendidas en los convenios sectoriales estatales de distribución de materias y competencias por niveles negociales

---

[116] Cfr. Del Rey Guanter, *"Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos"*, en *Relaciones Laborales*, nº 1–2, 1.996, págs. 96 y sigs.; Rivero Lamas, "*Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.997"*, cit. págs. 394–395 y 405.

puede en muchos casos contrariar los apartados 2º y 3º del art. 84 LET. Creo que hay una tendencia mimética en la negociación sectorial a reproducir cláusulas que han sido ya anuladas en algún convenio general por el TS. Los problemas que estos planteamientos pueden generar por su contradicción con el art. 84 LET son abordados satisfactoriamente en algunos convenios sectoriales recientes, mediante la técnica de la diferenciación de la reserva a favor del convenio de nivel estatal. De un lado se recogen las materias que son competencias exclusivas del convenio sectorial estatal, coincidentes con las previsiones del art. 84.3; de otro lado, las materias cuya regulación no es vinculante para los niveles inferiores.

La contribución de la negociación a la dinamización del tejido productivo puede requerir una legislación de apoyo a través de algunos cambios normativos. La opción de una reforma orientada hacia un modelo descentralizado (que otorgue el protagonismo a la negociación de empresa) no es aconsejable. De un lado, porque no es viable (dada la implantación de PYMES); de otro lado, porque no es oportuna desde el punto de vista de la tutela del trabajo (por la inexistencia en muchos casos de estructuras representativas de los trabajadores); finalmente, porque no está demostrado que este modelo sea más eficiente que un modelo centralizado y coordinado. Me parece no obstante posible defender un modelo que facilite la descentralización de una manera organizada, esto es, combinando coordinación sectorial y descentralización mediante la articulación y la distribución de materias y competencias reguladoras entre niveles de negociación[117].

Creo que una coordinación sectorial voluntaria siguiendo estas pautas puede ser más adecuada que una intervención legal reordenadora de la negociación[118]. Una de las enseñanzas a extraer precisamente en el debate de principios de esta década sobre las reformas del modelo negocial es su difícil viabilidad sin un consenso básico entre los sindicatos y patronales más representativos[119]. En mi opinión una

---

[117] Como observan recientes estudios económicos que abogan por una reforma descentralizadora del sistema de negociación español, una mayor descentralización no está reñida con la supervivencia de un sistema de negociación multinivel, pero sí requiere limitar adecuadamente las materias a negociar en cada uno de los ámbitos. Cfr. Doménech (Dir.), *Situación España, Marzo 2009*, Servicios de Estudios BBVA, cit. pág. 36.

[118] Como indica Sala Franco, el futuro de la negociación colectiva depende más de los agentes sociales que de la ley, "depende más de los actores, de su formación, de su experiencia y de su voluntad política, que de las reglas de juego legales". Cfr., del autor, "*El derecho a la negociación colectiva y la función reguladora de la norma: de la garantía legal al modelo negocial*", en AA.VV., *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2006, págs. 26 y 37.

[119] En este sentido, Goerlich Peset, "*La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios*", cit. pág. 60. Sobre los distintos proyectos de reforma legal de la negociación, véase una síntesis en García Perrote, "La reforma de la regulación legal de la negociación colectiva: estructura y contenido", en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, cit., págs. 37 y sigs.

intervención legal debe ir en la línea reclamada por los agentes sociales de apoyo a la racionalización de la estructura desde la propia autonomía contractual[120]. En primer lugar, debe restablecerse la capacidad de gobierno de la autonomía colectiva a través de una nueva versión de los arts. 83.2 y 84 LET que faculte a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos para el establecimiento de la estructura y reglas de articulación bien en el nivel interprofesional, bien en el ámbito sectorial estatal (o autonómico en su defecto), garantizando la prevalencia de sus reglas en el momento de la finalización de la vigencia ordinaria de los convenios dentro del sector. Las reglas del art. 84 asumirían un carácter supletorio con respecto a las fijadas por aquellas asociaciones. En segundo lugar, el marco legal debería tomar en consideración el nivel sectorial superior y el nivel de empresa como referencias estables del sistema de negociación. El nivel sectorial superior debería ser identificado como regla con el nivel sectorial estatal. En tercer lugar, al mismo tiempo que se fortalece la capacidad de autorregulación de la autonomía colectiva, debe garantizarse a la negociación de empresa capacidad para gestionar los procesos de crisis empresarial y de adaptación normativa frente a las situaciones de innovación productiva y de la organización del trabajo. La regulación normativa debería ir en la línea de ampliación de los espacios en el que tengan preferencia los convenios o acuerdos de empresa (en la línea de los acuerdos derogatorios de los arts. 41.2 pár. 2º y 82.3 y 85.3 c) LET). En tal supuesto, el legislador debe procurar precisar las funciones derogatorias del convenio o acuerdo de empresa en cada caso para evitar derogaciones generalizadas que cuestionen el orden negocial general establecido en el sector y debe facultar a la negociación sectorial superior para establecer las reglas y procedimiento de descuelgue y la posición dirimente de la comisión paritaria del convenio.

---

[120] Conforme a la *Declaración para el Diálogo Social, Competitividad, empleo estable y cohesión social*, suscrita en 2004, por Gobierno y agentes sociales.

COMUNICACIONES

LA TUTELA DE LAS UNIDADES INFERIORES

Inmaculada Benavente Torres
Profesora Titular de Escuela Universitaria
Universidad de Córdoba

ÍNDICE

1. La apertura de la unidad de negociación inferior

1.1. La apertura de unidades de negociación y factores favorables a la descentralización.

1.1.1 El deber de negociar durante la ultractividad del convenio superior

1.1.2. Los convenios evasivos del art. 84.2º ET

1.1.3. El art. 84 ET como precepto de solución de conflictos

1.2. La contención de la descentralización en la apertura de las unidades de negociación inferiores

1.1.1. El deber de negociar y solapamiento de negociaciones

1.1.2. Los acuerdos marco y su extensión durante la ultractividad

1.1.3. La impermeabilización del ámbito solicitado

1.1.4. Los convenios evasivos y la inaplicación de la doctrina de la ineficacia transitoria.

2. El mantenimiento de la unidad de negociación inferior

2.1. El criterio asimétrico y sus límites

2.2. Los acuerdos marco impropios y sus límites de disponibilidad respecto de las unidades inferiores preexistentes.

En un sistema de negociación colectiva con una estructura descentralizada a nivel intermedio pero también con un abundante número de convenios de empresa[1], necesariamente tienen que existir razones jurídicas que permitan o induzcan a aquélla. Se hace entonces necesario el estudio de la tutela de las unidades inferiores de negociación, a través del análisis de diversos mecanismos de descentralización ubicados en dos grandes momentos: uno, la apertura de las mismas; dos, su conservación. Igualmente será necesario identificar sus límites.

1. LA APERTURA DE LA UNIDAD DE NEGOCIACIÓN INFERIOR

En la apertura de unidades de negociación, cabe identificar tres grandes causas de la descentralización. Existe una razón fundamental, que estriba en una interpretación muy amplia del deber de negociar y que se traduce en la posibilidad de imposición –al menos a nivel teórico– del cambio de unidad de negociación durante la ultractividad del convenio superior. A esta genérica vía de descentralización habría que añadir otra específica más reciente y agresiva relativa a los convenios supraempresariales del art. 84.2º ET.. También en un segundo plano, y como ejercicio voluntario del cambio de unidad de negociación, habría que señalar la interpretación del art. 84 ET como precepto de solución de conflictos entre convenios y no de prohibición de negociar. Pero a su vez, la tendencia descentralizadora fomentada por tales instrumentos ha encontrado unos límites o provocado una serie de reacciones que han perseguido contener con mayor o menor fortuna la fractura de las unidades de negociación.

1.1. La apertura de unidades de negociación y factores favorables a la descentralización

1.1.1. El deber de negociar durante la ultractividad del convenio superior

Conforme al art. 89.1 ET, solicitadas las negociaciones en tiempo, forma y por sujeto legitimado, surge el deber de negociar salvo: transitoriamente, en los supuestos en que se produjeran violencias sobre las personas o las cosas; la aprecia-

---

[1] Informe de los Servicios Técnicos de la CCNCC, "La negociación colectiva en los años 2004, 2005 y 2006", en AAVV, "Experiencias de negociación colectiva en Europa y sus puntos críticos", MTAS, Madrid, 2005, pág. 121; I. Cebrián López y J. Pitarch Higuera, "El reflejo económico de la negociación colectiva", en AAVV, Observatorio de la negociación colectiva –coord. R. Escudero–, "La negociación colectiva en España: una mirada crítica", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs 648, 649, 652; J.I. Pérez Infante, "La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 46, págs. 49 a 55.

ción de causa legal o convencionalmente establecida; «*o cuando no se trate de revisar un Convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84*». De esas tres excepciones al deber de negociar a nosotros nos interesa la tercera y sobre ella nos centraremos. La interpretación del precepto, de oscuro tenor literal, ha seguido dos grandes líneas, de efectos muy dispares sobre la estructura de la negociación colectiva.

Conforme a una primera propuesta exegética[2], de carácter literal y restrictivo, la excepción del art. 89.1 ET entraña una intención de dar estabilidad a la estructura negocial, de manera que el cambio de unidad de negociación en la ultractividad del convenio vencido es posible siempre y cuando exista el acuerdo de ambas partes al respecto. No cabe por tanto la imposición del cambio de unidad de negociación. ¿Cuáles son los efectos perseguidos o consiguientes a esta opción interpretativa?. Aboca a una negociación colectiva más centralizada en tanto la apertura de unidades superiores no se vería sancionada y se podría oponer un deber de negociar. Y por cuanto impide la ruptura no consensuada de las unidades de negociación preexistentes. Pero a su vez, habida cuenta de la neutralidad del precepto, también garantiza que el tránsito a la centralización sea pacífico y voluntario; el cambio a la unidad superior se basaría necesariamente en el acuerdo, salvo previsión en contrario ex art. 83.2 ET. Tras la incorporación de los párrafos 2º y 3º al art. 84 ET en la reforma de 1994, la actualización de esta postura supondría la voluntariedad en el cambio de unidad de negociación salvo preferencia aplicativa prevista no ya sólo en los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET –o en los propios textos de los convenios–, sino también deducible de dicho precepto y, en este último caso, sin necesidad de esperar a la ultractividad del convenio superior.

Otra interpretación posible del art. 89.1 ET, es la que propone el sector mayoritario de la doctrina[3]. Parte de una interpretación amplia del precepto, no ceñida a

---

[2] Defendida por ejemplo por: F. Durán López, "Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación", REDT, nº 61, 1993, págs. 680, 688 a 690, 692 y 693; A. Muga Robledo, "El deber de negociar colectivamente. Supuestos de cambio de unidad de negociación", RRLL, 1992, T. I, págs. 1219, 1220 ,1230 y 1231; C. Sáez Lara, "Limitación al deber de negociar en los supuestos de cambio de unidad negocial", RRLL, Tomo I, 1993, págs. 272 a 276.

[3] S. González Ortega, "Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva", REDT, nº 30, 1987; pág. 201; M. Iglesias Cabero, "Algunas reflexiones en torno al deber de negociar", A.L., 1989–I, nº 7, págs. 78 y 79; T. Sala Franco, "Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación: el deber de negociar", en AAVV, "Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento", IV Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS, Madrid, 1992, págs. 27, 28 y 33. También en esta línea, más recientemente: J.A. Alpés Tárrega y F.L. Fita Ortega, "Las unidades de negociación", en AAVV –coords. F. Pérez de los Cobos y J.Mª Goerlich–, "El régimen jurídico de la negociación colectiva en España", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 218 a 220). También en esta dirección: Confederación sindical de CCOO, "Comunicación a la ponencia "Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación: el deber de negociar", en AAVV, "Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento", IV Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS, Madrid, 1992, págs. 163 y 164.

su tenor literal, vinculada al régimen de concurrencia o solapamiento incompatible entre convenios (art. 84 ET). Siempre hay obligación de negociación cuando se solicite en una unidad de negociación *ex novo*, temporáneamente y en forma por sujeto legitimado, pudiéndose imponer, por tanto, el cambio de unidad de negociación. Esta interpretación, como se ve, potenciará la descentralización. Y es la que han asumido nuestros Tribunales[4].

1.1.2. Los convenios evasivos del art. 84.2º ET

En la reforma de 1994 se incorporan al art. 84 ET dos nuevos párrafos, el 2º y 3º. Suponen la posibilidad excepcional de afectación del convenio colectivo supraempresarial vigente, por el también supraempresarial posterior y de ámbito geográfico inferior[5]. Condiciones añadidas son las exigencias de representatividad cualificada, así como la identificación de las materias no susceptibles de afectación, que son en cierto modo residuales a la vista de las transcendentes que pueden verse afectadas y de su necesaria interpretación restrictiva determinada por su formulación en negativo y por la intención descentralizadora del precepto[6]. La tutela de la apertura de estas unidades inferiores supraempresariales es extrema:

---

[4] Por ejemplo: SS TS. 17–11–1998, 9750 y 30–9–2002, 7450. También: SS TCT. 21–10–1987, 23670, 26–4–1983, 3783, 17–3–1987, 7080, 7–12–1988, 596.

[5] Parece que el Tribunal Supremo ciñe la inferioridad al ámbito geográfico, habida cuenta del carácter autonomísta del precepto: S. TS. 2–12–1996, 8991. Y es más reticente a aceptar la excepción para el supuesto de solapamiento parcial de ámbitos funcionales: SS. TS. 8–6–2005, 6014 y 18–12–2002, RJ. 2003/2344. Así, las confrontaciones entre sector y subsector se plantean como casos comunes de concurrencia: S. TS. 5–6–2001, 5488 –véase también la S. TS. 21–6–2005, 8819–. No obstante, la S. TS. 24–4–2006, 5867, parece aceptar, aún cuando finalmente niega que tengan legitimación para la negociación, la aplicación del art. 84.2º y 3º ET y el consiguiente deber de negociación en la apertura de nueva unidad de negociación subsectorial (transporte de servicios regulares especiales, regulares temporales y discrecionales y turísticos) frente al sectorial (transporte de viajeros por carretera) ambos de Comunidad Autónoma.

No obstante, sectores doctrinales aceptan también alternativamente el criterio funcional: J. Mª Galiana Moreno, "Negociación colectiva", RMTAS, nº 58, pág. 305; F. MORENO, "La negociación colectiva y el diálogo social: perspectiva empresarial", Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 9, 1996, pág. 166; J.L. Salido Banús, "La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial", Atelier, Barcelona, 2001, pág. 117). Martín Valverde, pese a admitir ambos criterios de inferioridad limita las posibilidades a los convenios que en ambos ámbitos sean inferiores, o a los que en idéntico –no superior– ámbito funcional o territorial sean inferiores en el otro de los referidos: A. Martín Valverde, "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo", en AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz–, "Comentarios a las leyes laborales", Tomo XII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, págs. 81 y 82.

[6] Por ejemplo: S. TS. 18–12–2002, RJ. 2003/2344 –la referencia a grupos no supone las categorías profesionales y sin afectar a los espacios funcionales no abarcados por el convenio superior–. Más restrictiva parece la S. TS. 3–11–2000, 9631, que resuelve a favor del convenio nacional en detrimento

a) Habida cuenta de la interpretación amplia del deber de negociar del art. 89.1 ET, y en cualquier caso garantizada por la salvedad prevista en dicho precepto, siempre surgirá la obligación de negociar tales convenios evasivos y la posibilidad de forzar el cambio de unidad de negociación sin necesidad de esperar a la ultractividad del convenio superior.

b) Dicho precepto, y la consiguiente posibilidad de evasión, es norma de derecho necesario indisponible por los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET. Ello supone, la inaplicación, que no ineficacia o nulidad, de las cláusulas reguladoras así como de las subsidiarias de estructura del convenio de ámbito superior, si bien sólo respecto del ámbito y bajo los condicionantes previstos en el art. 84.2º y 3º ET[7].

c) Como acabamos de advertir, la posibilidad de evasión no se reduce a la regulación de determinadas materias, sino que es predicable de la estructura de la negociación colectiva respecto de ellas.

Cabe así el descuelgue a través de sucesivos convenios marco[8] y, en cualquier caso una posibilidad ilimitada de evasión en cascada de los convenios supraempresariales. Conlleva, respecto de las materias susceptibles de afectación, la degradación del acuerdo marco impropio al carácter de mero convenio supraempresarial. Y, por otra parte, el descuelgue en la regulación de las materias por el convenio supraempresarial cualificado, supondrá en principio y a su vez el de las unidades inferiores creadas a partir de su vigencia y sometidas, consiguientemente, a éste, sea o no un acuerdo marco.

---

del provincial –posterior– ambos de sector puesto que éste último regula la duración del contrato eventual pero con una finalidad de adaptación del contrato al ámbito provincial del sector y no al de la empresa, sin referencia alguna a empresas determinadas, lo que, por otra parte, es un supuesto muy específico y excepcional dentro de la regulación de un convenio de un ámbito superior a la empresa.

[7] Como se deduce de la literalidad del art. 84.2º y 3º ET y de la clara voluntad descentralizadora del legislador (reconocida expresamente, por lo demás, en el mismo Preámbulo de la L. 11/94), tratándose de un precepto *ius cogens,* que no admite renuncias ni pactos en contrario [por todas: SS. TS. 7–11–2005, 2006/1302; 1–6–2005, 7320; 26–1–2004, 1373; 27–3–2003, 5163; 18–12–2002, RJ. 2003/234; 17–10–2001, 2002/3075; 3–11–2000,9631; que reproducen todas ellas la de 22 de septiembre de 1998, 7576]. Por la doctrina, por ejemplo: A. Baylos Grau, "Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)", REDT, nº 100, 2000, pág. 1472; A. Martín Valverde, "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo", cit., págs. 90 a 95.

[8] F. Moreno, "La negociación colectiva y el diálogo social: perspectiva empresarial", cit., pág. 166; J.L. Salido Banús, "La negociación colectiva en España…", cit, pág. 125. En contra, y partiendo de la consideración del término "afectar" como referido a regular de modo diverso, concluye que el art. 84 ET no posibilita que el convenio marco inferior y posterior altere el contenido del convenio marco propio de ámbito superior y anterior en el tiempo, con lo que restringe la operatividad de la excepción a las relaciones entre convenios marco impropios: E. López Terrada, "La articulación de la negociación colectiva (diez años después)", en AAVV (F. Pérez de los Cobos y J. Mª Goerlich), "El régimen jurídico de la negociación colectiva en España", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 247 y 248.

Como puede observarse, el art. 84.2º y 3º ET se ha convertido en un potente factor de descentralización intermedia de difícil o imposible contención. Lo que inicialmente se había planteado como un precepto de corte autonomísta se ha convertido, a instancias del propio legislador, en un exponente de la descentralización provincial, y en un potencial desgobierno e incapacidad de estructuración de la negociación colectiva[9], salvo enormes esfuerzos de coordinación.

1.1.3. El art. 84 ET como precepto de solución de conflictos

Hasta ahora nos hemos referido fundamentalmente a la posibilidad de forzar la apertura de la unidad de negociación inferior. Pero también cabe una negociación voluntaria, incluso durante la vigencia del convenio precedente. Respecto de éste último supuesto, no obstante, el Tribunal Supremo mantuvo inicialmente la nulidad de los convenios que contraviniesen el art. 84.1º ET[10]. Para modificar posteriormente su postura al concebir el art. 84.1º ET como un precepto de solución de conflictos entre convenios concurrentes y no de prohibición de negociación. Los efectos subsiguientes de la concurrencia son los de ineficacia transitoria, recuperando el convenio inferior su plena eficacia una vez denunciado el superior precedente[11]. Por tanto, se deja en evidencia con todas sus consecuencias la posibilidad

---

[9] G. Fabregat Monfort, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2005. La concurrencia en los convenios colectivos estatutarios. La literalidad legal frente a la articulación pretendida por los Acuerdos Interprofesionales de negociación colectiva", Tribuna Social, nº 182, 2006, pág. 49.

[10] S. TS. 7–4–1994, 3233. También ha mantenido posteriormente esa nulidad por apreciar la existencia de un fraude de ley (S. TS. 16–7–2001 RJ. 2002/576). No obstante, véase un supuesto de concurrencia similar –pero planteado en plena vigencia del convenio afectado–, en que se declara únicamente la ineficacia parcial del convenio concurrente –ambos de la Comunidad Valenciana– en: S. TS. 13–11–2007, RJ. 2008/998.

[11] SS. TS. 13–11–2007, R.J. 2008/998; 24–4–2006, 4708; 8–6–2005, 6014, 31–10–2003 (RJ. 2004/589); 5–6–2001, 5488. En similar sentido: SS. TS. 27–3–2000, 4794; 17–7–2002 (RJ. 2004, 1864); y 21–12–2005 (RJ. 2006/1426). De hecho, la concurrencia es una cuestión a plantear a partir de la publicación del convenio y no en la impugnación de la mesa negociadora: S. TS. 19–9–2007, 9175. Se adscribe a esta solución judicial, entre otras razones, porque no cabe apreciar entre convenios jerarquía normativa alguna que condicione la validez de un convenio o sus cláusulas, existe un principio de libertad de elección de la unidad de negociación, es un criterio más acorde con el respecto a la libertad de fijación de la duración del convenio y los efectos de la ultractividad, así como con la inaplicación parcial del convenio derivada de los arts. 41.2, 82.3 y 85.3.c) ET: J. Lahera Forteza, "El acierto de la inaplicación de convenio colectivo (y no nulidad) en la solución de concurrencias conflictivas del art. 84 ET (Comentario a la S. TS. 4ª de 21 de diciembre 2005)", RRLL., nº 19, 2006, págs. 55 y ss.

Procede la ineficacia transitoria, curiosamente, salvo que el convenio colectivo sea extraestatutario, en cuyo caso no sería de aplicación el art. 84 ET, ni se apreciaría concurrencia entre ellos [por todas: SS. TS. 14–2–1996, 1017; 17–10–1994, 8052. Tampoco se aplica a los acuerdos colectivos alcanzados

de negociación voluntaria de un convenio colectivo en tanto esté vigente otro. Y favorece la apertura de unidades de negociación inferiores excluidas de otras posibilidades más agresivas, cual es la del art. 84.2º ET. De hecho, en la práctica, creo que ésta será la vía común de abrir y hacer eficaz la negociación a nivel de empresa. Y ello por dos motivos: uno, las mayores dificultades que se pueden esperar en la negociación de un convenio *ex novo* dificultarán en muchos casos que éstas se cierren antes de la publicación del nuevo convenio superior; dos, puesto que si la empresa cuenta con diversos centros de trabajo en distintas provincias sometidas a su vez a diversos convenios, será la fórmula habitual de eficacia en cascada del mismo a medida que se vayan denunciando aquéllos[12].

1.2. La contención de la descentralización en la apertura de las unidades de negociación inferiores

1.2.1. El deber de negociar y solapamiento de negociaciones

Al comienzo expusimos las dos grandes líneas de interpretación del deber de negociar del art. 89.1 ET desde la perspectiva del cambio de unidad de negociación. En los últimos años se ha apreciado en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo lo que podríamos considerar una tercera línea respecto de supuestos de negociaciones solapadas, tanto subjetivamente como en el tiempo. Vienen a consagrar estas sentencias la inexigencia del deber de negociar en el nivel inferior cuando la parte requerida haya accedido a negociar y lo esté haciendo en el nivel superior. En mi opinión, y pese a que a simple vista parece ubicarse en la exégesis del art. 89.1 ET, lo cierto es que en el fondo de sus argumentos late realmente el concepto de uni-

---

en el período de consultas ex art. 51 ET [S. TS. 27–12–1994, 10508]. Con lo que la regla a aplicar no sería la de ineficacia transitoria, es decir, ni nulidad ni tan siquiera anulabilidad, sino la de preferencia aplicativa en virtud de un juicio de favorabilidad del convenio conforme al art. 3.1.c). ET [vid.: SS. TS. 2–3–2007, RJ. 2381 y 22–5–2006, RJ. 4567; S. TSJ. Andalucía/Sevilla 30–1–2002, 4002]. Lo que debe entenderse aplicable también en tanto el convenio estatutario se encuentre en ultractividad, pues ésta sólo concluye con la aprobación de un convenio estatutario, si bien algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia parecen desmentir tales consideraciones (M.A. García Rubio y J.Mª Goerlich Peset, "Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios", en AAVV –coords. F. Pérez de los Cobos y J.Mª Goerlich–, "El régimen jurídico de la negociación colectiva en España", TB., Valencia, 2006, págs. 613 y 614).

[12] T. Sala Franco y J.Mª Goerlich Peset, "La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad", REDT, nº 35, 1988, págs. 352 y 353; M.A. Solans Latre, "Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador", CES, Madrid, 2003, pág. 259. En tal sentido, por ejemplo: S. TS. 31–10–2003, RJ. 2004/589.

dad apropiada de negociación, y, vinculado a ésta, un intento de contención de la fractura no consensuada de la unidad de negociación observada, conforme a las particulares circunstancias (base asociativa, unidad de empresa, homogeneidad de las condiciones laborales…), como más razonable. Estos pronunciamientos, cada vez más numerosos y que afectan tanto a los niveles de empresa –si bien con argumentación más difusa y errática–[13] como a los supraempresariales –incluso cualificados del art. 84.2º ET[14]–, considero que constituyen casos aislados que obedecen a valoraciones circunstanciales carentes de neutralidad y difícilmente amparables por la Ley ni justificables en cuanto excepciones a líneas jurisprudenciales muy consolidadas. Aún cuando sus efectos tienden a la centralización y, más directamente, a la elusión de la fragmentación de unidades de negociación, no asumen abiertamente la primera de las interpretaciones propuestas del art. 89.1 ET, dado que en ningún momento se fundan en la misma, ni reconocen la preferencia de la preexistente, sino, según conveniencia, de la unidad más amplia.

1.2.2. Los acuerdos marco y su extensión durante la ultractividad

Sabemos que los acuerdos marco, propios o impropios, pueden condicionar la apertura de las unidades de negociación inferiores, de conformidad con el art. 83.2 ET. Ahora bien, conforme a las reglas generales, su denuncia dejaría en plenitud abierto el campo de negociación, sin restricción de materias para los acuerdos marco o convenios inferiores.

No pretendemos ahora entrar en el debate de si tales cláusulas de ordenación de la negociación colectiva son normativas u obligaciones. Pero sí es necesario señalar que el Tribunal Supremo viene admitiendo las previsiones de mantenimiento de su eficacia en la ultractividad del convenio, lo que desde luego es posible aún

---

[13] SS. TS. 28 de febrero de 2000 (RJ. 2246); TSJ. Galicia 28–11–2003, AS. 2004/61; TSJ. Principado de Asturias 24–1–2003, JUR 109587. En contra, una solución muy distinta aporta la S. TSJ. Madrid 17–3–1994, 1168, en un caso de cambio de unidad de negociación –de empresa con convenio ya vencido y denunciado a la inferior de centro–.

[14] SS. TS. 10–12–2002 y más trascendente de 10–4–2002 (RJ. 2003/1951 y 2002/5321), que recogen la doctrina iniciada por la S. TS. 17 de noviembre de 1998 (RJ. 9750) que, no obstante, versa sobre el deber de negociar en las unidades artificiales de negociación. En la línea de la excepción al deber de negociar fundada parcialmente en la negociación simultánea del mismo sujeto en el ámbito superior también podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005 (RJ. 8819) pero realmente el supuesto es diferente a los vistos, pues ni nos encontramos ante un supuesto asimilable al art. 84.2º ET –al contener la fragmentación funcional y no la geográfica–, ni versa sobre el deber de negociar sino sobre nulidad parcial del convenio (véase su precedente en la S. TS. 16 de julio de 2001, RJ. 2002/576) , ni hay, en mi opinión, a partir de una modificación normativa en la regulación de la actividad, realidad objetiva y diferenciada que justifique su existencia como subsector.

cuando se consideren obligacionales[15]. Es más, en ocasiones sencillamente lo considera un efecto natural de la función estructuradora que conllevan[16]. Entonces, en la ultraactividad del convenio marco no parecen quedar demasiados resquicios para la recuperación del ámbito negocial eventualmente perdido por la unidad de negociación inferior: uno, por la extensión de la eficacia de las cláusulas de estructura a la ultractividad; dos, puesto que su contravención durante su vigencia conllevará la nulidad de tales cláusulas.

1.2.3. La impermeabilización del ámbito solicitado

Con la denuncia temporánea del convenio superior se abre la posibilidad de imposición de negociación en ámbitos inferiores y hasta el momento en que entre en

---

[15] El decaimiento a partir de la denuncia del convenio –y no sólo en la ultractividad– de las cláusulas obligacionales ligadas a la apertura de un nuevo proceso de negociación viene exigido por la propia lógica de la negociación. No obstante es posible por voluntad expresa de los negociadores mantener vigente el convenio en su integridad tras su denuncia y pérdida de vigencia, incluidas las cláusulas de paz (I. Albiol Montesinos, "La denuncia del Convenio Colectivo", en AAVV (Coords. F. Pérez de los Cobos y J.Mª Goerlich), "El régimen jurídico de la negociación colectiva en España", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 496–500). No obstante, parece rechazar la posibilidad de extensión –exclusivamente– de las cláusulas de paz las SS. TS. 20–12–1995, 9486 y de 22–9–1982, 5058, [al respecto y en este sentido: E. Terradillos Ormaetxea, "Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas «ilícitas»", en AAVV –coord. A. Baylos Grau–, "Estudios sobre la huelga", Bomarzo, Alicante, 2005, pág. 65]. Respecto de las restantes cláusulas obligacionales las posturas son aún más flexibles, a la vista de la amplitud del género y de la labilidad de la regulación legal (arts. 86.3 y 85.3.d) ET) en manos de la convencional sobre la denuncia y sus efectos (véase por ejemplo: F. Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en AAVV –Dir. E. Borrajo Dacruz–, "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo XII, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, págs. 174 a 177).

[16] El convenio marco puede impedir la apertura de las unidades de negociación inferiores o provocar la nulidad de determinadas cláusulas de aquellos incluso después de su denuncia cuando así se prevé en dicho convenio o se deduce de su mantenimiento íntegro hasta la sustitución por otro del mismo nivel [SS. TS. 10–4–2002, 5321; 10–10–2000, 9423; 18–2–1999, 2600 –tienen carácter normativo–]. Así en un supuesto de cláusula que mantiene vigente el convenio tras la denuncia hasta la existencia de nuevo acuerdo expreso, deben considerarse probablemente vigentes con especial motivo las normas sobre estructura de la negociación, pues tratándose de un convenio para convenir, tal contenido obligacional es realmente su contenido normativo, y es lógica y lícita la aspiración de estabilidad de tal estructura (vid.: S. AN. 24–4–2001, AS. 4121, revocada por otras razones por la S. TS. 16–11–2002, 2003/2698, y que, no obstante, en su voto particular se aceptan por algunos de sus componentes tal posibilidad de vigencia íntegra del convenio y consiguiente impermeabilización de la unidad de negociación). Claro está, ello no puede suponer en ningún momento la contravención del art. 84.2º y 3º ET.

En contra, sostienen que el carácter obligacional de las cláusulas de ordenación de la negociación colectiva supone la posibilidad de recuperación de las negociaciones en el ámbito inferior en el período de renovación de aquél, con la consiguiente inaplicabilidad de renovado convenio marco al inferior hasta su pérdida de vigencia: J.A. Altés Tárrega y F.L. Fita Ortega, "Las unidades …", cit., pág. 210.

vigor el convenio que sustituya al anterior[17] (art. 89.1, 84 y 86.3 ET). La solicitud de negociaciones inicia así lo que la doctrina ha venido en llamar la «impermeabilización» del ámbito inferior de negociación. Pero lo cierto es que dicha tutela no es tal, pues según mantienen nuestros Tribunales sólo alcanza hasta el momento del registro del nuevo convenio superior en estricta aplicación del art. 84.1º ET[18]. Consiguientemente y como ya anticipé, habida cuenta de las mayores dificultades que entraña la negociación de un convenio colectivo ex novo frente a aquéllas que sólo suponen su renovación, la apertura de las unidades inferiores distintas de las del art. 84.2º será eminentemente voluntaria, y su eficacia más probablemente diferida al siguiente período de ultractividad del ámbito superior.

1.2.4. Los convenios evasivos y la inaplicación de la doctrina de la ineficacia transitoria

Si se configura el art. 84.1º ET como un precepto de solución de conflictos y no de prohibición de negociar, en buena lógica los párrafos 2º y 3º de dicho precepto por su literalidad, contexto y finalidad deberían seguir la misma pauta interpretativa. Son reglas específicas de concurrencia de convenios no de distribución de competencias y de estructura convencional[19], con lo que debería apreciarse una ineficacia aplicativa transitoria y no la nulidad de las cláusulas[20]. Otra consecuencia natural de dicha visión sería, conforme a las reglas generales, la de permitir en la ultractividad del convenio superior la negociación en los ámbitos supraempresariales inferiores, sin el límite del párr. 3º del art. 84 ET ni el condicionamiento del citado párrafo 2º. Y claro está, salvo que exista un convenio o acuerdo marco que asuma y consolide tales límites materiales, lo que efectivamente supondría la nulidad de las cláusulas contrarias a dicha estructura y la pervivencia en la ultractividad del convenio superior de la distribución de competencias[21].

---

[17] T. Sala Franco, "Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación: el deber de negociar", cit., pág. 32.

[18] En similar sentido: T. Sala Franco y J.Mª Goerlich Peset, "La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad de negociación", cit., págs. 334, 339 y 340.

[19] En contra: A. Martín Valverde, "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo", cit., págs. 90 a 95.

[20] J. Lahera Forteza, "El acierto de la inaplicación de convenio colectivo (y no nulidad) en la solución de concurrencias conflictivas del artículo 84 ET (Comentario a la S. TS. 4ª de 21 de diciembre 2005), RRLL, nº 19, 2006, pág. 52; F. Valdés Dal–Ré, "Reforma de la estructura contractual y autonomía colectiva (II), RRLL, Tomo I, 1999, págs. 40 a 45. En contra, apoyando el sentido de la sentencia referida por contravenir un precepto de derecho necesario: E. López Terrada, "La articulación de la negociación colectiva (diez años después)", cit., págs. 235 y ss.

[21] S.TS. 19–7–2007, RJ. 2008/293

Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de enero de 2004[22] ha sostenido una tesis muy distinta de la que se deduce que en realidad lo que hay implícito en dicho párrafo 3º del art. 84 ET. es una distribución de materias interniveles –por cierto, inespecíficos–[23]. Sostiene dicha sentencia que no cabe confundir la previsión del art. 84.1º ET, que conduce a la referida ineficacia transitoria, con la prohibición ex art. 84.2º y 3º ET de regulación de determinadas materias estando vigente un convenio de ámbito superior. En este último caso lo que procede es la nulidad de pleno derecho de tales cláusulas, contrarias a una norma de derecho necesario (art. 6.3 CCiv.), sin posibilidad de eficacia de las mismas concluida la vigencia del convenio superior. A parte de las objeciones ya hechas a esta concepción, cabría destacar que llevada a sus últimas consecuencias, supondría igualmente la vulnerabilidad del convenio inferior precedente por otro superior posterior respecto de tales materias vedadas, lo que a su vez parece descartado por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2004[24] y por el propio art. 84.1º ET. Supondría, por lo demás, elevar a rango de convenio marco lo que en principio no es más que un convenio ordinario. Desde luego, la postura del Tribunal Supremo tiene un efecto centralizador y racionalizador de la negociación, quizá como reacción a los excepcionales resultados descentralizadores que supone el precepto. Pero desatiende el fin perseguido por dicho mandato, que es precisamente el opuesto, sea cual sea la valoración positiva o negativa que nos merezca. Finalmente, sería ajeno a la autonomía colectiva que es, en principio, a la que corresponde fijar la estructura negociadora (art. 83.2 ET).

2. EL MANTENIMIENTO DE LA UNIDAD DE NEGOCIACIÓN INFERIOR

Al igual que en el apartado anterior, observaremos aquí la existencia de factores de tutela de las unidades inferiores que se han visto, no obstante, moderados. Esta vez la razón inmediata es fundamentalmente de orden práctico, si bien las causas últimas también son jurídicas y conectadas prevalentemente a la potenciación de la descentralización a nivel intermedio.

---

[22] RJ. 2180.

[23] Esta parece también la opción más acorde a la luz de las imprecisiones sobre la relación concurrencia–vigencia de ambos convenios en la S. TS. 7–11–2005, 2006/1302.

[24] RJ. 1069: Se valora la ultraactividad del convenio estatal superior a efectos de la aplicación del convenio autonómico, para posteriormente utilizar también como criterio selectivo la fecha de publicación del convenio autonómico –anterior al siguiente superior– y, finalmente, la distribución de materias ex art. 84.2º y 3º ET.

2.1. El criterio asimétrico y sus límites

La ultraactividad del convenio no puede confundirse con la vigencia a que se refiere el art. 84 ET en tanto está justificada por su finalidad de cobertura de vacíos[25]. Entonces, en la ultraactividad del convenio superior surge la posibilidad de apertura de la unidad de negociación inferior. Sin embargo, de mantenerse tal postura respecto de las unidades inferiores preexistentes, la ultraactividad del convenio supondría la efectiva desaparición de aquéllas, que serían sencillamente absorvidas, eliminadas, por el convenio superior vigente. Por tal motivo, y con objeto de tutelar dichas unidades inferiores el TCT mantuvo una aplicación asimétrica del art. 84.1º ET; el convenio inferior estaba protegido en su afectación también en la ultraactividad. Y con ello se garantizaba respecto de aquéllas la efectividad las previsiones de los arts. 83.1 y 89.1 ET.

En cierto modo sorprende que en los últimos años apenas haya huellas de dicha doctrina en las sentencias del Tribunal Supremo. Tan sólo se recupera *obiter dicta* en sus sentencias de 29 de enero de 1997[26] y de 17 de mayo de 2004[27]. En otras, donde también se alcanza la tutela del convenio de empresa cuales son las más recientes de 10 de julio de 2007 y de 5 de marzo de 2008[28], parece estar latente al hacerse una valoración de la existencia de una unidad de negociación inferior, sostenida a través de diversos convenios durante años, y anterior al novedoso acuerdo sobre materias concretas –la primera– y al acuerdo marco impropio –la segunda–. Pero evidentemente, no pueden aplicar dicha doctrina ni lo hacen, pues precisamente la naturaleza de estos acuerdos lo impediría[29].

Y he aquí una de las razones, que en mi opinión, son la causa de su escasa utilización: la proliferación de los acuerdos y convenios marco potenciados por una interpretación judicial flexible y abierta del art. 83.2 ET. Se ha venido a dar paso a una extensión de los ámbitos susceptibles de tales acuerdos, pasándose de lo que parecería una negociación en la cumbre, es decir intersectorial o sectorial y de ámbito estatal o a lo sumo de Comunidad Autónoma[30], a una ilimitada atomización de

---

[25] Por todas: S. TS. 17–5–2004, 4969. Así, es claro que pueden abrirse unidades inferiores en la ultractividad del convenio sectorial (por todos, SS. TSJ. Andalucía/Málaga 23–1–2003, 2568; TSJ. País Vasco 5–4–2005, 2800).

[26] RJ. 909.

[27] RJ. 4969.

[28] Respectivamente: RJ. 7172 y JUR 141639.

[29] J.A. Altés Tárrega y F.L. Fita Ortega, "Las unidades de negociación", cit., pág. 210; F. Durán López, "Sucesión de convenios …", cit., pág. 686. Es el caso, por ejemplo: S. TSJ. País Vasco 3–2–1998, 5398 y de las sentencias que más adelante se citan en nota 33.

[30] S. TS. 16–11–1989, RJ 8068. En este sentido, descartaron los ámbitos inferiores a los mencionados: T. Sala Franco y J.M. Goerlich Peset, "La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad", cit., pág. 352.

la misma integrada en convenios colectivos[31]. Otra razón también está relacionada con otro punto ya examinado: la relativa facilidad de evasión del convenio supraempresarial prevista en el art. 84.2º ET haría en gran medida innecesario en numerosos casos acudir a tales tesis para la tutela de la unidad inferior y supone, en buena lógica, una potente defensa del mismo durante el período de ultraactividad. Entonces, no parece que pueda descartarse la pervivencia del criterio asimétrico. Es más probable que se haya hecho en muchos casos o imposible o innecesario acudir a él. No obstante, nuestros Tribunales no siempre dejan claras las relaciones entre concurrencia y vigencia, particularmente cuando de ámbitos superiores a la empresa se trata. Si ello efectivamente es así, tal simplificación po-

[31] A grandes trazos y en interpretación del art. 83.2 y 3 ET, se distingue entre Acuerdos Interprofesionales o Intersectoriales válidos para todos los sectores; los Convenios Colectivos Generales, Marco o Cuadro, limitados a un solo sector; los Acuerdos sobre materias concretas. En cuanto a las diferencias entre los AI y los CCM respecto de los acuerdos sobre materias concretas, estriba fundamentalmente en el contenido y los sujetos a los que se dirigen: los primeros, de carácter formal o estructural, van dirigidos a los sujetos negociadores, en tanto los Acuerdos sobre Materias concretas, de carácter monográfico, incluyen una regulación, en principio y salvo que otra cosa establezcan, directamente aplicable a los trabajadores. La complejidad de estos instrumentos jurídicos se incrementa, entre otras cuestiones, con la admisión de los Acuerdos híbridos o mixtos, también llamados Convenios Marco Impropios, que incorporan regulaciones sustantivas sobre materias concretas, en principio aún no necesariamente, de directa aplicación pues su eficacia puede estar condicionada a la imperativa recepción por los convenios a que van dirigidos (SS. TS. 12–6–1991, RJ. 6239; 16 de junio y 16–11–1989, RJ. 4593 y RJ 8068); así como con la incorporación en el Convenio Colectivo de auténticas cláusulas de estructuración de la negociación colectiva. También se ha pasado a un cuestionamiento de los sujetos negociadores, defendiéndose por determinados sectores doctrinales, no sólo que los convenios marco de estructura sectorial sean negociados, respecto del bando empresarial, por las asociaciones empresariales representativas ex art. 87.3 –sin aplicación de la Disp. Adic. Sexta ET– (S. TS. 23–6–1994, RJ. 5470) sino que también tienen legitimación inicial los sindicatos representativos para la negociación de los contenidos que constituyan una regulación directa de las relaciones laborales en los convenios marco impropios. Sobre todos los aspectos reflejados: J.L. Salido Banús, "La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial", págs. 100 a 103, 105, 107 a 109, 113, a 116, 131, 134, 148 a 151; A. BAYLOS GRAU, "Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 84 y 84)", REDT, nº 100, 2000, págs. 1460 a 1463, 1466. Y hasta se ha llegado a calificar incidentalmente como acuerdo marco o como acuerdo de materias concretas el referido a un grupo empresarial del art. 83.3 ET (S. TS. 16–7–1997 y S. TS. 26–9–2006, RJ. 6664 –ENDESA–; S. AN 27–4–2001, 1231 –ENDESA–). En contra, entrando en el fondo del asunto: S. TS. 28–10–1999, 8510, en coherencia con la doctrina sentada por la S. TS. 16–11–1989 8068). Sí parece quedar claro, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que los únicos sujetos legitimados para negociar los acuerdos o convenios del art. 83.2 y 3 ET son los sindicatos más representativos: SS. TS. 30–1–1999, RJ. 1118; 22–9–1998, RJ. 7422 –sin que exista un derecho a ser llamado cuando se ha tenido conocimiento de dicha negociación–; 16–11–1989, RJ. 8068; 16–6–1989, RJ. 4593). Y también serán esos mismos sujetos, exclusivamente, los legitimados para negociar los acuerdos o convenios marco mixtos o híbridos (S. TS. 9–7–1998, RJ. 6260). Sin que pueda hurtarse, no obstante, el derecho de los sindicatos representativos a lo que es una auténtica negociación de condiciones de trabajo (SS. TS. 16–7–1998, RJ. 7021; 30–6–1998, RJ. 5541).

dría responder a un presupuesto de partida, cual es la pretendida delimitación competencial ex art. 84.3º ET[32].

2. 2. Los acuerdos marco impropios y sus límites de disponibilidad respecto de las unidades inferiores preexistentes

Ya hemos dicho que ante la existencia de un acuerdo o convenio marco la apertura de la unidad de negociación inferior –en el supuesto común, obviadas ahora las previsiones del art. 84.2º y 3º ET– estaría condicionada por lo fijado en aquél. También su mantenimiento. Técnicamente y dada la salvedad de previsión expresa en contrario admitida en el art. 84.1º ET cabría que éstas se viesen afectadas por aquél incluso durante su vigencia. Sin embargo no es éste el supuesto común, ni debe serlo. De hecho normalmente las cuestiones se plantean a partir de la renegociación del convenio, y no durante su vigencia pues es en este momento en el que las cláusulas ordenadoras del convenio marco como mandatos para convenir que son, despliegan su virtualidad sobre las unidades inferiores provocando la nulidad de las cláusulas que lo contravengan[33]. Como digo, salvo previsión expresa en contrario. Su imperatividad debe entenderse, en principio, en el momento natural de la negociación y no antes. En esta dirección podrían apuntarse los argumentos que *obiter dicta* utiliza el Tribunal Supremo en las ya referidas sentencias de 10 de julio de 2007 y de 5 de marzo de 2008, y que tratan de recuperar contundentemente la independencia no sólo conceptual sino material del acuerdo o convenio marco respecto de lo que es auténtica regulación. El problema estriba

---

[32] Así la S. TS. 7–11–2005, 2006/1302, en un supuesto de supuesta afectación del convenio provincial sectorial por otro posterior Estatal de ámbito funcional superior y aún limitado por el planteamiento del recurso, en ningún momento se hace referencia a factor temporal alguno, afirmando en términos incondicionales la compatibilidad de ambos niveles siempre que se respete tal distribución competencial entre ellos. También utiliza estas formulaciones generales, sin ánimo exhaustivo, si bien en este caso justificado también por el hecho de que no se plantee un supuesto actualizado de concurrencia entre convenios, por todas: SS. TS. 1–6–2005, 7320; 3–11–2004, 2005/162, 26–1–2004, 1373; 27–3–2003, 5163.

[33] Vid.: SS. TS. 23–10–1995, 7864; 29–1–1997, 909; 2–4–1998, 3257; 18–2–1999, 2600; –resuelve a favor del convenio marco (prohibición de regulación de determinadas materias en ámbitos inferiores), a partir de la conclusión de la vigencia inicial del convenio de empresa actualmente prorrogado– 27–10–1999, 8411; 10–10–2000, 9423. En la S. TS. 6–7–2005, 8821, el conflicto se solventa a favor del convenio de empresa, si bien es cierto, en unas circunstancias muy concretas: uno, que ahora nos interesa, por ser el convenio de empresa vigente y anterior al sectorial, con lo que en virtud del art. 84.1 ET será de aplicación el primero; dos, pues el propio convenio–marco excluye de su ámbito de aplicación a aquéllas empresas que tuvieran convenio propio en el momento de su entrada en vigor. También parece apuntar a esta solución de esperar a la culminación de su vigencia –inicial o pactada–, la S. TCT. 12–3–1981, RTCT 2294.

en ambas, y más directamente en la segunda en que efectivamente hay un acuerdo marco impropio, en que éste es anterior por muy escaso plazo al de empresa que la sentencia mantiene. Decir, tal y como mantiene la sentencia, que caso de existir concurrencia no serían aplicables ni las reglas del sector –por no ser directamente aplicables al ser un convenio marco– ni las del convenio de empresa, sino las que se acordasen en cumplimiento del convenio marco, es negar la realidad de que el convenio marco ya recoge de hecho tal regulación y que el convenio de empresa posterior las vulnera. Y hasta ahora, como hemos visto, así se ha permitido y hasta valorado positivamente[34], quizá como única alternativa realista de mínima articulación, incluida y así lo comparto, en el art. 83.2 ET que, en mi opinión, no establece un modelo cerrado.

Para sostener en tales casos o similares la aplicación del convenio de empresa quizá no se tenía que llegar tan lejos. Ni aplicar, incurriendo en lo que parece una incongruencia interna, el principio *prior in tempore*. Podría haberse profundizado en la remisión a ese momento negociador, de manera que la simple publicación del Acuerdo no debería afectar en principio a los procesos de negociación ya material y prácticamente concluidos, sino tan sólo a los que realmente puedan considerarse futuras negociaciones. Quizá así se conciliaría la necesaria estabilidad en la negociación –y proceso negociador– en los niveles inferiores, con las posibilidades previstas en los arts. 83.2 y 84.1º ET. Y, considero, no se entraría en contradicción con ninguna de las posturas antes sostenidas.

[34] Por ejemplo, como instrumento más idóneo para la fijación de la estructura negocial, un sector doctrinal considera el Convenio General de Sector a nivel estatal: A. Martín Valverde, "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo", cit., págs. 105 y 104.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA: RESULTADOS Y PERSPECTIVAS

María Cristina Aguilar Gonzálvez
Profesora Asociada de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

ÍNDICE

1. Introducción: desde el diálogo social
2. Resultados del diálogo social: textos de nueva generación
3. La negociación colectiva europea autónoma
4. Perspectivas desde la realidad práctica
5. Bibliografía, documentación y fuentes de información

1. INTRODUCCIÓN: DESDE EL DIÁLOGO SOCIAL

Desde la primera definición de "diálogo social" que ofrece la Comisión Europea en 1996, "deliberaciones entre los interlocutores sociales europeos, sus actuaciones conjuntas y sus posibles negociaciones, así como los intercambios entre los interlocutores sociales y las instituciones de la Unión Europea"[1] hasta nuestros

[1] Comunicaciones de la Comisión Europea en materia de diálogo social en los años 1993, 1996, 1998, 2002 y en 2004. Está anunciada otra comunicación al respecto para finales de 2008.

días, lo primero a destacar es su decidida puesta en práctica hacia la consecución de los muy distintos resultados que puede generar, distintos por su impacto en el ámbito de la política social y de empleo en el panorama normativo comunitario. En segundo lugar hemos de señalar que se trata de un instrumento que no ha dejado de funcionar, muy activo, constante, al margen de la intensidad de sus diferentes frutos[2]. Por último, habrá que valorar sus resultados, destacando sus virtudes y sus inconvenientes en su aportación al contexto social europeo actual.

En primer lugar, la aparición en escena del diálogo social como instrumento o vehículo de regulación conecta con la necesidad de un mayor grado de democratización en la elaboración y toma de decisiones en política laboral, con el fin último de suplir el déficit democrático, que a su vez subyace en la exigencia de representatividad a los interlocutores sociales (principio de legitimidad democrática)[3].

En segundo lugar, no cabe duda que el recurso al diálogo social ha desbloqueado propuestas normativas que no avanzaban. Se presenta por tanto como alternativa a los métodos de producción normativa en una materialización y expresión más pura del principio de subsidiariedad horizontal; es la respuesta hallada en la búsqueda de nuevos instrumentos de regulación más eficaces. Habría que preguntarse más eficaces en relación a qué tipo de objetivos, si de carácter social o de índole económica.

En la actualidad el diálogo social no es sólo un instrumento regulador sino que figura como objetivo tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros en el art. 136 TCE (futuro art. 151 de entrar en vigor el Tratado de Lisboa), diseñando el Título de Política Social del Tratado dos formas de desarrollo del mismo: el diálogo social en el procedimiento de doble consulta obligatoria de la Comisión a los interlocutores sociales al inicio de todo procedimiento legislativo en materia de política social (art. 137 TCE, futuro art. 153), y el diálogo social como antesala de acuerdos colectivos comunitarios que, a su vez pueden dividirse en dos tipos en atención a su origen procedimental, acuerdos reglados, que se producen como consecuencia de la mencionada consulta de la Comisión, esto es, vinculados a un procedimiento legislativo (art. 138.4 TCE, futuro art. 154.4), o los resultantes de una negociación colectiva libre, que emana *motu proprio* de los interlocutores sociales, al margen de un procedimiento legislativo (art. 139 TCE, futuro art. 155).

En atención a la forma de aplicación de los acuerdos europeos, se distinguen los *reforzados* por una Directiva del Consejo (denominados asimismo como acuerdos fuertes, vinculantes, normativos, de eficacia pública)[4], de los aplicados por los

---

[2] Holm–Detlev Köhler y Sergio González Begega, "El diálogo social europeo. De la macro–concertación comunitaria a la negociación colectiva transnacional", RMTAS nº 72, 2008, págs. 251 y ss.

[3] Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, "Aporías de la negociación colectiva europea", RMTAS, nº 68, 2007, págs. 237 y ss. Mª Cristina Aguilar Gonzálvez, "La negociación colectiva en el sistema normativo", Lex Nova, 2006, págs. 156–158.

[4] Denominaciones que realizan los siguientes autores, respectivamente y por orden; Los acuerdos colectivos comunitarios fuertes", en "La dimensión europea y trasnacional de la autonomía colectiva",

interlocutores sociales nacionales a los que denominaremos *libres o autónomos*, en función de la decisión adoptada en este sentido por los firmantes europeos.

Al margen de la vía de aplicación del acuerdo, ambos se convierten en acuerdos sustitutorios de la iniciativa legislativa de la Comisión; si bien de la no aplicación de un acuerdo de origen reglado, pudiera entenderse legitimada una acción comunitaria al respecto[5].

Serán objeto de este estudio principalmente los segundos en atención a su aplicación, esto es, los que, al margen de su origen vinculado o no a una consulta de la Comisión Europea, se convierten en la experiencia más avanzada y arriesgada de puesta en práctica de la autonomía colectiva. Ello sin dejar de ofrecer una visión panorámica general acerca de lo conseguido, para intentar aproximarnos hacia dónde se encamina la negociación colectiva en el nivel comunitario.

2. RESULTADOS DEL DIÁLOGO SOCIAL: TEXTOS DE NUEVA GENERACIÓN

La Comisión Europea en cumplimiento de la obligación de fomentar la consulta y ofrecer un apoyo equilibrado a los interlocutores sociales europeos para facilitar el desarrollo del diálogo social (art. 138 TCE, futuro art. 154) y puesto que ostenta el poder de iniciativa legislativa, es la institución que asume un papel protagonista. Es por ello que ofrece una convocatoria anual de propuestas para financiar iniciativas de diálogo social[6].

Los interlocutores sociales, por su parte, responsables de organizar el diálogo social en el marco del Tratado, definen cuáles son sus asuntos prioritarios en el desarrollo del mismo y lo plasman en sus Programas de Trabajo Conjunto[7]. De este

---

Antonio Baylos Grau (coordinador), Editorial Bomarzo, 2004; Antonio Lo Faro, "Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario", Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania, Nuova Serie, nº 167, Giuffrè Editore, 1999, págs. 165 y ss.; Laurentino Dueñas Herrero, "Los interlocutores sociales europeos", Tirant lo Blanch, 2002; Mª Cristina Aguilar Gonzálvez, "La negociación colectiva en el sistema normativo", opus citada. Constituyen legislación negociada según Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, "Aporías de la negociación colectiva europea", opus citada.

[5] Mª Cristina Aguilar Gonzálvez, "La negociación colectiva en el sistema normativo", opus citada, pág. 241.

[6] Comisión Europea, convocatoria de propuestas VP/2008/01, partida presupuestaria de ayuda al diálogo social europeo, fecha tope de presentación de solicitudes: 22/12/2008.

[7] Los interlocutores sociales europeos han celebrado dos Programas de trabajo conjunto 2003–2005 y 2006–2008 que, como indican expresamente, no incluyen una lista exhaustiva de actividades.

modo, por ejemplo, en un seminario identificaron cuáles son las posibles áreas de actuación conjunta para contribuir a luchar contra los obstáculos a la movilidad, celebran debates acerca del trabajo no declarado, y declaran que, entre sus objetivos, destaca el participar en el diseño y aplicación de las medidas y políticas orientadas hacia la consecución de la flexiseguridad.

Siguiendo la clasificación de los distintos resultados derivados del diálogo social hecha por la Comisión, bajo la denominación genérica de "textos de nueva generación" pueden clasificarse en: *acuerdos* aplicados según el art. 139.2 TCE (que serán objeto de estudio en un apartado posterior), los textos conjuntos, las opiniones conjuntas, los textos procedimentales, y los informes de seguimiento[8].

De los *textos conjuntos* podemos decir que se tratan de recomendaciones que nacen con la intención de contribuir a ofrecer soluciones adecuadas en un panorama caracterizado por la diversidad de medidas existentes en los Estados miembros, en áreas en las que la legislación en el nivel europeo no se erige en la solución más apropiada. Dichas recomendaciones tienen como destinatarias a las instituciones comunitarias y las nacionales. Dentro de ellos destacan tres subcategorías: los marcos de acciones (sobre igualdad de género en 2005), las directrices y los códigos de conducta (en el sector hospitalario en 2008), y las orientaciones políticas (lecciones aprendidas sobre los CEUs en 2005).

Las consultas que la Comisión realiza a los interlocutores sociales serían encuadrables en la categoría de *opiniones conjuntas*, siguiendo la clasificación que estamos manejando. Generan un intercambio de información entre los agentes sociales y las instituciones que, cuando sólo quedan en opiniones, indican los intereses de todas las partes y sirven de indicio para conocer. Habrá que estar al programa legislativo anual de la Comisión, para de este modo saber sobre qué materias va a realizar las consultas, y enlazar con las posibles consecuencias derivadas de las mismas: la negociación de acuerdos europeos de origen reglado.

Por su parte como ejemplo de *textos procedimentales* tenemos las reglas de funcionamiento en los comités de diálogo social sectorial, que han superado el número de treinta. Uno de los recientemente constituidos es el del sector hospitalario, cuya primera reunión conjunta tuvo lugar en septiembre 2006, fundado como órgano de consulta con la Comisión, de iniciativa conjunta y negociación. Estableció su programa de trabajo temporal, en el que fija sus objetivos de actuación y ya ha dado sus frutos: la firma de un código de conducta sobre ética transfronteriza de contratación en este sector en abril 2008, centrado en promover prácticas de contratación éticas en los hospitales a nivel europeo, nacional, regional y local. Él

---

[8] Comisión Europea, Comunicación sobre "Colaboración para el cambio en una Europa ampliada. Potenciar la contribución del diálogo social europeo", COM (2004) 557 final, de 12 de agosto de 2004. Son comentados por Holm–Detlev Köhler y Sergio González Begega, "El diálogo social europeo. De la macro–concertación comunitaria a la negociación colectiva transnacional", opus citada, pag. 251 y ss.

mismo prevé su ejecución, supervisión y seguimiento en tres años, a través de sus respectivas organizaciones miembros, y la elaboración de un informe sobre aplicación general, a ser publicado al final del cuarto año[9].

Por último de los *informes de seguimiento*, tan necesarios para valorar la eficacia de lo negociado, tenemos varios ejemplos: sobre la aplicación del acuerdo europeo del teletrabajo (2006); informe de evaluación sobre el marco de acciones para el desarrollo a lo largo de la vida de competencias y cualificaciones (2006); informe de evaluación sobre el marco de acciones en igualdad de género (2007); el relativo al código de conducta sobre la RSC en el sector del azúcar[10].

En cuanto a las materias a ser tratadas por el diálogo social, se ha observado una extensión hacia la política de empleo comunitaria, lo que conecta con el cambio de perspectiva hacia la preocupación por la situación económica, centrándose en cuestiones tales como el empleo, la competitividad y la cohesión social, en cumplimiento de la Estrategia de Lisboa[11], y con el avance en el diálogo social tripartito, en especial desde la constitución de la Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo, que figura citada en el futuro art. 152 TCE[12]; habiendo sido las materias tradicionales objeto del mismo la formación, el tiempo de trabajo, la seguridad y salud laboral y las condiciones de trabajo en general, la igualdad de oportunidades, la política y la economía, la realización de estudios y estadísticas.

La Confederación Europea de Sindicatos por su parte exige el fortalecimiento del papel de los interlocutores sociales, del diálogo social y el desarrollo de un sistema de negociación colectiva transnacional. Para lo que es preciso garantizar una vigilancia más eficaz de los acervos sociales con la participación activa de los interlocutores sociales, y ofrecerles la posibilidad de transmitir sus observaciones en los casos juzgados por el TJCE sobre derechos sindicales y en los vinculados a los acuerdos marco del diálogo social europeo[13].

---

[9] www.europa.eu/eiro

[10] CES, UNICE/UEAPME, CEEP, "Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications", Evaluation report, 25 January 2006 BusinessEurope/UEAPME, CES y CEEP, Second annual follow–up report, november 2007, y www.europa.eu/eiro

[11] Consejo Económico y Social, "Diálogo social en la Unión Europea" en "Memoria sobre la situación económica y laboral de España", 2007, pág. 391.

[12]CONSEJO, Decisión de 6 de marzo de 2003 por la que se crea una Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo, DOUE nº L 070, de 14/3/2003, págs. 31–33.

[13] CES, "Un nuevo acuerdo en política social. Contribución de la CES a la preparación de una agenda social renovada. Hacia un nuevo Programa de Acción Social", Comité Ejecutivo de la CES, marzo 2008.

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA AUTÓNOMA

Siguiendo lo dispuesto en el art. 28 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el derecho a la negociación colectiva, cuando la legislación de la Unión lo prevea se considerará como nivel adecuado el europeo[14]; en este sentido se pronuncia el art. 139 TCE cuando menciona los acuerdos en el ámbito de la Unión Europea. Los interlocutores sociales firmantes y las instituciones comunitarias promotoras y receptoras de los acuerdos, asimismo lo han considerado un nivel adecuado de negociación.

Puesto que los acuerdos reforzados por una Directiva del Consejo tienen una eficacia bien definida, es nuestra intención centrarnos en el resultado del diálogo social–negociación colectiva a ser aplicada "según los procedimientos y prácticas propias de los interlocutores sociales" (art. 139.2 TCE), añadimos nacionales. Esta negociación es conocida con carácter general por la doctrina como autónoma, sin embargo los firmantes de estos acuerdos los han denominado "voluntarios", salvo el último celebrado relativo al acoso y violencia en el trabajo (cláusula 5ª). Entendemos que voluntarios son todos los acuerdos que se celebran sin intención viciada por parte de los firmantes, por lo que es más acertada la denominación como autónomos. Ello al margen de cómo surgió la negociación en origen, esto es, si derivada de una consulta de la Comisión a los interlocutores sociales, o de forma independiente y libre si la negociación nace directamente de la apreciación que los interlocutores sociales hacen de las necesidades en política social. También es cierto que, y con cierta maldad en la interpretación, voluntario puede conectar con la idea de que no es obligatoria su aplicación para los Estados miembros, al ser la falta de eficacia vinculante la crítica más repetida a este tipo de acuerdos. Los signatarios del acuerdo han rechazado el refuerzo del Consejo al optar por la negociación colectiva como vía de aplicación, sin embargo no renuncian a su vinculabilidad jurídica puesto que es de aplicación obligatoria para los firmantes y las organizaciones nacionales afiliadas a ellos[15].

La Declaración 27 del Tratado de Amsterdam aclaró que estos acuerdos autónomos no vinculan a los Estados miembros directamente, sino que habrán de ser desarrollados internamente por el sistema de negociación colectiva nacional, lo que a su vez plantea la duda acerca de cómo afecta la heterogeneidad de dichos sistemas nacionales a la puesta en práctica de los acuerdos y a la eficacia de los negociado[16].

---

[14] Explicaciones sobre el articulado de la Carta, DOUE 14/12/2007

[15] Mª Cristina Aguilar Gonzálvez, "La negociación colectiva en el sistema normativo", opus citada, págs. 237–254.

[16] Véanse distintas opiniones en Rosario Gallardo Moya, "La metamorfosis de la negociación colectiva europea", opus citada, págs. 81–83, y Jesús Lahera Corteza, "La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español", opus citada, pág. 23, que afirma que no es fuente

Su eficacia vinculante se limita por tanto a las organizaciones nacionales afiliadas a los firmantes europeos, entre las que se encuentran los sindicatos/asociaciones empresariales más representativos en la mayoría de los Estados miembros; caso contrario, el problema que subyace es que en centros de trabajo cuyo empresario no esté afiliado a las organizaciones nacionales que pertenecen a BusinessEurope o a CEEP, o cuando los sindicatos–representantes legales no estén afiliados a CES, el acuerdo no será de obligado cumplimiento[17].

Parte de la doctrina considera sin embargo que su valor no podría ser otro que el de una recomendación a las partes sociales nacionales, que la harán o no vinculante mediante su tratamiento en la negociación colectiva de cada Estado Miembro, de acuerdo con su legislación, o mediante la firma de otros acuerdos al mismo nivel que perfilen lo necesario para su puesta en práctica y refuercen de este modo, tan distinto al recurso a una norma del Consejo, su eficacia[18].

Sin embargo de la redacción del Tratado ("la aplicación de los acuerdos se realizará…", art. 139), así como del principio *pacta sunt servanda* que rige en el Derecho Civil privado de los Estados miembros de la UE, se desprende el compromiso obligatorio en la actuación del acuerdo. A ello se añade el que son relaciones endoasociativas las que generan la eficacia vinculante del acuerdo para los interlocutores sociales nacionales afiliados a los firmantes europeos, por lo que en la aplicación del mismo las organizaciones nacionales contarán con la asistencia de aquéllas[19].

---

del Derecho Comunitario (por eso no es mencionado en el art. 249 TCE), sino que sólo genera fuerza obligacional en los agentes sociales. Por su parte, Mª Luz Rodríguez Fernández (directora), "La negociación colectiva europea", Consejo General del poder judicial, 2005, pág. 51, se refiere a que los Estados miembros no están obligados a elaborar normas de transposición de estos acuerdos libres. En cuanto a "la difícil interacción de los sistemas nacionales de negociación colectiva", véase Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, "Aporías de la negociación colectiva europea", opus citada, pags. 237 y ss. Asimismo afirma que no son Derecho interno de los países miembros.

[17] Jesús Lahera Corteza, "La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español", opus citada, pág. 23, considera que no queda garantizada la imperatividad del contenido del acuerdo colectivo sobre los contratos de trabajo ni su inderogabilidad mediante pactos individuales o decisiones unilaterales empresariales, luego carecen de eficacia real en origen.

[18] Le atribuyen el valor de una recomendación: Antonio Lo Faro, "Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario", opus citada, pág. 167; Tomás Sala Franco, "La negociación colectiva en el marco europeo comunitario y el ordenamiento español", en AA.VV., "La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici", FrancoAngeli, 2001, pág. 98, y Mónica Molina García, "La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada", Tirant lo Blanch "colección laboral", nº 130, 2002, y ejemplar multicopiado, 2000, pág. 156.

[19] Comisión Europea, Working paper "Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework", SEC (2008) 2178, Bruselas 2.7.2008, pág. 8, dentro del punto relativo a la "responsabilidad de su aplicación".

La funcionalidad de la que quisieron dotar al acuerdo sus firmantes hace que su naturaleza sea necesariamente la de acuerdos marcos, con un contenido flexible centrado en establecer principios generales, que permita su adaptación a cada sistema nacional[20].

En la práctica disponemos de ejemplos relevantes que nos permiten el estudio sobre documentos reales, como son los acuerdos interprofesionales celebrados por UNICE (BusinessEurope)/UEAPME, CEEP y CES, relativos al teletrabajo (2002), el estrés en el lugar de trabajo (2004), el acoso y la violencia en el trabajo (2007), y un primer acuerdo multisectorial sobre la protección de la salud de los trabajadores para la adecuada manipulación y el buen uso de la sílice cristalina y los productos que la contienen (2006)[21]. Como vemos, versan sobre materias como una nueva forma de organización del trabajo, el teletrabajo, tan acorde con las necesidades actuales; sobre los riesgos psicosociales que más afectan a los trabajadores, el estrés laboral y el acoso y la violencia en el trabajo; y sobre la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Entre las actividades de los interlocutores sociales europeos, en su programa de trabajo en curso, está prevista asimismo la negociación de un acuerdo marco autónomo sobre integración laboral de grupos desfavorecidos y sobre aprendizaje permanente[22], y habrá que dar una mirada atenta al próximo e inminente programa de actuación conjunta.

Disponemos ya del informe de seguimiento de la aplicación del acuerdo europeo sobre el teletrabajo. Del mismo se desprende, como era de esperar, la heterogeneidad en el instrumento de aplicación del mismo en cada Estado miembro, habiendo sido aplicado básicamente mediante acuerdos colectivos generales que formulan directrices para los negociadores de niveles inferiores (sectorial y de empresa), convenios colectivos nacionales o sectoriales, y códigos de conducta. En la fecha en que se adoptó el informe, 11 de octubre de 2006, el acuerdo había sido aplicado por la mayoría de los Estados miembros, y los nuevos Estados se habían planteado cómo aplicarlo[23].

La crítica a este tipo de acuerdos se centra, además de en su eficacia limitada e incierta, en la ausencia de controles sobre su aplicación y del poder de sancionar

---

[20] Rosario Gallardo Moya, "La metamorfosis de la negociación colectiva europea", RL nº 18, 2008, pág. 79, considera que la negociación interprofesional autónoma es inútil para armonizar derechos y garantías en el plano comunitario.

[21] Sobre el acuerdo relativo al acoso véase Consejo Económico y Social, "Diálogo social en la Unión Europea" en "Memoria sobre la situación económica y laboral de España", 2007, pág. 392–394.

[22] Consejo Económico y Social, "Diálogo social en la Unión Europea", opus citada, pág. 396–399.

[23] Véase Comisión Europea, Working paper "Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework", SEC (2008) 2178, Bruselas 2.7.2008

en su caso. Se exigen medidas posteriores fuertes, que de algún modo responsabilicen a los Estados de la aplicación final de los acuerdos, pero esto último excede de lo posible y deseable, porque supondría una injerencia en la esfera de la autonomía colectiva que entra en contradicción con el respeto en el nivel comunitario de la decisión de los firmantes acerca de la vía de aplicación de lo por ellos negociado. El primer paso habrá de consistir en una ardua labor de fortalecimiento de las relaciones endoasociativas que redundará en el cumplimiento de lo pactado y en su papel de protagonistas en la regulación de las relaciones laborales[24]. Por su parte las autoridades nacionales podrían colaborar en la difusión del contenido de estos acuerdos y promocionar las medidas que diseñen los agentes sociales para su aplicación.

En España el Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva (AINC) en el 2003, prorrogado para el año 2004, dedicó un capítulo al teletrabajo (VII) e incluyó el acuerdo marco europeo como anexo. Las organizaciones firmantes del AINC, las más representativas a nivel estatal, se limitaron a manifestar que consideran necesaria su difusión en la sociedad, se comprometen a ello y a promover la adaptación y desarrollo de su contenido en nuestro país, para impulsar de una manera adecuada su utilización. Su actuación consistió en invitar a los negociadores a nivel estatal a que lo pongan en práctica[25].

Se ha optado para la aplicación por un acuerdo de eficacia obligacional y limitada que carece de eficacia directa, en vez de haber recurrido a un acuerdo interprofesional sobre materia concreta de los previstos en el art. 83,3 ET, que lo habría dotado de eficacia normativa general y que podría haber sido celebrado por los mismos firmantes españoles (CEOE–CEPYME integradas en BusinessEurope–

---

[24] Rosario Gallardo Moya, "La metamorfosis de la negociación colectiva europea", opus citada, pág. 83. Jesús Lahera Corteza, "La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español", opus citada, pág. 23.

[25] "Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2003", Resolución de 30 de enero, prorrogado para el año 2004 por la Resolución de 23 de diciembre de 2003, publicado en BOE nº 313, el 31 de diciembre de 2003, p. 47027 y ss. Véase asimismo sobre la aplicación en nuestro país, Juana M. Serrano García, "Los acuerdos colectivos libres ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica? El derecho a negociar colectivamente ejercido en el Acuerdo colectivo europeo sobre el teletrabajo", en "La dimensión europea y trasnacional de la autonomía colectiva", Antonio Baylos Grau (coordinador), Editorial Bomarzo, 2004, págs. 205–206, y en "La negociación colectiva europea y los acuerdos libres: la vinculabilidad del Acuerdo Europeo sobre el Teletrabajo", Revista de Política Social, nº 19, 2002, págs. 111–115; Lourdes Mella Méndez, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", opus citada, pág. 25; y Álvaro Hernando De Larramendi, "Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo", opus citada, págs. 86–87. En España los tres acuerdos interprofesionales celebrados han iniciado su aplicación mediante su incorporación al Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva del siguiente año (AINC 2005, Resolución de 7 de marzo de 2005, BOE nº 64, de 16 de marzo, Capítulo VII sobre seguridad y salud en el trabajo y anexo; AINC 2008, Resolución de 21 de diciembre de 2007, BOE nº 12, de 14 de enero); resta que la negociación colectiva celebrada en niveles inferiores lo apliquen.

UEAPME, CC.OO. y UGT integradas en CES–EUROCADRES, y la Confederación de Cuadros y Profesionales integrada en CEC). Tal y como se ha procedido, la aplicación del acuerdo europeo queda en suspenso hasta su plasmación en los convenios colectivos que negocien las organizaciones nacionales afiliadas a las firmantes, no pudiéndose entender aplicado por completo hasta que no sea exigible.

En España los tribunales han debido pronunciarse en relación al teletrabajo y en sus fundamentos jurídicos invocan el acuerdo europeo. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 declara la nulidad del acuerdo de empresa sobre trabajo a domicilio por implantación de nuevas tecnologías celebrado en Telefónica Publicidad e Información S.A., por el que se constituye la Oficina Virtual de Telefónica, en estimación del recurso de casación interpuesto por la Federación de comunicación y Trasnportes de CC.OO. contra la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30/5/2004[26]. Ambas sentencias se fundamentan a lo largo de su exposición en los puntos 2 y 3 del acuerdo europeo, esto es, en el concepto de teletrabajo, y en que la transformación del contrato ha de tener carácter carácter voluntario.

Son relevantes estos pronunciamientos porque tanto la SAN como la STS expresan que el acuerdo europeo aún no está en vigor en el nivel nacional por su traslación a través del AINC, un texto de eficacia obligacional, si bien le reconocen valor interpretativo "a efectos definitorios y referenciales para una mejor hermenéutica de la cuestión" (fundamento jurídico 4º SAN). Apelan al mismo por tanto como principio rector en los procesos de implementación de esta forma de organización del trabajo.

4. PERSPECTIVAS DESDE LA REALIDAD PRÁCTICA

"El diálogo social a nivel europeo es esencial para facilitar los cambios": la Comisión considera que los interlocutores sociales son los más adecuados para detectar los cambios en la realidad social y para ayudar a dar respuestas[27], lo que nos da idea del impulso institucional que va a seguir respaldando a este instrumento.

Las consultas más recientes de la Comisión han versado sobre cuestiones tales como la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el autoempleo (2008), la revisión de la Directiva CEU, la inclusión activa de colectivos excluidos del mercado de trabajo (2007), un marco normativo social para más y mejores trabajos en

---

[26] RJ 2005/4060, Recurso de casación nº 143/2004, www.lexnova.es/Pub_In/Juris_Gaceta/mas_juris/STS_11_04_05.htm

[27] Comisión Europea, "Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI", COM (2008) 412 final, Bruselas, 2/7/2008, págs. 9 y 18.

el mar en la UE, las transmisiones trasnacionales de empresas, negocios o de partes de empresas/negocios, la conciliación de la vida profesional, privada y familiar, las sustancias cancerígenas, los trastornos músculo–esqueléticos, entre otras[28].

De dichas consultas pueden derivar acuerdos reforzados o continuar su "dudoso" desarrollo los acuerdos autónomos. Parece claro que si los interlocutores sociales se embarcan en negociaciones que no llegan a término, la Comisión puede retomar su iniciativa y evitar la desregulación sobre una materia que, tanto para las instituciones como para los interlocutores sociales, si en este sentido responden los últimos a la consulta, está necesitada de normativa. Del mismo modo que la Directiva da un plazo de transposición, el acuerdo europeo contiene un plazo de tres años para su aplicación, porque ambos tipos de acuerdos tienen en común que no gozan de eficacia directa. Mientras que los acuerdos autónomos funcionen como negociación colectiva sustitutoria, son los propios interlocutores sociales quienes controlarán el contenido de lo regulado y su aplicación, debiendo la Comisión no actuar su poder de iniciativa legislativa si observara el no seguimiento de lo regulado, puesto que habrán de ser los propios firmantes quienes, según los resultados de los informes de control que efectúan y en ocasiones con la participación del comité de diálogo social, lo renegocien o tomen medidas que lleven al cumplimiento.

No cabe duda que no es comparable la eficacia de un acuerdo autónomo y de otro reforzado; pero esta diferenciación puede servir para a su vez plasmar las distintas necesidades de regulación en atención a las materias y objetivos a conseguir.

Aunque se atribuya a los acuerdos autónomos una eficacia limitada, obligacional e incierta, la relevancia de las medidas de *soft law*, siempre que sean analizadas desde otro prisma distinto al de los acuerdos reforzados, no es nada desdeñable. Del mismo modo, no hace falta una aplicación homogénea de los acuerdos en todos los Estados miembros, sino que la misma se rija por las necesidades internas y que el contenido de los acuerdos marque la práctica.

Se ha llegado a afirmar que la escasa regulación jurídica existente a nivel comunitario acerca de la aplicación mediante negociación colectiva, al limitarse tan solo a su previsión en el Tratado, lo que consigue es hacer "inactuables" los acuerdos; sin embargo están ahí y funcionan, regulando cuestiones básicas de las relaciones laborales, inicialmente en los ámbitos sectoriales y de empresas, y ya incluso a nivel interprofesional. Los resultados negociales producidos han revelado que, frente a la limitada regulación de estos acuerdos, prevalece la consideración que hacían los propios interlocutores sociales en su propuesta relativa a la aplicación del

---

[28] Véase Consejo Económico y Social, "Diálogo social en la Unión Europea", opus citada, págs. 403–404 sobre las transmisiones de empresas; y págs. 400–403 sobre conciliación. Se celebró en 2005 un acuerdo sobre la reducción de la exposición de los trabajadores al riesgo de trastornos músculo–esqueléticos de origen profesional en la agricultura, aunque la Comisión lo cataloga como "texto procedimental–orientativo".

APS, acerca de que será la práctica la que irá aclarando las dificultades que se planteen en los supuestos negociadores que se inicien, porque precisamente hace falta que se activen los procesos negociadores para estimar qué necesitan[29]; y así está sucediendo.

Hemos llegado a un estadio en el que la CES propuso a la entonces UNICE y a CEEP la celebración de un acuerdo que establezca un marco de negociaciones autónomas a nivel europeo, que desarrolle un sistema europeo de relaciones laborales basado en la independencia de los interlocutores sociales. Asimismo la Comisión ha manifestado la importancia de que sean los propios sujetos sociales quienes establecezcan un marco de acción coherente y global, en lugar de limitarse a reaccionar positiva o negativamente ante cada iniciativa legislativa que se presente[30]. Después la propuesta va en la línea de una Directiva que regule el marco europeo de un sistema "voluntario" de negociación colectiva, y cuenta con la valoración positiva de la CES, no de los empresarios, más la complicación añadida de la exigencia de unanimidad en el Consejo al versar sobre derechos colectivos de los trabajadores (art. 137,1, f) TCE). Habrá que esperar. En todo caso, en coherencia con el derecho a la autonomía colectiva, el sistema europeo de negociación colectiva debe ser diseñado por los propios interlocutores sociales. A las instituciones comunitarias les corresponde tan solo promocionar este otro sistema de producción normativa y de medidas de *soft law*.

Por otro lado, no faltan opiniones en el sentido que desde Niza el proceso europeo se ha alejado del proyecto social acercándose a la integración liberal de los mercados, y este es el sentido que sigue asimismo la negociación colectiva, va hacia la consecución de objetivos económicos más que en desarrollo de la política social[31]. Del mismo modo, serán los interlocutores sociales los responsables de redireccionar la temática de sus negociaciones hacia la consolidación del modelo social europeo que desean.

---

[29] Antonio Baylos Grau, "La contrattazione collettiva dal punto di vista degli ordinamenti nazionali", en "La contrattazione collettiva in Europa", de Antonio Lettieri y Umberto Romagnoli, Ediesse, 1998, págs. 66–67, señala que son el resultado de un tipo de negociación colectiva que "revela una cierta vitalidad", porque pese a encontrarse con los mismos obstáculos que los demás tipos de acuerdos, no hace que las partes sociales consideren estas experiencias de negociación colectiva impracticables…

[30] CES, "Towards an European system of industrial relations", 9th Congress, www.etuc.org.; versión española "Hacia un sistema europeo de relaciones industriales. Resolución específica" en www.unicz.it/lavoro/CES_IX.htm, págs. 1–6, 1999, pág. 8. CES, "Programa de Acción. 10º Congreso Estatutario CES", 26–29/05/2003, versión final, www.etuc.org, pág. 19, punto 12: La CES se compromete a preparar las bases para la firma de un acuerdo de los interlocutores sociales que establezca el marco para las negociaciones autónomas a nivel europeo, incluyendo las cuestiones relacionadas con la mediación y conciliación. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre "Modernizar la organización del trabajo. Un planteamiento positivo del cambio", COM (98) 592, 1998, pág. 4.

[31] Rosario Gallardo Moya, "La metamorfosis de la negociación colectiva europea", opus citada, pág. 89.

Se ha afirmado que se va hacia un debilitamiento del sistema normativo porque los acuerdos autónomos evitan o sustituyen una alternativa institucional, dejando su aplicación en manos de los sistemas nacionales de negociación colectiva; sin embargo, contrarrestando lo anterior, el enfoque puede ser el rumbo hacia un progreso en el desarrollo de la autonomía colectiva llevada hasta sus últimas consecuencias. Más que ceñidos a un ejercicio de catalogación y a criterios de jerarquía normativa, habrá que atender a los resultados en la práctica, a su eficacia real, hacia si se consiguen o no los objetivos expresados y comprometidos en el contenido de tales acuerdos.

5. BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN Y FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

Mª Cristina Aguilar Gonzálvez, "La negociación colectiva en el sistema normativo", Lex Nova, 2006

Antonio Baylos Grau, "La contrattazione collettiva dal punto di vista degli ordinamenti nazionali", en "La contrattazione collettiva in Europa", de Antonio Lettieri y Umberto Romagnoli, Ediesse, 1998

Rosario Gallardo Moya, "La metamorfosis de la negociación colectiva europea", RL nº 18, 2008

Álvaro Hernando de Larramendi, "Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo", Relaciones Laborales, nº 21, 2003

Jesús Lahera Corteza, "La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español", RL, nº 1, 2008

Lourdes Mella Méndez, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", Relaciones Laborales, tomo I, 2003

Mónica Molina García, "La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada", Tirant lo Blanch "colección laboral", nº 130, 2002, y ejemplar multicopiado, 2000

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, "Aporías de la negociación colectiva europea", RMTAS, nº 68, 2007

Mª Luz Rodríguez Fernández (directora), "La negociación colectiva europea", Consejo General del poder judicial, 2005

Tomás Sala Franco, "La negociación colectiva en el marco europeo comunitario y el ordenamiento español", en AA.VV., "La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici", FrancoAngeli, 2001

Juana Mª Serrano García, "La negociación colectiva europea y los acuerdos libres: la vinculabilidad del Acuerdo Europeo sobre el Teletrabajo", en "La dimensión europea y trasnacional de la autonomía colectiva", Antonio Baylos Grau (coordinador), Editorial Bomarzo, 2004

Juana Mª Serrano García, "Los acuerdos colectivos libres ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica? El derecho a negociar colectivamente ejercido en el Acuerdo colectivo europeo sobre el teletrabajo", Revista de Política Social, nº 19, 2002

Holm–Detlev Köhler y Sergio González Begega, "El diálogo social europeo. De la macro–concertación comunitaria a la negociación colectiva transnacional", RMTAS nº , 2007

DOCUMENTACIÓN

Comisión Europea, Working paper "Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework", SEC (2008) 2178, Bruselas 2.7.2008

Comisión Europea, "Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI", COM (2008) 412 final, Bruselas, 2/7/2008

Comisión Europea, convocatoria de propuestas VP/2008/01, partida presupuestaria de ayuda al diálogo social europeo, fecha tope de presentación de solicitudes: 22/12/2008

CES, "Towards an European system of industrial relations", 9th Congress, www.etuc.org.; versión española "Hacia un sistema europeo de relaciones industriales. Resolución específica" en www. unicz.it/lavoro/CES_IX.htm, págs. 1–6, 1999, pág. 8.

CES, "Programa de Acción. 10º Congreso Estatutario CES", 26–29/05/2003, versión final, www.etuc.org,

CES, "Un nuevo acuerdo en política social. Contribución de la CES a la preparación de una agenda social renovada. Hacia un nuevo Programa de Acción Social", Comité Ejecutivo de la CES, marzo 2008

Consejo Económico y Social, "Diálogo social en la Unión Europea" en "Memoria sobre la situación económica y laboral de España", 2007

Consejo, Decisión por la que se crea la Cumbre Social Tripartita para el crecimiento y el empleo, 6 de marzo de 2003

Versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C115/47, de 9/5/2008

BusinessEurope/UEAPME, CES y CEEP, "Framework of actions on gender equality", second annual follow–up report, november 2007

CES, UNICE/UEAPME, CEEP, "Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications", Evaluation report, 25 January 2006

FUENTES DE INFORMACIÓN

www.europa.eu.int/comm/employment_social/social_dialogue

www. eurofound.europe.eu/eiro

COMENTARIO A LA STS DE 5 DE MARZO DE 2008. ¿RÉQUIEM POR EL ACUERDO MARCO IMPROPIO?

Antonio Costa Reyes
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

ÍNDICE

1. Introducción
2. Supuesto de hecho
3. Solución en la instancia
4. La sentencia del TS
5. Comentario

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente comunicación es el comentario a la STS, de 5 de marzo de 2008 (que confirma la SAN de 21/09/2006, JUR 279153). Nuestro interés en esta sentencia se explica porque, en nuestra opinión, de ella parece extraerse cuando menos un importante matiz a la jurisprudencia que hasta el momento venía admitiendo de forma amplia los conocidos como acuerdos marcos *impropios*, esto es, convenios de contenido híbrido o mixto, en el que confluyen cláusulas susceptibles

de entrañar una vinculación jurídica de características idénticas a las de un convenio colectivo *propio* (regulación concreta de aplicación directa a las partes de la relación laboral), con otras cláusulas con valor de Acuerdo Marco (art. 83.2 LET: reglas de ordenación de la negociación)[1].

Al respecto, conviene recordar que a las figuras contempladas en el art. 83.2 LET (Acuerdos Interprofesionales o Acuerdos Marco, –en adelante AI o AM, respectivamente–) se les reconoce la importante labor de ordenar, diseñar y dirigir el sistema de negociación colectiva de nuestro país (vía estructuración, articulación, reglas de concurrencia y complementariedad, etc.), con capacidad de imponerse a las unidades inferiores[2]. Imposición que supone la nulidad de aquellas previsiones convencionales que ignoren o contravengan tales reglas[3].

Adviértase pues que con tal facultad se afecta a un aspecto que incide sobre la liberad de otros sujetos colectivos (ya que constriñe la voluntad de las partes ne-

---

[1] *Vid*. Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco sobre la Estructura de la negociación colectiva: Naturaleza jurídica, eficacia, contenido; Comares, 1998, págs. 200 y sgs.

Respecto a la naturaleza jurídica reconocida a estas *cláusulas de ordenación ex* art. 83.2 LET, debe recordarse que originariamente (STCT, de 10/04/1986 –RTCT 2975), se les confirió naturaleza contractual y eficacia limitada. Sin embargo, el TS se apresuró a distinguir entre la imperatividad–normatividad de las cláusulas del AM, que sí la tienen (salvo voluntad en contrario de los negociadores), y su aplicación directa al ámbito contractual de las partes, que no les corresponde; por todas, STS de 16/06/1989 (RJ 4593). Con mayor rotundidad, SSTS, de 20/12/1995 (RJ 9486), y de 22/12/1998 (RJ 1999/378). En extenso, Santiago Redondo, K.M., La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.3 LET); Tirant lo Blanch, 63, 1998, pág. 23.

[2] El problema se plantea respecto a la posibilidad o no de que tal AI/AM puede imponerse de inmediato sobre las situaciones ya existentes, existiendo posturas enfrentadas entre quienes afirman que no pueden afectar retroactivamente a los convenios colectivos vigentes en el momento de entrada en vigor, tan sólo pues *ad futurum* (también *ex* art. 9.3 CE) [*vid* al respecto, Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco…; cit., págs. 322 y sgs. y 396; y Cabeza Pereiro, J., "Sobre la concurrencia descentralizadora de convenios y sus efectos en el convenio o acuerdo afectados"; AS, 1999–V (BIB 1999/957)]. Y quienes sostienen lo contrario –aplicación inmediata– con base en el art. 84.1 LET en relación al propio art. 83.2 LET, ya que no establece un cambio normativo en sí, sino tan solo una regla de concurrencia que sustituya al principio *prior in tempore*; Salido Banús, J.L., La negociación colectiva en España; Atelier, 2001, págs. 118 y119. Así parece entenderlo la SAN de 27/04/2001 (AS 1231), referida a un Convenio de Grupo –no obstante, no debe perderse de vista que a tales convenios de *grupo de empresas* no les reconoce valor de AM *impropio*, por todas, STS de 28/10/1999 (RJ 8510)–. Véase también la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 21/01/2000 (AS 3982); y de SAN 27/04/2001 (AS 1231).

También, en extenso sobre la primacía de los AM y sus efectos en los convenios del ámbito, así como los problemas relativos al momento de su imposición en las unidades inferiores, Ruiz Castillo, M.M., "Jerarquía y concurrencia de convenios"; T.L., nº 54, 2000, págs. 179 y sgs.; y Altés Tárrega, J.A., "Las unidades de negociación"; en AA.VV. (Pérez De Los Cobos y Goerlich Peset, Coord.), El régimen jurídico de la negociación colectiva en España; Tiranto Lo Blanch, 2006 (TOL1.021.556)..

[3] Por todas, STS de 23/10/1995 (RJ 7864). Díaz De Rábago Villar, M., "Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos. Problemas de la negociación colectiva estatutaria: su articulación, configuración de las unidades de negociación, concurrencia de convenios y convenio de aplicación en la sucesión de empresas"; AS, nº 20, 2005 (BIB 205/2720), págs. 73 y 74; y Santiago Redondo, K.M., La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.3 ET); Tiran lo Blanch, 63, 1998.

gociadoras); esto es, no se trata de la regulación de las relaciones contractuales, ni tan siquiera de compromisos que se dirigen las propias partes negociadoras (a modo de cláusulas obligacionales), sino que pretende dirigir la actuación de los sujetos negociadores en ámbitos distintos; de ahí que parezca acertado que no pueda atribuirse a cualesquiera sujetos o ámbitos distintos a los del art. 83.2 LET[4].

De esta forma, aún admitiendo que el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE), en cuanto manifestación de la libertad sindical, implica la libre designación de la unidad de negociación como expresión de la autonomía colectiva (art. 83.1 LET en relación al art. 28 CE), ello no sería óbice para poder condicionar tal libertad cuando se trata de la negociación estatutaria, ya que ésta "*está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre todos los empresario y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación*" (art. 82.3 LET)[5]. Limitaciones tanto más justificadas cuando con tal ordenación se persigue alcanzar ciertos objetivos que competen a la negociación colectiva, entre ellos, incrementar su eficacia e índice de cobertura, pues ésta puede quedar afectada por las técnicas de articulación convencional (in)existentes[6]. Aspecto especialmente importante ante el panorama disperso y descoordinado de la regulación convencional[7].

---

[4] En similares términos, Rodríguez–Piñero Royo, M., "La articulación de la negociación colectiva"; en (AA.VV.) La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; MTAS, 2003. En extenso, Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco…; cit., págs. 246, 263, 276 y 277. Bien es cierto que el carecer del carácter de sujetos más representativos, ha sido apuntado en alguna ocasión como justificante de que el concreto convenio sectorial (o supuesto AM *impropio*) no pueda imponerse sobre las unidades inferiores *ex* art. 83.2 LET; así, SSTS, de 09/07/1998 (RJ 6260), y de 16/11/1989 (RJ 8068). Expresamente, la STS 22/09/1998 (RJ 7576) llega a insinuar la admisión de impugnación del convenios que actúa como marco *ex* art. 83.2 LET, si se hubiera alegado la falta de legitimidad del banco patronal.

En esta línea, diferenciando entre convenios colectivos ordinarios y estos AI/AM, Santiago Redondo, K.M., La negociación colectiva…; cit., especialmente, pág. 76. Por la claridad en esta cuestión, *vid*. STSJ de Andalucía, de 30/09/1998 (AS 3990). También, STSJ de Madrid, de 28/05/1992 (AS 2746).

[5] Por la jurisprudencia allí citada, Sepúlveda Gómez, M., "La estructura sectorial de la negociación colectiva: problemas sin resolver"; REDT, 127, 2005, págs. 330 y 331. Por su claridad en este aspecto, STSJ del País Vasco, de 5 junio 2001 (AS 2001\4416). Véase también, SSTS, de 10/07/2007 (RJ 7112), y de 10/07/2002 (RJ 5321).

[6] Rodríguez–Piñero Royo, M., "La articulación de la negociación colectiva"; cit.; págs. 524 y 525. Como acertadamente se ha apuntado (Valdés Dal–Ré, F., "Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva"; RL, nº 22, 2001; págs. 10–11), la ordenación de la negociación colectiva deviene en requisito necesario para asegurar precisamente la *fuerza vinculante* del convenio (art. 37 CE), y por ende, la propia autonomía colectiva, pues con ella se favorece la aplicación efectiva de lo pactado

[7] En la *Memoria CES 2007 sobre la situación socioeconómica y Laboral de España* (CES, 2008, págs. 424 y 425), se recuerda que "*la estructura negocial se ha mantenido sustancialmente estable a lo largo del tiempo*" (con una menor incidencia incluso de los convenios autonómicos).

Sin embargo, son de sobra conocidas las *tímidas* respuestas de los sujetos más representativos a esta cuestión, reflejo de la complejidad y dificultad de actuar sobre esta materia[8], y sobre todo debidas a la jurisprudencia relativa a los instrumentos llamados expresamente a ordenar esta materia (AI/AM) y a los efectos que sobre ellos tiene la jurisprudencia relativa a las reglas legales de concurrencia (especialmente, art. 84.2 LET)[9].

Situación que no parece tener visos de cambiar por el momento, pues, pese al expreso y renovado interés por la necesidad de una adecuada ordenación manifestado por los sujetos más representativos estatales, el ANC'05 –y su posterior continuidad en el ANC'07 (prorrogado para 2008)–, se limita a formular vagas expresiones con escasa determinación directa, sin predeterminar los ámbitos idóneos para el tratamiento de las diversas materias (salvo en algunos aspectos relativos a PRL), ni preferenciar ninguno de ellos[10]. Ciertamente, en materia de estructuración de la negociación se limitan a dirigirse de forma genérica a los *negociadores* (¿sectoriales?), para que *en sus ámbitos* y *con pleno respeto a su autonomía* desarrollen las limitadas tareas de ordenación que recomienda: analizar la estructura y articulación negocial en el concreto sector, y acordar la distribución de

---

Por otro lado, si bien podemos compartir en gran medida la afirmación de que no puede pretenderse que el sistema de negociación colectiva se ajuste a las reglas que definen un sistema jurídico estatal [Rodríguez–Piñero Royo, M., "La articulación de la negociación colectiva"; cit., págs. 564 y sgs.]; ello no debe hacernos desconocer que el modelo actual no satisface los objetivos propios del sistema de negociación colectiva y ni tan siquiera a los propios sujetos colectivos. Algunos datos de los *costes de oportunidad* de la situación existente, en Mercader Ugina, J.R. "La estructura de la negociación colectiva"; cit., págs. 118 y sgs. Con mayor contundencia, subrayando que "*lo que no puede ser objeto de debate es la necesidad de estructurar el sistema de negociación colectiva*"; Fabregat Monfort, G., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2005. La concurrencia en los convenios estatutarios. La literalidad legal frente a la articulación pretendida por los Acuerdos Interprofesionales de Negociación Colectiva"; 2003.

[8] No desconocemos los importantes problemas intraconfederales, etc., que también inciden en esta cuestión; en extenso, López Terrada, E., "La articulación de la negociación…; cit.; y Mercader Ugina, J.R. "La estructura de la negociación colectiva"; T.L., nº 76, 2004.

[9] Valdés Dal–Ré, F., "Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva"; RL, nº 22, 2001; pág. 9.

Queremos siquiera indicar que pese a las limitaciones que tal precepto establece respecto a la capacidad de ordenar la negociación *ex* art. 83.2 LET, no puede perderse de vista que éste último puede servir en ciertas ocasiones como justificante para excluir el *deber de negociar* (*v.gr*., convenios supraempresariales inferiores); STS, de 10/04/2002 (RJ 5321).

[10] En extenso, Cairós Barreito, M.A., "Los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva 2002–2008: Una experiencia satisfactoria que se ha consolidado"; RGDFTSS, nº 17, 2008.

Con todo, en la *Memoria CES 2007 sobre la situación socioeconómica y Laboral de España* (CES, 2008, especialmente, págs. 416 y sgs.) reconoce a tales medidas unos resultados modestos, pero positivos.

materias y articulación entre las distintas unidades de negociación, al objeto de conseguir una mejor aplicación y eficiencia de lo pactado[11].

Si se mira con detenimiento las recomendaciones contenidas en tales ANC, este planteamiento viene a confirmar el protagonismo en tal ordenación de los ámbitos sectoriales (estatales o autonómicos se entiende, *ex* art. 83.2 LET). Sin embargo, y esta es la novedad que creemos destacar, cuando se pretenda tal ordenación a través de los convenios *híbridos*, como por otro lado viene siendo la práctica habitual, deberá tenerse muy en cuenta las exigencias que a los mismos parece reclamar la STS que comentamos para reconocerles valor de AM.

2. SUPUESTO DE HECHO

El caso resuelto en la sentencia versa sobre la posible concurrencia entre el II convenio colectivo de la empresa "*Air Nostrum, S.A.*" (BOE 28/11/2005), dedicada al trasporte de viajeros y de carga, y el Convenio Colectivo General del Sector de Servicio de Asistencia en Tierra de Aeropuertos (handling) (BOE 18/07/2005).

El problema se suscitaba porque el convenio sectorial–estatal, basándose expresamente en el art. 83.2 LET, recogía diversas cláusulas sobre ordenación de la negociación colectiva en su ámbito (arts. 6–10: reglas sobre estructura, concurrencia, articulación entre convenios, etc.), y concretamente, se establecía (art. 10: *Principio de atribución de competencia*) una reserva de materias de manera exclusiva y excluyente a favor del convenio sectorial, y por lo tanto, no negociables en ámbitos inferiores. Entre otras materias reservadas al convenio sectorial, se contemplaban importantes condiciones de trabajo (en concreto, el salario mínimo y la jornada máxima), sobre las que además tal convenio fijaba su concreta regulación

[11] Obsérvese que los Acuerdos sobre Negociación Colectiva *en la cumbre* posteriores a la jurisprudencia actual sobre el art. 84.2º LET, especialmente en los primeros momentos (al menos hasta 2003, donde era evidente la falta de referencia expresa a esta cuestión), parecían traslucir su escasa posibilidad/voluntad de ordenar la negociación colectiva, lo que parecía una clara perdida de protagonismo de la estructuración de la negociación colectiva [con todo, tales ANC recogían, respecto a las materias que recomendaba su negociación, algunas sugerencias respecto a los ámbitos idóneos donde regularlas; López Terrada, E., "La articulación de la negociación…; cit.]. Adviértase la diferencia con la situación inmediatamente anterior a la reforma del art. 84 LET, en concreto, con el AINC'97, que claramente reconocía la voluntad por parte de los sujetos más representativos de asumir un papel directo en la ordenación de la negociación colectiva, esencialmente a través del reparto de materias entre las diversas unidades negociales y que manifestaba un intento por la centralización a favor del ámbito (sectorial) estatal. Por todos, Valdés Dal–Ré, F., "Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva"; RL, nº 22, 2001; pág. 9. Téngase además en cuenta el frustrado intento de reforma de la negociación colectiva del año 2001; al respecto, Mercader Ugina, J.R. "La estructura de la negociación colectiva"; cit.; y López Terrada, E., "La articulación de la negociación…; cit.

(práctica habitual en los AM *impropios*). Y es en este aspecto donde surge el conflicto, pues el convenio empresarial citado establecía una regulación propia de tales materias.

Ante tal circunstancia, USO formula demanda de impugnación del convenio colectivo empresarial, solicitando la nulidad de los preceptos del mismo que, contraviniendo la reserva señalada, regulaban tales materias (art. 26.1 y las Tablas salariales).

3. SOLUCIÓN EN LA INSTANCIA

Planteada la demanda ante la Audiencia Nacional, resuelve ésta la desestimación de la misma alegando, en suma, que el ámbito funcional de uno y otro convenio es diverso, pues la actividad de la empresa es principalmente la navegación aérea (trasporte de viajeros y carga), sin que la misma se vea cuestionada por el hecho de que tenga como actividad no principal, y en sólo tres aeropuertos (Valencia, Madrid y Barcelona), el handling propio; pues esta circunstancia, continua señalando la SAN, "*no delimita un sector de actividad económica*", ya que al no generar ingresos económicos por esa actividad, difícilmente puede aceptarse que la empresa (y sus trabajadores) se integra dentro del ámbito del mencionado convenio sectorial.

Pero junto a ello, y es la cuestión que nos interesa, la sentencia, a modo de hipótesis, afirma que, de aceptarse que el convenio sectorial–estatal referido es de aplicación a esta empresa, el mismo no podría imponerse a la regulación contenida en el convenio de empresa teóricamente concurrente, por cuanto que éste es anterior en el tiempo, y en aplicación de las reglas del art. 84.1 LET, "*no pudo verse afectado por el que se pactó después*" (en el caso, el convenio sectorial estatal). Adviértase pues que la SAN no se plantea, ni tan siquiera bajo la hipótesis formulada, que el convenio sectorial, pese a contener preceptos que expresamente dice basarlos en el art. 83.2 LET (AM *impropio*), pueda en modo alguno imponerse al convenio de empresa; y ello porque considera al acuerdo sectorial como un mero convenio colectivo *ordinario*, y por tanto sin el alcance propio de un AM (*v.gr*., poder reservar materias para determinadas unidades o excepcionar las regla de concurrencia del art. 84.1 LET). Consecuentemente, resuelve el hipotético conflicto bajo el prisma de un mero problema de concurrencia entre convenios *ordinarios*, donde al no existir excepción alguna a la regla legal (art. 84.1 LET), debe resolverse aplicando la regla "*prior in tempore*". Y al respecto, siendo el convenio de empresa anterior al sectorial (por existir el I Convenio de "*Air Nostrum, S.A. y su personal de tierra y los técnicos de cabina de pasajeros*" al momento de publicarse el sectorial), en realidad sería el empresarial el que se vería afectado por la regulación en estas materias que establece el sectorial posterior, algo que no permite el art. 84.1 LET.

4. LA SENTENCIA DEL TS

Frente a la SAN, recurre en casación el sindicato USO (al que se adhirió la patronal ASEATA), aduciendo en definitiva aplicación indebida de los artículos 82.3, 83.2, 84.1 y 90 del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia aplicable al objeto del debate.

Al igual que en el caso de la SAN, la resolución del caso se basa en el hecho de que la actividad de la empresa no queda comprendida en el ámbito funcional del convenio sectorial–estatal, pues la empresa sólo realiza servicios de handling propio o para sí misma como actividad limitada y complementaria. En otras palabras, *Air Nostrum* no queda incluida en el ámbito del convenio sectorial porque en relación al (auto)handling que realiza se trata de una actividad que para ella ni es principal ni tan siquiera autónoma (para prestarse a terceros). Consecuentemente, no puede existir concurrencia entre los convenios señalados, ni cabría aplicar las reglas aplicables al caso, pues no hay coincidencia en cuanto al ámbito funcional de ambos.

Pero de igual forma, el TS entra a valorar la posible concurrencia de convenios para el caso hipotético de que se entendiese aplicable el convenio sectorial a la empresa en cuestión, por incluirse ésta en su ámbito funcional. Y ante esta hipótesis, el Alto Tribunal resuelve la cuestión aplicando nuevamente la regla legal *prior in tempore* (art. 84.1 LET), y no las reglas de ordenación que preveía el convenio sectorial, pese a que éste afirmaba dictarlas con base en el art. 83.2 LET. Para llegar a esta solución, el TS ha de concluir que el mencionado convenio sectorial, pese a contener tales cláusulas de ordenación de la negociación en su sector, no puede ser calificado de AM (*impropio*), por no responder a las exigencias y características propias de la finalidad de este tipo de instrumentos negociales.

Resuelta la consideración del convenio sectorial como mero convenio colectivo *ordinario* o *común*, procede a resolver la hipótesis de la concurrencia planteada. Y a este respecto concluye que "*en el supuesto de que se entendiera que existe concurrencia de Convenios, al no proceder la aplicación de la exclusión del artículo 82.3 ET habría de aplicarse* (…) *la regla* prior in tempore" (84.1 LET). Y con ella la STS resuelve, con mayor claridad creemos que la SAN, que el convenio que se vio afectado era en realidad el de la empresa, pues pese a que el convenio sectorial entró en vigor cuando el I Convenio de *Air Nostrum* estaba denunciado, no era aplicable la jurisprudencia relativa a que a los efectos de concurrencia (art. 84.1 LET) no se considera vigente un convenio en ultraactividad legal (art. 86.3, 2º, *in fine* LET), por cuanto que en el caso resuelto, afirma, estamos ante un convenio en vigor a todos los efectos debido a que, pese a la denuncia, existía una previsión convencional expresa (art. 3, últ. párr.) que con toda rotundidad reconocía el mantenimiento pleno, en integridad, de la vigencia del contenido normativo del convenio empresarial hasta que se alcanzase expresamente un nuevo acuerdo.

5. COMENTARIO

El interés que nos suscita la sentencia que comentamos no está, como hemos adelantado, en la razón central para resolver el caso planteado (el diverso ámbito funcional de los convenios colectivos, lo que explica que no haya problema alguno de concurrencia y por tanto, que el convenio empresarial pueda seguir regulando en su ámbito las materias objeto del conflicto: jornada y salario). Nuestra atención lo es respecto de los argumentos *obiter dictum* señalados para resolver la hipótesis que se plantean ambos tribunales: cuál hubiera sido la solución en caso de que la empresa estuviera dentro del ámbito funcional del convenio sectorial estatal; y ello porque al respecto se ofrece una respuesta que, como adelantábamos, nos parece que cuestiona la amplia admisión con la que se venía reconociendo eficacia *ex* art. 83.2 LET a los también llamados convenios de contenido *plural*[12].

Y para una mayor explicación de este parecer que sostenemos, sería conveniente analizar los pronunciamientos del TS en esta materia y poner en comparación los convenios colectivos en ellos analizados, pues sólo así podremos concluir que este pronunciamiento parece anunciar futuros cambios interpretativos que implicarían una mayor atención a las exigencias que reclama un producto que pretenda el alcance del AM (art. 83.2 LET).

Comenzaremos este recorrido recordando que desde pronto el TS admitió, como expresión de la libertad negocial de las partes, la posibilidad y validez a efectos del art. 83.2 y 84.1 LET, de convenios sectoriales *híbridos*[13]. Pero no sólo se llegó a admitir la posibilidad de esta fórmula *mixta*, sino que si se estudia con detenimiento los concretos convenios sectoriales a los que se les reconoció efectos *ex* art. 83.2 LET, podemos constatar cómo en ellos las cláusulas propias del AM son mínimas o excepcionales respecto al conjunto del contenido de tal convenio, y en gran cantidad de ocasiones, es práctica común la reserva (excluyente a veces) de materias a favor del nivel donde se acordó tal AM *impropio*, que como tal figura *híbrida*, contenía además una regulación completa de tales materias[14].

A este respecto, estudiados algunos de los principales pronunciamientos al respecto, constatamos que el tribunal ha venido reconociendo el carácter de AM *im-*

---

[12] Expresión de Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco…; cit.

[13] Por todas, STS, de 16/06/1989 (RJ 4593). En la doctrina judicial posterior, STSJ de Andalucía de 17/12/1992 (AS 6608), y STSJ Cataluña, de 16/12/1992 (AS 6371).

En todo caso, aún admitiendo que en tales convenios mixtos participaran sujetos distintos a los previstos en el art. 83.2 LET, sí parece exigible que éstos sumen por sí solos las mayorías del art. 88 LET; Díaz De Rábago Villar, M., "Articulación de negociaciones y…; cit., pág. 12. También, STS, de 22/09/1998 (AS 7422);

[14] A modo de ejemplo general, *Convenio colectivo de Grandes Almacenes*, art. 4 (BOE 27/04/2006) –y la STS de 10/04/2002, RJ 5321)–.

propio (*ex* art. 83.2 LET), y por tanto, con capacidad para imponer la ordenación y excepcionar la regla del *prior in tempore* (art. 84.1 LET), a convenios sectoriales que sólo incluían alguna y aislada cláusula de este tipo, siendo el resto de su amplísimo articulado destinado a cuestiones directamente atinentes a las relaciones laborales de las empresas y sus trabajadores, cual convenio *ordinario* o común.

Así ocurría, por ejemplo, en el *I Convenio Nacional para Empresas de Seguridad* (BOE 04/05/1994), que sólo contemplaba en su art. 83 una regla de concurrencia que se afirmaba dictada con base en e1 83.2 LET[15]. Tal cláusula se limitaba a fijar, por un lado, que las condiciones establecidas en tal convenio nacional suponían un mínimo a respetar por cualesquiera convenios de ámbito inferior que concurrieran con él (so pena de nulidad de la cláusula que no lo cumpliese); y por otro, una regla específica (distinta a la legal) para resolver los posibles conflictos de concurrencia entre el convenio nacional y otro de ámbito inferior ("*se aplicará de cada materia el convenio que resulte más favorable para los trabajadores*"). Ninguna otra ordenación se establecía (complementariedad, reparto de materias, remisiones a ámbitos inferiores, etc.)[16].

Posteriormente, nuevamente en su *generosa* línea de aceptar que los convenios sectoriales pudieran tener tal alcance, el TS llegará a atribuir valor de AM (art. 83.2 LET) a convenios que simplemente afirmaban que sus contenidos tendrían carácter de mínimos, sólo mejorables en los ámbitos inferiores. Justamente esto ocurrió en relación al *Convenio colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia* (BOE 09/09/1996), en su concurrencia con un convenio empresarial (*Ambulancias Insulares, S.A.*). En el pronunciamiento de instancia, se sostuvo la preferencia aplicativa de esta última regulación convencional por considerar que el convenio estatal carecía de valor de AM, por lo que al encontrarnos ante una mera concurrencia de convenios ordinarios, ésta debía resolverse por la regla *prior in tempore* prevista en el art. 84.1 LET; y en este caso (recurriendo asimismo al principio de *impermeabilidad* de las unidades inferiores), resolvió la aplicación del convenio de empresa[17]. Sin embargo, el TS, junto con otros razonamientos, termina anulando las cláusulas del convenio

---

[15] Varios fueron los pronunciamientos que reconocieron a tal convenio valor de AM, permitiéndole por ello imponer su regulación sobre los convenios de ámbito inferior (empresa); por todas, SSTS de 29/01/1997 (RJ 909), y de 18/02/1999 (RJ 2600).

[16] También reconociéndose como mínimo indisponible en unidades inferiores, encontramos otros acuerdos en los que sólo aparece un único precepto que justifique su reconocimiento *ex* art. 83.2 LET, por ejemplo, el *Convenio Colectivo Estatal de Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de* Trabajo, y STS de 27/10/1999 (RJ 8411).

[17] STSJ de Baleares, de 25/01/2000 (AS 1045). Respecto a la admisión del principio de *impermeabilidad*, véase la STS de 17/05/2005 (RJ 4969), y jurisprudencia en ella citada. En la doctrina, subrayando este criterio *asimétrico*, Díaz De Rábago Villar, M., "Articulación de negociaciones y…; cit.

de empresa por entender que contravienen al sectorial estatal, que al establecer (art. 1) "*que los contenidos en él pactados tienen el carácter de mínimos, pudiendo ser mejorados en los convenios de ámbito inferior*, «*tiene en este punto el carácter de una norma propia de un convenio–marco* (…)"; y consecuentemente, la capacidad de imponer sus reglas de ordenación sobre los ámbitos inferiores (y exceptuar así al regla general del *prior in tempore*).

Adviértase pues la amplitud con la que el TS llega a admitir que estos convenios sectoriales tengan el valor de AM (art. 83.2 LET), ya que en ellos ni tan siquiera se llegaba a señalar que la regla contenida (considerarse como norma mínima, tan sólo mejorable en ámbitos inferiores) se dictaba con base en el art. 83.2 LET[18].

El siguiente paso parecía servido: que un convenio sectorial, por el mero hecho de (considerarse *Acuerdo Marco* y) recoger cláusulas no aplicables directamente a las relaciones individuales, pudiera imponerse *ex* art. 83.2 LET en los ámbitos inferiores, exceptuando la regla *prior in tempore* del art. 84.1 LET. Tal fue el caso del *I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de Servicios Externos, Auxiliares y Atención al Cliente en Empresas de Servicios Ferroviarios* (BOE 17/06/2005), donde salvo el *nomen* dado por las partes, no aparecen normas propias de un AM (ordenación y articulación de la negociación colectiva en el ámbito, o tan siquiera su consideración como mínimo indisponible); sino tan sólo preceptos que establecen una regulación concreta y directamente aplicable a las partes del contrato, junto con meras declaraciones de intenciones o de principios (que más bien tenían carácter de cláusulas obligaciones). Sin embargo, es precisamente este hecho (el contener reglas destinadas a las relaciones laborales, y otras que o bien se limitan a remitirse a la legislación laboral o bien no pasan de meros principios generales dirigidos a los sujetos negociadores), lo que lleva a tribunal de instancia a considerar que estamos ante un producto *híbrido*, con eficacia *ex* art. 83.2 LET[19].

Sin embargo, es aquí donde con buen criterio el TS niega tal consideración al constatar que en el caso la única relación del convenio sectorial con un AM era su *nomen*, pues por lo demás carecía de cualquier norma o cláusula de ordenación de la negociación en el ámbito[20].

---

[18] Entre otras, STS, de 10/10/2000 (RJ 9423).

[19] SAN, de 25/01/2006 (JUR 123593).

Al margen de esta sentencia, nos parece que la AN no termina de asumir la naturaleza normativa que tienen las cláusulas de ordenación, y su clara distinción de las cláusulas obligacionales [equiparándolas, Altés Tárrega, J.A., "Las unidades de negociación"; cit.], pues en pronunciamientos posteriores (SAN de 24/04/2001, AS 4121) vuelve a darle a este tema una excesiva complejidad al afirmar que "*el contenido obligacional de un convenio ordinario suele ser el contenido normativo de un convenio para convenir, o más concretamente, en el convenio para convenir se normatiza sobre el contenido obligacional de los convenios* (…)".

[20] *Vid*. STS, de 10/07/2007 (RJ 7112), que casa la SAN de 25/01/2006 (JUR 123593), cit.

Pero sin duda, el supuesto objeto de nuestro comentario (STS, de 5 de marzo de 2008), va más allá de recordar la máxima, como en el caso anterior, de que las cosas son lo que resulta de su propia realidad social y jurídica y no lo que las partes digan o exterioricen. En efecto, no puede pasarnos por alto que en el convenio colectivo General del *Sector de Servicio de Asistencia en Tierra de Aeropuertos* (handling) no sólo se recogen expresas reglas de estructuración, articulación y de resolución de conflictos de concurrencia entre convenios; sino que incluso a lo largo de su articulado se hacen remisiones a los convenios de ámbitos inferior para que concreten o completen numerosas cuestiones previstas en él (a modo de ejemplo, y por su directa relación con alguna de las materias objeto de la litis –salario–, art. 25: estructura del salario, art. 27: pagas extraordinarias, art. 28: forma de pago del salario, art. 29: cálculo de los salarios de los trabajadores a tiempo parcial, art. 34: retribución de las horas extraordinarias, art. 35: ejercicio del derecho a vacaciones, art. 47: formación continua, art. 67: jubilación). Y en última instancia, el problema se centraba en la regulación de mínimos que se fijaban (salario *mínimo* y jornada *máxima*), sin que al parecer hubiera problema en mejorarlos (art. 31.2º del convenio). Con todo, el TS parece negarle el carácter de AM *impropio*.

En línea de comparación, puede advertirse la sustancial diferencia de tratamiento entre el caso ahora abordado y los que fueron objeto de anteriores sentencias (algunos ya mencionados aquí), pues en ellos el convenio sectorial se consideró a todos los efectos como AM *impropio* (pese a que contenían una amplia regulación concreta y de directa aplicación, e incluso en ocasiones, preferente o excluyente para los ámbitos inferiores). A mayor abundamiento de esta diferencia comparativa, no debemos olvidar que en el caso del convenio para el *Sector de Servicio de Asistencia en Tierra de Aeropuertos* (handling) el número y contenido de las cláusulas de ordenación era sin duda más completo y extenso que en esos casos anteriores, amén de las ya mencionadas remisiones[21].

Pero pese a todo ello, como hemos adelantado, la STS comentada le niega eficacia *ex* art. 83.2 LET al convenio sectorial–estatal. Para justificar esta decisión, el TS comienza recordando las características definitorias de tales AM, y afirma de este modo que "*el Convenio Marco es un 'Convenio para convenir' (…), su fina-*

Ya antes, SSTS de 16/11/1989 (RJ 8068) y de 16/06/1989 (RJ 4593), se había sostenido que "*la denominación expresamente asignada a estas distintas modalidades de la negociación colectiva puede no coincidir, como ocurre en cualquier otro ámbito del tráfico jurídico, con el contenido contractual efectivamente acordado* (…)". En la doctrina, por todos, Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco…; cit., págs. 170–171.

[21] Adviértase en este sentido el distinto carácter reconocido al *Convenio Estatal de la Madera* (BOE 20/05/1996), al que con similar contenido al ahora estudiado, sí se le reconoce valor de AM (art. 83.2 LET). Sin embargo, en este caso concreto, el alcance reconocido a los convenios *evasivos* (*ex* art. 84.2 LET), permitió que el convenio provincial del sector concurrente (de a Coruña) no quedara sometido a las reglas del mismo; STS 22/09/1998 (RJ 7576).

lidad es establecer normas a seguir por futuros Convenios (…)", y entre ellas, además de fijar reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios, puede "*reservar determinadas materias y excluirlas de la negociación de Convenios de ámbito inferior* (…)". De lo que concluye que si ese es su objeto y finalidad primordial, se comprende que *"no puede dicho Convenio* (sectorial) *con la eficacia reconocida por el artículo 84.1 ET a los Convenios marcos, regular* (condiciones laborales) *con normas directamente aplicables* (a las partes del contrato)", ni "*fijar una regulación cerrada de las condiciones de trabajo que no necesite de ningún otro acuerdo que los concrete*". Ciertamente, aun admitiendo el carácter preceptivo, y por consiguiente, indispensable del tratamiento que el AM dé a determinadas materias, no debe pasar por alto que su preeminencia, imperatividad e indisponibilidad se establece en función de la ulterior negociación colectiva a desarrollar conforme a las reglas o pautas por él marcadas, "*y nunca en razón a una inmediata o directa aplicación de este último*", por lo que no podría usarse tal valor para imponer directamente unas concretas condiciones de trabajo –que él mismo regulase–[22]. En palabras del propio tribunal, "*en el supuesto de que se entendiera que existe concurrencia de Convenios* (…)*, no serían de aplicación ni las normas del Convenio de empresa ni las del Convenio de Sector, por no ser de aplicación directa e inmediata, sino las que se convinieran respetando las reglas del Convenio Marco*".

Obsérvese pues que la sentencia parece concluir que ese contenido específico es el elemento más característico de los AM, y lo que a la postre justifica "*un régimen jurídico diferenciado y una posición jerárquica predominante*", esto es, su capacidad de imponerse a las unidades inferiores[23]. Y al no haberlo respetado así el convenio sectorial en cuestión, porque en el caso resuelto (como en general ocurre con los AM *impropios*) se regulaban directamente las materias que él mismo reservaba para el ámbito estatal, sólo puede concluirse que carece del carácter y valor de AM (art. 83.2 LET).

La solución final al caso, al no proceder la exclusión de la regla legal contenida en el art. 84.1 LET (al no haber recocido el convenio sectorial estatal como AM *impropio*), supone que "*habría de aplicarse* (…) *la regla 'prior in tempore'*", al igual que en cualquier caso en el que concurran convenios *ordinarios* y no existiera AM que fijara reglas de ordenación distintas.

En definitiva, pareciera que el TS pretende recuperar en la práctica la idea de que, pese a que los AM constituyen un convenio colectivo, sin embargo son otra cosa, "*diferenciándose técnicamente de los Convenios Colectivos propios por regular no las condiciones de trabajo*, *sino la estructura y el contenido de la misma*

---

[22] Por todas, STSJ de Andalucía/Málaga, de 30/09/1998 (AS 3990).

[23] Salido Banús, J.L., La negociación colectiva en España…; cit., pág. 124

actividad de la negociación colectiva entre las representaciones profesionales de los Convenios"[24]. Consecuentemente, "*no debe gozar de la eficacia inherente al mismo respecto a la regulación de las condiciones de trabajo, por cuanto su finalidad es otra (…), por más que pueda contener cláusulas normativas no susceptibles de negociación en ámbitos inferiores* (…) *El Acuerdo–Marco, como su propio nombre indica y su naturaleza establece, «marca un marco», para la negociación colectiva posterior* (…)"[25].

Desde nuestro punto de vista parece acertada la línea que creemos anuncia esta STS, al exigir para aceptar la posibilidad de convenios con contenidos *mixtos* con eficacia *ex* art. 83.2 LET, que en todo caso éstos, por lo que respecta a su contenido, se centren esencialmente en la ordenación de la negociación colectiva[26]. Es más, si se analiza con atención algunas de las principales e iniciales sentencias que vinieron a admitir estos productos *mixtos*, nos parece que la línea que creemos se anuncia pareciera ser la inicialmente prevista, pues en tales pronunciamientos se justifica la admisión *ex* art. 83 LET no ya de un convenio *ordinario* con una o algunas cláusulas relativas a la ordenación de la negociación en dicha unidad (como acontecía en los ejemplos analizados), sino más bien de un producto que integre en un mismo cuerpo los dos tipos de acuerdos del art. 83 LET, esto es, un AM que incluyera también acuerdos sobre alguna materia *concreta* (pero no por tanto, con la extensión del amplio y global contenido propio de los convenios *ordinarios*)[27]. Con ello creemos se es más respetuoso con el sentido y significado de los AM, evitando como hasta ahora la admisión de los AM *impropios* en términos tan excesivamente flexibles como los que hemos comentado. Y en buena lógica, dando un paso más, quizás debiera plantearse que las lógicas que acompañan a un convenio *ordinario* (determinación de condiciones de trabajo, etc.), no sean quizás las más adecuadas para negociar un AM, ya que, como fácilmente puede pensarse, no es la visión propia que requeriría un acuerdo que persigue otra cosa: ordenar la negociación colectiva del ámbito, y con ello, gobernar el sistema de relaciones laborales[28].

---

[24] STSJ de Andalucía/Málaga, de 09/01/2003 (JUR 156302). Sobre esa diferencia, también, Santiago Redondo, K.M., La negociación colectiva…; cit., págs. 23 y 76 y sgs.

[25] STSJ de Madrid, de 28/05/1992 (AS 2746).

[26] Esta separación de ambos productos no respondería, como la práctica ha demostrado, a una mera cuestión *formal*, sino a recuperar con ello el sentido y centralidad del contenido propio de los AM. *Vid*., Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco…; cit., págs. 151, 167 y 168 (y nota 73).

Sobre el diverso tratamiento dado según que estemos ante un AM *puro* o ante un AM *impropio* (como los actuales), también, López Terrada, E., "La articulación de la negociación…; cit.

[27] STS de 16/06/1989 (RJ 4593). Véase en este sentido las SSTS de 09/07/1998 (RJ 6260), que expresamente señala que la admisión de tales productos *mixtos* deriva de que los tipos de acuerdos que integran son de los previstos en el art. 83 LET y que por tanto deben ser acordados por los sujetos más representativos.

[28] Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco…; cit., págs. 264.

LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL: ¿UNA NUEVA FORMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA? NORMAS Y PRÁCTICAS

Manuel García Jiménez
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

ÍNDICE

1. Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos: el fomento de la acción organizada de defensa del interés profesional
2. La contratación colectiva de los TRAUDE: los "acuerdos de interés profesional"
   2.1. Caracterización técnico–jurídica de los "acuerdos de interés profesional"
   2.2. Régimen jurídico de los acuerdos de interés profesional: reglas específicas y Derecho Privado

1. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: EL FOMENTO DE LA ACCION ORGANIZADA DE DEFENSA DEL INTERÉS PROFESIONAL

Ciertamente, permitiéndonos hacer un paralelismo, habría que destacar que uno de los factores básicos para la emergencia de un estatuto jurídico regulador di-

ferenciado para el trabajo asalariado fue la aparición y movilización de la "clase obrera" como un nuevo sujeto socio–económico emergente, y en análogos términos se puede decir que, de similar forma, aunque obviamente salvando las distancias históricas, ha sido clave en la difusión social y política de la necesidad de un régimen jurídico formalizado para el trabajo autónomo el que apareciera un movimiento asociativo profesional de los autónomos para la defensa de sus intereses colectivos. Desarrollo de movimiento asociativo que ha sido posible en virtud de la existencia de un generoso marco jurídico favorable a la creación de fenómenos asociativos y de acción colectiva para la tutela de los intereses de los trabajadores autónomos, aun cuando no han contado ni con un marco regulador específico y diferenciado del régimen asociativo común, ni con una política formalizada y coherente de promoción por parte de los poderes públicos, a diferencia de lo sucedido con la personificación del interés colectivo del trabajo asalariado, el sindicato, que dispone no sólo del reconocimiento constitucional máximo –artículos 7 y 28 Constitución Española (en adelante, CE)–, sino sobre todo de un ordenamiento promotor –la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS)–.

En este sentido, el movimiento asociativo profesional se ha debido contentar hasta la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETAU) con la cobertura del artículo 22 CE y el marco indiferenciado o genérico que le suministraba, en lo que residualmente le pudiere resultar de aplicación, bien la preconstitucional Ley 19/1977, sobre regulación del derecho de asociación sindical, o bien, y sobre todo, en la LO 1/2002, reguladora del derecho de asociación.

Sin embargo, resulta evidente que con esta regulación inespecífica no podía llegarse a aspirar a la formalización de una acción organizada eficaz de auto–tutela del interés colectivo profesional, siendo necesario, a semejanza del estatuto privilegiado del que goza el sujeto sindical, un marco regulador que lleve a cabo la promoción por los poderes públicos de estos fenómenos colectivos (Cruz Villalón; 2005, pág. 44). En este sentido, la LETAU ha pretendido la consecución de un doble objetivo, aun cuando sin alcanzar las cotas que eran esperables: de un lado, el sacar del anonimato legislativo la acción organizada y eficaz de auto–tutela del interés colectivo profesional y, de otro, el fomento público de la misma.

Y al objeto de alcanzar tales objetivos, la primera medida arbitrada por la LETAU ha sido la de ofrecer un marco de derechos colectivos, que no se han listado en el precepto dedicado con carácter general a reconocer el catálogo de derechos básicos, lo que hubiere sido desde el punto de vista técnico–legislativo lo más apropiado, sino que se ha optado por dedicarles un Título específico –el III– encabezado por un artículo –el art. 19 LETAU– que enumera, con carácter general, esto es, para todos los trabajadores autónomos y para todas sus asociaciones, también los sindicatos más representativos, los derechos de organización y de acción colectiva reconocidos a favor de los intereses sociales y económicos que le son propios. Ello supone, en consecuencia, el pleno reconocimiento y formalización –institucionalización– de la existencia del "interés colectivo profesional" como

presupuesto para el ejercicio de una amplia gama de facultades y el goce de un extenso conjunto de beneficios.

El artículo 19 de la LETAU a este respecto utiliza los dos criterios de ordenación típicos en esta materia (García Jiménez y Molina Navarrete; 2007, págs. 185 y ss):

1.– El criterio que atiende al titular del derecho, diferenciando tres ámbitos distintos aunque conexos:

- derechos colectivos atribuidos individualmente a los trabajadores autónomos
- derechos colectivos reconocidos de modo general a todas las asociaciones constituidas para organizar y actuar la defensa del interés colectivo de aquéllos
- los derechos colectivos reconocidos de modo selectivo y singular a las organizaciones representativas –asociaciones profesionales y sindicatos más representativos–

2.– El criterio que atiende a su contenido objetivo, de modo que se distinguen entre:

- derechos de organización de la defensa de intereses
- derechos de ejercicio de la actividad orientada a la defensa de intereses

Y en este sentido resulta de especial interés el que, como parte integrante de este complejo, difuso y, en cierto modo, abierto marco de derechos colectivos, se venga a reconocer una expresa fórmula de negociación a nivel colectivo de las condiciones profesionales, aunque limitándose subjetivamente la misma a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante TRAUDES). La determinación en el art. 19.2, b) LETAU de un derecho de carácter colectivo reconocido tanto a las asociaciones de trabajadores autónomos como a los sindicatos –art. 19.4 LETAU–, de concertar los denominados "acuerdos de interés profesional" para los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados, en los términos previstos en el artículo 13 LETAU, ha supuesto sin duda una de las principales novedades de la Ley y, a nuestro juicio, uno de los más importantes derechos de acción colectiva que ésta instituye, aunque ello, como hemos destacado, se limite subjetivamente a los TRAUDES y quede en cierta forma limitada en su eficacia y puesta en práctica.

2. LA CONTRATACIÓN COLECTIVA DE LOS TRAUDE: LOS "ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL"

2.1. Caracterización técnico–jurídica de los "acuerdos de interés profesional"

Como se sabe, el art. 3.2 LETAU establece en la determinación del sistema de fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo como principal novedad

el que se prevea para los TRAUDE, por vez primera, una forma de negociación o contratación colectiva de sus condiciones de trabajo. El que se reconozca como fuente de derecho a los pactos colectivos celebrados entre las asociaciones representativas de estos trabajadores autónomos y las empresas para las que ejecutan su actividad profesional significa el que se otorga un importante papel en la conformación del régimen de prestación de estos servicios autónomos a las asociaciones de profesionales, lo cual incidirá sin duda en el ámbito de las relaciones individuales de carácter civil e incluso administrativo. Posibilidad ésta de incidir en la esfera jurídica de otros que, sin lugar a dudas, habrá de ser interpretada como un estímulo básico para el fomento del asociacionismo profesional.

Y en este punto se hace necesario que se analice con más detalle qué régimen jurídico ha previsto la LETAU para estos pactos o *acuerdos colectivos profesionales*, puesto que son muchos los puntos oscuros que se plantean y que no encuentran una solución expresa en el régimen jurídico establecido al efecto.

En todo caso, con carácter previo se ha de partir de la referencia que consideramos principal en esta materia, y que viene recogida en el artículo 13 LETAU, apartado cuarto, en el que se prescinde, a menos en principio, de cualquier amparo de los acuerdos de interés profesional en el artículo 37 CE –norma constitucional laboral–, para arrojarlos, una vez más, a las manos del Derecho Común, el Código Civil. De este modo, el instrumento es, sin duda, típicamente "laboral", pero la regulación sería "civil".

Aunque de entrada la paradoja es evidente –aunque no lo es más que la propia figura del TRAUDE–, no resulta en modo alguno original, por más que se busque a través de esa maniobra elusiva, pero entendemos que fallida, de buscar una terminología refractaria a todo lo que pueda suponer "negociación colectiva", como es el evanescente término de "acuerdo de interés profesional" (García Jiménez y Molina Navarrete; 2007, pág. 168). Y no es original, porque de todos es conocido que desde hace décadas nuestra experiencia de negociación colectiva conoce un modelo diferente al de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET), el relativo a la "negociación colectiva extra–estatutaria", que, a pesar de estar regido, conforme a la jurisprudencia mayoritaria, por las normas de Derecho Civil, no deja, según la práctica totalidad de la doctrina y la jurisprudencia, de ser negociación colectiva, incluso con un claro fundamento constitucional.

Aun cuando se va a analizar de inmediato las reglas concretas dadas por el artículo 13 LETAU para delimitar de modo específico, y sin perjuicio de esa remisión genérica como Derecho supletorio al Código Civil (en adelante, CC), este modelo singular de negociación o contratación colectiva profesional, no obstante, con carácter previo, entendemos oportuno tratar de descubrir qué principios orientan este modelo que, ciertamente "no debe tomar como espejo mimético" realidades existentes en otros ámbitos de las relaciones sociales de producción, pero que no por ello deja de ser inequívoca, aunque débil, expresión de un derecho a la negociación colectiva. Su origen eminentemente legal no tiene que perjudicar, nece-

sariamente, su conexión con el artículo 37 CE, en principio limitado, como también se creyó erróneamente antes del artículo 35 CE, a la negociación colectiva laboral y no a la negociación colectiva profesional (García Jiménez y Molina Navarrete; 2007, pág. 168).

Ni la voluntad de exclusión que parece expresar la Exposición de Motivos de la LETAU, ni las limitadas garantías que atribuye el cuerpo articulado a su eficacia jurídica vinculante, que es el mandato que el artículo 37 CE da a la ley, puede tenerse como datos concluyentes. Cuando el legislador explica que el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional como fuente del trabajo autónomo *"no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconoce la posibilidad de existencia de acuerdos que trascienda del marco contrato individual…"*, sólo está descartando un modelo normativo concreto, el de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Pero hoy se acepta por todos que ésta no agota todos los posibles productos de la negociación colectiva.

A este respecto, el legislador apuesta claramente por un modelo más informal y flexible, en el que, conforme a la lógica que inspira globalmente la LETAU, la autonomía privada, ahora en su dimensión colectiva no individual, sea la fuente que domine la ordenación tanto del proceso negociador como de los productos resultantes –eficacia, contenido…–. Sin duda alguna, este rumbo marcadamente contractual hubiera sido mucho más evidente de haber seguido el legislador la propuesta originaria, conforme a la cual la eficacia de estos pactos o acuerdos era disponible para los firmantes, dejando el tipo y el grado de vinculación jurídica –contractual o normativa–, y personal –alcance subjetivo diferenciado por materias–, a la libre fijación de los sujetos signatarios. No se ha acogido, sin embargo, esta formulación tan abierta, lo que por un lado restringe el marco regulador de los sujetos firmantes, restando flexibilidad, pero por otro evidencia una preocupación legislativa por garantizar una cierta eficacia jurídica vinculante a estas *reglas contractuales colectivas de profesión* –por los sujetos que lo negocian y por su alcance no pueden ser nunca individuales–.

Y, desde tales términos, se puede afirmar que dos son los *caracteres* del modelo de negociación colectiva profesional diseñado por la LETAU (García Jiménez y Molina Navarrete; 2007, pág. 169):

1. De un lado, tiene una eficacia *jurídica contractual u obligacional*, si bien no se dice nada expresamente, lo que podría abrir la posibilidad a otras opciones, aunque la remisión al CC parece dejar claro que su opción es típicamente contractual.

2. De otro, sólo puede proyectar una *eficacia personal limitada* –sólo a los firmantes del acuerdo y a sus afiliados o asociados, siempre que, además, éstos haya prestado su consentimiento–, aunque si bien los términos legales no impedirían que se establecieran otras opciones que posibilitaran la extensión aplicativa del mismo a otros sujetos –individuales y/o colectivos–.

2.2. Régimen jurídico de los acuerdos de interés profesional: reglas específicas y Derecho Privado

Pues bien, a primera vista, la referida remisión al Derecho Privado puede resultar, desde ciertos enfoques, decepcionante y evidenciar el carácter desvaído o debilitado de este modelo de negociación colectiva, pero, sin embargo, no puede perderse de vista que lo pactado no carece de *garantías jurídicas de eficacia vinculante*; siendo dos las garantías articuladas a tales efectos por el legislador:

- En primer lugar, *la incorporación automática de sus cláusulas* a los pactos individuales que puedan celebrar o hayan celebrado los TRAUDE y "sus" empresas, si bien se requiere un acto de consentimiento expreso a tal fin por parte del TRADE. Lo que no es sino una concreción de las reglas del artículo 1257 CC. No obstante lo cual, tal como hemos destacado, entendemos que cabrían utilizarse fórmulas que, siendo respetuosas con las reglas civiles, propicien un resultado de extensión subjetiva del acuerdo, admitiendo la adhesión al acuerdo tanto por vía individual, aun no siendo afiliado a las asociaciones firmantes, como por vía colectiva, permitiéndose la adhesión de asociaciones o sindicatos no firmantes del acuerdo.
- Y, en segundo lugar, el que *se tratan de reglas de derecho necesario relativo*, y por tanto de obligado respeto por parte de los acuerdos individuales, de modo que con ello se garantiza *su inderogabilidad singular*. Lo cual no obsta, en orden a ese principio de autonomía de las partes que inspira la LETAU, a que en el propio acuerdo colectivo profesional se pueda atribuir una naturaleza dispositiva a determinadas cláusulas del mismo, si así lo estiman oportuno los sujetos negociadores atendiendo a cada concreta materia regulada.

En relación al *ámbito subjetivo personal* de los acuerdos de interés profesional la LETAU viene a determinarlo de manera precisa, puesto que los vincula en exclusiva a los TRADE en los términos que se definen en la propia Ley. No obstante, es oportuno hacer en esta materia dos apreciaciones: en primer lugar, la propia delimitación legal que se hace de los TRADE determina que se deje fuera de la posibilidad de firmar este tipo de acuerdos a buen número de trabajadores autónomos, aun cuando se pueda predicar de ellos un nivel de dependencia aún mayor que el definido en la norma, como por ejemplo, la figura de los multidependientes (Tapia; 2008), circunstancia que incidirá sin duda en el número de acuerdos de interés profesional que se vayan a firmar; y, en segundo lugar, el ámbito subjetivo personal fijado en la LETAU no debe llevar a entender que queda excluida la posibilidad de suscribir acuerdos colectivos para los restantes trabajadores autónomos, jugando aquí el principio de autonomía de la voluntad de las partes –en su dimensión colectiva– para concretar tales pactos –paraestatutarios (Cruz Villalón; 2008, págs. 388 y ss.)

Paralelamente a lo anterior, en cuanto al *ámbito funcional* de los acuerdos de interés profesional, se establece en la LETAU, aunque si bien de forma indirecta, que el mismo será la empresa cliente de los TRADE. Tal determinación, no obstante, plantea una serie de interrogantes, puesto que si bien no deja lugar a dudas que con ello opta por excluir de esta categoría a los acuerdos con ámbito sectorial –lo cual, de nuevo, no ha de llevar a su consideración como ilegales, todo lo más como contratación colectiva profesional atípica (acuerdos paraestatutarios)–, sin embargo deja sin solución posibles ámbitos funcionales próximos al nivel de empresa, como serían los acuerdos de interés profesional de grupo de empresas o de centro de trabajo. A nuestro juicio, serían plenamente viables acuerdos con estos ámbitos, debiéndoseles encuadrar en la institución prevista en el mencionado art. 13 LETAU, debiéndose atender a un doble criterio acumulativo para la admisibilidad de la elección de estos niveles por las partes negociadoras. En primer lugar, habría que observar si la conformación jurídica y económica de la empresa o del grupo de empresas plantea problemas de orden jurídico–formal, que lleven a calificar al nivel negocial seleccionado como una "unidad artificial". De este modo, el grado de vinculación jurídica y económica de las empresas componentes del grupo constituirá el primero de los datos básicos para la admisibilidad de negociaciones de acuerdos de interés profesional a nivel de grupo. Y, en segundo lugar, se habrá de estar al cumplimiento de las finalidades jurídico–políticas de tales acuerdos. Criterio que constituye el elemento central para la admisión de los niveles de negociación de grupo[1] y de centro de trabajo, puesto que en todo caso con la negociación del acuerdo a dichos niveles no se desnaturaliza la caracterización jurídico–material del genero negocial "acuerdo de interés profesional" tipificado por el ordenamiento jurídico.

En relación a los *sujetos legitimados* para negociar los pactos o acuerdos colectivos de interés profesional, la identificación es muy simple, viniendo ésta fundamentada en el sistema de la institución civil del mandato representativo. En la misma, a diferencia del ámbito laboral que prevé unos requisitos de representatividad a los sujetos negociadores, aquí no se requiere el que concurran en ellos requisitos previos de representatividad para otorgar validez a los acuerdos, lo cual encuentra su lógica en la propia determinación legal de la eficacia personal del acuerdo: puesto que ésta se limita a los TRAUDE afiliados a las organizaciones firmantes ningún requisito de representatividad previa de los firmantes es necesario para otorgar validez al acuerdo. De este modo se puede comprender que la propia conformación legal de una eficacia personal limitada de tales acuerdos determina, correlativamente, que la efectividad de éstos dependerá en este sentido

[1] Ejemplo de acuerdos a este nivel se produce en el Acuerdo de Interés Profesional para los Transportistas por Cuenta Propia y Repartidores Autónomos en el Grupo PANRICO (García Jiménez y Molina Navarrete; 2007, págs. 339 y ss).

del número de trabajadores autónomos dependientes que representen las organizaciones firmantes (Cruz Villalón; 2008, pág. 394).

Por el banco social, serán sujetos legitimados: las asociaciones –bien de autónomos, o bien asociaciones empresariales–, y/o los sindicatos que representen a los TRAUDE. A la vista de ello, dos apreciaciones básicas cabrían realizarse sobre la determinación de los sujetos legitimados:

1. De un lado, el que se establece una legitimación dual por el banco social, de forma que ni las asociaciones de trabajadores autónomos ni los sindicatos han podido conseguir monopolio alguno en este ámbito. Esta previsión en cierto modo era la lógica, puesto que quedaba de antemano excluida la opción por la que no se hubiera reconocido a las asociaciones profesionales de TRAUDE la legitimación de negociar acuerdos de interés profesional, ya que no se hubiera entendido que se estableciera para los TRAUDE un derecho de organización, como es el de crear asociaciones específicas que los representen, sin que a la vez se les hubiere otorgado una de las facultades básicas que integran el derecho de ejercicio de la actividad orientada a la defensa de los intereses profesionales de los TRAUDE: la negociación colectiva de tales acuerdos. Y además, en relación a los sindicatos como sujetos legitimados para negociar estos acuerdos, desde el momento en que éstos cuenten con TRAUDE afiliados no cabría su exclusión como sujeto de tal proceso de negociación, puesto que desde que la normativa sindical prevé la afiliación de los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio –art. 3.1 LOLS– resulta injustificable jurídicamente su exclusión como sujeto legitimado.

2. Y, de otro, el que no se establezca previsión alguna acerca de la relación que se puede plantear entre los diferentes sujetos legitimados del banco social. Lo cual resulta en todo punto lógico, puesto que cada una de ellos representa a sus afiliados, con lo que cabría que negociaran juntos o por separado, o incluso que se adhieran al acuerdo firmado por otros.

Por el "banco económico", se establece lacónicamente como sujeto legitimado a las empresas para las que ejecuten su actividad los TRAUDE, pudiendo ser éstas empresas de cualquier naturaleza y configuración legal: físicas, jurídicas, civiles o mercantiles, privadas o públicas.

Un punto sobre el que se plantean dudas en esta materia es sobre la eventual posibilidad de que las empresas puedan estar representadas en el proceso negociador por asociaciones empresariales. En este sentido, entendemos que aunque no lo diga expresamente, y dado que se trata de instrumentos de derecho privado, cabría sin duda el que tales empresas otorguen poderes de representación a tal efecto a las asociaciones empresariales, utilizando la institución civil del mandato (Cruz Villalón; 2008, pág. 397). Ello no alteraría el régimen establecido en la LETAU en el que parece quererse vincular con la determinación del sujeto legitimado por el banco empresarial a que el ámbito funcional de tales acuerdos fuera el de empresa.

Cosa distinta sería que a través de esta vía se acordaran pactos pluriempresariales de carácter sectorial, en cuyo caso estaríamos en presencia de pactos en todo caso válidos jurídicamente, pero diferentes de los previstos en la LETAU –a los que se vienen a denominar por la doctrina que ha abordado el análisis de esta materia como "acuerdos paraestatutarios"– (Cruz Villalón; 2008, pág. 398).

Respecto del *procedimiento de negociación* de estos acuerdos nada establece de manera específica la LETAU, rigiendo en consecuencia el principio general de plena libertad en el procedimiento negociador y en la actuación de las partes en el mismo. En este sentido hay que resaltar que, dado que ningún régimen de mayorías se establece en cuanto a la aprobación del acuerdo por los bancos negociadores, las asociaciones y/o sindicatos que negocien podrán ser signatarios del acuerdo de manera individual, pudiendo el resto de organizaciones negociadoras no firmarlo o incluso renegociar los términos del mismo a fin de firmar uno diferente. En fin, todo queda a expensas de la propia estrategia negociadora de la contraparte empresarial y en la propia gestión de las relaciones jurídico–profesionales que pretenda llevar a cabo de la empresa –resaltando en este punto la problemática práctica que puede plantear un régimen jurídico diferenciado entre TRAUDE motivado por la suscripción de diferentes acuerdos de interés profesional–.

No obstante en materia del procedimiento de elaboración se establece un límite al mencionado principio de libertad de las partes en el procedimiento y en la actuación negociadora, que ha de interpretarse como garantía de transparencia para el funcionamiento correcto del mercado y de seguridad jurídica. En este sentido se prevé la necesaria elevación a escrito de tal acuerdo (art. 13.2 LETAU), no estableciéndose más allá de ello ninguna obligación de publicidad en la doble vertiente: para con los sujetos que pudieren ser afectados por el mismo, así como respecto a la Administración Pública. No es de esperar que en ese desarrollo reglamentario que sobre diferentes aspectos de la LETAU viene invocando el legislador se pudiere dar alguno por el que se previera una específica obligación de registro y depósito ante la Administración Laboral, en términos similares a los previstos en la negociación colectiva laboral. Es más, a nuestro juicio tal posibilidad queda excluida tanto porque el legislador, no sin cierta voluntad de marcar diferencias en esta materia, no hace una remisión a dicho desarrollo reglamentario en relación a la figura de los acuerdos de interés profesional, como porque dado el ámbito funcional que se establece legalmente para estos acuerdos –la empresa– en nada resulta necesaria una actividad de registro y publicación de los mismos.

En cuanto al *ámbito material* sobre el que pueden incidir tales acuerdos, la libertad que inspira la regulación de la LETAU en la materia determina que el contenido regulador de estos pactos profesionales pueda ser el que determinen los firmantes, si bien la LETAU hace un listado, sin duda completamente abierto y ejemplicadora, de los aspectos más relevantes a tratar. Así, a estos pactos profesionales corresponde fijar las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de

dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación[2] –artículo 13.1 LETAU–.

No obstante esta amplitud y libertad otorgada a las partes, entendemos que, en todo caso, y aun cuando no lo prevea la LETAU, tal como contenido mínimo, sería necesario el que en el acuerdo consten aspectos básicos para que éstos puedan desplegar plenamente sus efectos, como son:

1. La determinación e identificación de los sujetos negociadores, a fin de poder con ello fiscalizar en todo caso los sujetos negociadores y concretar quiénes son los vinculados y los destinatarios del acuerdo, puesto que no hay que olvidar que a efectos aplicativos por terceros ajenos al pacto, en especial en sede judicial, se hace necesaria la determinación precisa de tales extremos.

2. La vigencia temporal de la acuerdo de interés profesional, aun cuando este aspecto no sea estrictamente necesario, lo cual no impide entender que, en cambio, sí que es oportuno establecerla dada la más que lógica necesidad de actualización periódica de las materias sobre las que tratarán tales acuerdos.

Como hemos destacado, el precepto realiza una relación meramente ejemplificadora de las posibles materias a ser tratadas, centrándose la misma en los aspectos o contenidos de carácter individual que vendrán sin dudar a constituir el grueso de estos pactos. Ello, no obstante, en ningún caso impide, tanto que se establezcan otra tipología de contenidos, entre los que cabría mencionar la previsión sobre derechos colectivos por razón de su titularidad y ejercicio –por ejemplo, la determinación de órganos de representación colectiva de los TRAUDE en la empresa cliente[3]–, como que en tales acuerdos se determinen cláusulas que establezcan obligaciones y derechos respecto de los sujetos que firman los acuerdos –"cláusulas o contenido obligacional" para las partes firmantes–.

Ahora bien, este tipo de acuerdos tienen también sus límites en orden al contenido que puedan asumir. En este sentido, la LETAU cuida de establecer dos límites de especial exigencia. A saber:

- los previstos en las *disposiciones legales de derecho necesario*, de modo que serán nulas las que las contravengan –artículo 13.3 LETAU–. Las li-

---

[2] Previsión que conecta y ofrece una nueva perspectiva respecto de una larga tradición en la búsqueda de conexiones entre negociación colectiva y las reglas de las condiciones generales de la contratación. Conexión que es patente en el plano funcional, dado que ambas tiene como finalidad controlar las decisiones de quienes actúan en el sistema teniendo un poder de contratación superior, precisándose normas de compensación para los que ostentan una posición más débil (Gutiérrez Solar; 2005, pág. 55) (García Jiménez y Molina Navarrete; 2007, pág. 170).

[3] Así se produce en el Acuerdo de Interés Profesional para los Transportistas por Cuenta Propia y Repartidores Autónomos en el Grupo PANRICO (García Jiménez y Molina Navarrete; 2007, págs. 339 y ss),

mitadas previsiones en este sentido de la LETAU, pese a lo que hacía prever su pretensión de conformar un Estatuto con esquemas que puedan compararse, aunque no identificarse, con el orden público laboral, hace relativamente operativo este límite, no obstante lo cual habrá que estar a las reglas imperativas –pocas pero existentes– que establecen en la propia LETAU para las partes

- las condiciones establecidas en las leyes *de defensa de la competencia* — artículo 13.1 in fine LETAU–.

Esta referencia es de especial trascendencia y muy actual, en la medida en que a través de estos acuerdos colectivos, como ilustra una muy reciente práctica de la Comisión Nacional de la Competencia incluso respecto de los convenios colectivos en sentido estricto, puede afectarse significativamente las normas reguladoras de la competencia, estableciendo pactos colusorios (AA.VV.; 2006, págs. 251 y ss.). En este caso, la especial protección de que goza a tales fines la negociación colectiva laboral, aunque como se ha dicho no esté blindada, no parece predicable de estos pactos colectivos profesionales, aunque tampoco cabría dejarlos completamente a los pies de las rígidas normas de la competencia, dada la dimensión social que también caracteriza a estos pactos.

La llamada que hace la LETAU a atender con especial interés la incidencia que los referidos *pactos colectivos profesionales* pueda tener en la competencia no hace, en última instancia, sino reabrir un aspecto clave de la negociación colectiva, esto es, de la "concertación en grupo" de las condiciones que deben regir la prestación de servicios lo que, claro está, se traduce en costes y éstos, a su vez, en precios, y por tanto entra de lleno en el juego típico de las reglas de fijación de la oferta y la demanda de bienes y servicios.

En suma, la creciente interacción entre la disciplina de los mercados de bienes y servicios y la regulación colectiva de las relaciones de trabajo, ahora también las de régimen autónomo pero dependiente económicamente, se convierte en una de las nuevas y más significativas "*zonas grises*" entre el Derecho Económico del Mercado y el Derecho del Trabajo. En consecuencia, una "zona gris" en la delimitación del ámbito de cobertura de la norma laboral lleva igualmente a una "zona gris" en su regulación.

Si en el Derecho español la protección específica con que cuenta, desde el mismo ámbito constitucional, la negociación colectiva, ha servido para dejar a ésta, en términos generales y sin perjuicio de algunas excepciones "inmune" a esta acción, cabe hacerse la pregunta de si ¿podría decirse lo mismo del modelo que impulsa la LETAU respecto de los pactos colectivos de condiciones profesionales para la actividad del trabajador autónomo?

Pues bien, sobre las bases estrictamente privatistas que han quedado reflejadas en la regulación de la LETAU es evidente que estas normas dejarán sentir sobre tales pactos, con muchísima mayor intensidad, la incisiva lógica de las normas de

la competencia. A este respecto, es evidente el riesgo de que se produzcan eventuales limitaciones de la libertad de prestación de servicios profesionales y consiguiente distorsión de las reglas mercantiles del libre mercado con tales pactos, lo mismo que ya se planteó respecto de las cláusulas de los convenios colectivos "laborales" que ponen cautelas o limitan, incluso prohíben, el recurso a esta forma de actividad en protección de la estabilidad de empleo y mejores condiciones de trabajo.

No iremos más allá en el análisis de esta interesante cuestión, que sin duda requiere un desarrollo mucho más profundo. Aquí bastará con evidenciar que el conflicto apuntado o sugerido por la LETAU al contemplar los límites derivados del Derecho de la Competencia es real y concreto, y que por tanto los parámetros de éste han de tener especial influjo en el control de legalidad de los pactos colectivos de los TRAUDE. Ahora bien, también es oportuno subrayar que la previsión legislativa de los pactos colectivos y su dimensión social, esto es, su contribución a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de un creciente e importante colectivo no puede ser relegada a la hora de valorar su legitimidad. A tal fin, es oportuno recordar que la nueva Ley de Defensa de la Competencia ha cambiado el régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal en línea con el modelo comunitario.

En este sentido, se reclama la atención tanto sobre el principio de proporcionalidad –justificación de la restricción que se pueda producir en base a razones de política social y económica [articulo 1.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio]–, cuanto al de legalidad [artículo 4 Ley 15/2007] de modo que queda fuera de la prohibición las conductas que deriven de una previsión legal. Y la LETAU lo es, pese a remitir al Derecho Civil su régimen concreto.

En fin, conviene por último evidenciar que esta novedosa institución jurídica no carece de algunos referentes prácticos de interés. De un lado, en este sentido, la Asociación Nacional de Repartidores Autónomos que trabajan en PANRICO – ASRA, integrada en APTA (Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos)– es la primera asociación de TRAUDE que cuentan con un pacto colectivo, que pretendió ser el referente para la regulación de la LETAU. Entre otras condiciones laborales en el mismo se ha previsto sobre la garantía de una representación sindical, de un salario fijo anual y la mejora de la cobertura de ciertas bajas médicas, entre otras materias. Y de otro lado, se produce un desbordamiento desde prácticamente los inicios de tales previsiones, bien por pretender negociarse a nivel sectorial acuerdos de este tipo, lo cual nos llevaría a tenerlos que insertar dentro de los mencionados acuerdos paraestatutarios, como sería el caso del pretendido inicio de las negociaciones en el sector del transporte pesado por parte de la Asociación Nacional de Empresarios y Profesionales Autónomos (ASNEPA), bien por articular en otro tipo de pactos materias que se asignan, aunque no con carácter exclusivo, para su regulación a los acuerdos de interés profesional (como sería el caso de la creación de un procedimiento no jurisdiccional de solución de

conflictos para los TRAUDE por el Acuerdo de 9 de junio de 2008 del Comité Paritario de Interpretación, Aplicación y Seguimiento del Acuerdo Interprofesional de Cataluña de 1991, por el que se constituye el Tribunal TRADE de Cataluña, integrado dentro del ámbito funcional del Tribunal Laboral de Cataluña)

En suma, el más que evidente carácter experimental, e incluso "programático", que la LETAU ha querido infundir a esta regulación profesional nos obliga a tener presente que estamos aun ante un terreno en pleno proceso de exploración, o en cualquier caso de experimentación y, por tanto, en ciernes de la definición práctica dentro, si no más allá, de los propios términos legales.

BIBLIOGRAFÍA

– AA.VV. (Molina Navarrete, C., coord.): Estrategias Sindicales y Contenidos para la Negociación Colectiva del Siglo XXI, UGT–A, Sevilla, 2006.

– AA.VV. (Valdés Dal–Ré, F. y Cruz Villalón, J., Dir.): El Estatuto del Trabajo Autónomo, Edit. La Ley, Madrid, 2008.

– CRUZ VILLALÓN, J.: "Propuestas para una regulación del trabajo autónomo". Documentación Laboral, núm. 73, año 2005, Volumen I.

– CRUZ VILLALÓN, J.: *"Los acuerdos de interés profesional"*, en AA.VV. (Valdés Dal–Ré, F. y Cruz Villalón, J., Dir.): El Estatuto del Trabajo Autónomo, Edit. La Ley, Madrid, 2008.

– GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso. Edit. Tecnos, Madrid, 2007.

– GUAMAN, A.: "La interacción entre el Derecho del Trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión", Relaciones Laborales, n. 17, 2006.

– GUTIÉRREZ SOLAR, B.: "La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes", Documentación Laboral, 2005.

– TAPIA, J.M.: "El movimiento sindical la la nueva legislación del trabajo autónomo: Críticas y posiciones diversas", http://lopezbulla.blogspot.com/

LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR DEL METAL. ¿UNA EVOLUCIÓN PEREZOSA?

María Gema Quintero Lima
Profesora Visitante
Universidad Carlos III de Madrid

ÍNDICE

1. El sector del metal: un sector con diseño estatal de la de estructura negocial

   1.1. Acuerdo sobre Estructura de la Negociación colectiva para la industria del Metal de 1998

   1.2. El Acuerdo Estatal del Sector del Metal de 2006, y su ampliación de 2008

2. Algunas consideraciones sobre la estructura negocial en el sector del metal andaluz

3. ¿Una perezosa evolución de la negociación en el sector del metal andaluz? Una conclusión

I. EL SECTOR DEL METAL: UN SECTOR CON DISEÑO ESTATAL DE LA DE ESTRUCTURA NEGOCIAL

El Sector del Metal es uno de los sectores industriales considerados tradicionales, si bien no es una cuestión pacifica la de cuál sea la extensión funcional del

sector, dado que abarca, un conjunto amplio de actividades no siempre homogéneas aunque sí análogas.[1] Desde el punto de vista de la estructura negocial del sector, del período que sigue a la normación general producida por la Ordenanza Laboral para las Industrias Siderometalúrgicas, y hasta su derogación, sólo interesa decir que la negociación colectiva en el Sector del Metal estuvo presidida por la negociación en el ámbito de cada provincia; con independencia de la existencia de una actividad negociadora que, condicionada por los sustratos industriales concretos, se desarrolló en ámbitos inferiores como el comarcal, el local o el empresarial.

Con la pretensión de dar cumplimiento a la exigencia de derogación de las ordenanzas laborales que preveía el Estatuto de los Trabajadores (DTª 6ª), para sustituir a la OLIS y ocupar su espacio, se firma el 9 de abril de 1987 el Convenio General del Metal (CGM en lo sucesivo). Firmado únicamente por CONFEMETAL y UGT, se trataba de un convenio de eficacia relativa o limitada que se preveía vigente hasta el 31 de diciembre de 1988. Agotada su vigencia, y sin que se hubiera firmado ningún nuevo convenio estatutario o extraestatutario, el ámbito sectorial nacional quedó vacío. No obstante, el sector del Metal quedaba cubierto por una abundante negociación provincial en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, y autonómica en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

1.1. Acuerdo sobre Estructura de la Negociación colectiva para la industria del Metal de 1998

De este modo, hasta el año 1998, este sector se mantuvo en un letargo relativo; en el que se sucedió la renovación convencional, cuasi–mimética. Algo que, por

---

[1] Sin entrar en detalles, se puede partir de la premisa de que el Sector del Metal se construyó en torno a las actividades que contemplaban las derogadas Ordenanzas Laborales para Industria Siderometalúrgica de 29 de julio de 1970 (en adelante OLIS), y para Industria Metalgráfica (OLIM en lo sucesivo). De tal forma que para delimitar el ámbito funcional del sector bastaba acudir a la definición que ofrecía dicha OLIS; definición que la mayoría de los convenios transcribían o a la que se remitían expresamente. A partir de las definiciones de las reglamentaciones anteriores, la Ordenanza procedía a la sistematización y simplificación de la enumeración de actividades habitualmente incluidas en la siderometalurgia, ofreciendo así el marco material en el que encuadrar el sector siderometalúrgico. Y lo hacía en su artículo 1: (en el ámbito de aplicación se encuentran incluidas las) " *industrias dedicadas a la actividad siderometalúrgica, tanto en el proceso de producción como en el de transformación, en sus diversos aspectos, comprendiéndose asimismo aquellas empresas, centros y talleres en los que se lleven a cabo trabajos de carácter auxiliar, directamente relacionados con la Siderurgia o tareas de instalación, montaje y reparación, incluidos en dicha rama. También, sin perjuicio de la regulación especial en determinados aspectos por razón de sus peculiares características, a las siguientes actividades: industria metalgráfica y fabricación de envases metálicos, cuando la chapa sea superior a 0,5 milímetros; tendido de líneas eléctricas, mecánica de óptica y precisión. Quedan excluidas las empresas que por razón de sus características especiales les sea de aplicación una norma o reglamentación especifica distinta de la presente, así como las dedicadas a la venta de artículos en proceso exclusivo de comercialización*."

otro lado, no resultaba contrario a la legislación vigente. En efecto, con carácter general, el art. 83. 1 ET establece el principio de libertad en la fijación de los ámbitos negociales. Sin embargo, también allí se prevé, de un lado, la posibilidad de establecer mediante acuerdos interprofesionales, una eventual estructura de la negociación colectiva; de otro, la posibilidad de fijar en dichos acuerdos las reglas de relación entre los convenios resultado de la negociación en cada nivel (83.2.ET). Con amparo en esa previsión normativa, en el marco que ofrece este artículo, CONFEMETAL, la Federación Siderometalúrgica de UGT y la Federación Minerometalúrgica de CC.OO. suscribieron el 24 de marzo de 1998 el Acuerdo sobre Estructura de la Negociación colectiva para la industria del Metal (en adelante AENM),.

Partiendo del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 27 de abril de 1997 (AINC–1997), el AENM, no hacía nada radicalmente diverso. Asumía la pretensión de homogeneizar y uniformar las condiciones de trabajo en el sector del metal. Después de definir su naturaleza normativa y concretar sus ámbitos, definía las unidades de contratación (art. 6), distribuía las materias entre esos ámbitos (art. 11 y 12), y establecía normas de concurrencia conflictiva, así como los mecanismos de relación interconvencionales.(art. 7, 8 y 9).

El AENM preveía el diferimento en el tiempo de su operatividad, y establecía que sólo afectaría a los convenios vigentes en el momento de concluirse el AENM cuando se hubieran extinguido sus vigencias. O en otros términos, la multitud de convenios provinciales y autonómicos vigentes en mayo de 1998, habrían de mantenerse hasta la conclusión de su periodo de vigencia, con las implicaciones que para la efectividad última del AENM se derivarían; lo que no dejaba de ser una especificación del principio de no–afectación del art. 84.I ET.

En primer lugar, para diseñar la estructura del sector del metal, el AENM estableció esencialmente tres niveles o ámbitos de negociación: el ámbito estatal, que comprendería a todo el territorio español; un ámbito intermedio que se podría denominar supraempresarial, y comprendería a su vez a los ámbitos provinciales y autonómicos; y por ultimo el ámbito empresarial. El AENM, sin embargo, incluía en el ámbito intermedio, junto a los convenios sectoriales supraempresariales–infraestatales, a los convenios relativos a una actividad sectorial determinada, o de subsector (montajes, automoción, talleres etc.) con independencia de su ámbito territorial. En un ejercicio de autoanálisis, el propio AENM consideró que con esta definición se respetaban los niveles actuales y vigentes, así como se contemplaba al "*reciente ámbito de negociación estatal*". En este segundo párrafo del art. 7.2º, se percibía tangencialmente uno de los elementos que –como se verá más adelante– conduce en cierto modo a la existencia de la paradoja del AENM.

En la línea de evitar la negociación en cascada, el AENM establecía normas de articulación de la estructura a través, en primer lugar, de la distribución de materias entre niveles. De un lado, reserva en exclusiva determinadas materias al ámbito sectorial nacional, y al ámbito infra–nacional; de otro, enumera ciertas materias que pueden regularse en el ámbito nacional pero que requieren desarrollo en ám-

bitos inferiores. En realidad, el reparto material era técnicamente defectuoso, genérico e impreciso, y las reservas estatales son más formales y teóricas, que materiales y reales. En primer lugar las materias reservadas al nivel nacional eran las mismas que las del art. 84.III ET pero con la peculiaridad que el AENM dejaba abierta la posibilidad de negociarlas en ámbitos inferiores, exceptuándose así la prohibición absoluta estatutaria inicial. En segundo lugar, las materias reservadas a los ámbitos infraestatales, y las atribuidas al ámbito estatal, pero de desarrollo en ámbitos inferiores, coincidían en determinadas ocasiones. De tal forma que, en ausencia de una definición clara de la frontera entre *"criterios generales"* y los reenvíos de *"desarrollo"* o de *"adaptación"*, y a falta de establecimiento de límites en la intensidad de tratamiento prevista para las mismas, se llegaba a una situación de indefinición máxima en la que la distribución competencial quedaba diluida.

Además, el AENM establecía ciertas reglas de relación entre convenios. Reglas que resultaban no siempre claras. Sí lo era la de supletoriedad (art. 7.5º), de tal forma que un eventual Convenio Nacional del Metal sería derecho supletorio en los convenios inferiores en lo no previsto por éstos. Pero además, el AENM, formulaba como regla transitoria, una cláusula especial de supletoriedad "hacia arriba" de los convenios infraestatales respecto de las materias reservadas en exclusiva o no a la negociación en el ámbito estatal. En concreto, en su artículo 9 disponía que las partes firmantes del AENM acordaban respetar el contenido de los pactos que sobre alguna de las materias del artículo 11 existieran en ámbitos inferiores al estatal, mientras no existiera otro en el ámbito estatal. Cláusula que solucionaría temporalmente la ausencia de negociación en el ámbito estatal, con las consecuencias de inercia que se derivan.

También quedaba relativamente claro –en la medida en que la distribución y definición de las materias distribuidas lo permitían– el Principio de Complementariedad. Y Sin embargo, no resultaba tan nítido el principio de Normas Más Favorable establecido en el art. 7.6º AENM. Por el contrario, la previsión de que, en caso de conflicto entre convenios de distinto ámbito se aplicaría la norma más favorable para los trabajadores, requiere una matización. En principio, por la lógica del propio acuerdo, la aplicación de este principio quedaba exceptuado por el de exclusividad respecto de las materias del art. 11.1 AENM. De suerte que, respecto de las materias reservadas al ámbito nacional, y salvo pacto, no cabe aplicar la previsión de lo más favorable. De esta forma, el principio de norma más favorable únicamente sería de aplicación en los ámbitos infraestatales.

Por otra parte, con lo que no es sino una extensión del art. 84.I ET, el AENM establecía que, a excepción del convenio estatal, en lo que hacía referencia a sus contenidos exclusivos, los convenios supraempresariales no podían afectar a los convenios empresariales (art. 8 AENM), lo que se configuraba como una excepción a las previsiones del art. 84II y III ET, y equivalía a un blindaje de los convenios de empresa.

Para complicar más aún las cosas, y si bien no se entrará en ello, conviene indicar, y dejar apuntado el interrogante –jurisprudencialmente resuelto[2], y no doctrinalmente– de hasta qué punto el AENM, aunque excepcionaba al art. 84 ET, no era excepcionado a su vez por éste.

El AENM, publicado el 20 de mayo de 1998, entró en vigor al día siguiente. Preveía una duración de 4 años, prorrogables por otros dos años a falta de denuncia con tres meses de antelación a su fecha de vencimiento. Dado que vencía el 20 de mayo de 2002 y no constaba su denuncia, se hubo de entender prorrogado hasta el año 2004. Con independencia de su prorroga, la finalización de su vigencia requiere, con carácter previo, la necesidad de hacer un balance, siquiera sucinto, de la operatividad última de dicho Acuerdo en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza. Balance que pasa por la constatación de la efectividad de lo allí establecido.

Mención aparte de los acuerdos sobre los que se habla a continuación, tras el AENM, y desde el CGM de 1987, durante los años de vigencia del AENM no hubo ningún convenio sectorial nacional estatutario para el Metal que ocupara el ámbito material que le reservaba dicho Acuerdo Marco. Es más, la conclusión de un convenio general resultaba ser una cuestión compleja –como ya lo fuera en el caso del CGM, que fue de eficacia limitada– en la medida en que subyacía a la actividad negociadora un conjunto de realidades representativas sindicales y empresariales reticentes a cambiar una realidad negocial estancada e inerte en el ámbito provincial. Realidad que se evidenciaba a partir de la constatación de la existencia de convenios provinciales para la industria Siderometalúrgica de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, Sevilla y para la industria de Montajes y Automoción de Málaga. En estos ámbitos, a falta de convenio general se desarrollan aquellas materias no negociadas en el ámbito estatal, como ya preveía el art. 9 AENM. Se producía así la suplantación y obstaculización de la negociación en el nivel estatal por los convenios provinciales.

Sin embargo, la inexistencia de un convenio sectorial estatal no fue sinónimo de inefectividad del AENM. Porque, en la medida en que el art. 83.3 ET habilitaba a las organizaciones de trabajadores y empresarios para elaborar acuerdos sobre materias concretas que tuvieran el tratamiento que se da a los convenios colectivos, en el Sector del Metal se concluyeron Acuerdos para materias concretas[3]. Algunos

---

[2] Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998 (RJ 7576), y de 3 de noviembre de 2000 (RJ 9631), entre otras.

[3] Se ha de señalar que no siempre han coincidido las partes firmantes. CONFEMENTAL, la Federación Minerometalúrgica de CC.OO. y la Federación Estatal del Metal, Construcción y afines de UGT son partes de todos los acuerdos. Pero la Confederación Intersindical Galega únicamente lo ha sido en los Acuerdos de Clasificación Profesional y de Formación Continua para el Sector del Metal.

ya estaban vigentes cuando se firmó el AENM, como es el caso del Acuerdo Marco sobre sistema de Clasificación Profesional en la industria siderometalúrgica de 1996 (en adelante AMCPM) y del II Acuerdo Nacional de Formación Continua para el sector del Metal de 1997. El primero preveía una duración indefinida, en tanto las partes no acordaran su negociación, y el segundo pretendía regir hasta el año 2000. Con posterioridad a 1998, se concluyeron otros acuerdos de ámbito nacional. Son, de un lado, el III Acuerdo Nacional de Formación Continua para el Sector del Metal de 2001, (en lo sucesivo ANFCM) que sustituye al anterior de 1997, y de otro, los Acuerdos sobre Código de Conducta Laboral para la Industria del Metal, y de Adhesión al ASEC II por parte del Sector del Metal (en adelante ACCLM y ASECM, respectivamente), ambos también de 2001.

En el ámbito supraempresarial, fue el AMCPM el que, desde su publicación, fue asumido por los convenios infraestatales. Quizás porque era un Acuerdo que contenía dos cláusulas de salvaguardia que relativizaban su fuerza normadora. De un lado consideraba que no afectaría a los convenios provinciales hasta que éstos no extinguieran su vigencia; y aún después, los nuevos convenios provinciales tendrían en todo caso la capacidad de modificarlo para adaptarlo a su ámbito (art. 3.2º). De otro lado, exceptuaba de su aplicación a las empresas con convenio propio, a las que permitía la aplicación del acuerdo según conviniera o no el contenido del acuerdo a los intereses empresariales.(art. 8). En lo que respecta la materia *régimen disciplinario* la realidad fue otra. Si bien se trataba de una materia exclusiva reservada al ámbito estatal, respecto de ella ha operado intensamente la regla de supletoriedad transitoria "hacia arriba" del art. 9 AENM, de tal forma que, a falta de regulación en el ámbito estatal, cada convenio provincial ha incorporado normas respecto de dicha materia. Después de la firma del ACCLM, la realidad debería ser distinta. Por ultimo, el ASECM ha sido el acuerdo con menor incidencia, dada la existencia en la Comunidad Andaluza de acuerdo de solución de conflictos específicos para esre ámbito (SERCLA).

A pesar de que el AENM incluía en este nivel intermedio, junto a los convenios de ámbito provincial a los convenios autonómicos, en la Comunidad Andaluza, bajo la vigencia del Acuerdo sobre la estructura de la negociación colectiva no se ha llegado a negociar un convenio de ámbito autonómico, de tal forma que la estructura de la negociación colectiva en el sector del Metal, desde 1998, hasta 2006, ha venido siendo, por inercia, provincial. Los que significa que, si se traen aquí las consideraciones hechas en torno a la efectividad de los acuerdos estatales, el AENM ha tenido, en realidad, una operatividad relativa. Quizás porque el AENM contenía en sí mismo una paradoja que dejaba entrever cuál iba a ser su virtualidad última. En su artículo 7.2º reconocía la suficiencia de la definición de ámbitos negociales, porque reflejaba el nivel provincial,"*actual y mayoritariamente vigentes*"; y además preveía la supletoriedad de los convenios inferiores respecto de las materias reservadas en exclusividad o no a la negociación estatal (art. 9 AENM). Estas previsiones, junto a las preferidas a los convenios de empresa, justifican la

estructura negocial existente. O dicho de otro modo, el AENM, era consciente del sustrato fáctico del que partía, y se autolimitó en sus pretensiones de racionalización y estructuración del sector. Y lo hizo sólo con esas cláusulas de los artículos 7.4º y 6º, 8 y 9 AENM, sino con la propia definición y distribución de las de las materias de los artículos 11 y 12.

En síntesis, en el AENM se reformularon las previsiones del art. 84.II y III ET, de forma que las materias con carácter general innegociables en ámbitos inferiores, sí podrían serlo en el Sector del Metal, en principio sin cumplir más requisitos que el de que el ámbito estatal remita a los inferiores. Pero, de otro lado, había zonas de intersección entre las otras materias reservadas al ámbito estatal, pero de desarrollo en los inferiores (11.2 AENM) y las reservadas en exclusiva a éstos (art. 12 AENM). Con carácter general, los convenios provinciales actualmente vigentes atrajeron hacia sí, absorbiéndola, esa *zona gris*, de forma que son estos convenios los que han regulado prácticamente todos los aspectos individuales y colectivos de las relaciones laborales, con independencia de que haya o no regulación estatal que remita a su desarrollo allí. Lo que no deja de ser manifestación de la inefectividad última del AENM, dado que permanecía la situación de descentralización existente. Descentralización que se agudizaba cuando se observaba el supuesto tercer nivel de negociación, o nivel empresarial.

Con independencia de las previsiones del AENM para el ámbito empresarial, en las que se blindaba dicho nivel negocial[4], desde el nivel supraempresarial también se reconfiguraba el ámbito de los convenios de empresa, en sintonía o no con lo previsto en el AENM. La mayoría de los convenios supraempresariales no contenían claúsula estructural–aplicativa alguna. Lo que planteaba las cuestiones de si se aplicaría la previsión del art. 8 AENM o las previsiones del artículo 84 ET. O las estipulaciones del art. 7.6 AENM y del art. 3.3 ET. Cuestión que parecía solucionarse con el principio de especialidad de las previsiones del AENM sobre las estatutarias; y de la especialidad de la cláusula del art. 8 AENM sobre la del art. 7.6º AENM.

1.2. El Acuerdo Estatal del Sector del Metal de 2006, y su ampliación de 2008

Al amparo de los artículos 83 y 84 ET, el 3 de abril de 2006, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales del metal (CONFEMETAL), la Federación Minerometalúrgica de Comisiones Obreras y la Federación del Metal, Cons-

---

[4] Artículo 8 AENM: "*los convenios colectivos o acuerdos negociados en los ámbitos superiores deberán respetar lo pactado en las empresas con convenio propio, dejando a salvo lo acordado en el art. 11.1 de este acuerdo*".

trucciones y Afines de la Unión General de Trabajadores suscribieron el Acuerdo Estatal del Sector del Metal[5] (AESM, en lo sucesivo).

El AESM, que se aplica a todo el territorio español, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010 sigue sin ser un convenio general del metal, sino que es un acuerdo para ciertas materias concretas, que deroga los anteriores acuerdos del sector sobre materias concretas. Estas materias son, a saber: estructura de la negociación colectiva, (capítulo II), Clasificación Profesional (capítulo III), Código de conducta laboral (capítulo IV), Formación y Cualificación profesional (capítulo V), y adhesión al ASEC (capítulo VI).

A la vista de la situación anterior, en realidad el AESM no es totalmente novedoso, sí lo es el hecho de que se aglutinen en un único instrumento convencional el conjunto de acuerdos vigentes para materias monográficas, que configuraban, de un modo no exento de problemas, el nivel estatal de negociación en el sector del Metal. La problemática se refería, eminentemente, a la diversidad y heterogeneidad de periodos de vigencia, que generaba una desigual cobertura con acuerdos de ámbito estatal de la regulación de las materias referidas. Con la reunificación de materias en un único instrumento, se garantiza que, desde el 4 de octubre de 2006, y hasta el 31 de diciembre de 2010 (art. 5 AESM), estará vigente una regulación mínima de las distintas materias concretas; todo al margen de las previsiones que en materia de estructura salarial se establezcan. Sin que a ello obste el hecho de que, el propio AESM (art. 8.3º) haya establecido que los convenio colectivos de ámbito inferior que estén vigentes en el momento de la entrada en vigor del AESM mantendrán en vigor todo su contenido, salvo pacto en contra, hasta la finalización de su vigencia.

No obstante, el 17 de abril de 2008 (publicado en el BOE de 22 de agosto de 2008), se ha acordado una ampliación del AESM, de forma que se incorporan nuevos contenidos en materia de formación y promoción de la seguridad y la salud en el trabajo. En concreto, se incorpora un capítulo VIII (órgano paritario para la prevención de Riesgos Laborales), un capítulo IX (Prevención y Formación en Riesgos Laborales de las Empresas del Metal que trabajan en la Construcción. Tarjeta profesional).

Tal como se preveía en el art. 10.5º AESM, los acuerdos de carácter estatal que se negociasen en cumplimiento de las reglas de estructura previstas, se integran automáticamente en dicho acuerdo. De ahí que, con los nuevos contenidos preventivos, se haya de considerar que, materialmente, se está ante un nuevo AESM'2008.

---

[5] El AESM queda referido al ámbito del sector de metal, en su visión clásica, es decir, sin incluir al sector de la industria metalgráfica.

En lo relativo a la estructura del la negociación colectiva, únicamente se ha de señalar que dentro del capítulo II AESM, en el artículo 9, se han diseñado tres niveles de negociación (1º estatal, 2º territorial y sectorial, y 3º ámbito de empresa). Y cada uno de esos niveles se les ha asignado materias susceptibles de negociación, en régimen de exclusividad, de concurrencia dispositiva o de supletoriedad. De este modo, se fijan materias de negociación en el ámbito estatal (art. 10), y materias reservadas a los ámbitos inferiores (art. 11). Dentro del primer grupo, se han de diferenciar las materias de competencia exclusiva reservadas al ámbito estatal (art. 10.1º) a desarrollar en ámbitos inferiores (art. 10.4º) (tales como: periodo de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica), de las materias que, en los relativo a los criterios generales, pueden regularse en el ámbito estatal (art. 10.2º) (fomento de la contratación indefinida; formación profesional y promoción profesional; procedimiento negociador de los convenios y mediación y arbitraje; salario y sistema de clasificación profesional para el sector del metal; ordenación y cómputo de la jornada anual, limitación de las horas extraordinarias y sistemas de compensación y regulación de las jornadas irregulares, cláusulas de disponibilidad, flexibilidad etc: igualdad de oportunidades, derechos sindicales y régimen de información y consulta en las relaciones laborales, y permisos, licencias y excedencias).

Pues bien, si se observa, el propio AESM, en el que han establecido estas reglas de articulación de la negociación colectiva, se han regulado, paralelamente, con apoyo normativo autosuficiente, algunas de las materias enunciadas (grupos profesionales, régimen disciplinario, formación profesional, mediación, clasificación profesional).

A su vez, dentro de la regulación, de nivel estatal, sobre estas materias concretas, no es inusual que encontrar reglas de articulación de la negociación, bajo reglas de concurrencia de convenios. Sirvan tres ejemplos; el primero: la disposición transitoria segunda del AESM'2008, establece que los convenios de ámbito inferior que tengan pactada alguna de las materias reservadas al ámbito estatal, podrán mantenerlas en su integridad mientras no sean objeto de negociación en el ámbito estatal. Algo que sucede, por ejemplo, con el periodo de prueba o las modalidades de la contratación.

En segundo lugar, el capítulo III AESM'2008 contiene una cláusula (art. 12.4º) en la que se establece que los convenios inferiores han de adaptar la regulación de la clasificación profesional, pero quedan dispensados de hacerlo mientras mantengan su vigencia. Es más, a tenor de la disposición transitoria primera b), pueden mantener sus actuales categorías profesionales hasta la plena adaptación del nuevo sistema de clasificación profesional; adaptación para la cual los convenios inferiores disponen de una moratoria de hasta dos años después de la finalización de su vigencia. Todo, a partir de la concepcion–percepción de que la material clasificación profesional es especialmente sensible, cuya aplicación no ha de ser automática, ni literal ni unilaterial, sino paulatina y negociada (art. 13 AESM).

Por último, pero resulta ser el ejemplo más trascendente, el AESM'2008, permite que las empresas que cuenten con convenio propio de empresa quedarán exceptuadas en todo o en parte de los establecido por dicho AESM cuando lo acuerden expresamente las partes firmantes (disposición transitoria primera a) AESM'2008).

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL EN EL SECTOR DEL METAL ANDALUZ

En el VI Acuerdo de Concertación Social para Andalucía se contempla como una de las líneas de actuación de la negociación colectiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma la de "Fomentar una más racional y articulada estructura de la negociación colectiva", que se concreta en la necesidad de incidir en el conocimiento de la estructura de la negociación colectiva andaluza con el fin de alcanzar su mayor cobertura personal, en un marco de negociación armónico y racional que contribuya a la disminución de los actuales niveles de atomización, de los posibles supuestos de desarticulación, y la superación de las eventuales situaciones de vacíos de cobertura en la red de convenios andaluces.

Aparentemente, y a pesar de lo que se dirá más adelante, en la Comunidad Andaluza, en el sector del metal, las mayores vicisitudes no parecen concretarse en vacíos de cobertura, en la medida en que, a la vista de las empresas (unas 15 000) y trabajadores (unos 80.000) cubiertos por los convenios provinciales del sector del metal/siderometalurgia[6]. Por el contrario, en el sector del metal, en la actualidad, a modo de síntesis, habría que afirmar que la estructura negocial del sector del metal en Andalucía responde a los estándares del resto de Comunidades Autónomas. Es decir, sigue sin haberse procedido a una regulación de carácter autonómico, se mantiene un convenio para industrias siderometalúrgicas por cada una de las provincias andaluzas, y en el nivel empresarial, los convenios tienen un amplio margen de autonomía.

Por lo que respecta a la aplicabilidad del AESM'2006 y '2008, resulta patente que, en la Comunidad Autónoma andaluza, se puede observar una situación de reforma de la articulación negocial en suspenso. O dicho de otro modo. A la vista de las vigencias temporales de los convenios provinciales andaluces, salvo para la provincia de Jaén, los contenidos del AESM se han encontrado con un nivel negocial blindado. En efecto, tal como preveía el art. 8.3º AESM los convenios de ámbito inferior vigentes a la entrada en vigor de Acuerdo Estatal del Sector del Metal, se mantendrían en vigor hasta la finalización de su término, excepto que las partes optaran por acogerse al acuerdo.

---

[6] Véase, *El impacto del ANC en la negociación colectiva en Andalucía,* 2006, p. 100 y ss.

Así, el panorama negocial andaluz no ha variado demasiado con la entrada en vigor de las dos versiones de AESM, especialmente porque, los convenios para Almería[7], Córdoba[8], y Málaga[9] tenían como inicio de su vigencia el 1 de enero de 2004 y como término de su vigencia pactada el 31 de diciembre de 2007; el convenio de Cádiz[10] circunscribía su vigencia entre el 1 de enero de 2006, hasta el 31 de diciembre de 2009; el convenio de Granada[11] inició su vigencia el 1 de enero de 2004, y finalizó el 31 de marzo de 2008; el de Huelva[12] prolongó su vigencia entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007; y el de Sevilla[13] lo hará entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2008. Sólo el convenio para industrias siderometalúrgicas de Jaén[14] ha iniciado su vigencia el 1 de enero de 2008, es decir, vigente el AESM en su versión de 2006.

No obstante lo anterior, no se puede concluir con que el nivel negocial provincial andaluz se haya mantenido en una situación de autismo respecto del diseño de la articulación negocial en este sector. O dicho de otro modo, los convenios provinciales, en lo que se refería a las materias negociales reservadas al ámbito estatal, han sido respetuosos con lo establecido en el AENM de 1998; bien porque han ejercitado la potestad de regular o no en su ámbito infraestatal las materias de ámbito superior; bien porque han incorporado, material o formalmente, a través de una remisión, los acuerdos de nivel estatal para materias concretas. Materias que, como no podía ser de otro modo, pertenecen al grupo de las materias exclusivas del ámbito negocial estatal (art. 10.1 AESM).

---

[7] Convenio Provincial para industria siderometalúrgica de Almería, suscrito el 17 de diciembre de 2004, código 0400415 (BOP 3 de febrero de 2005).

[8] Convenio colectivo del sector del metal de Córdoba, Acuerdo de 20 de octubre de 2004, código convenio 1400145 (BOP 18 de noviembre de 2004).

[9] Convenio colectivo del sector de empresas siderometalúrgicas de Málaga, Acuerdo de 16 de febrero de 2005, código convenio 2900145 (BOP 23 de marzo de 2005).

[10] Convenio colectivo del sector de la industria del metal de Cádiz. Acuerdo de 1 de enero de 2007, código convenio 1100495 (BOP 6 de febrero de 2007).

[11] Convenio colectivo para el sector de industrias de Siderometalurgia de Granada. Acuerdo de 24 de junio de 2004, código convenio 1800305 (BOP 7 de julio de 2004).

[12] Convenio colectivo del sector de montajes de Huelva. Resolución de 24 de abril de 2006, código convenio 2101295 (BOP 28 de junio de 2006). No obstante esta denominación, del art. 1 se deduce que su ámbito funcional se proyecta a todo el sector del metal y construcciones y reparaciones mecánicas.

[13] Convenio colectivo del sector de industrias siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla. Acuerdo de 13 de julio de 2006, código convenio 4102445 (BOP 10 de agosto de 2006).

[14] Convenio colectivo para industrias siderometalúrgicas de Jaén. Código convenio 2300075 BOP 4 de julio de 2008.

Sirvan de primer ejemplo, los art. 57 y ss. del convenio de Almería que transcribe el Acuerdo sobre Código de Conducta laboral para la industria del metal de 1998, el art. 44 del convenio de Huelva, que remite al Acuerdo Laboral de Conducta, de 2001. En esta materia, es destacable que el convenio de Jaén, en su disposición final cuarta también se remita, y considere de aplicación, el Código de Conducta Laboral para la industria del metal, aprobado por la Dirección General de Trabajo el 6 de abril de 2001. Y es remarcable porque pone de manifiesto una inercia, no inhabitual, en la negociación de los contenidos convencionales. Inercia porque, dado que este convenio fue suscrito el 9 de junio de 2008, podría haber incorporado, los contenidos del capítulo IV del AESM'2006, ya vigentes, y que derogaban el Acuerdo de 2001. En esta materia, los restantes convenios provinciales, con la excepción del convenio de Sevilla (art. 19) guardan silencio.

Como segundo ejemplo, sirve presentar, el art. 24 del convenio de Almería, la cláusula adicional segunda del convenio de Granada, y la disposición adicional cuarta del convenio de Sevilla; preceptos en los que las partes firmantes se comprometen (en unos casos formal, y en otros materialmente, como anexo, en el caso del convenio para Sevilla) a incorporar el Acuerdo Marco sobre sistema de Clasificación Profesional para la Industria del Metal, de 5 de febrero de 1996. En esta materia, el resto de convenios provinciales guardan silencio.

Por lo que respecta a la materia periodo de prueba, solo el convenio de Granada contiene previsiones expresas (a falta, por otro lado, de regulación en el nivel estatal). En materia de modalidades contractuales, la mayor parte de los convenios provinciales han llenado el vacío existente, antes la falta de negociación en el ámbito estatal. Y, de nuevo, en materia de movilidad geográfica, todos los convenios guardan silencio, incluso ante la ausencia de regulación en el ámbito superior (art.8.3 b) AESM).

Por ultimo, aunque referida a una materia no exclusiva del ámbito estatal (del art. 10.2 AESM) como nuevo ejemplo, en la cláusula adicional segunda del convenio de Granada, las partes firmantes, se comprometen a incluir en el convenio provincial, el Acuerdo sobre Formación Profesional para la Industria del Metal de 1997.

Sin ánimo de exhaustividad, para cerrar el análisis somero (que permite este formato de trabajos) de articulación de la estructura del sector del metal en Andalucía, es preciso revisar una muestra significativa de convenios de empresa del sector, que, por la implantación empresarial no son tan numerosos como en otras Comunidades Autónomas. Quizás por eso, su articulación–concurrencia con los convenios provinciales, resulta algo particular.

En efecto, en los convenios colectivos provinciales andaluces vigentes en el sector (antes y después del AESM), se aprecia una tendencia dual: la mayor parte de los convenios provinciales omite cualquier referencia a reglas de articulación con los convenios de ámbito inferior, pero, por otro lado, hay otros dos convenios (el

de Huelva y el de Jaén), en los que se contienen reglas de articulación de la negociación entre el nivel supraempresarial y empresarial, omitiendo cualesquiera consideraciones al ámbito estatal. Reglas que se resumen en el blindaje del nivel negocial empresarial, bien porque el convenio provincial no sea de aplicación a las empresas en las que los trabajadores cuenten con su propio convenio colectivo (art. 1 *in fine* del convenio de Jaén), o bien porque lo establecido en el convenio provincial lo sea sin perjuicio d elos convenios existentes o que se concierten en el futuro en el ámbito empresarial (art. 1 *in fine* del convenio de Huelva).

Así, en algunos de los convenios de empresa analizados, se observa una particular ignorancia del convenio provincial. Tal es así que, incluso, como derecho supletorio se señala, bien la legislación vigente[15] bien las Ordenanza Laboral de las Industrias Siderometalúrgicas[16] Ignorancia que, a veces, resulta próxima a la beligerancia convenional cuando el convenio de empresa declara expresamente inaplicable el convenio provincial o de ámbito superior, como manifestación relevante de una ruptura en la armonía de la estructura negocial.[17] Esto se excepciona en algún caso, cierto es que aislado, en el que el convenio de empresa excluye la aplicación de cualquier otro convenio, salvo en aquellos puntos en los que se pacte la adhesión a lo acordado en un convenio de rango superior[18]; y sirvan de ejemplo, las categorías profesionales, o la contratación eventual.[19]

3. ¿UNA PEREZOSA EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN EN EL SECTOR DEL METAL ANDALUZ? UNA CONCLUSIÓN

Como conclusión rápida, y quizás apresurada por ello; en el sector del metal, la estructura negocial andaluza no se diferencia en absoluto de otras Comunidades Autónomas. De una parte, se mantiene la existencia de los convenios provinciales

---

[15] Art. 35 del Convenio de la empresa CUNEXT Copper Industries SL, Córdoba.(2007–2009), BOP 29 de agosto de 2007.

[16] Art. 2 del Convenio de la empresa Crown Embalajes España SLU, Sevilla, 2006–2008, BOP 11 de diciembre de 2007; y disposición final tercera del convenio de la empresa Thyssenkrupp Elevadores SA, Marbella, Málaga, 2004–2006, BOP 16 de febrero de 2006.

[17] Art. 6 del convenio de la empresa Thyssenkrupp Elevadores SA, Marbella, Málaga, 2004–2006, BOP 16 de febrero de 2006.

[18] Art. 7 del convenio de empresa Robert Bosch España, fábrica de La Carolina, 2006–2010, BOP 8 de agosto de 2006.

[19] Véanse el art. 35 del convenio de empresa Robert Bosch, en relación con el anexo 7; así como el anexo 11.

que originariamente sustituyeron a las Ordenanza Laboral para las Industrias Siderometalúrgicas de 1970, de otra parte, no se ha producido una negociación supraprovincial, y a lo anterior se une que: los convenios provinciales siguen soslayando, por el momento, en mayor o menor medida, los contenidos del AENM, y del más reciente AESM en sus dos versiones; y los convenios de empresa, de número reducido, ante la existencia de un tejido predominantemente de pequeñas y medianas empresas del sector, se mantienen mayoritariamente autistas a la negociación del nivel supraempresarial.

En suma, no se puede hablar de una evolución perezosa, en el sentido cuantitativo; quizás sí en el plano cualitativo, dado que se mantienen muchas inercias, presentes en otros sectores, y en otros ámbitos territoriales, bien es cierto; asi como una inamovilidad negocial, vinculada, al propio sustrato empresarial de la comunidad andaluza.

LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO INSTRUMENTOS ÚTILES PARA UNA DIRECTA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

María José Rodríguez Crespo
Profesora Contratada Doctora de Segundo Nivel
Universidad de Córdoba

ÍNDICE

1. Los procedimientos autónomos de solución de conflictos como instrumentos útiles para una directa administración de los convenios colectivos
2. Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales
   2.1. Elementos necesarios para confeccionar procedimientos autónomos de solución de conflictos convencionales
   2.2. Ventajas de la utilización de los procedimientos autónomos de solución de conflictos frente a los procedimientos judiciales
3. La normativa vigente. Rasgos definidores del marco legal
4. Algunos aspectos de interés sobre la regulación legal de procedimientos autónomos de solución de conflictos
   4.1. Instrumentos instauradores. Necesaria coordinación entre ellos
   4.2. Tipos de conflictividad

1. LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO INSTRUMENTOS ÚTILES PARA UNA DIRECTA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Los convenios colectivos nacen con vocación de ser aplicados y con esta finalidad sus negociadores instauran en su articulado cláusulas que logran administrar su contenido a lo largo de su período de vigencia, eliminando los obstáculos que pudieran interferir en su aplicabilidad. Según GUIGNI, la administración del convenio colectivo es la intervención, para un caso concreto, de los sujetos colectivos que lo han regulado de una forma abstracta y preventiva en la norma convencional[1]. Ficha intervención se lleva a cabo a través de una actividad negociadora que permite gestionar los contenidos convencionales durante la vida del convenio para evitar su inoperabilidad, ya sea eliminando los conflictos que pudieran derivarse de su contenido o actualizando la voluntad colectiva expresada en él. Para la realización de dicha función, la autonomía colectiva negocia y crea trámites procedimentales a través de los cuales intentar solucionar los posibles conflictos que la gestión del convenio puede ocasionar durante su vigencia. La regulación de estos mecanismos alternativos de solución es una forma de prolongar la competencia de los negociadores convencionales durante la fase de administración y hasta que finalice la vigencia de los pactado, poniéndose a disposición de los sujetos colectivos e individuales que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la regulación convencional, un instrumento de auxilio que les permitirá racionalizar el conflicto por el que atraviesan[2].

La contratación colectiva viene creando en los últimos años procedimientos compositivos que se insertan en las regulaciones convencionales a nivel interprofesional y estatal, fundamentalmente, y en menor medida a nivel empresarial, permitiendo que los conflictos individuales y colectivos derivados de la aplicación e interpretación de estas normas colectivas sean solventados sin acudir a trámites jurisdiccionales[3]. Es una tendencia ya acentuada de la autonomía negocial la introducción de fórmulas de solución de conflictos en los convenios colectivos en los

---

[1] Guigni, G. *Ammistrazione del contratto collettivo*. AA.VV. Crisi della guistizia in materia di controversie del lavoro e della previdenza sociale nel quadro della crisi generale della guistizia. Roma. 1967, pág. 188. Sobre esta definición y su amplitud puede consultar en extenso, nuestro trabajo titulado *La administración del convenio colectivo*. Consejo Económico y Social de Andalucía. Colección Premio de Investigación. 2006.

[2] Caruso, B. *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di ammnistrazione e interpretazione del contratto collettivo*. QDLRI nº. 12.

[3] Sobre la utilización de sistemas autocompositivos por parte de la negociación colectiva en nuestro país en los últimos años puede consultarse nuestro estudio titulado *La regulación de los procedimientos autónomos de solución de conflictos por la vía de la autonomía colectiva*. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº. 303. Junio 2008.

que el aspecto fundamental es el negociador, más que el de mero juicio, con el objetivo de evitar el recurso a los órganos jurisdiccionales para solventar conflictos que se derivan de la ejecución del convenio que se les aplica. Se opta cada vez más por la participación de los firmantes en la gestión de lo pactado a través de su implicación en los mecanismos que el propio convenio establece para resolver los asuntos problemáticos que puedan producirse durante su vigencia, ya sea formando parte de las comisiones paritarias o bien utilizando los mecanismos autónomos de solución convencional que se crean para solucionar los conflictos que se deriven de su articulado.

Los medios autónomos de solución de controversias se configuran así como verdaderos mecanismos procedimentales que permiten realizar la administración del convenio por los mismos sujetos que lo crearon, sin necesidad de tener que acudir a instancias jurisdiccionales. Los sistemas de arbitraje, conciliación y mediación plasmados en las normas convencionales son verdaderos "sistemas de administración directa", pues la gestión del convenio, en la mayor parte de los casos no es pacífica, tendiendo a convertirse en una prolongación de la fase aplicativa, interpretativa y gestional del convenio desarrollada por los sujetos colectivos y potencialmente utilizada por todos aquellos cuyas relacionales laborales se encuentran reguladas por aquél.

2. LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

El ámbito de las relaciones laborales es especialmente adecuado a la hora de llevar a cabo el establecimiento de los procedimientos autónomos de solución de controversias como medio de administrar el convenio colectivo, dado que en él late un conflicto permanente entre empresario y trabajador como consecuencia de la posición antagónica que existe entre ambos, lo que da lugar a que existan intereses contrapuestos que crean un marco de conflictividad latente. Ello, unido a que dicha relación también es de convivencia, provoca que los intereses de cada parte estén en contacto permanente, determinando que el ámbito laboral sea uno de los marcos en los que los procedimientos autónomos de solución de conflictos han tenido una mayor acogida por parte de la autonomía colectiva[4]. Estos han tratado siempre de ser una alternativa ante la excesiva judicialización en la que se encuentran inmersas nuestras relaciones laborales, achacada a la ausencia en este ám-

---

[4] Rodríguez–Piñero, M. *Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral*. AA.VV. Solución extrajudicial de conflictos laborales. Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. 1994, pág .15.

[5] Informe del Consejo Económico y Social sobre procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales.

bito de un sistema integrado de relaciones entre las partes sociales[5]. Ello ha sido debido a que fundamentalmente en nuestro país el sistema de solución de conflictos laborales que ha proliferado ha sido la intervención de los tribunales, los que ha determinado una excesiva rigidez y formalidad a la hora de abordar estas cuestiones, con el consiguiente perjuicio para las posibilidades que en este ámbito podrían haber desempeñado los sujetos colectivos[6]. Quizás el elemento que con mayor fuerza ha incidido en la judicialización de nuestras relaciones laborales ha sido la eficacia normativa atribuida al convenio colectivo y el escaso poder de las partes colectivas en su administración[7]. La equiparación del convenio a las normas emanadas del legislador determinaba que los conflictos que sobre su aplicación e interpretación se produjeran fueran sustanciados ante el orden jurisdiccional, de manera similar a como se realizaba en el caso de las normas legales, a las que se asimilaban en eficacia y, por tanto, también en los medios y fórmulas para su defensa y solución de litigios que en ellas se basasen.

Esta situación ha cambiado considerablemente a raíz de las reformas que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, introdujo en el Estatuto de los Trabajadores, fundamentalmente en sus arts. 85.2 y 91, y también como consecuencia de un cambio de aptitud por parte de los agentes sociales que se encuentran actualmente muy comprometidos en la realización de procedimientos de solución que pongan fin al clima de judicialización que ha reinado en nuestro país tradicionalmente. Así lo demuestra el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2007 que recoge los propósitos de los agentes sociales en orden a la promoción de los procedimientos autónomos de solución de conflictos como medio de administrar el convenio colectivo. Concretamente, se manifiesta la voluntad de los interlocutores sociales firmantes del Acuerdo "de favorecer una aplicación y administración de los convenios colectivos lo más fluida posible", para lo cual se pretenden impulsar fórmulas y procedimientos que "posibiliten un funcionamiento más eficaz de las Comisiones Paritarias o Mixtas de los convenios colectivos y una mejor y más completa regulación de las normas con vistas al efectivos seguimientos y cumplimiento de los compromisos adquiridos". Por último, y en relación con la utilización de procedimientos autónomos de solución de conflictos el AINC 2007 aboga por fomentar la adhesión de sectores y empresas a los acuerdos de solución de conflictos ya regulados a nivel estatal (ASEC–III) y autonómicos "para conseguir una mayor eficacia y utilización de los instrumentos de mediación y arbitraje y para reforzar la autonomía colectiva".

---

[6] Los inconvenientes que se derivan de una excesiva judicialización de las relaciones laborales fueron puesto de manifiesto hace años por Durán lópez, F. *Medios de solución no jurisdiccionales de los conflictos laborales: el arbitraje*. REDT 41/1990, págs. 28 y 29.

[7] Casas Baamonde, M.E. *Procedimientos autónomos de solución de los conflictos, relaciones laborales y jurisprudencia constitucional*. RL 9/99, pág. 3.

2.1. Elementos necesarios para confeccionar procedimientos autónomos de solución de conflictos convencionales eficaces

Hay que partir de la idea de que cualquier medio de solución de conflictos para que pueda ser considerado alternativo a la vía judicial ha de conducir al mismo lugar que se hubiera llegado de haber escogido esta vía[8]. Los sujetos que acuden a este tipo de mecanismos han de obtener los mismos beneficios que si hubieran acudido a la jurisdicción social en demanda de resolución. Sólo se puede hablar de mecanismos verdaderamente alternativos cuando éstos aseguran resultados homogéneos a los que pueden derivarse de la utilización de instancias judiciales. La coincidencia se configura además, como una garantía de eficacia de estos mecanismos extrajudiciales, que apenas serían utilizados por los sujetos en conflicto si supieran que no van a alcanzar similares consecuencias que las obtenidas de haber acudido a la vía ordinaria.

Los procedimientos autónomos de solución de conflictos que se instauran en los convenios colectivos como medio para procurar su administración en momentos de inoperatividad han de ser entendidos como sistemas tendencialmente autoorganizados y suficientes respecto del ordenamiento general, que se dirigen de un modo directo a la integración o terminación del conflicto[9] y cuya característica delimitadora es la de ser generados por la autonomía negocial. A través de ellos se introducen elementos en nuestro sistema de negociación colectiva que tienden a producir una dinamicidad de la que en principio carece, abriendo un proceso negocial que va más allá de la firma del convenio, a través de la estructuración y encauzamiento de su administración y gestión[10]. Son, en definitiva, los mecanismos instaurados por las partes para asegurar que la aplicación, interpretación y, en definitiva, la gestión del convenio se llevará a cabo según las pautas procedimentales que ellos han decidido, configurándose por ello como los verdaderos cauces a través de los cuales se lleva a cabo la auto–administración del pacto colectivo.

Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales son la culminación del poder con el que cuentan las partes colectivas de organizar mecanismos alternativos a la vía judicial con los que poner fin a las dudas, ambigüedades y controversias que se puedan suscitar en el marco de las relaciones laborales en las que se encuentran inmersos, y específicamente, en el que se crea por la norma convencional que les resulta aplicable. En este caso, son frecuentes los enfrenta-

---

[8] Salavatore Hernández. *Le alternative al proceso*. Diritto del Lavoro I/1993, pág. 499.

[9] Palomeque López, M.C. *Los procedimientos de solución de conflictos colectivos de trabajo en Italia*. AA.VV. Los instrumentos de solución de los conflictos colectivos. IELSS. 1983, pág. 39.

[10] González Del Rey Rodríguez, I. *Los procedimientos de solución de conflictos laborales en el VIII Convenio general de la industria química*. RL 14/1993, pág. 9.

mientos entre los sujetos que firmaron el convenio como consecuencia de diferencias en los modos de aplicar o interpretar normas que se contienen en él. Ello provoca que se produzcan conflictos que han de solucionarse si se quiere que las relaciones que los unen continúen en la tónica de paz que resulta deseable para el buen desarrollo de la relación laboral. Estos procedimientos alternativos a los judiciales se configuran así como formas de justicia convivencial[11] que permiten superar los límites que podría suponer un razonamiento jurídico, al que aspirarían las partes si accediesen a la vía jurisdiccional, y a su vez, darles un mayor protagonismo a los sujetos en conflicto para que resuelvan sus controversias de una manera pacífica.

Para que un sistema de solución de conflictos pueda ser entendido como un "procedimiento extrajudicial" ha de tratarse de un procedimiento strictu sensu, en el sentido de que el modo de actuación ante un conflicto laboral ha de estar prefijado de antemano en un convenio colectivo, emitido por sujetos colectivos con competencia para ello. En é debe constar todos y cada uno de los pasos y formas de actuación que habrán de llevar a cabo los sujetos en conflictos cuando quieran acceder al mecanismo pacífico para resolver su disputa. Por tanto, habrán de fijarse toda una serie de trámites que estén dirigidos a un fin común: la solución del conflicto planteado[12]. Que algunos de dichos trámites sean facultativos u obligatorios es una característica que en nada entorpece la denominación de "procedimiento", que puede estar caracterizado por la voluntariedad en la utilización de determinados mecanismos, dejándose en manos de las partes la decisión sobre su utilización[13]. Pero lo que no parece coherente con la finalidad de dichos procedimientos es que todos sus trámites sean facultativos para éstas, porque entonces no tendríamos procedimiento y las partes llevarían a cabo los mecanismos resolutorios según sus propios criterios de actuación.

Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales instaurados en el convenio pueden abarcar dos frentes. Por un lado, pueden dirigirse a evitar problemas, introduciendo mecanismos a través de los cuales el enfrentamiento dialéctico de las partes es precisamente el que impide que el conflicto sea efectivo. Y, por otro, pueden plantearse como medio de solucionar una desavenencia ya planteada, bien porque el debate previo sobre puntos de vista enfrentados no ha conse-

---

[11] Rodríguez–Piñero, M. *Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral*, op. cit. pág. 12.

[12] Como ejemplo podemos citar los "Procedimientos voluntarios extrajudiciales de solución de conflictos colectivos" dispuestos en el CC estatal del sector del Corcho (BOE 9–1–2007): intervención de la comisión paritaria, mediación y arbitraje.

[13] Así lo han hecho, por ejemplo, los siguientes convenios colectivos: III CC General Estatal del Corcho (BOE 9–1–2007), IV CC General del sector de derivados del cemento (BOE 18–10–2007), CC Industria del Calzado (BOE 23–8–2007), que establecen tres alternativas para solventar los conflictos que se produzcan en el seno del convenio: acudir a la comisión paritaria; mediación y arbitraje.

guido solucionar el antagonismo latente, o bien, porque debido a la envergadura de la problemática planteada ni siquiera se ha querido llevarlo a efecto, prefiriéndose acudir directamente a un medio que permita solucionarlo. Son dos las funciones que los mecanismos alternativos pueden desempeñar en la administración convencional: una preventiva y otra componedora. Ésta última es la que más interés está suscitando por parte de los agentes sociales a la hora de configurarlos en las normas convencionales y en los Acuerdos Interprofesionales establecidos sobre el particular, dejándose al margen la función de prevención. En este sentido, parece asumirse por los agentes sociales que no es posible poner fin al conflicto antes de que se produzca, centrándose sus consideraciones hacia éste cuando ya es real. A nuestro parecer, tan importante es una función como otra, pudiendo utilizarse la comisión paritaria como cauce en el que negociar aspectos aplicativos y/o interpretativos del convenio que pudieran dar lugar a conflicto, pero sin esperar a que éste se haga real. De este modo, el recurso a la comisión paritaria o mixta del convenio permitiría el contacto permanente de las partes afectadas por el convenio, de manera que otorgándoles un espacio neutral en el que exponer sus quejas y arbitrando procedimientos para satisfacerlas se impediría que las relaciones entre empresario, trabajador o entre aquéllos y los representantes de los trabajadores, dieran lugar a enfrentamientos permanentes o casi, a los que tratan de poner fin los procedimientos extrajudiciales[14].

2.2. Ventajas de la utilización de los procedimientos autónomos de solución de conflictos frente a los procedimientos judiciales

En otro orden de cosas, aún cuando los procedimientos autónomos convencionales hayan de ser considerados alternativos a la vía judicial, su establecimiento no está tanto encaminado a excluir la utilización de esta vía, sino a satisfacer otros intereses. Se trata de configurar mecanismos que sean alternativos y concurrentes con ésta, que permita disponer de un ambiente de diálogo y de obtención de soluciones que se adapte mejor a las circunstancias que rodean a los que se encuentran enfrentados y que influyen de manera determinante en la entidad y amplitud del conflicto y las consecuencias que ello acarrea en el ámbito de las relaciones laborales que les unen, de manera que puedan ser tenidas en cuenta a la hora de llegar a una conclusión que resulte conforme a todos los que se integran en el problema. Estas circunstancias no serían valoradas en toda su amplitud y complejidad si los litigantes decidieran solventar el problema por vía judicial. Sin embargo, como

---

[14] Para Del Rey Guanter, S. *Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos*. RL 16–17/1992, pág. 16, la finalidad esencial de la mayor parte de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos es la reducir las probabilidades y extensión del derecho de huelga.

hemos mencionado, estos mecanismos no pueden ser considerados como totalmente excluyentes de la vía judicial, y así lo entienden los agentes sociales, dado que los procedimientos extrajudiciales, autónomos o no, si bien tienen una gran virtualidad práctica, no son la panacea en la solución de los conflictos laborales, siendo del todo posible que las partes enfrentadas, después de haber recurrido a ellos no alcancen ningún resultado satisfactorio. Por ello, normalmente se deja la puesta abierta para que los sujetos en conflicto puedan acudir a al vía judicial en busca de una resolución que ponga fin a sus enfrentamientos (salvo en el caso de que el procedimiento escogido hubiera sido un arbitraje convencional[15]).

Estos procedimientos cuentan con innumerables ventajas que sin duda han sido tenidas en cuenta por los agentes del cambio:

1º.– Se produce una indudable potenciación de la autonomía de las partes, tanto individual como colectiva, lo que a su vez se convierte en una consecuencia más.

2º.– Es la propia autonomía colectiva la que crea un sistema equilibrado a través del cual finalizar los litigios que se produzcan en el ámbito de las relaciones laborales en las que están inmersos. Con ello se introducen importantes elementos de libertad, al dejarse en manos de las partes en discordia tanto la conformación del procedimiento como los supuestos en los que quiere que sea de utilidad.

3º.– Se optimizan los sistemas de relaciones laborales, aumentando las dosis de autonomía que se dejan en manos de los implicados, sean sujetos individuales o colectivos, en el sentido de que al permitir la convivencia permanente con los medios judiciales deja a la voluntad de la partes litigantes la decisión de a cuál de los mecanismos de solución que tienen a su alcance quieren acudir[16].

Como puede observarse, una de las ventajas de los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales se refiere a la ampliación de los parámetros en los que se desarrolla la autonomía colectiva, al permitirse una mayor intervención en su solución. Asimismo, el sistema de contactos entre los sujetos enfrentados en el que se basan estos procedimientos, que permite ponerlos cara a cara y exponer sus puntos de vista e intereses en el aspecto laboral que genera el conflicto los hace especialmente idóneos para la satisfacción de aquéllas discrepancias en las que existen intereses puestos en juego[17], los cuales es posible que sean desatendi-

---

[15] Rodríguez Crespo, María José. *Aspectos controvertidos sobre la regulación autónoma del arbitraje por parte de la negociación colectiva*. Información Laboral. Jurisprudencia. Julio. 2008.

[16] Para Rodríguez–Piñero, M. *Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral*, op. cit. pág. 16, aún cuando este sistema de solución potencia la negociación colectiva también puede ser considerado con un fracaso de la misma, en el sentido de que trata de buscar una alternativa a la inexistencia de un acuerdo que podrían haber tenido las partes.

[17] Casas Baamonde, M.E. *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*. RL 16–17/1992, pág. 6; Martín Valverde, A./Rodriguez–Sañudo, F./García Murcia, J. *Derecho del Trabajo*. Tecnos. 1999, pág. 407.

dos si se acudiera a la vía judicial, más centrada en los aspectos jurídicos de los problemas planteados que en las expectativas que las partes por ellas mismas, o sus representantes, hubieron puesto en el momento de la negociación de los aspectos laborales que ahora están en el centro del litigio, e incluso puede provocar que el propio conflicto ni siquiera pueda ser solventado en dicha instancia, como es el caso de los económicos. Especial trascendencia presenta la posibilidad de atender a los intereses puestos en juego cuando el origen de la disputa es la regulación contenida en un convenio colectivo, dado el juego de equilibrios que se encuentra en su base. Ante problemas en su aplicación, interpretación, gestión, etc. de toda utilidad que sean los sujetos que la negociaron y que fijaron el sentido y el contenido de cada una de sus cláusulas los que formen parte del procedimiento a través del cual se pretende solventar el problema. Nadie mejor que los propios negociadores de un compromiso para conocer y aceptar los intereses que se pusieron en juego a la hora de llevar a cabo las estipulaciones y las contraprestaciones que cada parte obtuvo en el caso de que éstas se redactaran en un sentido u otro. Este juego de prestaciones y contraprestaciones que está en base de todo convenio es importante a la hora de satisfacer las necesidades que cada una de las partes pone de manifiesto en el momento de exponer los motivos de la discusión que las enfrenta y que han de ser tenidos en cuenta si se quiere que la solución a la que se llegue sea en alguna medida satisfactoria para ambas partes e impide que el conflicto se reabra en un momento posterior por la misma causa. Indudablemente, todos estos aspectos difícilmente pueden ser tenidos en cuenta por un órgano jurisdiccional, el cual se limitará a determinar cuál de las dos partes tiene razón atendiendo a la regulación que se encuentre fijada en el convenio, independientemente de que con ello se estuvieran poniendo las bases para un nuevo enfrentamiento.

Pero los beneficios que aportan estos procedimientos no se centran sólo en el plano funcional sino que también pueden ser observados desde otros puntos de vista, como puede ser el del empleador que verá reducido el tiempo y el costo de los litigios que con demasiada frecuencia a de soportar con sus trabajadores. La agilidad con la que se llevan a cabo los procedimientos alternativos de solución es una de las consecuencias que trae consigo que sean las propias partes enfrentadas las que se encarguen de fijar todos y cada uno de los aspectos procedimentales que habrán de llevarse a cabo una vez que se decida solventar el litigio por este cauce. Igualmente ventajoso para el empresario resultará poder intervenir en el proceso de elección de la persona o personas que se habrán de encargarse de asesorarle, en el caso de la mediación y la conciliación, o de aportarle una solución satisfactoria, en el caso del arbitraje. Pero quizás lo más decisivo a efectos de incentivar su participación en éstos es la posibilidad que se les brinda a ambos, representantes de trabajadores y empresarios de poder formar parte de los órganos que la autonomía colectiva establezca con esta función, entre los que podemos destacar su importante papel en las comisiones paritarias de los convenios colectivos.

3. LA NORMATIVA VIGENTE. RASGOS DEFINIDORES DEL MARCO LEGAL

Nuestra legislación laboral proporciona medios legales de solución de los conflictos que se producen en este ámbito, a la par que permite la creación de procedimientos de solución extrajudicial a través de la autonomía colectiva. Entre los primeros cabe destacar el proceso de conflictos colectivos que se regula en el art. 151 y ss. del TRLPL y el procedimiento administrativo de solución de conflictos colectivos regulado en el título II del RDLRT, basados ambos en la solución a través de órganos que se insertan dentro del propio ordenamiento laboral y en los que se deja escaso margen de actuación a las partes en conflicto. En cuanto a los segundos, la reforma de 1994 introdujo importantes novedades en las normas legales que regulan o prevén la existencia de medios autónomos de solución de conflictos laborales y que provocan su potenciación, en cierta medida. Pero si bien trató de introducir elementos determinantes del auge de la utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, no lo hizo de un modo sistemático, sino que ha introducido modificaciones en los aspectos que ha juicio del legislador eran relevantes para ello, sin un esquema del sistema que quería conformar[18]. Ello lo demuestra el hecho de que se confunden los diferentes mecanismos alternativos a la vía judicial que pueden ser utilizados por los sujetos en discordia. Se pretende que normas relativas a procedimientos que nada tienen en común, como pueden ser los de consultas de los arts. 40, 41, 47 y 51 ET y los relativos a las impugnaciones en materia electoral, unidos a las relativas a los conflictos que se producen como consecuencia de discrepancias en la administración del convenio, conformen un núcleo legal que impulse los medios extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral. Tampoco se han introducido previsiones que permitan entender mejor el papel que desempeñan las comisiones paritarias en el entramado de los medios autónomos de solución, con las consiguientes incertidumbres que su actuación plantea, sobretodo cuando las partes no satisfechas por la actuación de éstas deciden acudir a la vía judicial. Todas estas previsiones y sobretodo, la falta de ellas, no hacen sino introducir aún más elementos caóticos en un mundo como el extrajudicial ya de por sí difícil ante la diversidad que en él impera y que se demuestra en la variedad de mecanismos para introducir procedimientos alternativos (legales y convencionales), y la diversidad de éstos, que depende de la voluntad de los suje-

---

[18] En general, la reforma de 1994 ha sufrido importantes críticas por parte de la doctrina, como consecuencia de su carácter asistemático, deficiente y carente de contenidos conformadores de un marco básico eficaz a través del cual ordenar la solución autónoma de los conflictos laborales. En este sentido vid. Casas Baamonde, M.E. *Procedimientos autónomos de solución de los conflictos, relaciones laborales y jurisprudencia constitucional,* op. cit. pág. 4–5; Sala Franco, T./Alfonso Mellado, C.L. *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*. Ed. Tirant Lo Blanch. 1996, pág. 37–38.

tos que los conforman, y de los conflictos que pueden solucionar. El legislador de 1994 no se preocupó de conformar un sistema férreo a partir del cual la autonomía colectiva pudiese desempeñar la función que le corresponde con toda tranquilidad, máxime cuando no conocía de antemano la eficacia que el ordenamiento iba a conceder a sus acuerdos, ya que dicha regulación sólo había sido establecida en el supuesto de que los conflictos fueran colectivos y jurídicos.

4. ALGUNOS ASPECTOS DE INTERÉS SOBRE LA REGULACIÓN LEGAL DE PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El art. 91 ET conserva su primitivo párrafo 1º con idéntico tenor al que se contenía en el ET de 1980, al que la Ley 11/1994 ha adicionado los pfos.2º a 5º. En ellos el legislador se ha centrado en la solución de los conflictos colectivos que se producen como consecuencia de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, a lo que se añade una escasa previsión referida a los conflictos individuales. Su regulación, por tanto, no puede ser entendida como comprensiva de todos los medios autónomos de solución, pues no los abarca; el legislador tan sólo se ha preocupado de regular algunos aspectos de aquellos conflictos que, por producirse respecto de una norma de especial trascendencia como es el convenio y en una especial fase de su vida como es en la de administración, puede plantear importantes problemas que redunden en la eficacia del mismo como fuente de regulación de las relaciones laborales de los individuos contenidos en su ámbito de aplicación. Por ello procede a regular todo un régimen jurídico relativo a los mismos, en el que se incluyen los instrumentos paccionados que pueden regularlos, los conflictos de los que pueden conocer si quieren que se produzcan los efectos establecidos por la Ley, los medios de solución preferentes (mediación y arbitraje), la eficacia de los acuerdos adoptados y sus medios de impugnación.

Sin embargo, este marco jurídico no resulta aplicable a todos y cada uno de los procedimientos autónomos que puedan ser configurados por los sujetos colectivos ya que sólo lo es en la medida en que conozcan de conflictos, individuales o colectivos, que se refieran a la aplicación o interpretación de un convenio colectivo, pero no en los casos en los que la solución se pretenda de otros. Este es otro de los inconvenientes que tiene la reforma de 1994, que deja huérfanos de regulación otro tipo de conflictos, los de intereses, así como los jurídicos que se refieran a la aplicación o interpretación de una norma estatal, a los que no serán de aplicación las previsiones del art. 91 ET, y respecto de los que tampoco se especifica a qué norma acudir en estos casos.

4.1. Instrumentos instauradores. Necesaria coordinación entre ellos

El pfo.2º del art. 91 ET sólo hace referencia a los convenios colectivos y Acuerdos Interprofesionales del art. 83.2 y 3 ET, como instrumentos reguladores de procedimientos autónomos de solución de conflictos. Esta dicción, que en principio podría parecer generadora de un régimen excluyente de otros mecanismos autónomos que no fueran los establecidos en dicho pfo.2º, obedece a los intentos autonómicos anteriores a la reforma de 1994 de conformar sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, para dar solución a los que se produjeran en el marco de las relaciones laborales entre sujetos que desarrollasen sus actividades en el territorio de una Comunidad Autónoma. Con la finalidad de admitir estas regulaciones y de que proliferaran en otros territorios autonómicos, el legislador de 1994 introdujo la referencia a los Acuerdos Interprofesionales, que habían sido los instrumentos a través de los cuales se llevaron a cabo las experiencias regionales inmediatamente precedentes.

No obstante, no existe ningún obstáculo legal para que a través de convenios colectivos ordinarios, sean estatutarios o extraestatutarios, puedan configurarse procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos a través de los cuales los sujetos que entran dentro de su ámbito de aplicación puedan dirimir los problemas que sean susceptibles de ello según las previsiones realizadas por los negociadores del convenio[19]. Pero la preferencia legislativa por los instrumentos del art. 83 ET tiene una especial trascendencia, sobretodo en lo que se refiere a las consecuencias que se hacen derivar de ellos y de las que carecen los medios extrajudiciales que se fijen por otras normas autónomas distintas[20]. Las razones por las que el legisla-

---

[19] Así lo vienen admitiendo Valdés Dal–Ré F. *El arbitraje en los conflictos colectivos*, AA.VV. Jornadas Confederales sobre mediación y arbitraje. SIMA. Secretaría de Confederal de Acción Sindical de UGT. 1999, pág. 71; Alfonso Mellado, C./Pedrajas Moreno, A./Sala Franco, T. *La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes laborales del art. 91 del Estatuto de los Trabajadores*. AL 22/1995, pág. 352; Cruz Villalón, J. *El arbitraje laboral en la reforma legislativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1995, pág. 45; Sagardoy Bengoechea, J.A. *El arbitraje laboral* Doc. Lab. 43/1994, pág. 8; Sala Franco, T./Alfonso Mellado, C.L. *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*. Tirant Lo Blanch. 1996, pág. 40.

[20] La preferencia también se pone de manifiesto en las atribuciones que el ET parece atribuirle a las Comisiones paritarias. Al determinar que todo convenio debe incluir un procedimiento que solvente las controversias que se produzcan en su seno se está asegurando de que las mismas sean un instrumento eficaz para resolver los problemas que se produzcan "ad intra" en el convenio, dejando a los órganos que se fijen a través de los acuerdos y convenios del art. 83 ET el conocimiento y la resolución de conflictos de más envergadura. Un ejemplo de esta preferencia respecto de los procedimientos extrajudiciales establecidos mediante acuerdos y convenios interprofesionales, el legislador se decanta por ellos en la D.A. 13 ET, como primer medio de fijar los mecanismos adecuados para solventar las controversias producidas en el período de consultas establecido en los arts. 40, 41, 47 y 51 ET. Aunque de la dicción literal de dicha D.A. no se deriva la obligatoriedad de que deban fijarse a través de ellos, la lectura de la misma pone de manifiesto cómo el legislador ha pensado que dichos procedimientos se fijarían en los Acuerdos interprofesionales antes que en los convenios.

dor prefiere que los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales se fijen a través de Acuerdos Interprofesionales y convenios colectivos de los regulados en el art. 83 ET se basan en los importantes requisitos legitimadores que la negociación de dichos instrumentos requiere, siendo necesario que sean fijados por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma. Ello sin duda determina que los procedimientos extrajudiciales que en ellos se incluyan estén dotados de una amplia representatividad, estabilidad y eficacia, precisamente la que deriva del enorme peso con que cuentan las organizaciones que los han negociado y firmado. Una línea doctrinal ha visto en esta previsión del art. 91.2 ET una ordenación de la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de los procedimientos autónomos de solución[21]. Quizás ello pudo estar en la mente del legislador, pero desde luego no lo impuso desde el art. 91.2 ET, en el que sólo se limitó a expresar su preferencia por los instrumentos del art. 83 ET. Incluso de haberse procedido a instaurar a éstos como los únicos eficaces para llevar a cabo el establecimiento autónomo de medios extrajudiciales de solución, se habría encontrado con la oposición que al respecto establecen los arts. 82.2 y 85.1 ET, en la medida en que el primero permite que los convenios colectivos establezcan regulaciones que afecten a la paz laboral, concepto en el que a grandes rasgos podríamos incluir los procedimientos extrajudiciales de solución, y sin duda el segundo prohíbe que cualquier materia quede al margen de la autonomía reguladora de la partes, las cuales podrán regular a través de los convenios colectivos cualquier materia, entre las que se encuentra, claro está, la solución autónoma de sus problemas laborales.

No obstante, a pesar de que ha de admitirse que cualquier instrumento convencional es susceptible de fijar procedimientos autónomos de solución de conflictos, ha de tenerse presente que la preferencia del legislador por los del art. 83 ET, conlleva algunas consecuencias concretadas en el ámbito procesal que sólo pueden predicarse respecto de los medios de solución que sean regulados con Acuerdos o convenios colectivos interprofesionales. Concretamente, el art. 65, pfos.1 y 3, en relación con el art. 63 TRLPL, sólo otorga el beneficio de la suspensión de los plazos de caducidad e interrupción de los de prescripción a la presentación de la solicitud de conciliación y la suscripción de un compromiso arbitral, celebrados ambos ante un órgano constituido mediante un acuerdo interprofesional o convenio colectivo a los que se refiere el art. 83 ET. Esto introduce una importante desventaja respecto de los órganos creados por convenios colectivos estatales o de empresa, en el sentido de que los sujetos que determinen intentar la conciliación o el arbitraje ante ellos deben tener presente que su actitud no impide que los plazos de caducidad y suspensión de las acciones judiciales continúe, por

[21] Casas Baamonde, M.E. *Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el Derecho español*. AA.VV. Solución extrajudicial de conflictos laborales. SIMA.1999, pág. 36.

lo que cualquier retraso que se produzca en el sistema extrajudicial tendría consecuencias irremediables en el judicial, tales como impedir, si los plazos han cumplido, que la controversia pueda ser solventada en este ámbito.

Por último, la existencia de diferentes niveles en los que se negocia y regulan procedimientos de cuño similar determinan que haya de existir una necesaria coherencia entre ellos, es decir, entre los procedimientos de solución extrajudiciales fijados a través de acuerdos o convenios interprofesionales y aquellos establecidos en convenios ordinarios de sector o empresa. La coordinación aplicativa entre ellos habrá de llevarse a cabo a través de las reglas de la concurrencia del art. 84 ET, lo que sin embargo provoca cuantiosos problemas a la hora de llevarlo a efecto, que no podemos abordar en este momento.

4.2. Tipos de conflictividad

El art.91 ET sólo hace referencia a la posibilidad de utilizar medios alternativos a los judiciales para solucionar los conflictos que puedan producirse respecto de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, lo que denota la importancia que tienen para el legislador todas las controversias que impidan la correcta ejecución de las regulaciones que en él se contienen[22], dejándose al margen, intencionadamente en nuestra opinión, toda previsión sobre los conflictos que pudieran sobrevenir en otras circunstancias también relacionadas con el convenio, tales como las pretensiones de modificación de cláusulas convencionales por alteración de las circunstancias en las que se regularon, por reformas legales sobrevenidas, conflictos por pretensiones de regulación ex novo de determinados contenidos del mismo, etc., algunas de las cuales entran dentro de la administración del convenio colectivo[23]. Pero ello no significa que éstos no puedan ser solventados a través de mecanismos alternativos, introducidos mediante acuerdos o convenios interprofesionales o convenios colectivos ordinarios, si así lo decidiesen las partes enfrentadas[24]. Lo que ocurre es que el legislador sólo se ha preocupado de

---

[22] Lo que asimismo ha sido potenciado por alguna de las STCO emitidas al respecto. Concretamente la STCO 217/1991, de 14 de noviembre, estableció que el poder de "*regulación y ordenación contenido en el art. 37.2 CE, lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo, especialmente en relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio colectivo*" (la cursiva es nuestra).

[23] Sobre las vicisitudes que afectan al texto del convenio durante su vigencia y cuya resolución puede entenderse como parte de su administración, nos remitimos nuestro trabajo "*La administración del convenio colectivo"*, ya mencionado.

[24] Garate Castro, J. *Composición y solución privada de conflictos de trabajo*. REDT 87/98, pág. 69; Sala Franco, T./Alfonso Mellado, C.L. *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, op. cit. pág. 41.

establecer regulaciones respecto de unos concretos conflictos, dejando totalmente huérfanos de regulación lo relativo a los procedimientos que pudieran permitir la resolución de las controversias que no tuvieran que ver con la aplicación e interpretación convencionales, pero sí con la administración, entendida en sentido amplio. Incluso dentro de aquellas controversias, la regulación del art.91 ET sólo se centra en las que se producen en relación con las regulaciones contenidas en los convenios colectivos, por lo que se plantea la duda de si también pueden ser sustanciados a través de mecanismos autónomos los conflictos que emanen de la aplicación e interpretación de una norma estatal que resulte aplicable al ámbito de las relaciones reguladas por el convenio colectivo. En nuestra opinión, dado que la norma sería parte del convenio por obligación de éste de asumir sus contenidos, los conflictos que provocara su interpretación y/o aplicación entrarían dentro de la fase de gestión convencional, por lo que podrían ser resueltos por los procedimientos instaurados en el convenio para ello: comisión paritaria, mediación, arbitraje. Se estaría permitiendo que las partes en conflicto dirimieran sus controversias por sí mismas, con todas las ventajas que ello conlleva.

Por último ha de hacerse referencia a la posibilidad de que, con motivo de la substanciación del conflicto, resulte alterado en mayor o menor medida el texto convencional. Como premisa ha de admitirse que la autonomía de los sujetos colectivos alcanza para disponer de las normas en las que ellos mismos han creado, por lo que se les permite que también se impliquen en su administración, con todas las posibilidades de alteración de sus contenidos que ello conlleva. Por ello no existe ningún reparo en que a través de procedimientos autónomos de solución de conflictos las partes colectivas lleguen a acuerdos que supongan modificaciones en la redacción de los preceptos convencionales, por ejemplo, en el caso de los conflictos sobre interpretación de cláusulas demasiado ambiguas. O en el caso de que los conflictos solventados se deban a una modificación legal acaecida con posterioridad a la firma del convenio que haga necesaria dar nueva redacción al texto de la cláusula conflictiva con el fin de evitar problemas futuros.

De hecho, los convenios colectivos están introduciendo cláusulas en las que se dota a la comisión paritaria del poder de modificar los términos del convenio si se producen modificaciones legales sobrevenidas a la firma del convenio[25].

---

[25] Sirva como ejemplo la cláusula incluida en el X CC estatal de Centros de asistencia y educación infantil, que dispone: "*La Comisión Paritaria estudiará cualquier tipo de adaptación del presente texto convencional a las modificaciones legales que, en cualquier aspecto, pudieran surgir. La Comisión Paritaria podrá proponer la incorporación de los acuerdos que adopte en aquellas materias cuyo desarrollo sea derivado a la negociación colectiva por la legislación vigente*".

LA FUNCIÓN UNIFORMADORA DE CONDICIONES DE TRABAJO DEL CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR Y LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL DERECHO COMUNITARIO

María Sepúlveda Gómez
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. Función uniformadora del convenio colectivo *versus* doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
2. Causas que hacen deseable la igualación de costes laborales sectoriales
3. Técnicas jurídicas empleadas para conseguir la igualación de costes laborales sectoriales. Especial referencia al convenio colectivo
4. La garantía constitucional e internacional de la negociación colectiva y el convenio colectivo
5. La incidencia del principio comunitario de libertad de establecimiento en la autonomía de los negociadores para regular el ámbito personal de los convenios colectivos

1. LA FUNCIÓN UNIFORMADORA DEL CONVENIO COLECTIVO *VERSUS* DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho del trabajo se diferencia de otras ramas del único ordenamiento jurídico, entre otras razones, por la existencia de una fuente del Derecho que sólo existe en la rama social: el convenio colectivo. A través del convenio colectivo, los trabajadores, mediante sus representantes, participan en la determinación de condiciones de trabajo; ello produce la existencia de nuevos sujetos del Derecho, que surgen para participar en esta legislación no estatal, propiciadora de una democracia industrial caracterizada por la posibilidad de que los sujetos que intervienen en el mundo del trabajo se doten de normas propias elaboradas no por el Estado, sino por los mismos que participan en la producción.

La función legitimadora de las relaciones de producción que tienen los convenios colectivos es algo aceptado generalmente desde los inicios del Derecho del trabajo; y los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva que tienen los sujetos sindicales son algo que es consustancial con el Derecho del trabajo tal como hoy se entiende. El avance que supone la participación de los sujetos obligados por la norma en la elaboración de la misma, también es algo admitido y reconocido generalmente[1].

Sin embargo, existe otra función de los convenios colectivos, tal vez menos esgrimida en la doctrina y jurisprudencia, pero no por ello menos esencial para el desenvolvimiento de las relaciones de producción. Los convenios colectivos sectoriales no solamente permiten la participación de los trabajadores y sus representantes (también de las empresas y sus representantes) en la determinación de condiciones de trabajo, sino que además cumplen la función de igualar costes de producción en las distintas empresas que compiten en el mercado, de manera que son, igualmente, una herramienta de suma importancia para regular el sector[2] y, entre otras cosas, hacer que la competencia entre empresas no se vea falseada por una tendencia a fijar la competitividad de las empresas en una competencia basada en la tendencia a la baja de costes laborales. Esta tendencia se ha considerado desde

---

[1] Aunque M. R. Alarcón considera que la negociación colectiva también es heterónoma cuando es de sector, ya que la asimilación entre autores y destinatarios de la norma sólo se da en los convenios de empresa. En los sectoriales, ni los negociadores sindicales ni los empresariales son sujetos sometidos a la norma que crean. Vid. "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", publicado en VVAA, "La reforma de la negociación colectiva", Marcial Pons, 1995.

[2] Aunque en España la exigencia de uniformidad se ha conseguido por técnicas distintas al convenio colectivo, en épocas históricas no propicias para el desarrollo de relaciones colectivas de trabajo clásicas, según expone en "La reglamentación sectorial del trabajo", J. García Murcia, Civitas, 2001.

siempre como una competencia desleal, y se ha intentado impedir mediante una serie de técnicas jurídicas que pretenden proteger la posición del sindicato como garante de esa igualdad de costes[3]. Igualdad de costes que viene impuesta por una norma general, como la contenida en 82.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), a cuyo tenor, "Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia"[4]. En otros ordenamientos jurídicos, también existen técnicas (como el *closed shop*, la limitación de mano de obra, etc) que persiguen el mismo fin, aunque por otros medios.

Así pues, los convenios colectivos sectoriales cumplen una función ordenadora del sector y por tanto de los costes de producción, imponiendo una igualdad en materia salarial y en el resto de condiciones de trabajo que constituyen costes para las empresas, que afecta a todas las empresas de una determinada industria y también a todos los trabajadores de esa misma industria. De esta manera, la competencia entre las empresas no puede basarse en una reducción de costes salariales derivada de una retribución al personal de esa empresa por debajo del estándar sectorial, sino que debe buscarse esta competencia en otras facetas de la producción. El *dumping* social no puede ser el motivo diferencial que permita a ninguna empresa obtener una posición ventajosa en la competencia entre empresas, ya que el convenio colectivo aparece como un suelo de contratación en materia de condiciones de trabajo, impidiendo a todas las empresas del sector regulado por el convenio establecer condiciones de trabajo inferiores a las reguladas en el mismo[5]. Ciertamente, las cláusulas de descuelgue salarial pueden suponer una excepción a esta regla, excepción que puede tener un ámbito muy extenso ya que la ley impone necesariamente la existencia de estas cláusulas como contenido mínimo del convenio colectivo –arts. 82.3 y 85.3.c. ET–[6].

---

[3] Así, en nuestro Derecho, la prohibición de sindicatos amarillos en la empresa que puedan aligerar los costes salariales de las mismas, o la prohibición de excluir de la regulación convencional a los grupos de trabajadores que carecen de fuerza negociadora propia, como los trabajadores precarios o temporales, o la misma exigencia (no legal, pero sí aplicada desde siempre) de que el convenio tenga un ámbito determinado por la actividad de las empresas, se pueden entender como exigencias derivadas de esa necesidad de igualación de costes entre empresas contenidas en los convenios colectivos.

[4] Entiendo que la fuerza vinculante que la Constitución reconoce los convenios no exige necesariamente la eficacia general.

[5] Tampoco está permitida la diferenciación salarial en razón del grupo al que pertenezca el trabajador afectado por la diferenciación (por ser trabajador temporal o precario, por ser mujer o por cualquier otra condición personal del trabajador), pero esta prohibición de diferenciación no tiene por causa la igualación de costes entre empresas, sino el principio de igualdad entre trabajadores.

[6] No obstante, esta excepción se regula de modo restrictivo y, en todo caso, se establece la necesidad de que la empresa que pretenda inaplicar las condiciones salariales del convenio sectorial, obtenga la autorización de los representantes del sector (y por tanto, de los competidores de la empresa que pre-

Las posibilidades, pues, de que una empresa pueda competir en el mercado en función de una reducción de costes salariales respecto a los regulados por el convenio, aparecen *prima facie* como algo no deseado por el Derecho[7]. Claro que esto no impide la existencia de técnicas de ingeniería jurídico–laboral que permitan a las empresas escaparse del convenio sectorial, como están demostrando cada vez más las empresas multiservicios que no se atienen a ningún convenio sectorial dada la multiplicidad de actividades que dicen desempeñar[8], o la posibilidad de subcontratar una parte del proceso productivo en una empresa contratista que no está sometida al convenio sectorial de la actividad de la empresa principal, sino al convenio de la actividad subcontratada[9]. Se está desarrollando, pues, "...una despiadada competitividad y una búsqueda denodada de abaratamiento de costes y de flexibilidad impacta, con una contundencia desconocida hasta ahora, en la regulación y aplicación de las condiciones de trabajo", en donde influyen también las exigencias de la Unión Europea[10].

La uniformidad de condiciones de trabajo, y con ello, la uniformidad de costes laborales para las empresas que compiten en un mismo sector, aparece como una de las características esenciales del convenio, y una finalidad aceptada por todos los sujetos que participan en la elaboración y aplicación del convenio colectivo sectorial: "...una de las funciones consustanciales que ha de cumplir la negociación de ámbito sectorial: a saber, la de establecer unos estándares mínimos de obligada aceptación por parte de todas las empresas encuadradas en un determinado sector que ordene las reglas de juego y evite la competencia desleal o el llamado *dumping* social entre ellas"[11].

---

tenda inaplicar el régimen salarial del convenio, representados en el órgano que debe autorizar el descuelgue), a través de la comisión paritaria del convenio, y si existen causas económicas que justifiquen este descuelgue y quedan acreditadas. También los convenios colectivos de ámbito inferior al sectorial pueden excepcionar, de *ipso*, la regla de la uniformidad de costes salariales, pero el art. 84 ET impide que a nivel de empresa se pacten condiciones salariales inferiores al convenio sectorial.

[7] Salvo el caso de los enclaves laborales, a los que no se les aplica el convenio del sector de la actividad a que se dediquen, sino el convenio propio, que puede ser, y de hecho es, inferior en condiciones de trabajo al sectorial. Precisamente creemos que la norma intenta permitir que los enclaves compitan en el sector mediante la reducción de costes, a consecuencia de que de otra manera tienen muy difícil la competencia.

[8] Aunque se está abriendo paso una doctrina judicial que considera aplicable a las empresas multiservicios los convenios colectivos de cada una de las actividades que desarrollen. Así, SSTSJ Valencia de 3.5.2006, AS 2006/2536, y 22.2.2007, AS 2007/1721; STSJ de Andalucía, Granada, de 14.3.2007, AS 2007/3392; STSJ Castilla–La Mancha, de 26.7.2005, AS 2005/2366; STSJ Cantabria de 1.10.2007, AS 2007/3325; entre otras.

[9] Sobre la materia, puede verse M. Sepúlveda, "La estructura sectorial de la negociación colectiva: problemas a resolver", REDT nº. 127, Julio/Septiembre de 2005.

[10] Según R. Escudero Rodríguez, "La negociación colectiva en España: una visión cualitativa", Tirant lo Blanch, 2004, p. 29.

[11] R. Escudero Rodríguez, "La negociación colectiva en España: …", cit, p. 30.

Las actuaciones que algunas empresas emprenden para escapar a la regulación general de costes de trabajo se consideran en general como actuaciones indeseables, y que por ello deben ser anuladas mediante diversas técnicas jurídicas. Y ello aunque estas actuaciones tendentes a escapar del convenio sectorial se realicen través de la negociación colectiva, permitiendo así que los representantes de los trabajadores sigan participando en la elaboración de las normas; lo rechazable en estos casos no tiene nada que ver con el deseo de fomentar la participación de los trabajadores, sino con la finalidad pretendida y los resultados que pretenden obtener[12], que no es más que escapar a la aplicación del convenio sectorial y, por tanto, a la aplicación de costes del trabajo uniformes.

En este contexto, han aparecido diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que ponen en entredicho estas técnicas normativas unánimes de igualación de costes salariales respecto de las empresas que operen en un mismo sector y territorio. Estas sentencias aplican el Derecho comunitario, y las libertades comunitarias fundamentales, pero inciden en la configuración de los convenios colectivos, en la posibilidad de que los convenios colectivos determinen el ámbito de aplicación de los mismos y, por tanto, en la posibilidad de que se mantenga una igualación de costes regulada por convenio colectivo, en un determinado sector de la producción. A la influencia de estas sentencias en la configuración del convenio colectivo en Derecho español, y a las consecuencias que de ello derivan, vamos a dedicar esta comunicación.

2. CAUSAS QUE HACEN DESEABLE LA IGUALACIÓN DE COSTES LABORALES SECTORIALES

A primera vista, la igualación de costes salariales en un determinado sector de la producción es algo que puede resultar ventajoso para los trabajadores, pero no para los empresarios. Es ventajoso para los trabajadores porque de esta manera se aseguran un suelo de contratación, por debajo del cual nadie podrá legalmente prestar su trabajo, eliminando con ello la competencia a la baja entre los que ofrecen

[12] Así, se ha dicho que el mecanismo de negociación colectiva en el sector de las ETTs, previsto en la redacción inicial de la Ley 14/1994 "adolecía de un error fatal, que distorsionó en la práctica el funcionamiento del sistema: se trataba de un mecanismo que operaba de forma estrictamente supletoria (…) el legislador preveía que no habría representantes legales y, por tanto, tampoco convenios colectivos. De lo que no se dio cuenta es que con este mecanismo supletorio lo que estaba potenciando en realidad era la existencia de estos órganos y la firma de convenios colectivos propios, ya que el régimen aplicable, cuando éstos existían, era mucho más favorable para las ETTs", en "El impacto de las empresas de trabajo temporal en España: de la legalización a la reforma", Dir. M. C. Rodríguez–Piñero Royo, Tecnos, 2000, p. 153.

su fuerza de trabajo en el mercado laboral, y garantizando a todo trabajador del sector un mínimo de ingresos por debajo del cual se considera contraproducente prestar trabajo. Pero esa misma característica hace que la igualación de costes salariales pueda parecer contraproducente para los empleadores, ya que, precisamente, no podrán buscar la competitividad de su empresa mediante la reducción de costes en materia salarial, y ello con independencia del juicio moral que esta competitividad merezca. Sin embargo, merece la pena profundizar en el análisis para ver si esta primera impresión es correcta o no.

Respecto de los trabajadores, es indudable que el hecho de que la fijación de un coste igual para el sector y, por tanto, mínimo para todas las empresas que en el mismo compiten, es algo beneficioso. Como se sabe, los gremios anteriores a la Revolución liberal pretendían evitar la competencia a la baja en cuanto a la retribución de los agremiados, y para ello se elaboraron las ordenanzas gremiales, que imponían una igualdad no sólo de costes, sino incluso de calidad de los productos y de las materias primas. La Revolución liberal vino a terminar con las regulaciones gremiales que impedían la libre concurrencia en el mercado, sobre todo a los capitalistas que no pertenecían a ningún gremio. No obstante, los antiguos agremiados, ahora trabajadores libres por cuenta ajena, intentaron impedir la competencia basada en la reducción de ingresos entre los oferentes de fuerza de trabajo, y así aparecieron los primeros sindicatos, que a través de técnicas nuevas impuestas por la desaparición del antiguo régimen y la aparición del sistema liberal, pretendían mantener las condiciones de trabajo de los trabajadores, evitando su caída como consecuencia de la competencia entre trabajadores por los puestos de trabajo. Sólo en aquellas actividades en que los trabajadores no estaban organizados, apareció la competencia entre trabajadores por el puesto de trabajo, y con ella, la caída de condiciones de trabajo. La evolución del sindicalismo en cada ordenamiento no es más que la historia de los intentos de imponer esta igualación de costes salariales mediante la negociación colectiva u otras técnicas que perseguían los mismos fines[13], es decir, el intento de anular la competencia liberal en el ámbito de la oferta de fuerza de trabajo; por ello en Gran Bretaña se ha considerado tradicionalmente que los sindicatos vienen a imponer una serie de prácticas restrictivas de la competencia para anular los perjuicios que a los trabajadores había causado la implantación del régimen liberal[14].

---

[13] Vid. S y B. Webb , "Historia del sindicalismo, 1666–1920", MTSS, 1990 y "La democracia industrial", Biblioteca Nueva, 2004; también M. R. Alarcón Caracuel, "El derecho de asociación obrera en España, 1839–1900", Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975.

[14] Como practicas restrictivas del comercio han sido interpretadas, por los jueces del *common law*, las actuaciones colectivas sindicales, y como tales, ilegales. Es por ello que el sistema británico se basa en una serie de leyes que otorgan una serie de inmunidades a los sindicatos por su actuación sindical, pero considerando a tales inmunidades como privilegios, es decir, que parten de la base de que la actuación colectiva sindical es una actuación contraria a Derecho, pero ningún perjuicio le puede venir de

Pero la igualación de costes salariales también resulta deseable para los empresarios. A través de la igualación de costes derivados de la aplicación general del convenio colectivo, los empresarios evitaban la conflictividad social, y la competencia desleal de quienes intentasen reducir costes aplicando condiciones salariales inferiores al convenio colectivo[15]. Esta preferencia empresarial por la aplicación general del convenio colectivo es algo que se ha producido en todos los ordenamientos, y en todas las épocas a partir de la Revolución industrial[16], ya que al evitar la competencia desleal basada en la reducción de salarios, se fomenta la competencia de los empleadores en cuanto a la calidad del producto y a la innovación de los métodos de producción, lo que genera una situación general más beneficiosa que la producida por la reducción de costes. "La insistencia sindical en las condiciones de empleo uniformes realmente estimula la invención y la adopción de nuevos procesos productivos"[17], a la vez que de esta manera se elimina a los empleadores incompetentes y anticuados, porque "cada vez que un sindicato realmente obtiene una regulación común, sea por negociación colectiva o por disposición legal, se da un paso más hacia el hundimiento de los empleadores menos inteligentes y peor equipados de la industria"[18].

De igual manera, también el Estado está interesado en la igualación de costes en la actividad, no ya solamente porque en estas circunstancias se mejora la producción y se genera más riqueza, sino también por la "utilidad del sistema para la consecución de los fines ético–sociales que son consustanciales al Estado contemporáneo", entre los que se incluyen el "limitar los perniciosos resultados que había ocasionado el libre juego de la autonomía de la voluntad individual", y en todo caso, a través del convenio de aplicación general se consigue la paz social[19]. Tam-

---

ello a consecuencia del privilegio legal de la inmunidad. Vid, a estos efectos, Lord Wedderburn, ·"Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa", MTSS, 1991, especialmente pp.83 y ss. En el mismo sentido, H. Phelps Brown, en "Los orígenes del poder sindical", MTSS, 1990, especialmente pp. 16, 72, 73, 105 y 258. También O. Kanh–Freund, "Trabajo y derecho", MTSS, 1987, especialmente pp.45 y ss. Es de destacar que este autor considera que la legislación laboral, al restringir el poder directivo del empresario, no produce una restricción de la libertad de contratación, sino todo lo contrario: "…la legislación laboral amplía la esfera de libertad de los trabajadores frente al poder de dirección de los empresarios, o, si se prefiere, su libertad de anteponer sus propios intereses y los de sus familias a los intereses de su empresario" p. 59.

[15] Según M. Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer "Eficacia general del convenio colectivo", Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, pp. 28 y ss.

[16] Para las relaciones laborales en Gran Bretaña, vid, S. y B. Webb, "La democracia Industrial", Editorial Biblioteca Nueva, 2004, pp. 535 y ss.

[17] S. y B. Webb, "La democracia industrial", cit, p. 541.

[18] S. y B. Webb, "La democracia industrial", p. 544.

[19] M. Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, "Eficacia General del convenio colectivo", cit, p. 32–35.

bién, la regulación general hace desaparecer los agrios conflictos entre los trabajadores sindicados y no sindicados y borra de los pactos colectivos las cláusulas irritantes de seguridad sindical como carentes de objeto, supone la fijación de unos niveles mínimos, especialmente en cuanto a salarios, de manera que se garantiza que la competencia entre empresas no pueda ya montarse sobre reducciones de éstos[20]. Pero, fundamentalmente, la determinación de salarios a través de convenios colectivos puede convertirse en una medida de política económica estatal cuando el Estado influye de alguna manera en esa negociación colectiva[21].

En definitiva, se considera deseable que el convenio colectivo sectorial marque "una zona económica, determinada por la uniformidad de las condiciones de producción y la similitud en el coste de vida", ya que "la necesidad de contrarrestar los efectos de la libre concurrencia que aquí se manifestaría como competencia desleal, es lo que ha obligado a la convención colectiva a ir ampliando el ámbito de su aplicación"[22]. En todas las épocas a partir de la implantación de la Revolución liberal, y en todas las culturas occidentales, la igualación de costes salariales para las empresas que compiten en el mercado se ha considerado algo beneficioso y deseable, y se ha dejado al convenio colectivo la función de conseguir este objetivo.

Lo dicho anteriormente no es puesto en entredicho por las nuevas circunstancias económicas, y los nuevos métodos de producción. Ciertamente, "en plena era post–industrial existe una tendencia creciente al abandono de la uniformidad del modelo fordista y a la consolidación de un modelo en el que se intensifica la diversificación de condiciones de trabajo. En suma, las fórmulas retributivas flexibles tienden a garantizarse"[23]. El auge de la descentralización productiva como mecanismo de huida de los convenios colectivos con mejores condiciones de trabajo hacia otros claramente peyorativos o de mínimos, el auge de la autonomía individual y del poder empresarial como mecanismo de fijación de condiciones de trabajo, el todavía incompleto grado de cobertura de la negociación colectiva al quedar excluido de ella un número relativamente importante de trabajadores, entre ellos los autónomos dependientes, y el incumplimiento más o menos solapado de la negociación colectiva, principalmente en las pequeñas empresas, son mecanismos que

---

[20] Según M. Alonso Olea, "Pactos colectivos y contratos de grupo", Comares, 2000, p. 88.

[21] Sobre la materia, puede leerse a Melvin W. Reder, "El interés público en los asuntos salariales", en "Las negociaciones colectivas", John T. Dunlop y otros, Ediciones Marymar, 1971, pp. 189 y ss.

[22] A. Gallart Folch, "Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo", Editorial Comares, 2000, p. 173. Otro beneficio de la regulación convencional general, según este autor, consiste en que al estar fijado con cierta estabilidad el esfuerzo productivo exigible a cada obrero, y la retribución debida, se puede hacer un cálculo previo más aproximado del coste de producción y con ello, un planteamiento más racional y menos aleatorio del negocio industrial. Ibídem, p. 32.

[23] J. R. Mercader Uguina, Dir., "El contenido económico de la negociación colectiva", MTAS, 2005, p. 18.

tienen a eludir la aplicación de los convenios colectivos[24]. Pero aún así, es el convenio colectivo el que tiene que regular tanto la diferenciación retributiva en la era post–industrial[25], como los modos de evitar su expulsión de las fuentes de derechos y obligaciones en la relación de trabajo.

3. TÉCNICAS JURÍDICAS EMPLEADAS PARA CONSEGUIR LA IGUALACIÓN DE COSTES LABORALES SECTORIALES. ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO COLECTIVO

La técnica jurídica con la que preferentemente se persigue la igualación de costes salariales es el convenio colectivo sectorial de eficacia general. Se trata de una norma que contiene unos estándares aplicables a todos los afectados por el convenio (que por definición son todos los trabajadores y empresarios dedicados a una cierta actividad, y en un determinado territorio), que resulta de obligado cumplimiento y que impide la contratación de trabajo por debajo de los mínimos convencionales. Se trata de conseguir que el convenio colectivo sectorial se convierta en la ley de la profesión o industria[26]. Esta es la técnica que más difusión ha tenido en todos los tiempos, y en todas las culturas jurídicas.

Pero la utilización del convenio colectivo como técnica para igualar costes salariales en un sector requiere la existencia de ciertos mecanismos previos que la hacen operativa, sin los cuales resultaría inútil. La fuerza vinculante de los convenios, de manera que no se trate sólo de acuerdos entre caballeros, sino de normas jurídicas invocables ante los Tribunales, se muestra como un requisito previo sin el cual la técnica analizada no opera con normalidad. Pero además de la fuerza vinculante, el convenio colectivo necesita la eficacia general para que nadie pueda escapar a la regulación contenida en el mismo. Y para que un ordenamiento jurídico otorgue eficacia general y fuerza vinculante a una norma elaborada por sujetos privados, al margen del procedimiento constitucional ordinario previsto para aprobar las leyes y reglamentos estatales, se necesita articular un modo de asegurar que los sujetos que elaboran el convenio colectivo con eficacia general y fuerza vinculante,

---

[24] Según R. Escudero Rodríguez, "La negociación colectiva en España…" cit, p. 28 y 29.

[25] "…las fórmulas retributivas flexibles tienden a generalizarse y el convenio colectivo resulta, en todo caso, un buen lugar para su concreción", según se expone en "El contenido económico de la negociación colectiva", cit, p. 18.

[26] Como dice M. Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, "Para que el convenio colectivo alcanzase su plenitud se tenía que convertir en la ley de la profesión o industria", en "Eficacia general del convenio colectivo", cit, p. 39, con expresión tomada de M. Alonso Olea, "Pactos colectivos y contrato de grupo", cit. p. 87.

representen al menos a una porción de la población que va a resultar obligada por la norma que sea suficientemente representativa, a fin de no olvidar los principios de democracia y participación en la elaboración de estas normas, así como articular un modo (sea por un acto especial para cada convenio, sea por el establecimiento de unas reglas generales para la negociación del convenio) de que el convenio adquiera eficacia general. Se necesitan, pues, normas que regulen la constitución y funcionamiento regular de los sujetos colectivos, así como normas que controlen el grado de representatividad de estos sujetos, y un procedimiento para que el convenio adquiera la eficacia general.

Hasta ahora, la determinación de la forma y procedimiento en que se han conjugado estas técnicas, se ha producido a nivel de Estado, de manera que cada Estado ha tenido una evolución diferente y ha dado lugar a unas reglas de juego, en esta materia, propias y diferenciadas, con independencia de la similitud y homogeneidad de estas técnicas en los distintos Estados que conforman una misma cultura jurídica. Pero ello conlleva, necesariamente, que las diferencias de cultura jurídica, o el diferente nivel de evolución en cada época, producirán unos resultados distintos en otros ordenamientos que persigan el mismo fin de igualación de costes salariales en un determinado sector[27].

En definitiva, el convenio colectivo, sea norma jurídica o no, necesite o no un acto del Estado para ser obligatorio, se imponga su cumplimiento por los órganos jurídicos estatales o por la acción sindical de autotutela, es el instrumento a través del cual se establece la igualdad de costes salariales, la regulación del sector y unas condiciones de trabajo estándar aplicable a todos los sujetos que intervengan en una determinada actividad. Todas las culturas jurídicas, al menos en el mundo desarrollado, utilizan esta técnica[28], y se pretende que en aquellas culturas que no se utiliza, se desarrolle cuanto antes esta manera de determinar condiciones de trabajo.

---

[27] Por ello, incluso en ordenamientos jurídicos en que no se recoge expresamente el derecho subjetivo de libertad sindical, ni se reconoce valor jurídico vinculante a los convenios colectivos, como ocurre en el sistema de relaciones laborales británico, existen técnicas para imponer un sistema igualitario de costes salariales. Aunque el convenio colectivo en Gran Bretaña no sea norma jurídica invocable ante los Tribunales, existen técnicas para hacerlo aplicable, y con ello, imponer una igualación de costes salariales en el sector. En el caso británico, las técnicas utilizadas no van en el mismo sentido que las técnicas vistas más arriba, pero igualmente producen el mismo resultado. Las cláusulas de garantía salarial, y las inmunidades sindicales previstas por la legislación británica, que permiten una acción sindical tendente a los mismos fines que en otras culturas jurídicas se consiguen a través de las técnicas jurídicas que más arriba hemos visto, ofrecen una cobertura suficiente para conseguir los mismos fines aunque con distintos medios. Sobre la materia vid. Lord Wedderburn, "Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa", MTSS, 1992. y F. Fita Ortega, "La negociación colectiva en Reino Unido", publicado en "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", Dir. T. Sala Franco, Tirant lo Blanch, 2008., entre otros. En parecido sentido se producen las relaciones laborales en otros países, como explica, por ejemplo, Albert Rees en "La influencia económica de los sindicatos en Estados Unidos", MTSS, 1987.

[28] Para una visión de conjunto, puede verse F. Valdés Dal–Ré (Dir). "Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea", MTAS, 2006, y T. Sala Franco (Dir), "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit.

4. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL CONVENIO COLECTIVO

Dado que la determinación de condiciones de trabajo estándares a través del convenio colectivo interesa a todos los sujetos que intervienen en las relaciones laborales, incluido el Estado, se necesita una regulación legal que dote al sistema de estabilidad y lo proteja frente a quienes intenten dejarlo en desuso. Por tanto, los distintos ordenamientos jurídicos han establecido unas reglas de funcionamiento, control y promoción de la negociación colectiva, que sitúan a ésta en el centro del sistema de relaciones laborales, de manera obligatoria para todos los sujetos.

Las reglas que garantizan el uso de la negociación colectiva para determinar las condiciones de trabajo se encuentran al máximo nivel en la jerarquía normativa de cada ordenamiento. Así, en España es la Constitución la que garantiza no sólo la existencia y fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1), sino también la existencia y funcionamiento libre de los sujetos que los pactan (arts. 37.2 y 28.1), existiendo también normativa infraconstitucional que desarrolla los preceptos constitucionales en la materia. Pero al igual que en España, en el resto de países de nuestro entorno, la garantía del sistema de negociación colectiva se encuentra en la más alta norma jurídica de cada país. Así, en Alemania[29], Bélgica[30], Francia[31],

---

[29] Se ha dicho que "es el art. 9.3 de la Constitución de la República Federal de Alemania, de 23 de mayo de 1949, la columna vertebral de la negociación colectiva en Alemania, artículo éste que garantiza, a todas las personas y en todas las profesiones, el derecho a formar asociaciones para salvaguardar y mejorar las condiciones económicas y de trabajo", entendiendo la doctrina y jurisprudencia que "la libertad sindical lleva implícito el derecho de las asociaciones profesionales a la conclusión de convenios colectivos en nombre propio, de tal forma que el núcleo de este derecho fundamental garantizado por la Constitución descansa, precisamente, en la garantía estatal de un sistema de negociación colectiva", según Gladis B. Olmeda Freire en "La negociación colectiva en Alemania", dentro de la obra colectiva "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit., pp. 43 y ss.

[30] "El derecho a la negociación colectiva se encuentra reconocido en el art. 23 de la Constitución Belga (desde la reforma de 1993), dentro de un amplio grupo de derechos calificados como económicos, sociales y culturales que están fundamentados en el derecho a la dignidad humana", según A. Guamán Hernández, "La negociación colectiva en Bélgica", publicado en "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit, pp. 105 y ss.

[31] Ya que aunque la Constitución francesa no contiene ninguna referencia a la negociación colectiva en su articulado, "el preámbulo prevé, como principio, el derecho de todo trabajador a participar, a través de sus representantes, en la determinación colectiva de condiciones de trabajo", según A. Blasco Pellicer, "La negociación colectiva en Francia", publicado en "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit, pp. 281 y ss.

Italia[32], Bulgaria[33], etc. En otros países de nuestro entorno, cuando por alguna razón (normalmente de índole histórica), la libertad sindical y su derivado, el derecho de negociación colectiva, no aparecen en la Constitución del país, se admite que estos derechos están garantizados a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos que, a estos efectos, funciona como la Constitución[34].

En estas circunstancias, diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español han señalado la relación estrecha entre el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la libertad sindical, de manera que cuando se pretende sustituir las normas emanadas o que han debido emanar de la negociación colectiva por normas emanadas de otras fuentes, se está violando el derecho de libertad sindical de los sujetos sindicales que han sido postergados en su derecho a participar en la determinación paccionada de normas laborales[35].

Normas fundamentales del Derecho Internacional también constituyen una protección legal del sistema de negociación colectiva, por encima de las garantías contenidas en las constituciones de los diversos países[36]. Así, no sólo la convención Europea de Derechos Humanos puede citarse como norma garante de la libertad sindical y la negociación colectiva, sino también, y especialmente, el Derecho surgido de la OIT[37], sobre todo el contenido en sus Convenios sobre libertad sindical (Convenio número 87, de 9 de julio de 1948) y sobre negociación colectiva (Convenio número 98, de 1de julio de 1949); Convenios universalmente ratificados y aplicados, y que vienen a manifestar una voluntad mundialmente compartida, de

---

[32] "El art. 39 de la Constitución italiana de 1948 dispone en su apartado cuarto –tras consagrar el principio de libertad sindical– que los sindicatos registrados y dotados, en consecuencia, de personalidad jurídica, podrán, representados unitariamente en proporción a su número de afiliados, firmar convenios colectivos de trabajo con eficacia obligatoria para todos los pertenecientes a las categorías a las que se refiera el convenio", según E. López Terrada, "El sistema italiano de negociación colectiva", publicado en "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit, p. 329 y ss.

[33] "La libertad de asociación sindical es uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos por la Constitución del país. El art. 49m párrafo 1 de la CRB, establece que "los trabajadores y los empleados serán libres de formar organizaciones y alianzas sindicales en defensa de sus intereses relacionados con el trabajo y la seguridad social", según Nadezhda Daskalova–Nikova y Nikolay Sapundzhiev en el capítulo cuatro de "Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea", MTAS, 2006.

[34] Así, en Gran Bretaña según Lord Wedderburn en "Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa", MTSS, 1994, especialmente pp. 201 y ss., y en Austria, según Franz Marhold en el segundo capítulo de "Libertad de Asociación de trabajadores y empresarios…" cit.

[35] Por todas, SSTC 107/2000 y 225/2001.

[36] Los procedimientos de protección de estos derechos los describe M. F. Canessa Montejo en "La protección internacional de los derechos humanos laborales" Tirant lo Blanch, 2008.

[37] Vid. J. Bonet Pérez, "Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político–jurídico universal", Atelier, 2007.

otorgar a los representantes de los trabajadores y empresarios la tarea de establecer las condiciones de trabajo de manera paccionada y sin influencias externas.

En definitiva: es mundialmente aceptado que la determinación de condiciones de trabajo es algo que no compete a los Estados, sino a los sujetos colectivos, a través de procedimientos voluntarios de negociación colectiva. Y que al usar estos procedimientos, se están poniendo en aplicación derechos fundamentales propios de la más alta escala axiológica.

5. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA AUTONOMÍA DE LOS NEGOCIADORES PARA REGULAR EL ÁMBITO PERSONAL DE LOS CONVENIOS

De lo que hemos visto hasta ahora se deduce que actualmente en nuestra cultura jurídica, y tendencialmente en todas las culturas jurídicas, los sujetos colectivos tienen libertad para establecer las normas que regulan la prestación de trabajo en un determinado sector; que son esos sujetos colectivos y no otros, los encargados de dar el contenido a las normas reguladoras de la prestación de trabajo; y que al configurar unas normas generales, de obligado cumplimiento para todos los sujetos que operen en la misma actividad y el mismo territorio, están tutelando un interés que afecta tanto a los trabajadores y sus representantes, como a los empleadores y sus representantes, e incluso al Estado y a la sociedad en general. Igualmente, hemos visto que al proceder de este modo, los sujetos colectivos están usando derechos de la máxima importancia, previstos en las Constituciones de cada Estado, y en normas internacionales que intentan proteger derechos fundamentales.

Como resultado de la aplicación de estas técnicas y de estos derechos fundamentales, los convenios colectivos actuales tienen un ámbito de aplicación personal determinado por los negociadores del convenio. En este ámbito de aplicación personal, se incluyen todos los trabajadores y empresarios que actúan en una determinada actividad y en un determinado territorio, porque así lo han decidido los negociadores del convenio, y en consecuencia, el ordenamiento ha dado eficacia general a la norma que regula el ámbito personal.

En ese sentido se puede entender la doctrina judicial existente en materia de aplicación de los convenios colectivos sectoriales a trabajadores que han sido objeto de traslados desde el territorio regido por un convenio sectorial provincial, a territorio de otro convenio provincial distinto. Doctrina judicial uniforme[38], que

[38] Recogida, entre otras, en las SSTSJ Castilla y León Valladolid, de 7.9.1992 (AS 1992/4676), Cataluña de 2.3.2005 (AS 2005/1256), Andalucía–Sevilla, de 7.11.2001 (AS 2003/2473) y 3.12.2002 (AS2003/545).

viene a estatuir que el convenio aplicable al trabajador desplazado es el convenio del centro en que presta sus servicios durante el desplazamiento. Y ello por aplicación directa del convenio, en cuyo ámbito de aplicación personal se incluyen a todos los trabajadores y empresas que prestan sus servicios en la actividad y el territorio regulados por el convenio.

Así las cosas, según la práctica y doctrina judicial española, el convenio colectivo aplicable resulta ser el que rige en el centro de trabajo en que realmente presta sus servicios el trabajador sometido a movilidad territorial, es decir, el convenio aplicable al centro en que ha sido desplazado, y ello durante el tiempo que dure su desplazamiento. De esta forma se consigue la uniformidad de costes para todas las empresas que actúan en el territorio, evitando el abaratamiento artificial de costes al desplazar trabajadores desde territorios con convenios inferiores; pero también se consigue equilibrar los intereses del trabajador, que va a tener por su trabajo un salario igual que el resto de los trabajadores que realizan el mismo o similar trabajo en el mismo territorio. Y todo ello se consigue, simplemente, por la aplicación directa y normal de las normas convencionales elaboradas por los sujetos colectivos en uso de sus derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

En cambio, en el ámbito del Derecho comunitario se han alzado varias sentencias del TJUE que, aplicando las libertades fundamentales comunitarias, especialmente la libertad de establecimiento, vienen a imponer una solución distinta a este conflicto de elección del convenio colectivo aplicable, cuando el desplazamiento de trabajadores se produce entre dos empresas establecidas en diferentes Estados miembros de la UE[39].

Así, la Sentencia del TJUE de 11.12.2007, Asunto C–438/05, *Viking*, considera que una medida de conflicto iniciada por un sindicato a fin de que una empresa acuerde con ese sindicato determinadas condiciones de trabajo de determinados trabajadores, puede considerarse una medida contraria a la libertad de establecimiento de esa empresa, cuando la misma pretende establecerse en un país con condiciones laborales inferiores, para realizar el mismo servicio de transporte de pasajeros. En el mismo sentido, la Sentencia del TJUE de 18.12.2007, Asunto C–

[39] Como es sabido, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, ya transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, constituye una norma comunitaria de Derecho internacional privado, cuya finalidad ha sido la de evitar las situaciones de «dumping social» que podrían derivarse de la aplicación del art. 6 del Convenio de Roma (sustituido, para los contratos que se celebren a partir del 17 de diciembre 2009, por el Reglamento CE 593/2008, de 17 de junio) a los supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores, pues, en su virtud, la ley objetivamente aplicable es la del país de origen, de suerte que el trabajador desplazado no gozaba de los mismos derechos laborales que los trabajadores del país de desplazamiento, lo que daba lugar a ventajas comparativas para las empresas en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados y de los trabajadores del país de desplazamiento.

341/05, *Laval*, considera que también es una medida contraria a la libertad de establecimiento una acción sindical de presión para obligar a una empresa a pactar las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados por esa empresa, con el sindicato del país en que la empresa va a prestar el servicio. Abundando en la materia, la Sentencia del TJUE de 3–4–2008, Asunto C–346/06, *Rüffert*, considera igualmente contrario al derecho de libertad de establecimiento, una actuación estatal consistente en excluir de la posibilidad de acceder a un contrato público aquellas empresas que no se comprometan a pagar a los trabajadores que empleen, al menos la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución.

Para el TJUE el nivel mínimo de derechos garantizados por la Directiva 96/71 a los trabajadores desplazados temporalmente por una empresa de la UE a otro Estado miembro, es también un máximo de derechos a exigir a dichas empresas , ya que "la Directiva 96/71 no tiene por objeto la armonización de los sistemas de fijación de las condiciones de trabajo y empleo en los Estados miembros, éstos pueden elegir a nivel nacional, un sistema que no figure expresamente entre los previstos en esa Directiva, siempre que no obstaculice la prestación de servicios entre los Estados miembros"[40]. Dado que la Directiva sólo protege la cuantía del salario mínimo, según el TJUE no se puede invocar esta disposición para fundamentar que los prestadores de servicios están obligados a respetar cuantías de salarios que no constituyen salarios mínimos.

Entendemos que la doctrina contenida en estas sentencias comunitarias no consigue el deseable equilibrio entre las libertades comunitarias y los derechos fundamentales a la negociación colectiva y la libertad sindical regulados a nivel nacional. Y ello, porque el TJUE es un órgano encargado por los Tratados fundacionales para la consecución de los objetivos de la Comunidad Europea, entre los que figura la libertad de establecimiento, pero no figuran los derechos fundamentales, regulados

---

Pero con la Directiva citada y las leyes nacionales que la han transpuesto, no se evita totalmente la competencia entre empresas basada en la reducción de costes laborales, ya que lo que aseguran aquellas normas es que las empresas establecidas en el territorio de los países miembros de la UE o del resto de países signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a sus trabajadores a otro Estado miembro o a otro país signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, deberán dar cumplimiento, con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo, a las disposiciones del Estado de desplazamiento relativas a las materias de: a) períodos máximos de trabajo, así como períodos mínimos de descanso; b) duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) cuantías de salario mínimo; d) condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) salud, seguridad e higiene en el trabajo; f) medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; y g) igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

[40] Sentencia TJUE C 341/05, Asunto *Laval*, parágrafo 68.

a nivel nacional en las Constituciones de cada país. Desde el Tratado fundacional de la CEE, en su art. 4, al TJUE se le ha hecho "corresponsable de la realización de las tareas confiadas a la Comunidad", por lo que "el Tribunal se ha atribuido la función de promotor de la política jurídica comunitaria" y "resolvió normalmente el problema dando prioridad a los valores e intereses que sirven mejor a la Comunidad"[41]. Es por ello que el TJUE "ha contribuido de forma decisiva al progreso de la integración en orden al logro de los objetivos comunitarios"[42], desarrollando un acervo comunitario que no considera al mismo nivel las libertades comunitarias, reguladas en los Tratados fundacionales y de cuya consecución está encargado, que los derechos fundamentales, ausentes de los textos comunitarios, y regulados en unos Derechos, los nacionales, que están supeditados al Derecho comunitario en virtud del principio de primacía.

La falta, pues, de la consideración debida a los derechos fundamentales, sobre todo cuando friccionan con el Derecho comunitario (sea original o derivado) es patente en la jurisprudencia del TJUE. La posible vía para tenerlos en consideración, consistente en la ratificación por parte de la Unión Europea de la convención Europea de Derechos Humanos, ha sido rechazada expresamente por las instituciones comunitarias[43], por lo que la construcción que la Corte de Justicia de Estrasburgo ha hecho sobre los derechos humanos, parece inaplicable en sede comunitaria.

---

[41] Según expone Hjalte Rasmussen en "El Tribunal de Justicia", publicado en VVAA, "Treinta años de Derecho comunitario", Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1981, p. 161 y ss, especialmente pp. 205, 207 y 208.

[42] Gil Carlos Rodríguez Iglesias, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", publicado en VVAA, "El Derecho comunitario y su aplicación judicial", Civitas, 1993.

[43] Vid. J. A. Carrillo Salcedo, "El Convenio Europeo de Derechos Humanos", Tecnos, 2003, especialmente, pp. 111 y ss.

Tercera Ponencia

LOS CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Mª. Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. Introducción
2. El doble contenido del convenio colectivo
3. Las nuevas funciones de la negociación colectiva y su reflejo en los contenidos de los convenios colectivos
   3.1. De las funciones clásicas a las funciones renovadas de la negociación colectiva. Viejas y nuevas funciones y viejos y nuevos contenidos
   3.2. Las funciones clásicas de la negociación colectiva: la regulación de condiciones de trabajo y la pacificación social
   3.3. Las transformaciones de la sociedad "post–industrial" como elemento determinante del contenido de la negociación colectiva
      3.3.1. Las nuevas formas de organización productiva y de organización empresaria y sus consecuencias en la negociación colectiva
      3.3.2. El replanteamiento del intervencionismo público y sus consecuencias en la negociación colectiva

4. NUEVAS FUNCIONES Y AMPLIACIÓN DE CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DE LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO A LA FUNCIÓN DE GESTIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO Y DE LAS RELACIONES LABORALES

4.1. La función protectora o "estatutaria"

4.1.1. La protección de los derechos fundamentales

4.1.2. La protección de la calidad del ambiente de trabajo, tanto en su dimensión interna como externa

4.1.3. La lucha por la igualdad de género

4.1.4. La negociación colectiva también desempeña una función de protección social renovada

4.1.5. Políticas de creación de empleo y, sobre todo, de mejora de su calidad

4.2. Función de mercado (función económica de producción)

4.2.1. La ordenación de la materia salarial

4.2.2. La ordenación del tiempo de trabajo

4.2.3. La regulación convencional de la estructura profesional

4.4.4. Procesos de descentralización productiva y subrogación empresarial

4.3. La Función Política de la negociación colectiva

1. INTRODUCCIÓN

Los cambios en la realidad económica y social están determinando nuevos desafíos para el ordenamiento jurídico–laboral y, dentro de éste, se pone el acento en la función actual de la negociación colectiva como fuente determinante de la instauración del nuevo Derecho del trabajo, reflejando el proceso de transición del modelo legal garantista al modelo flexible, caracterizado por el retroceso de la ley a favor del convenio colectivo como fuente reguladora e instrumento idóneo, por su carácter flexible y consensuado, para llevar a cabo los procesos de reorganización permanente del sistema productivo.

En efecto, el mundo empresarial contemporáneo se caracteriza por la proliferación de nuevos procesos de reorganización empresarial, y por la renovación del sistema de relaciones laborales en una actividad empresarial situada en un contexto global y en continua transformación por la fuerza que ejerce el principio de eficiencia económica y de competitividad, situado ahora como eje fundamental. Esta coyuntura, que se caracteriza por la introducción de medidas innovadoras, plantea arduos problemas de adaptación de la negociación colectiva a los cambios que se van sucediendo rápidamente y se ponen de manifiesto numerosos problemas que es preciso resolver.

En el escenario actual de la negociación colectiva, se parte de la base de que el acuerdo o convenio colectivo debe potenciar su condición de técnica específica de autoorganización flexible de la empresa para adaptarla rápidamente a las variaciones que aconsejen la situación o coyuntura del mercado atendiendo a la posición competitiva de la empresa contemporánea. Supone que la reorganización de la empresa flexible puede realizarse incrementando la implicación, la participación y, en suma, la corresponsabilidad de los agentes sociales en la dinámica de funcionamiento de la organización productiva, y asimismo en las decisiones sobre los procesos de concentración y descentralización empresarial que presiden permanentemente la vida de la empresa. La negociación colectiva, valorizando su condición de instrumento flexible es un cauce adecuado para proceder a normalizar los ajustes precisos, minimizando los conflictos sociales, y reduciendo los efectos negativos tanto desde el punto de vista social como en el estrictamente económico.

Esta evolución de la negociación colectiva es coherente con la amplitud funcional que le confieren los instrumentos normativos de la OIT. En efecto, el art. 2 del Convenio OIT núm. 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, establece como finalidades de la negociación colectiva entre las organizaciones de empleadores y de los trabajadores: fijar las condiciones de trabajo y empleo y regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y, en general, las relaciones entre sus respectivas organizaciones profesionales. Por su parte, la Recomendación núm. 163 de la OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva, dispone un conjunto de derechos instrumentales para garantizar la efectividad de la negociación colectiva: las partes sociales deben disponer de toda la información necesaria para poder negociar con conocimiento de causa y, con este objetivo, deberá proporcionarse a las organizaciones de los trabajadores la información acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que sea necesaria para negociar con conocimiento de causa (apartado II.7.2).

En nuestro ordenamiento interno, la regulación prevista está en gran medida preparada para la expansión y el enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva a partir del carácter abierto del art. 85 del ET, así como a través de la disponibilidad de los mecanismos previstos en otras normas, como los arts. 40, 41 y 51 del ET (acuerdos colectivos de reorganización productiva), que permiten sentar las bases para una negociación colectiva de tipo "gestional". El marco legal actual confiere a la autonomía colectiva negocial un amplio espacio de regulación de las condiciones de trabajo y del sistema de relaciones laborales, y este espacio está siendo llenado, aunque aún con mucha lentitud en algunas materias, por los agentes sociales, lo que ha supuesto un enriquecimiento de los contenidos tradicionales de la negociación colectiva, especialmente vinculados a la exigencia de responder a las transformaciones del proceso productivo y a las nuevas formas de organización de las empresas. En gran medida se trata de buscar nuevos equilibrios entre las necesidades de flexibilización de las empresas y de protección diversifi-

cada de los derechos de los trabajadores. No obstante, la autonomía negocial se ve cada vez más presionada por el "Derecho de la competencia", que adquiere una especial primacía dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, con el riesgo evidente de quedar (en general, el Derecho del Trabajo) cada vez más dependiente de él. En este sentido, la negociación colectiva trata de equilibrar su función garantista tradicional con su reconocida función flexibilizadora y su actual función "gestional" (relativa a la gestión de la empresa), tratando de incrementar o reforzar la influencia de los trabajadores en el ámbito de los poderes empresariales.

Los distintos Acuerdos Marcos Interconfederales, que se han venido sucediendo especialmente a partir de de 2002, parecen situarse en ese esquema más participativo de las relaciones laborales y de mayor implicación en la competitividad de las empresas y del sistema económico. En el mismo sentido, en la Declaración para el Diálogo Social suscrita el 8 de junio de 2004, el Gobierno y los interlocutores sociales expresaron su compromiso con el diálogo y la negociación como instrumento capaz de abordar los cambios necesarios para lograr una mejora del funcionamiento del mercado de trabajo. En dicha Declaración (Pacto Político–Social) se acepta por todas las partes sociales la búsqueda de "un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero basado en la mejora de la competitividad de las empresas y en el incremento de la productividad" y en ella se contempla la reforma del sistema de negociación colectiva y la ampliación de los derechos de participación de los trabajadores en la empresa. En el primer aspecto, se prevé que los sindicatos y las organizaciones empresariales deberán discutir bilateralmente la racionalización de la estructura negocial y el "enriquecimiento" de los contenidos de la negociación colectiva, buscando las fórmulas más convenientes para adaptarlas a las necesidades de empresas y sectores productivos así como para mejorar la productividad (introduciendo, por tanto, en el sistema de negociación colectiva una lógica de implicación con la racionalidad económica de las empresas y un compromiso con la productividad y mayor competitividad de las mismas). Para ello se postula un incremento de la participación de los trabajadores en la empresa, de tal modo que la negociación colectiva y la participación de los trabajadores en la empresa se articulan entre sí como mecanismos instrumentales para reactivar el modelo productivo equilibrándolo con la mejora de la calidad del empleo y la preservación de los intereses de los trabajadores.

Pero sigue, aún, siendo un reto para la negociación colectiva establecer modos de regulación que permitan ocupar los espacios dejados por la ley a partir de la reforma de 1994. No se puede dejar de señalar que la autonomía colectiva está realizando un gran esfuerzo para asumir las nuevas tareas reguladoras, sin embargo debe modernizar sus contenidos, evitando "transcribir" (lo que es todavía frecuente en muchos convenios) la preexistente (y ya derogada o liberalizada) regulación legal.

2. EL DOBLE CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO

El protagonismo creciente de la autonomía colectiva en la ordenación de las relaciones de trabajo es una constante desde su reconocimiento como poder juridificado dentro del ordenamiento jurídico, de constante adaptación a un entorno siempre cambiante. La autonomía colectiva negocial, como poder social con facultad creadora de derecho objetivo, se expresa y se exterioriza en un doble aspecto, que hoy está ya plenamente institucionalizado y juridificado:

- un aspecto dinámico, referido a la negociación colectiva como proceso flexible de encuentro y diálogo dirigido a alcanzar un convenio o acuerdo colectivo entre las partes sociales para la fijación de las condiciones de trabajo y las relaciones entre los sujetos colectivos intervinientes en la negociación,
- y un aspecto estático, referido a la negociación colectiva como resultado, es decir, como acto o instrumento jurídico resultado posible de ese proceso negociador.

Derivadas de este doble aspecto, en el contenido del convenio colectivo, como expresión jurídica de la autonomía colectiva, se han venido distinguiendo dos dimensiones: la dimensión normativa reguladora (contenido normativo) y la dimensión obligacional (contenido obligacional). Un tercera dimensión, junto a estas dos, es la que se refiere al contenido mínimo necesario o de identificación estructural del convenio. La regulación legal de estos aspectos del convenio colectivo no es muy ordenada, ya que se encuentra dispersa en tres pasajes diferentes del Estatuto de los Trabajadores: los artículos 82.2, 85.1 y 2 y 86.3. Pero ambas dimensiones están integradas dentro del sistema del convenio colectivo como instrumento jurídico negocial[1].

Como indica Valdés[2], la aparición histórica de la teoría dualista del contenido del convenio colectivo, tanto en su originaria dimensión funcional (Sinzheimer),

---

[1] Vid. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: Balance y perspectivas". Estudio Preliminar al libro de Giugni, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Comares, Granada, 2004, págs. LXXVIII y sigs. También Monereo Pérez, J.L.: "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho". Estudio Preliminar al libro de Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000.

[2] Valdés Dal–Ré, F.: "La desnaturalizada recepción por el estatuto de los trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2008, págs. 4–5. También Valdés Dal–Ré: "La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico–sistemática y comparada", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2008; Idem: "El contenido normativo del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Re (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 400 y sigs.

como en su posterior concepción material (Kaskel), aceptada mayoritariamente por la doctrina laboralista europea, se vincula a un doble y claro objetivo: En primer lugar, se trata de "asegurar la prevalencia o primacía aplicativa" de las estipulaciones del convenio que establecen condiciones de trabajo frente a la autonomía privada individual. En segundo lugar, se trata de "abrir espacios a la autoorganización de la autonomía colectiva, estimulando la asunción, por parte de las representaciones de los trabajadores y de los empleadores firmantes del pacto colectivo, de compromisos destinados a gestionar de manera conjunta el conflicto social". Con la diferenciación, dentro del conjunto de estipulaciones que forman parte del objeto del convenio colectivo, de estas dos dimensiones –dos tipos de contenidos– se persigue "la juridificación formal de los dos objetivos señalados". Se trata, en definitiva, de establecer mecanismos destinados a garantizar al convenio colectivo el efectivo cumplimiento de su función socialmente típica[3].

La diferenciación entre contenido obligacional y contenido normativo del convenio colectivo se halla implantada y arraigada en ordenamientos jurídicos como los de Alemania, Bélgica, Francia y España –con independencia de la diversa configuración jurídica del convenio– en los que la negociación colectiva y sus instrumentos jurídicos son objeto de una regulación heterónoma; pero, también, en los sistemas de relaciones laborales de otros países, como Italia, en los que la actividad contractual colectiva se rige, en lo esencial, por los principios de la contratación común. Pero ni la funcionalidad, ni el tratamiento de las cláusulas obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico puede asimilarse a las experiencias de otros países, dada la configuración jurídico–normativa propia de nuestro convenio colectivo[4].

Actualmente se viene poniendo en cuestión, por algunos sectores doctrinales, la posibilidad de diferenciar entre contenido normativo y contenido obligacional, lo que se trata de justificar en el carácter normativo del convenio colectivo, que traería como consecuencia que "todas sus estipulaciones, sin diferenciación alguna, crean derechos y obligaciones de naturaleza objetiva, que no subjetiva, respecto

---

[3] Sinzheimer, en efecto, configuraría al convenio colectivo como "contrato de normas de trabajo", apreciando en él una complejidad funcional integrada por una función normativa, una función obligatoria y una función "endo–asociativa u organizativa" y, a partir de esta construcción, reafirma la duplicidad de efectos del convenio colectivo: la eficacia inmediata o autonómica y la eficacia inderogable o imperativa, produciendo una suerte de "eficacia objetiva", que realza la eficacia no exclusivamente obligatoria del convenio colectivo. Vid. sobre la posición de Sinzheimer sobre la configuración del convenio colectivo, y, en general, sobre su fundamentación y encuadramiento en el ordenamiento jurídico en los orígenes del Derecho del Trabajo, Monereo Pérez, J.L.: "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho". Estudio Preliminar al libro de Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000, págs. XXVIII y sigs.

[4] Vid. González–Posada Martínez, E.: "El contenido obligacional del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Re (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 439 y sigs.

de los sujetos incluidos en sus respectivos ámbitos de imputación normativa"[5]. Posición que, en última instancia, lleva incluso a plantearse, en determinados casos, la propia caracterización del convenio –más allá de su función como fuente de derechos y obligaciones– como "norma"[6].

La objeción planteada en cuanto a la dificultad de aplicar esta distinción en nuestro modelo de convenio colectivo estatutario, dotado de eficacia normativa y general ("erga omnes"), olvida, sin embargo, su *carácter peculiar como "norma paccionada"*, debiendo recordarse la utilidad de la conocida fórmula de Carnelutti: "híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley".

La Constitución Española, art. 37.1, reconoce la función normativa del convenio colectivo como forma de producción social del Derecho, teniendo como objetivo central de la garantía constitucional la eficacia inderogable de la regulación colectiva. No obstante, remite a la ley las modalidades posibles de garantía de dicha fuerza normativa, que pueden consistir tanto en el reconocimiento de la función normativa propia de un contrato normativo de eficacia inderogable, como en la garantía de la condición de norma jurídica estricta encuadrada, en este caso, como fuente positiva en el ordenamiento estatal. En cualquiera de los dos casos, como señala Monereo Pérez[7], "se acaba reconociendo la condición de fuente del derecho

---

[5] Cfr. Valdés Dal–Ré: "El contenido normativo del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Ré (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 417.

[6] Señala, en este sentido, Valdés Dal–Re ("La desnaturalizada recepción por el estatuto de los trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, nº 17, 2008, pág. 6) que "De extracción netamente jurisprudencial, este segundo y definitivo desajuste deriva de la configuración del convenio colectivo estatutario como una norma, entendida la expresión en su sentido más riguroso y técnico; esto es, como fuente de derecho objetivo". "La consideración del convenio colectivo como una norma –tesis ésta que nada tiene que ver con la equiparación de los efectos del convenio a los de una norma– desvirtúa el sentido y alcance tanto del contenido normativo como del contenido obligacional". Igualmente, señala Valdés ("El contenido normativo del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Re (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 418) que "Dado el acrítico empeño de nuestra jurisprudencia en defender la eficacia normativa de los convenios colectivos estatutarios, el convenio colectivo extraestatutario constituye, precisamente, el único espacio contractual en el que cabe defender y aplicar con todas sus consecuencias la vigencia de la doctrina del contenido obligacional y normativo del convenio".

[7] Vid. Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (Dir.): *Comentario a la Constitución socio–económica de España*. Comares, Granada, 2002, págs. 625 y sigs., especialmente págs. 635 y 638–639. También Monereo Pérez, J.L.: "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho". Estudio Preliminar al libro de Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000, págs. LXXXVII y sigs.

Sobre la configuración jurídica del convenio colectivo y los debates de la doctrina al respecto, vid., entre otros, Carnelutti, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei raporti di* lavoro. Cedam, Papua, 1936; Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000; Giugni, G.: "La funzione giuridica del

objetivo", planteándose a veces un "falso debate de técnica jurídica, que puede ser superado en una posición razonablemente realista". Nuestro ordenamiento jurídico (partiendo de la Constitución) parece apuntar a que es elemento esencial para que el convenio colectivo realice su función típica el que se le otorgue una eficacia especial que le atribuya la obligatoriedad inmediata e inderogable respecto al círculo de sujetos de los contratos individuales de trabajo, sobrepasando la mera eficacia obligatoria entre las partes negociadoras. Lo que supone reconocer, en cualquier caso, su eficacia normativa (tanto en el caso del "convenio–norma", como en el caso del "contrato–normativo de eficacia inderogable o real", ya que incluso este último puede considerarse como una fuente del Derecho "no estatal", es decir, no integrada en el sistema formal de fuentes del Derecho del Estado, pero sí se inserta dentro del ordenamiento constitucional pluralista.

Pero, en cualquier caso, el convenio colectivo es un acto de autonomía privada que presenta la *estructura lógica de una norma jurídica paccionada de origen social* [véase, en este sentido, los Tratados Internacionales, como normas también paccionadas, y la posibilidad de las partes de introducir reservas a la aplicación de algunas cláusulas o partes de los mismos]. Es éste carácter peculiar el que ha permitido diferenciar, dentro del sistema del convenio colectivo como instrumento jurídico negocial, tres tipos de contenidos: contenido normativo, contenido obligacional y contenido formal (contenido mínimo)[8].

---

contratto collettivo", en *Lavoro, legge, contratti*. Il Mulino, Bologna, 1989; Giugni, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. *Comares, Granada, 2004; Giugni, G.: Derecho sindical*. MTSS, Madrid, 1983; Mariucci, L.: *La contrattazione collettiva*. Bologna, 1989; Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y* españolas. Comares, Granada, 2000; Sala Franco, T.: *Los convenios colectivos* extraestatutarios. IES, Madrid, 1981; Valdés Dal–Re, F.: *Configuración y eficacia de los convenios* extraestatutarios. ACARL, Madrid, 1989; Valdés Dal–Re, F.: "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", *Temas* Laborales, nº 76, 2004, págs. 21–65; Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (Dir.): *Comentario a la Constitución socio–económica de España*. Comares, Granada, 2002; Correa Carrasco, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho*. Universidad Carlos III–BOE, Madrid, 1997; Escribano Gutiérrez, J.: *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*. CES, Madrid, 2000.

[8] Sobre el contenido de los convenios colectivos, vid., entre otros: Ojeda Avilés, A.: "Contenido", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Comentario al Estatuto de los* Trabajadores. Comares, Granada, 1998, págs. 920–935; García–Perrote Escarpín, I.: "Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos", *Documentación* Laboral nº 25, 1988, págs. 25–54; García Murcia, J.: "Contenido normativo y contenido obligacional en los convenios colectivos laborales", *Actualidad* Laboral, nº 23 y 24, 1988, págs. 1289–1296 y 1345–1351; Barbagelata, H.H., Rosenbaum Rímolo, J. y Garmendia Arigón, M.: *El contenido de los convenios colectivos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (Uruguay), 1998; Martín Valverde, A.: "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional", en AAVV: *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional*. *II Jornadas de Estudio sobre la Negociación* Colectiva. MTAS, Madrid, 1990, págs. 37–54; García Blasco, J.: "El contenido del convenio colectivo", *REDT*, nº 100, 2000, págs. 1477–1496; Albiol Montesinos, I. (Dir.): *Contenido y alcance de las cláusulas obli-*

– La dimensión normativa (contenido normativo): que hace referencia a las reglas o cláusulas que tienen por objeto la regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, con el alcance amplio que hoy prevé el Estatuto de los Trabajadores (art. 85.1 y 82.2 ET). Las cláusulas normativas tienen atribuido un régimen jurídico singular en los supuestos de denuncia del convenio (se mantienen vigentes, salvo pacto en contrario; art. 86.3 ET) y su efectividad queda reforzada por la tutela sancionadora administrativa (art. 5.1 LISOS).

– La dimensión obligacional (contenido obligacional): que hace referencia al conjunto de obligaciones que asumen las partes negociadoras con eficacia jurídica "interpartes" exclusivamente (sin fuerza de obligar "erga omnes"). Las llamadas cláusulas obligacionales comprenden obligaciones o compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación del convenio mediante la constitución de órganos o comisiones "ad hoc" (art. 82.2 ET: la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten). Se puede decir, en línea de principio, que la parte normativa ordena o disciplina los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación, mientras que la parte obligacional ordena las relaciones laborales gestionadas por los sujetos que han negociado el convenio colectivo. El convenio colectivo, por tanto, en su doble dimensión, contiene normas jurídicas que ordenan las relaciones laborales, e igualmente contiene pactos que establecen derechos e imponen obligaciones exclusivamente a las partes contratantes[9].

Estas cláusulas obligacionales participan de la fuerza vinculante propia del convenio colectivo, aunque limitada a las partes negociadoras que las han concertado. Por consiguiente, su incumplimiento genera un ámbito de responsabilidad civil o patrimonial respecto a la parte perjudicada por el incumplimiento. Por lo demás, pueden utilizarse, en tal caso, las medidas de presión colectiva (huelga y

---

gacionales en la negociación colectiva. MTAS, Madrid, 2005; Valdés Dal–Re: "El contenido normativo del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Ré (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 397–432; Valdés Dal–Ré, F.: "La desnaturalizada recepción por el estatuto de los trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2008; González–Posada Martínez, E.: "El contenido obligacional del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Re (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 433–459; Olarte Encabo, S. y De La Casa Quesada, S.: "Extensión y límites legales del contenido de la negociación colectiva: entre la continuidad y la renovación", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006, pág. 379–411.

[9] Vid. González–Posada Martínez, E.: "El contenido obligacional del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Ré (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, pág. 437.

conflicto colectivo). No existe un ámbito de responsabilidad administrativa. Carecen de eficacia prorrogada después de la denuncia del convenio, salvo pacto colectivo en contrario (art. 86.3 ET).

Mientras que las cláusulas normativas, en la medida en que ordenan las singulares condiciones de trabajo, facultan la reclamación de los trabajadores y empresarios que están incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, las cláusulas obligacionales sólo legitiman la acción de aquellos sujetos que han sido parte de la negociación.

– El contenido formal (contenido mínimo) –o, con mayor rigor técnico, "contenido necesario"– del convenio colectivo se recoge imperativamente (como norma de derecho necesario) en el art. 85.3 ET y pretende dotar al convenio de una identidad y autonomía en el marco del sistema de relaciones laborales y facilitar su identificación como fuente de derechos y deberes[10]. Contenido mínimo que en ningún momento afecta al principio de libertad de contratación colectiva, porque el art. 85.3, en principio, tiene como finalidad exigir que los convenios puedan ser identificados como normas jurídicas y facilitar el desenvolvimiento normal de la negociación colectiva en la línea de garantía y de apoyo a la misma que se impone al legislador en el propio art. 37.1 CE. Su observancia es imperativa, ya que su cumplimiento condiciona la validez del convenio estatutario.

En la actualidad, sin embargo, la delimitación de estas distintas dimensiones (contenidos) del convenio colectivo ha evolucionado notablemente, adquiriendo progresivamente una mayor centralidad las cláusulas obligaciones. Esto se vincula, sin duda, a un proceso especialmente relevante, como es la transformación funcional del convenio colectivo. La parte obligacional cada vez ocupa una posición menos subalterna respecto del contenido normativo, configurándose progresivamente como un elemento esencial en la ordenación de las relaciones laborales. El desarrollo de la negociación colectiva ha supuesto que se haya ido incrementando el número de obligaciones recíprocas asumidas por los sujetos negociadores en relación a la administración o gestión de diversas instituciones que se crean en el ámbito del convenio colectivo para satisfacer distintos intereses laborales o sociales y que no se proyectan directamente sobre los contratos de trabajo. En consecuencia, cada vez se crean un mayor número de relaciones obligatorias entre los sujetos que negocian los convenios colectivos.

En la actualidad se supera progresivamente el tradicional desinterés por los aspectos de autocomposición, autoorganización y autodecisión de las cuestiones relativas a la gestión de la negociación colectiva. Se ha ido tomando conciencia de que la puesta en práctica del convenio es también expresión importante de la au-

---

[10] Cfr. Valdés Dal–Ré: "El contenido normativo del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Re (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 428.

tonomía colectiva, concretamente su administración y su contenido obligacional. De ahí que el proceso de enriquecimiento de los contenidos convencionales no va a ir dirigido sólo a los aspectos sustantivos de las condiciones de empleo, de trabajo y de calidad de vida de los trabajadores (que, desde luego, alcanzan cada vez un desarrollo mayor), sino que dicho enriquecimiento negocial alcanza también a reglas que deleguen en los firmantes del convenio su posterior desarrollo y su capacidad de complementación del acuerdo. Esto implica, como se ha dicho, "ampliar la capacidad de actuación de los firmantes sobre la totalidad del convenio, fortaleciendo y ampliando su margen de disponibilidad"[11].

De esta forma, cada vez es más frecuente la regulación en el convenio de "cláusulas híbridas o mixtas", que difícilmente pueden ser calificadas como obligacionales o normativas y que muchas veces pueden terminar desvirtuando el sentido y alcance tanto del contenido normativo como del contenido obligacional[12]. En la actualidad se ha producido, aunque lentamente, un enriquecimiento de los contenidos convencionales que no sólo se refiere a los aspectos sustantivos de las condiciones de trabajo, sino también, de manera particular, a las cláusulas que deleguen en los firmantes la capacidad de complementación o administración del convenio o de algunos de sus contenidos normativos, haciendo el proceso negociador más dinámico. Y ello ha venido planteando, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la dificultad de determinar la naturaleza de numerosas cláusulas que hoy se contienen con frecuencia en los convenios colectivos: cláusulas que imponen a los firmantes del convenio deberes de influencia sobre sus representados para garantizar la mayor aplicación de lo pactado o el gobierno de los conflictos a través de procedimientos de solución extrajudicial; cláusulas de empleo que implican compromisos genéricos de contratación de nuevos trabajadores; cláusulas que prohíben o limitan la externalización de partes del proceso productivo o el recurso a empresas de trabajo temporal; cláusulas relativas a la creación y funcionamiento de comisiones técnicas… La polémica respecto a la naturaleza, obligacional o normativa, de estas cláusulas está hoy claramente planteada.

Este enfoque, sin embargo, sigue chocando con la inercia de los operadores jurídicos. Así, por ejemplo, a la dimensión normativa del convenio suele asimilar

---

[11] Cfr. Olarte Encabo, S. y De La Casa Quesada, S.: "Extensión y límites legales del contenido de la negociación colectiva: entre la continuidad y la renovación", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006, pág. 411.

[12] G. Giugni (*Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bolonia, 1989, pág. 179) incluye las cláusulas mixtas entre la categoría de las obligaciones, considerando que "son enrealidad descomponibles en una serie de relaciones obligatorias". No obstante, hay que tener en cuenta la evolución que se ha producido en la negociación colectiva y los nuevos tipos de cláusulas convencionales que hoy se pactan en los convenios colectivos, de forma que muchas cláusulas que en principio podrían considerarse de naturaleza obligacional extienden sus efectos más allá de los sujetos negociadores, por lo que la jurisprudencia tiende a calificarlas como cláusulas normativas.

la jurisprudencia cláusulas de encuadramiento y gestión colectiva, que propiamente no pertenecen al contenido normativo ni al contenido obligacional del convenio. Es el caso, por ejemplo, de las indicaciones de los órganos de gestión y administración, las normas de organización de la unidad de negociación y del ámbito de aplicación, reglas de procedimiento de la negociación y del ámbito de aplicación, reglas de procedimiento de la negociación o revisión del convenio, etcétera.

Quizás uno de los problemas planteados en relación con este doble contenido deriva de que el ordenamiento laboral ha tendido a promocionar el contenido normativo del convenio, desvirtuándose la parte obligacional, y ésta sigue siendo la orientación mantenida por la jurisprudencia, aún reconociendo el carácter oscilante e incierto de la delimitación entre cláusulas normativas y obligacionales (en numerosas ocasiones, ante las dificultades de calificación planteadas y las consecuencias prácticas de la distinción entre las cláusulas normativas y obligacionales, la jurisprudencia tiene a calificar la mayor parte de las cláusulas de los convenios como normativas; SSTS de 25–10–1995; 29–4–2003). Muchos de los conflictos planteados en relación con la interpretación y aplicación de los convenios colectivos se plantean sobre el carácter normativo u obligacional de una determinada causa, y se producen fundamentalmente cuando, en una situación de eficacia prorrogada del convenio, el empresario decide no aplicar una determinada cláusula del mismo considerando que su naturaleza es obligacional, en tanto que los representantes de los trabajadores reclaman la aplicación de la misma atendiendo a su carácter normativo.

Puesto que las cláusulas obligaciones participan de la fuerza vinculante –normativa– propia del convenio colectivo, aunque limitada a las partes negociadoras que las han concertado, la principal consecuencia de esta calificación reside en la pérdida de vigencia automática tras la denuncia del convenio colectivo. Sin embargo, la libertad de contratación de las partes permite hoy pactar en el mismo convenio que, pese a la denuncia, se mantenga la vigencia de tales cláusulas hasta que entre en vigor el nuevo convenio. Y asimismo, se prevé esta continuidad, aún a falta de previsión expresa, siempre que de la redacción de la cláusula se desprenda que no está ligada a la apertura del nuevo proceso de negociación que se inicia con la denuncia (STS 20.12.1995). Sea por una vía o por otra, la regla del art. 86.3 ET pierde buena parte no ya de su imperatividad sino incluso de su operatividad, siendo hoy una regla totalmente disponible.

Debido a la dificultad, cada vez mayor, de adscribir numerosas cláusulas de los convenios al contenido normativo o al contenido obligacional, por algunos sectores doctrinales se ha propuesto, como vía para evitar conflictos y dar mayor juego a la práctica convencional, acabar con esta distinción, considerada hoy por muchos como más perniciosa que útil[13]. Sin embargo, hay que plantearse realmente las

[13] En este sentido se pronuncian claramente Olarte Encabo, S. y De La Casa Quesada, S.: "Extensión y límites legales del contenido de la negociación colectiva: entre la continuidad y la renovación", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006, pág. 409.

consecuencias de dicha desaparición, que difícilmente tendría como consecuencia la desaparición de tales conflictos, sino que más bien, al contrario, tendría como consecuencia un incremento de la conflictividad, no sólo respecto a los conflictos jurídicos (sobre la determinación del carácter obligacional o normativo de una concreta cláusula del convenio), sino también respecto al propio proceso negociador, incrementando las dificultades de llegar a acuerdos al eliminar un ámbito de garantía ya logrado para los trabajadores.

No se puede desconocer, desde luego, la existencia cada vez mayor de claúsulas mixtas o híbridas y las dificultades que éstas plantean, pero la solución a ello no es la desregulación. El art. 86.3 ET ha introducido ya mecanismos lo suficientemente flexibles para no impedir la dinamización de la negociación colectiva y para garantizar la gestión dinámica del convenio por los propios sujetos negociadores. Pero aún contiene una norma supletoria, en defecto de regulación por el propio convenio que cumple la función esencial de garantizar ese "orden reglamentado colectivamente" hasta tanto sea negociado uno nuevo. Su posible insuficiencia ante la creciente complejidad que hoy presentan los convenios colectivos puede y debe ser suplida por los propios negociadores, que deben preocuparse de establecer en el convenio los efectos de las diversas claúsulas que en él se negocien. E incluso podría plantearse la posibilidad de una regulación heterónoma que, con el mismo alcance supletorio que hoy se contiene en el art. 86.3 ET, estableciera los efectos de aquellas cláusulas mixtas o híbridas.

3. LAS NUEVAS FUNCIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU REFLEJO EN LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

3.1. De las funciones clásicas a las funciones renovadas de la negociación colectiva. Viejas y nuevas funciones y viejos y nuevos contenidos

Hablar del contenido de los convenios colectivos es hablar de las funciones del convenio. Las funciones que en cada momento cumpla el convenio determinarán el contenido del mismo. En este sentido, el objeto del proceso de negociación colectiva ha ido sufriendo cambios significativos a partir de un cierto núcleo determinado por su función básica siempre persistente, de tal forma que el convenio colectivo mantiene su típica función económico–social como instrumento de fijación de las condiciones de trabajo y de ordenación del sistema de relaciones laborales, pero, junto a sus funciones tradicionales, tiende a redefinir éstas y a asumir otras nuevas.

En realidad, la necesidad de adaptación de la negociación colectiva no es un fenómeno que responda exclusivamente al momento actual. Tanto la negociación

colectiva como sus productos jurídicos (y, como consecuencia, las construcciones doctrinales al respecto) han tenido que ir continuamente adaptándose para responder a los cambios que se han ido sucediendo en los sistemas de relaciones de trabajo y a las cuestiones sociales de cada momento. Todos estos cambios han hecho que sea necesaria la revisión de las teorías clásicas y las funciones tradicionalmente atribuidas a los convenios colectivos.

Como se desarrollará más adelante, en la coyuntura actual se han producido cambios trascendentales y estructurales en la organización industrial y en la misma composición de las clases trabajadoras y de sus dirigentes y cambios también en la cultura de las relaciones laborales, dentro de los cuales se deben situar las nuevas tendencias de la negociación colectiva en los países desarrollados con economía de mercado. De tal forma que, junto a la función tradicional de la negociación colectiva de regulación de las condiciones de trabajo (condiciones de adquisición y uso de la fuerza de trabajo), se realzan ahora nuevas funciones como las de gobierno del sistema de relaciones laborales o las funciones gestionales. Así, a las tradicionales funciones del convenio colectivo se han venido a añadir nuevas funciones relativas a la organización del trabajo y, en particular, a la gestión de las crisis empresariales y los problemas de ocupación. Estos cambios están relacionados, desde luego, con las nuevas formas de organización del trabajo y con los nuevos modelos más flexibles y de menor intervencionismo en el gobierno público de la economía y de las relaciones laborales. Debiendo destacar, por otra parte, un fenómeno de dimensiones más amplias que consiste en el cambio progresivo de un modelo de relaciones laborales basado en el "garantismo individual", y en el principio de inderogabilidad de la ley, hacia un nuevo modelo basado en el "garantismo colectivo", en el que la autonomía colectiva dispone de un amplio poder de flexibilización de las relaciones laborales.

3.2. Las funciones clásicas de la negociación colectiva: la regulación de condiciones de trabajo y la pacificación social

En su configuración clásica, el convenio colectivo tiene como punto de partida la existencia de un acuerdo entre "los portadores de intereses opuestos" (Carnelutti)[14], es decir, la existencia de un conflicto colectivo de trabajo juridificado. El convenio colectivo compone los intereses contrapuestos entre las partes contratantes, cumpliendo su originaria finalidad principal e inmediata de regulación de las relaciones individuales de trabajo. Pero, además, a través del convenio colectivo se limita el desequilibrio de poder existente en el marco de la autonomía individual,

[14] Carnelutti, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. Cedam, Papua, 1927, pág. 116.

situándose la negociación colectiva en la lógica de promoción y defensa del interés de la colectividad de los trabajadores. De esta forma, el fomento de la contratación colectiva es una "condición de libertad jurídica real de los trabajadores"[15], por lo que, en su configuración clásica, se realzaba fundamentalmente la importancia del convenio colectivo como mecanismo para conseguir una igualación, o cuando menos un mayor equilibrio, de las posiciones de trabajadores y empresarios. El convenio colectivo era concebido fundamentalmente como un *instrumento de pacificación social*, en la medida en que a través de dicho acuerdo se produciría una síntesis de los intereses y aspiraciones opuestas entre los grupos sociales, produciendo un encuadramiento jurídico de los conflictos y una mayor equiparación de poderes.

En esta visión clásica del convenio colectivo, éste tiene como objeto fundamental y básico la regulación de los futuros contratos individuales, como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales del trabajador en su calidad de persona y no de mercancía. De ahí la centralidad de la negociación sobre fijación de salarios y otras condiciones de trabajo, pero también sobre el reconocimiento de las organizaciones obreras y obligaciones de garantizar la libertad de pertenencia a las mismas. Para la doctrina clásica, el contrato colectivo de trabajo es un pilar esencial del Derecho social porque representa la afirmación de la legitimidad del sindicato: tiene como consecuencia inevitable afirmar la *función permanente de gobierno* por parte del sindicato de las relaciones laborales y *de control* del cumplimiento de la legislación pública[16].

A medida que evolucionan los sistemas modernos de relaciones laborales, se va produciendo un progresivo enriquecimiento de los contenidos materiales de la negociación colectiva. Evolución que puede ir rastreándose, significativamente, en los instrumentos normativos de la OIT, culminando en el Convenio nº 154 OIT (1981) que atribuye a la negociación colectiva una gran amplitud de su contenido material: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores; o lograr todos estos fines a la vez.

A medida que evolucionan los sistemas modernos de relaciones laborales se va produciendo un progresivo enriquecimiento de los contenidos materiales de la negociación colectiva. De este modo, sirviendo a su función clásica corresponde a la

---

[15] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: "El tratamiento de la relación post–contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999, pág. 96.

[16] Vid. Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000, págs. 87 y sigs.

negociación colectiva asumir una pluralidad de funciones interdependientes, que se pueden sintetizar en tres: una función de protección o "estatutaria"; una función de mercado (de autorregulación del mercado de trabajo); y una función de pacificación social[17].

Todas estas funciones siguen en la actualidad subsistiendo, pero son insuficientes para abarcar la heterogeneidad de las funciones asumidas y atribuidas a la negociación colectiva. Las funciones clásicas persisten, pero han sido enriquecidas y renovadas para adaptarse a las exigencias de autorregulación del sistema de relaciones laborales y de las necesidades de los colectivos implicados.

3.3. Las transformaciones de la sociedad "post–industrial" como elemento determinante del contenido de la negociación colectiva

El Libro Verde "Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI", de la Comisión de las Comunidades Europeas (Bruselas, 22 de noviembre de 2006) [COM (2006) 708 final] pone de relieve la necesidad de modernizar el Derecho laboral como elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas en el marco de los objetivos de pleno empleo, productividad laboral y cohesión social. El cambio propugnado se sintetiza en "el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos" (la llamada "flexiseguridad")[18]. Para el cumplimiento de este objetivo, la Comisión Europea establece la necesidad de reformas legales, pero destaca también el papel del diálogo social a nivel nacional, sectorial y empresarial para adaptar las normas a las variaciones de las realidades económicas. De esta forma, la Comisión resalta "la aplicación de los convenios colectivos a nuevas problemáticas (por ejemplo, reconversiones, competitividad o acceso a la formación) y a nuevas categorías de

---

[17] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: "El tratamiento de la relación post–contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999, págs. 102–109.

[18] Vid. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (Reflexiones en torno al "Libro Verde" de las Comisión de las Comunidades Europeas)", en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 16. 2007–I; Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*. La Ley, Madrid, 2007; AA.VV.: "Flexiseguridad: ¿Un nuevo Derecho del Trabajo? A propósito del Libro Verde *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo* XXI", en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* nº 4/2008, Tirant lo Blanch; Landa Zapirain, J.P. (Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*. Bomarzo, Albacete, 2009; Moreno Vida, M.N.: "El debate sobre la flexiseguridad en Europa". Primera Ponencia Temática del XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "El futuro de los mercados laborales". Logroño, mayo de 2009. <http: www. Aedtss.com/congresos.htm>.

trabajadores (como los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal)", considerando que, en la actualidad, los convenios colectivos ya "no quedan relegados a la función auxiliar de complemento de las disposiciones legales sobre las condiciones de empleo", sino que "son instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores".

Los cambios en la realidad económica y social están determinando, en efecto, nuevos desafíos para el ordenamiento jurídico–laboral y, dentro de éste, se pone el acento en la función actual de la negociación colectiva como fuente determinante de la instauración del nuevo "derecho flexible del trabajo", reflejando el proceso de transición del modelo legal garantista al modelo flexible, caracterizado por el retroceso de la ley a favor del convenio colectivo como fuente reguladora e instrumento idóneo, por su carácter flexible y consensuado, para llevar a cabo los procesos de reorganización permanente del sistema productivo.

Es conocido por todos que en las sociedades industriales se está produciendo, de modo general pero perceptible, un proceso de transformación que influye en la configuración de los actores sociales y en su papel institucional. Las funciones clásicas, y tradicionales, de la negociación colectiva siguen subsistiendo en gran medida, pero son insuficientes para abarcar la heterogeneidad de las funciones asumidas (y atribuidas) por la negociación colectiva. Como ya se ha dicho, persisten las funciones clásicas, pero han sido enriquecidas y renovadas para adaptarse a las exigencias de autorregulación del sistema de relaciones laborales y de las necesidades de los colectivos implicados.

El marco de referencia de esta función renovada de la negociación colectiva viene representado por dos grandes tipos de cambios: las nuevas formas de organización productiva y de organización empresarial y por el cambio de las políticas públicas. Las razones de ello no obedecen a una sola causa sino a un cúmulo de factores determinantes de base objetiva.

3.3.1. Las nuevas formas de organización productiva y de organización empresarial y sus consecuencias en la negociación colectiva:

Los sistemas de relaciones laborales dependen en no poca medida de los modos de organización del trabajo y en general de la organización específica de la producción. En relación a ello, dos grandes cambios se han producido en el momento actual: Por un lado, desplazamientos sectoriales en la actividad productiva, destacadamente el mayor peso del sector servicios y el relativo declive del sector industrial (la conocida "terciarización" de las economías avanzadas). Por otro lado, y más significativamente, la crisis de todo un modelo de organización del mundo de la producción: la "crisis del fordismo", interno y externo a la empresa, y el ad-

venimiento de otro modelo diferente, la "sociedad post–fordista", que afecta tanto a los modos de organización productiva como a la propia composición de la clase trabajadora y a la ordenación de las relaciones laborales.

La "terciarización" de las economías avanzadas afecta de manera particular a la composición de la clase trabajadora y a sus organizaciones de defensa de sus intereses colectivos, ya que supone el declive del "sector industrial", que tradicionalmente ha sido el de mayor concentración de trabajadores y de mayor implantación sindical, y el mayor peso del "sector servicios", donde dominan las empresas de menores dimensiones, aunque ahora concentra más del 60 % del total de la población ocupada.

La crisis del modelo fordista ha tenido como consecuencia fundamental que se reclamen modelos más flexibles de organización del trabajo y de gobierno de las relaciones laborales, como respuesta a ese entorno cambiante en que se mueven hoy las empresas y que se caracteriza por la globalización de la economía mundial y regional europea (la construcción de la Unión Europea y del mercado interior comunitario); por las exigencias de máxima competitividad por la innovación (sobre todo en el plano tecnológico) y la reducción de los costes de producción; y por la existencia de una economía con un elevado componente de alta tecnología y automatización de los procesos productivos y las dificultades, por ello, de creación de empleo.

En este contexto hay que destacar la emergencia de la empresa postindustrial, caracterizada como empresa flexible y participada. Un nuevo modelo que se vincula estrechamente con la progresiva complejización de la misma figura del trabajador, que se hace cada vez más heterogéneo, bien sometido a regímenes laborales diferentes, o bien desvinculado formalmente de la empresa para la cual trabaja. Estos cambios han permitido la aparición de prácticas –favorecidas de manera expresa– de individualización de las condiciones de trabajo y de procesos de negociación colectiva de connotaciones "corporativistas" en detrimento de colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo, que ponen de manifiesto la existencia de una crisis de "lo colectivo" y del principio de solidaridad.

Este modelo de empresa postfordista se construye sobre un soporte organizativo distinto de la empresa fordista basada en la producción en masa: Internamente, se intensifica el trabajo en grupos semiautónomos en la realización de objetivos, con la participación directa de los trabajadores. Externamente, la empresa externaliza sus actividades, ya sea mediante fórmulas renovadas de técnicas clásicas como la subcontratación económica, ya sea a través de las nuevas fórmulas del recurso a las empresas de trabajo temporal y a la potenciación del trabajo autónomo dependiente o "cuasi–asalariado" respecto de un empresario principal.

La empresa deja de ser cada vez más una realidad física para convertirse en una red de conexiones funcionales entre una multiplicidad de unidades de muy

diversa índole. La unidad socio–económica básica se identifica hoy con un proyecto empresarial representado por una red, y no las empresas concretas o grupos de empresa (las redes son, así, el elemento fundamental del que están y estarán hechas las nuevas organizaciones empresariales). En efecto, las transformaciones del sistema socio–económico presiona tanto hacia procesos de integración organizativa cuanto a procesos de descentralización productiva, y ello obliga a las empresas a cambios continuos como estrategia principal para afrontar la complejidad y la incertidumbre de los mercados, configurados de manera global (tecnológica y territorialmente).

En los sistemas económicos se están produciendo transformaciones globales, como son: la complejidad y aceleración creciente de los procesos empresariales, la ampliación de los referentes para el mercado (globalización), la desmaterialización y deslocalización que permiten las nuevas tecnologías de la información, etcétera. Todo ello supone que las funciones y fases del proceso productivo se colocan en posiciones diversas respecto del pasado. Cambia profundamente el peso y el papel de las funciones dentro de la empresa, cambia la división del trabajo entre empresas y cambian las relaciones entre las empresas y el contexto o ambiente en el que éstas actúan y con el que interaccionan. El resultado es un nuevo modelo de empresa que se estructura sobre la base de elementos contradictorios: por un lado, la empresa cada vez "exterioriza" más su organización hacia el mercado, mientras, por otro lado, "interioriza" el mercado en su organización y gestión; al mismo tiempo, la empresa cada vez se hace más grande para poder asumir las economías de escala que requieren las nuevas condiciones de competitividad tecnológica y global, pero, a la vez, deviene más pequeña con el objeto de mostrarse más flexible y más ligera de costos fijos. Las empresas ya no tienden a rivalizar por el tamaño de sus fábricas, ni siquiera por el volumen de empleos "directos" que suministran, sino por otros parámetros tales como la presencia internacional, el estilo de gestión, la capacidad de innovación… De este modo, parámetros conceptuales o normativos que antes parecían aquilatados y distinguibles, como la dimensión de la empresa, hoy se muestran enormemente difusos y evanescentes.

La empresa (de diversas dimensiones) tiende hoy a desmaterializarse, perdiendo progresivamente relevancia el elemento estrictamente patrimonial y es, cada vez más, organización de actividades y de servicios para el mercado. Al mismo tiempo, las empresas medianas y de grandes dimensiones tienden a realizar formas descentralizadas de gestión y organización de las actividades. La empresa, pues, ha cambiado su modelo de organización jurídica y económica para adaptarse a las nuevas circunstancias. Pero el fenómeno de desmembración del modelo clásico de empresa no ha supuesto, en absoluto, una pérdida de centralidad de la empresa, sino su adaptación a un contexto transformado, en el sentido de mayor descentralización de la empresa de grandes dimensiones. Es el apogeo de la "empresa red" y de los grupos de empresas de estructura "flexible".

Todas estas dimensiones de la reorganización de la empresa postfordista influyen sobre la praxis de la negociación colectiva y, en general, sobre el desenvolvimiento de las relaciones colectivas de trabajo[19].

La negociación colectiva ha sido una de las bases principales del modelo fordista, basado en regulaciones colectivas tendencialmente uniformes y generalizables. Como sistema de reglas de juego (o modelo de regulación), el sistema fordista suponía una contractualización a largo plazo del beneficio salarial basada en los siguientes elementos: grandes acuerdos sobre fijación y estructura de los salarios; una proyección del crecimiento de los salarios basada en los precios y en la productividad general; con límites rígidos a los despidos; y garantías legales y colectivas de organización del trabajo. La contrapartida era la aceptación por parte de los sindicatos de las prerrogativas de la dirección ("poderes empresariales"). De manera que los principios de organización del trabajo y la estructura macroeconómica eran respetados y legitimados y, por su parte, el principio de estabilidad del empleo, entendido como permanencia en la empresa (seguridad en el empleo), suponía una hipervaloración de la antigüedad en la misma. Además, una vasta socialización de los ingresos por medio del Estado de Bienestar aseguraba un rendimiento permanente a los trabajadores asalariados. Todo ello sobre la base de la búsqueda de un consenso obtenido mediante la conjunción de un sistema de acuerdos que aseguraban la regulación de la empresa y de la economía en su conjunto.

En el modelo postfordista, sin embargo, la negociación colectiva se enfrenta a importantes dificultades:

– Por un lado, la dificultad de elaborar un proyecto unificador de la sociedad fragmentada, capaz de aglutinar la diversidad de intereses de los trabajadores, por encima de los intereses corporativos o de "sector". Se produce el cambio del paradigma del "obrero–masa" (el modelo–tipo de trabajador de la cadena de los grandes complejos industriales, propio de la producción en serie y a gran escala, y protagonista –activo y pasivo– de los procesos de expansión económica y de la política social) al trabajador heterogéneo del postfordismo. El resultado de la crisis y la reestructuración capitalista es la emergencia del trabajador–heterogéneo, que surge del mercado secundario, integrado por trabajadores eventuales, parados, marginados, trabajadores a tiempo parcial, jóvenes trabajadores, mujeres, trabajadores con empleo precario, trabajo negro o sumergido, etc. Se trata, en general, de trabajadores marginados del bienestar institucionalmente garantizado por el sistema legal y por el sistema de negociación colectiva y sus respectivas redes de co-

[19] Vid. sobre las transformaciones de la empresa como elementos determinantes del contenido de la negociación colectiva, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: "El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo". Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, págs. 17 y sigs. y 198 y sigs.

bertura protectora y "desmercantilizadora"[20]. Pero también se trata de un fenómeno diferente: la individualización de lo social en el trabajo, una desagregación

Las nuevas formas de organización del trabajo (trabajo descentralizado, teletrabajo, la fábrica mínima y flexible, etc.) han supuesto, pues, una ruptura de la uniformidad de las condiciones de trabajo (pérdida de la uniformidad en materia de jornada y horario de trabajo, tiempo de prestación, condiciones salariales diversas e individualizadas, etc.). Las definiciones generales tradicionales del trabajo ya no se ajustan sin fisuras a las nuevas formas de trabajo profesional, que llevan a la diversificación y hacen difícil su reconducción hacia la unidad.

– Por otro lado, la expansión de la "unidad empresa" como base de la negociación colectiva. Diversos factores han contribuido a que en la actualidad la empresa se haya convertido en el ámbito fundamental de la negociación colectiva: la potenciación legal de este ámbito en la reforma de 1994 con la finalidad de lograr relaciones de trabajo mucho más flexibles y adaptables con el objetivo de la competitividad es, sin duda, un elemento básico, pero también la importancia que han adquirido los nuevos sistemas de organización del trabajo que se desarrollan en la empresa como lugar preferente y los procesos de descentralización. Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, la nueva empresa se dota de estructuras menos rígidas y jerarquizadas; incluso las grandes corporaciones transnacionales presentan estructuras decisorias flexibles y ágiles para incrementar su capacidad de adaptación a los requerimientos de cada mercado y a las exigencias de productividad y competitividad al menor coste posible. De esta forma se tienden a configurar, fundamentalmente en las empresas de grandes dimensiones, procesos continuos de negociación que se estructuran como sistemas abiertos y con resultados variables. Nuestro sistema de negociación colectiva se caracteriza hoy por una negociación descentralizada, cuyo máximo exponente es la negociación de empresa.

En general, se sigue considerando que los convenios sectoriales son un mecanismo útil para corregir la diversidad excesiva y asegurar la libre competencia, a través de una homogeneización de las condiciones de trabajo y, sobre todo, de las condiciones salariales. Pero, al mismo tiempo, se introducen mecanismos que permiten flexibilizar esa negociación colectiva de sector, unas veces suavizando su carácter vinculante, al establecer meras recomendaciones, y otras veces fijando en el convenio sectorial unas garantías mínimas y permitiendo en el resto cláusulas de descuelgue, sobre todo en materia salarial, a través de las cuales las empresas pueden derogar la regulación sectorial, rompiendo la eficacia general del convenio, y establecer mediante acuerdos de empresa nuevas condiciones de trabajo adaptables a la situación de cada empresa. Además, también es frecuente que grandes em-

---

[20] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. CES, Madrid, 1996; Id.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

presas no se sometan a la disciplina de su correspondiente sector de actividad y negocien convenios colectivos propios con una regulación al margen de la negociación sectorial. Debe destacarse igualmente la emergencia de nuevas unidades de negociación que son consecuencia de las actuales realidades socio–económicas en donde se realiza la actividad empresarial, particularmente el doble fenómeno de, por un lado, la concentración empresarial en grupos de empresas y, por otro, del desarrollo de procesos de descentralización productiva[21].

3.3.2. El replanteamiento del intervencionismo público y sus consecuencias en la negociación colectiva

Los procesos de cambio también derivan de un replanteamiento del intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales. Un dato especialmente relevante es el retroceso o repliegue del Estado en la regulación material de las relaciones laborales y la apertura de espacios a favor de la autonomía colectiva negocial. En unos casos se trata de dejación de funciones (se puede hablar de crisis del garantismo y del principio dirigista, o de descompromiso social); en otros, de falta de adaptación a los cambios en curso (como sucede particularmente con las estructuras de grupos, o ante la complejidad y variedad de las técnicas de subcontratación económica, etc.).

Este retroceso de la norma pública supone la sustitución de un régimen laboral reglamentado por un régimen laboral contractualizado, colectivo en vía principal, o individual en vía secundaria. La flexibilidad se ha realizado por la vía de la desregulación legislativa (mediante la supresión de las tradicionales normas de orden público laboral), acompañada del uso de la técnica del reenvío, asignando nuevas tareas a la negociación colectiva como fuente reguladora autónoma. Ello entraña un nuevo reparto de funciones dentro del sistema dualista de fuentes reguladoras de las relaciones laborales, caracterizado por la ocupación (o el intento de hacerlo…) de espacios por la autonomía colectiva que antes estaban reservados a la norma estatal[22].

---

[21] Vid. Cruz Villalón, J.: "Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales", en AAVV.: *Veinte años de negociación colectiva: De la regulación legal a la experiencia negociacl*. Madrid, MTAS, 2001, págs. ; Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas", en *Tribuna Social*, núm. 98, 1999.

[22] Vid. Rivero Lamas, J.: "Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de la negociación informal", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 1997; Id.: "Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 89, 1998; Sala Franco, T. (Dir.): *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Madrid, 2001.

Este fenómeno –como respuesta a las exigencias de flexibilidad del marco normativo– puede desplegarse a través de una simple política de desregulación o acudiendo a mecanismos de alentamiento de disciplinas garantistas negociadas colectivamente a través de una particular forma de "deslegalización". En este último supuesto las exigencias de mediación entre protección de los trabajadores y las presiones derivadas de las transformaciones económicas se satisfacen valorizando el papel de la autonomía colectiva. El éxito de la operación depende de la fortaleza sindical para adquirir negociadamente una tutela de la que ahora se carece en el marco normativo estatal, y ello en gran medida está en función de las políticas de apoyo al hecho sindical y al desarrollo de la negociación colectiva existentes en cada país.

Aparte de este repliegue del intervencionismo público, existe otro fenómeno de carácter interno a la propia Ley: la Ley tiende, cada vez más, a separarse de la fuerza "inderogable" que antes le caracterizaba, dejando a la autonomía colectiva el esfuerzo de establecer la realización del más adecuado equilibrio posible entre los intereses contrapuestos. Este repliegue de la normativa estatal comporta una "remercantilización" del contenido de los derechos sociales, si bien es cierto que en primera instancia se trata de potenciar la recontractualización colectiva como vía intermedia entre la regulación pública y la regulación individual[23].

Como consecuencia de todo ello se ha producido una ampliación de la negociación colectiva, tanto en la vertiente subjetiva como en la vertiente objetiva o de contenido regulador[24].

4. NUEVAS FUNCIONES Y AMPLIACIÓN DE CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DE LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO A LA FUNCIÓN DE GESTIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO Y DE LAS RELACIONES LABORALES

Realmente, las funciones de la negociación colectiva nunca han permanecido estáticas, sino que, por lo contrario, siempre han tenido que evolucionar para adap-

---

[23] Vid. García Jiménez, M.: "La 'lucha' por el reparto de espacios de regulación entre poderes de autonomía y heteronomía: el autogobierno del sistema como principio y sus límites ('alianzas' y 'resistencias'), en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 79–92.

[24] Vid. Rodríguez–Piñero, M.: "La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV.: *Veinte años de negociación colectiva*. MTAS, Madrid, 2001; Sala Franco, T. (Dir.): *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva*. Madrid, 2001; AAVV: *La negociación colectiva en Europa*. MTAS, Madrid, 2004; Monereo

tarse a los cambios y para influir en su propio desarrollo. En la actualidad se han producido cambios trascendentales, a los que ya se ha hecho referencia, en la organización industrial, en la misma composición de las clases trabajadoras y, de manera más general, cambios también en la propia cultura de las relaciones laborales. Dentro de ese fenómeno de cambio estructural, se debe situar la evolución sufrida por la negociación colectiva en los países desarrollados con economía de mercado. Dentro de dicha evolución destaca el enriquecimiento de los contenidos negociales, lo que está especialmente vinculado a la exigencia de las partes sociales de responder a esas transformaciones del sistema productivo y a las nuevas formas de organización de las empresas.

En definitiva, en la negociación colectiva actual tienden a recaer crecientes cargas o responsabilidades, tanto de carácter económico como de naturaleza social y propiamente políticas. Evidentemente todo ello ofrece importantes oportunidades de desarrollo y renovación de la negociación colectiva, aunque también plantea retos que los sujetos colectivos deberán saber afrontar y medir, especialmente ante las amenazas derivadas de fórmulas de acción concertada individualmente que pueden encontrar espacios (individualización a través de "pactos individuales en masa").

La ampliación de funciones y ámbitos de la negociación colectiva han determinado cambios tanto en los ámbitos subjetivos como en los ámbitos territoriales y territoriales (afectando a los ámbitos personales y a la estructura de los convenios). Han tenido también como consecuencia la diversificación de productos convencionales, multiplicando los "instrumentos atípicos" que aparecen completando o, a veces, sustituyendo, la regulación de los convenios colectivos estatutarios. Y han incidido de manera particular en el ámbito objetivo de los convenios colectivos, enriqueciendo en muchos casos su contenido regulador.

4.1. La función protectora o "estatutaria" de la negociación colectiva

La *función protectora o estatutaria* que lleva a cabo la negociación colectiva consiste básicamente en la introducción del componente estatutario en los contra-

---

Pérez, J.L. (Dir.), Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Gallego Morales, A.J.: *La negociación colectiva en la mediana y gran empresa: El proceso de adaptación al cambio estructural*. MTAS, Madrid, 2003; Del Rey Guanter, S. (Dir.): *El estado actual de la negociación colectiva en España*. MTAS, Madrid, 2003; Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*. Tirant lo Blanch– CCOO, Valencia, 2004; Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006. Vid. los diferentes Informes y Estudios sobre negociación colectiva realizados en el marco de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, publicados en sucesivos años por el MTAS.

tos, es decir, de un marco de garantías predeterminado[25]. Al convenio colectivo se le atribuye, primariamente, el ser una fuente de regulación de términos y condiciones de contratación laboral, organización del trabajo y estabilidad en el empleo. Es un arma en la lucha por la seguridad y la mejora de las condiciones de trabajo, asumiendo una función de protección de los trabajadores individuales en la ordenación de las relaciones laborales.

En este sentido, el convenio colectivo puede servir de instrumento de "desmercantilización" colectiva de la actividad laboral y de la personalidad del trabajador que está implicada en ella, reflejando la intrínseca función "política" de la negociación colectiva. Esta función protectora se realiza típicamente a través de dos modalidades de negociación colectiva: Por un lado, la "negociación distributiva" sobre condiciones de trabajo y empleo, en la cual los agentes sociales negocian sobre aquellas materias en las que existe una división o contraposición de intereses (básicamente las condiciones que hacen rentable la utilización de la mano de obra). Por otro lado la "negociación integradora", que versa sobre cuestiones de interés común para las partes sociales, en la que los actores asumen una actitud más colaboradora.

La función estatutaria o protectora de la negociación colectiva supone una articulación necesaria entre ésta y la normativa emanada del poder público. Primero, a través de las relaciones políticas de concertación social, mediante el encuentro de los agentes sociales y el poder público para adoptar decisiones sobre el sentido de la política pública en materia económica, laboral y social. Segundo, a través de la articulación entre la norma estatal y el convenio colectivo, dependiendo de las opciones de política legislativa y de política de negociación colectiva. En este plano, tradicionalmente el convenio ha asumido una función complementaria de la ley, pero puede también ser fuente principal de regulación al asumir la norma estatal una función supletoria en determinadas materias o cuando la ley no ha abordado la regulación de una materia social, liberando ese espacio de regulación a favor de la autonomía colectiva, lo que sucede cuando se produce, como es cada vez más frecuente, una desregulación legislativa como mecanismo de flexibilidad regulativa máxima.

Pero la realidad actual pone de manifiesto que la empresa no es sólo una realidad económica, sino una auténtica estructura de gobierno de una pluralidad de

---

[25] Vid. Monereo Pérez, J.L.: "El tratamiento de la relación post–contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999, págs. 102 y sigs. Siguiendo la misma línea, García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: "Viejas y nuevas funciones de la negociación colectiva: De las condiciones de trabajo a la regulación de mercados, de la calidad del empleo a la calidad de vida", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 154 y sigs.

intereses, cuya composición precisa fundamentalmente de decisiones concertadas que ayuden a mantener un equilibrio, que siempre es inestable, entre los diversos sectores implicados en estos procesos. Este planteamiento tiene una dimensión marcadamente sustantiva, en cuanto permite plantear y alcanzar reglas especiales de garantía de los derechos de los trabajadores: mejora de la calidad de vida, reconocimiento de derechos socio–laborales vinculados a esferas de la vida privada y social [conciliación de la vida laboral y personal; medidas de protección contra la violencia de género…] no propiamente incluidos en la dimensión profesional de la relación de trabajo.

De forma que, junto a sus funciones clásicas, ahora se pone también el acento en la capacidad de la negociación colectiva para promover nuevas garantías para los derechos del trabajador como persona y como ciudadano, que ha enriquecido los contenidos de los convenios colectivos incidiendo en los siguientes ámbitos:

4.1.2. La protección de los derechos fundamentales

La negociación colectiva tiende a incidir, cada vez más, en la protección de los derechos fundamentales, no ya sólo en la tutela de los derechos profesionales básicos del trabajador como "sujeto productor", en el marco de una función de mejora de la calidad de vida en los ambientes de trabajo (de forma que, desde hace tiempo, se viene afirmando la función de la negociación colectiva como instrumento de garantía de los derechos fundamentales dentro de la empresa[26]). Se produce, así, un cambio importante al afrontar la negociación colectiva el compromiso de actualizar los llamados derechos fundamentales "inespecíficos" frente a posibles limitaciones o restricciones a que estos derechos pueden verse sometidos en el ámbito laboral, sea por la actuación del empresario, sea por los compañeros de trabajo o, incluso, por terceras personas, como clientes o usuarios de los servicios[27].

El compromiso con estos derechos aparece, especialmente en los Acuerdos Interprofesionales de Negociación Colectiva, ligados normalmente a las cláusulas de garantía de los derechos de igualdad de trato. Sin embargo, en la negociación co-

---

[26] Vid. Lousada Arochena y Movilla García (Coords.): *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Comares, Granada, 1998.

[27] Vid., entre otros, Sempere Navarro, A.V. y San Martín, C.: "Los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores en la Negociación Colectiva", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2003; Molina Hermosilla, O.: "Calidad de ambiente y derechos de las personas. La autonomía colectiva como garantía de efectividad de los derechos fundamentales 'inespecíficos' de los trabajadores", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 743 y sigs.

lectiva ordinaria, aún cuando existe una creciente presencia de cláusulas relativas a ellos, existe todavía un tratamiento deficiente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Así, esas deficiencias se ponen de relieve en cuanto a cuáles son los derechos fundamentales objeto de tratamiento: unos cuentan con un significativo tratamiento convencional y otros son ampliamente olvidados, dependiendo de la mayor o menor frecuencia con que el ejercicio de estos derechos encuentra obstáculos, dificultades o violaciones, más o menos reiteradas. Por otra parte, las deficiencias son también notables desde el punto de vista cualitativo, ya que en buena medida el tratamiento de estos derechos se agota en cláusulas meramente programáticas, con escasas regulaciones concretas.

Del catálogo de derechos fundamentales "inespecíficos" reciben alguna atención en la negociación colectiva los siguientes:

- El derecho a la vida e integridad física (art. 15 CE): generalmente por su conexión con el derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, pero también, en un sentido tradicional –típico en los convenios colectivos– aunque insuficiente en el momento actual, en sede disciplinaria, tipificándose las infracciones laborales referidas a los "malos tratos".
- El derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE): Su principal tratamiento sigue siendo en relación con las "empresas de tendencia" y, particularmente, respecto en convenios colectivos de medios de comunicación (aunque apenas se trata el derecho a la objeción de conciencia profesional). Fuera de ello apenas encuentra tratamiento, sobre todo uno de sus ámbitos más relevantes hoy día como es el relativo a la gestión del multiculturalismo (compatibilidad entre prestación de servicios y libertad de culto respecto a trabajadores con credos religiosos diferentes).
- El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE): En este caso el tratamiento es más amplio, sobre todo en relación con la dimensión informática y de nuevas tecnologías (video–vigilancia, control de datos informáticos como internet o correo electrónico: con un tratamiento muy insuficiente, que generalmente se limita a reproducir el ya insuficiente y criticable art. 18 ET), la dimensión médica (condiciones en que deben realizarse los correspondientes controles médicos en la empresa o calificación como falta muy grave del consumo de sustancias dopantes en CC de deportistas), el derecho a la "propia imagen" (prevaleciendo las cláusulas que reconocen la legitimidad de las posiciones empresariales en relación con la imagen del trabajador, sin introducir ningún juicio de proporcionalidad –impuesto por la jurisprudencia).
- El derecho a la dignidad personal y a la integridad moral (arts. 10 y 15 CE): En algunos casos aparece recogido genéricamente como límite a los

poderes empresariales [art. 25 CC piel, marroquinería, de Cádiz; CC de empresa pública para el desarrollo agrario y pesquero de Andalucía].

Pero su principal tratamiento se hace en relación con el Acoso Laboral, tanto en su vertiente de Acoso Sexual (con una mayor receptividad en los convenios) como en la de Acoso Moral, y fundamentalmente mediante su incorporación como nuevos supuestos de infracción laboral [CC general de industria química; CC de empresas concesionarias de fibra óptica; CC canal sur], salvo algunos casos con un tratamiento más novedoso [CC personal de tierra de Air Europa; CC ciudad de melilla de limpieza de edificios y locales].

Desde luego, la negociación colectiva aparece hoy como un instrumento especialmente apropiado para llevar a cabo una planificación de medidas preventivas y de protección frente al acoso laboral y, particularmente, frente al acoso sexual o por razón de sexo, de ahí que la Ley Orgánica de Igualdad establezca la obligación de las empresas de adoptar medidas dirigidas a evitar esos distintos tipos de acoso a partir de la negociación con los representantes de los trabajadores (art. 48.1), y la posibilidad de contemplar en los Planes de Igualdad que deban negociarse la "prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo" (art. 46.2). Partiendo de ello, son cada vez más numerosos los convenios colectivos que definen el acoso sexual [art. 26 del CC provincial para Granada de establecimientos sanitarios y clínicas privadas; DA 3ª del CC provincial para Córdoba de la industria de la madera], pero no obstante hay todavía un número importante de convenios colectivos que tipifica dicha conducta pero no la define, o no lo hacen correctamente en el sentido establecido en la Ley Orgánica de Igualdad (todavía hay incluso convenios que siguen utilizando como modelo normativo de referencia para definir el acoso sexual el art. 4.2.e) ET. Es importante también poner de relieve que es cada vez más frecuente encontrar en los convenios colectivos cláusulas que contienen declaraciones de principios que muestran la preocupación y el compromiso de los interlocutores sociales para resolver el problema del acoso moral, así como del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en la mayor parte de los convenios colectivos. Ello no puede ser menospreciado, al ser un primer paso fundamental, pero son, desde luego, insuficientes e insatisfactorias si no van acompañadas de acciones o medidas concretas que garanticen su efectividad.

La mayoría de los convenios colectivos que se refieren al acoso moral, al acoso sexual y al acoso por razón de sexo ponen aún el acento en el aspecto sancionador, siendo mucho menos frecuentes aquéllos que se sitúan en el ámbito de la prevención. No obstante, hay que destacar, por su particular interés, aquellos convenios que contemplan códigos de buenas prácticas (en el sentido planteado por la Comisión de las Comunidades Europeas en su Recomendación de 27 de noviembre de 2001 en relación con el acoso sexual) y aquéllos en los que se prevé la realización de campañas informativas y de sensibilización de las plantillas, edición y distribución de material divulgativo, realización de jornadas de prevención del acoso, etc. [cláusula 12.3 del Convenio estatal Telefónica España SAU; Cap. VIII, art. 34, del

Convenio Estatal de Empresas concesionarias de cables de fibra óptica; Convenio General Estatal de la Industria Química, art. 61.17; Convenio Estatal de Cajas de Ahorro, art. 12…][28].

– Otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE); el derecho a la libertad de expresión e información (art. 20 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y tipicidad de las sanciones; el derecho a la educación (art. 27 CE); el derecho a la objetción de conciencia (art. 30 CE), tienen escasa relevancia, salvo las libertades de expresión e información en su vertiente colectiva.

4.1.2. La protección de la calidad del ambiente de trabajo, tanto en su dimensión interna como externa

Dentro del emergente nuevo modelo de empresa, más flexible y participativa, tiene un papel importante, aunque todavía con un impacto moderado en el sistema de negociación colectiva y en el diálogo social, la llamada *responsabilidad social de la empresa* en el desenvolvimiento de su gestión. Se toma conciencia de que la empresa no se resuelve en la esfera de los intereses particulares del empresario, sino que en su dinámica de funcionamiento, interno y externo, es más pluralista al coexistir una pluralidad de intereses en juego. Los distintos grupos de interés afectados por las actividades empresariales deben intervenir en la orientación de las políticas empresariales (accionistas, trabajadores, proveedores, clientes, entidades locales, poderes públicos, etc.). Esta concurrencia de intereses públicos y privados, en una empresa entendida como organización económica e institución social, puede conducir al diseño de una política empresarial más responsable y comprometida con la seguridad, dentro y fuera de la organización productiva, y con un modelo de desarrollo económico–social respetuoso con los límites que impone un crecimiento sostenible y viable.

En este marco proliferan, partiendo de iniciativas europeas (desde el Libro Verde sobre el fomento de un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, de 2001), la institucionalización de procedimientos e instrumentos de autoobservación y de autocontrol interno del funcionamiento de la empresa. Deben destacarse, al respecto, los "códigos de conducta" suscritos entre las representaciones sindicales y empresariales en varios sectores [industria del azúcar, febrero 2003; comercio, noviembre 2003; seguridad privada, julio 2003] y otros instru-

[28] Vid. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, págs. 259 y sigs.; Ballester Pastor, M.A.: *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006, págs. 64 y sigs.

mentos, como los "códigos de ética", la "etiqueta corporativa", la "etiqueta social", los "comités de ética", etc.

La mayoría de los códigos de conducta continúan siendo hoy contribuciones de carácter voluntario, realizadas por la propia empresa que trata de instaurar prácticas, a su juicio, adecuadas. Pero se trata de iniciativas desprovistas, en su mayoría, de toda referencia colectiva en lo que respecta a los representantes de los trabajadores y sindicatos (o se reserva el papel de seguimiento u observación a las ONG) y sin que la inobservancia por la empresa de los compromisos asumidos provoquen ninguna consecuencia o sanción jurídica. Sin embargo, en los últimos años se ha producido cierta evolución, mediante el desplazamiento paulatino del carácter unilateral de las reglas de empresa incorporadas en los códigos de conducta socialmente responsable hacia fenómenos de participación y negociación colectiva, a través de Acuerdos Marcos Sectoriales –en el marco del diálogo sectorial europeo–, o de Acuerdos Marco Globales, Acuerdos Marco Internacionales…[29].

Este interés por la responsabilidad social de la empresa se aprecia en el marco de la negociación colectiva de ámbito empresarial y supraempresarial, y se concreta en cada una de las materias más sensibles, como es el caso de los compromisos colectivos relativos a la innovación tecnológica, formación y servicios de calidad, respeto al medioambiente, regulación responsable de las operaciones de descentralización y subcontratación productiva, transparencia informativa (interna y externa a la empresa) y, de manera particular, en la seguridad y salud laboral[30]. Concretamente, es en la negociación colectiva a nivel estatal donde se encuentra una mayor atención al medio ambiente [empezando por el VII Convenio General Nacional de la Industria Química para los años 1990–1991; formación específica en medio ambiente: CC personal de tierra de Iberia; derechos a la información: CC Repsol Investigaciones Petrolíferas; participación en la gestión: XIV CCG Industria Química, CC Grupo ERcros; compromisos específicos en materia de minimización de residuos, planes de ahorro y eficiencia energética: CC sociedad estatal de correos y telégrafos, CC para personal laboral de la Diputación de Cádiz; Acuerdo para la valoración energética en la Industria Española del Cemento, 2005…]

En segundo lugar, en relación con el ámbito de la *prevención de riesgos laborales*, hay que señalar que, pese a la especial idoneidad o adecuación de la negociación colectiva como fuente reguladora, en el marco de la LPRL, de la seguridad y salud de los trabajadores, sin embargo los resultados no dejan de ser insatisfac-

---

[29] Vid. Baylos Grau, A. y Merino Segovia, A.: "Códigos de conducta negociados", en Valdés Dal–Re, F.: *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008, págs. 1021 y sigs.

[30] Vid. Molina Navarrete, C. y García Jiménez, M.: "La negociación colectiva y las nuevas dimensiones de la prevención de riesgos: Riesgos emergentes, cuestiones de género y dimensión ambiental externa. Los acuerdos de calidad de clima y los acuerdos de gestión ambiental", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 689 y sigs.

torios, aún cuando tampoco se pueden calificar de especialmente pobres. De cualquier forma, salvo casos concretos, la negociación colectiva parece no saber, o no querer, poder aprovechar las posibilidades que el actual marco normativo le ofrece. Esto se pone de manifiesto en que un porcentaje elevado de convenios se limitan a no mencionar esta materia, remitirse a la legislación vigente, o a regular algún aspecto asiladamente (reconocimientos médicos, prendas de trabajo o protección de la maternidad y pluses de peligrosidad, penosidad, toxicidad y suciedad) y no siempre desde una perspectiva preventiva, sino defensiva o reparadora o económica. La gran mayoría de los convenios no se ocupan de las cuestiones relativas a los aspectos organizativos de la prevención (servicios de prevención: medios personales y materiales, modalidad…). Apenas existe regulación respecto de los llamados "riesgos emergentes" (riesgos ergonómicos, riesgos organizacionales, riesgos psicosociales) [tan sólo hay algunas experiencias interesantes respecto al Acoso Laboral –donde domina en general la perspectiva disciplinaria o sancionatoria– como en el CC del sector del transporte de enfermos y accidentados en Ambulancias, Andalucía, art. 31]. La intervención más directa es, hasta ahora, es la transposición en el ANC 2005 del Acuerdo Europeo sobre Estrés en el Trabajo.

En cualquier caso, debe destacarse que hay todavía un elevado porcentaje de convenios colectivos que evidencian una escasa, por no decir nula, preocupación por incorporar en su clausulado reglas efectivas en relación a la prevención de riesgos laborales, más allá de una simple y genérica remisión al cumplimiento de la norma legal. Por lo general la inmensa mayoría de los convenios, tanto de empresa como de sector, incorporan alguna referencia a la materia preventiva –más del 80%–, justificándose por este dato cuantitativo la creciente preocupación en esta materia de los interlocutores sociales, con lo que se seguirían las indicaciones no ya legales sino de los propios Acuerdos Interprofesionales. La remisión formal a la LPRL carece de sentido porque su cumplimiento no requiere referencia alguna, y la falta de normas particulares de adaptación –no necesariamente de mejora en sentido estricto– sólo puede interpretarse como una falta de comprensión del significado y alcance del modelo normativo de regulación de la prevención y, en consecuencia, un claro incumplimiento por omisión. Más del 50% de los Convenios de las medianas empresas se limitan a tal remisión, del mismo modo que lo hacen, si bien normalmente a los Convenios de Sector, un porcentaje superior al 30% de las grandes empresas. El principal problema es, sin embargo, que existe un porcentaje aún más elevado de convenios colectivos que evidencian un importante "desenfoque" de la política de seguridad y salud, poniéndose de manifiesto un evidente estancamiento en las concepciones tradicionales. También merece un juicio crítico que en un elevadísimo porcentaje de convenios colectivos el tratamiento preventivo asuma única y exclusivamente una dimensión procedimental u organizativa, esto es, se limita a la remisión del problema al órgano específico, previsto por la norma o creado por la negociación colectiva, para encargarse de diseñar y ejecutar las medidas preventivas en la empresa [CC de la empresa Schweppes, Sociedad Anónima; CC Binter Canarias, S.A…].

De esta forma, nuestra negociación colectiva en materia preventiva sigue sin alcanzar la prioridad que parece suscitar en los grandes compromisos. Pero también es oportuno señalar que es en el ámbito de los convenios de las empresas de mayores dimensiones, con mayor capacidad económica y solvencia, donde se reflejan planteamientos mucho más ajustados al nuevo modelo preventivo e, incluso, se anticipan algunos planteamientos que hoy están en la base de las propuestas de reforma. Aunque se debe insistir que ni es una tónica general, ni alcanza el nivel exigido en la actualidad[31].

Mayor respuesta ha encontrado la necesidad de atender a la coordinación de actividades empresariales como consecuencia de la generalización de los fenómenos de descentralización productiva a través de amplias redes de contratas y subcontratas y la evidencia empírica de su repercusión en la siniestralidad laboral. Evidentemente es el sector de la construcción y obras públicas el más sensibilizado al respecto (creación de "comités de seguridad y salud intercontratas".

4.1.3. La lucha por la igualdad de género

Constituye también hoy una importante función de la negociación colectiva, a través de la regulación de cláusulas antidiscriminatorias, políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y Planes de Igualdad. Aunque aún con muchas deficiencias[32], lo cierto es que, como se pone de relieve en el Informe sobre "La Ne-

---

[31] Vid. Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Gallego Morales, A.J.: *La negociación colectiva en la mediana y gran empresa: El proceso de adaptación al cambio estructural*. MTAS, Madrid, 2003; Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 171 y sigs.; Molina Navarrete, C. y García Jiménez, M.: "La negociación colectiva y las nuevas dimensiones de la prevención de riesgos: Riesgos emergentes, cuestiones de género y dimensión ambiental externa. Los acuerdos de calidad de clima y los acuerdos de gestión ambiental", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 689 y sigs.; Mercader Uguina, J.R.: "El futuro de la negociación colectiva en materia de Prevención de Riesgos", en *http://www.zurichprevencion.com*; García Murcia, J.: "La prevención de riesgos en el ámbito de la Negociación Colectiva", en *http://www.zurichprevencion.com;* Pedrosa Alquézar, S.I.: "Veinte años de negociación colectiva: balance sobre prevención de riesgos laborales", en AAVV: *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2001; Pedrosa Alquézar, S.I.: "El Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2002: carencias y avances en salud laboral", en AAVV: *Nuevas Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2003; Meléndez Morillo–Velázquez, L.: "La Prevención de Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva", en *Cuadernos de Aranzadi Social*, nº 18, 2004.

[32] Vid. Quesada Segura, R.: *Guía para la negociación colectiva no* discriminatoria, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla–Málaga, 1994; Bovino Covas y Aragón Medina: *La negociación colectiva*

gociación Colectiva en España en 2006, 2007 y 2008"[33], buena parte de los convenios colectivos aprobados en los dos últimos años abordan de un modo u otro temas de igualdad y de conciliación de la vida laboral y familiar, y adecuan, con mayor o menor intensidad, sus contenidos a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica de Igualdad, siendo claramente minoritarios los convenios que no contienen ninguna previsión en relación con esta cuestión.

En este ámbito, los interlocutores sociales, a través de los criterios establecidos en los ANC desde 2003 (y sucesivos) para profundizar en esta función convencional (pero también los organismos tripartitos de gestión de las relaciones laborales, como el CARL, y otras instancias sociolaborales), vienen fomentando la elaboración de Guías y Códigos de Buenas Prácticas, etc. En el ANC de 2007 se incluyeron un conjunto de medidas relativas a los criterios de actuación en la negociación colectiva derivados de la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres y, posteriormente, tras la prórroga acordada para 2008 del ANC 2007, los interlocutores sociales añadieron el Anexo II, *Igualdad de trato y oportunidades*, que sustituye al texto del capítulo VII del ANC 2007, que, no obstante, se limita a recoger el acuerdo de los firmantes en relación con la aplicación de los contenidos de la Ley Orgánica de Igualdad a la negociación colectiva.

En la negociación colectiva, sin embargo, es todavía moderada la proliferación de las llamadas "cláusulas de género". A través de ellas se refleja la preocupación por garantizar la efectividad del principio de igualdad y no discriminación, si bien en muchos casos se limitan a establecer declaraciones normalmente genéricas –que no recogen más derechos a favor de los trabajadores que los contemplados en la ley–, sin precisar ni incorporar mecanismos para hacerlo valer en la práctica de las relaciones laborales y garantizar su eficacia. Pero que, no obstante, muestran el interés de los negociadores por la igualdad, además de su indudable eficacia pedagógica. Estas declaraciones generales se acompañan a veces de una definición de los conceptos de "discriminación directa e indirecta", o de "acoso sexual o por razón de sexo", y en algunos casos se completan con cláusulas que declaran nulos y sin efecto los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones adversas en el empleo, en materia de retribución, jornada y demás condiciones de trabajo, por razón de sexo, reiterando así la regulación legal.

---

como instrumento para la igualdad laboral entre hombres y mujeres. MTAS, Madrid, 2003; Quintanilla Navarro, B. et altri: Igualdad y no discriminación en función del género: Estudio específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso sexual", en Escudero Rodríguez (Coord.): *La Negociación Colectiva en España: Una visión cualitativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Pérez del Río, T.: *Igualdad y género en el empleo*. Guías de Negociación. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

[33] Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La Negociación Colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. MTAS, Madrid, 2009, págs. 241 y sigs.

Las cláusulas convencionales que establecen las llamadas acciones positivas presentaban hasta ahora una implantación muy modesta y, en todo caso, a través de la negociación colectiva supraempresarial [CC Estatal de Artes Gráficas; CC Industrias del Metal de Córdoba; CC Estatal de Químicas; CC Industrias Transformadoras del Plástico de Madrid], y ha tenido que ser la ley quien lleve a cabo una intervención promotora mediante la obligación de negociar Planes de Igualdad en las empresas. Pero, aunque ya ha transcurrido un cierto tiempo desde la aprobación de la Ley Orgánica de Igualdad, todavía son escasas las cláusulas negociales que fijan directrices o reglas en relación con los planes de igualdad. Pese a las orientaciones que se contienen en los sucesivos ANC, en los convenios colectivos supraempresariales no se hace uso de regular los términos y condiciones en que deba desarrollarse la negociación de dichos planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores. Tampoco se encuentran convenios colectivos que obliguen a negociar planes de igualdad en empresas de menos de 250 trabajadores. No obstante, se pueden encontrar algunos convenios sectoriales que, además de señalar los objetivos de los planes de igualdad, establecen estrategias y prácticas para conseguir la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación (en materia de promoción profesional, de contratación, de formación, materia salarial, prevención de riesgos…). También se encuentran convenios colectivos de empresa que establecen un plazo máximo para la realización del plan de igualdad y que establecen un contenido mínimo del mismo. Y son cada vez más numerosos los convenios colectivos que contemplan la creación de comisiones encargadas de promocionar, asesorar y hacer un seguimiento de la elaboración y aplicación de los planes de igualdad en las empresas (Comisiones de Igualdad) [CC de la Industria Siderometalúrgica de Valladolid; CC Televisión Valenciana; CC de la Empresa Arteixo Telecom].

Otra dimensión, relativa a las medidas de acción convencional encaminadas a garantizar el principio de igualdad real de oportunidades, se encuentra en la negociación de cláusulas que intentan desarrollar, completar y, en todo caso, garantizar, la efectividad de las normas sobre protección de la maternidad y conciliación de la vida laboral y familiar. Constituye ya una práctica habitual recoger en los convenios colectivos alguna mención sobre la condición familiar de los trabajadores, aunque en muchos convenios solamente se reitera el marco legal. Pero progresivamente se van incorporando en los convenios colectivos previsiones directas que, sobrepasando y complementando los niveles de protección establecidos legalmente, afectan a algunas de las tradicionales medidas conciliadoras, como la jornada, los permisos, las excedencias por cuidado de hijos, o bien a otros aspectos como la movilidad laboral, fomento del teletrabajo, cambio de centro de trabajo…, para favorecer la conciliación [CC Saneamientos de Córdoba; CC General Óptica; CC Telefónica Data España; CC McDonalds; CC Altadis; CC Telefónica España; CC Grupo Iberdrola; CC Mercadota; CC Telefónica Telecomunicaciones Públicas; CC Telefónica Servicios Audiovisuales; CC Arteixo Telecom…].

En conjunto se puede decir que las cláusulas de género van teniendo una presencia cada vez mayor en la negociación colectiva empresarial y supraempresarial. La igualdad va penetrando lentamente en la negociación colectiva a través de distintos mecanismos: 1) cláusulas declarativas antidiscriminatorias; 2) adecuación del contenido de los convenios colectivos a los cambios legales introducidos en materia de permisos, licencias, excedencias, reducción de jornada, etc.; 3) establecimiento de organismos paritarios y mixtos con competencias en el tema de igualdad; 4) atribución a los representantes de los trabajadores de competencias y facultades que superan las prerrogativas legales; 5) particular atención a los temas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar y de acoso moral y sexual; 6) compromisos sobre la elaboración de planes específicos de promoción de la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Pero es muy lento el proceso de introducción generalizada de medidas que garanticen la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo y en las situaciones conexas a éste. Las partes sociales tendrán que incorporar medidas operativas para que se sobrepase el "campo formal" de consagración del principio de igualdad de trato, que contrasta con la situación "real" de constatación de diferencias salariales y extrasalariales (clasificación profesional) para situaciones equiparables entre hombre y mujer. Esa disociación entre "forma" y "materia" (realidad material) exige una mirada especialmente atenta por parte de la autonomía colectiva.

4.1.4. Función de protección social

La negociación colectiva también desempeña una *función de protección social renovada*. Esta función de previsión complementaria y asistencial está vinculada al contrato de trabajo, pero muy frecuentemente se establece tanto para supuestos de vigencia del contrato como para casos de terminación del mismo (negociación postcontractual)[34].

---

[34] Sobre ello, muy ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "El tratamiento de la relación post–contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999, págs. 91–246. Vid. también Mercader Uguina, J.: "Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas", en AAVV: *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2002; Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del* trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 184 y sgs.; Monereo Pérez, J.L., García Valverde, M.D. y Molina Hermosilla, O.: "La protección –y acción– social complementarias en la negociación colectiva: Mejoras voluntarias, acción asistencial y planes de pensiones del sistema de empleo", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 759 y sigs.

Este elemento de renovación tiene un carácter marcadamente defensivo de la negociación colectiva dado el progresivo repliegue de la función garantista del poder público –remercantilización– en los niveles de tutela. Es ésta una función extraordinariamente importante en el marco de las políticas de potenciación de los sistemas de previsión colectiva voluntaria. Se trata de una opción político–jurídica de reducción y reorganización de las prestaciones públicas de pensión, que otorga así a la negociación colectiva un papel fundamental en la previsión complementaria [por ejemplo, CC de la Empresa de Transportes Rober de Granada, donde se recoge el compromiso de concertación de un plan o fondo de pensiones con la entidad aseguradora Mapfre, al que voluntariamente se adscribirán aquellos trabajadores que lo deseen, asignado la cantidad que libremente decidan, que les será descontada de la nómina previa notificación escrita a la Dirección de la Empresa que habrá de ser entregada a la entidad].

Es aconsejable, desde una óptica de protección y defensa del interés colectivo de previsión de las clases trabajadoras, que tales sistemas de previsión privada sean sistemas de previsión colectiva de base profesional con amplias garantías de democratización en la vida del sistema protector: desde su implantación (que sean pactados en la negociación colectiva), pasando por su dinámica de funcionamiento (gestión compartida a través de órganos de participación institucional, como las Comisiones de Control de los Planes y Fondos de Pensiones).

Es decir, que un reto para la negociación colectiva y su ordenación normativa es el de promover estas formas de tutela con una fuerte participación colectiva y sindical.

Sirviendo a esta función, la negociación colectiva construye sistemas profesionales de protección social complementaria y aumenta su fuerza reguladora a la situación de los trabajadores "pasivos" o ex trabajadores. Aquí han surgido novedosos problemas jurídicos relativos al mantenimiento o no para tales trabajadores de los derechos y prestaciones previstas en los convenios colectivos cuando éstos han sido modificados en una renovación contractual. En los últimos años uno de los aspectos contemplados característicamente en la negociación colectiva ha sido el deber legal de exteriorización o externalización de los compromisos por pensiones (que ha obligado a realizar un largo proceso de adaptación de los sistemas de previsión complementaria a las nuevas exigencias legales que se han ido estableciendo). Este proceso ha ido además paralelo con la coyuntura de reestructuración empresarial para garantizar la viabilidad de la empresa en un entorno competitivo profundamente cambiado[35].

---

[35] Esta es la filosofía de la exteriorización a través de Planes de pensiones que se reflejó, por ejemplo, en el XIX CC Empresa Bridgestone Firestone, S.A. (Fábricas) (BOE 2 julio 2001), en donde se establecía que el cumplimiento de la obligación de externalizar los compromisos por pensiones supondría para la compañía un incremento importante del coste económico de sus actuales compromisos en ma-

Existe, además, una tendencia a que los convenios colectivos prefiguren aspectos fundamentales del contenido de los Planes de pensiones [CC Empresa Gas Natural SDG, S.A.], si bien la regulación detallada del régimen del Plan de pensiones suele emplazarse al "Reglamento de especificaciones del Plan de pensiones.

Característica de la regulación de estas materias vinculadas a la previsión social voluntaria es que sean tratadas a través de instrumentos monográficos dotados de mayor estabilidad temporal y de contenidos reguladores: convenios o acuerdos colectivos de previsión social.

4.1.5. Políticas de creación de empleo y de mejora de su calidad

Por último, la negociación colectiva incide cada vez más sobre materias relacionadas con las *políticas de creación de empleo y, sobre todo, de mejora de su calidad,* debiendo destacarse aquí la centralidad que hoy tiene la *negociación colectiva sobre el empleo*, estableciéndose un intercambio negocial, explícito o implícito, entre el empleo y la flexibilidad laboral y la reducción de los costes del trabajo.

La negociación colectiva incide cada vez más sobre materias relacionadas con el empleo, y no sólo en las materias más tradicionales de las modalidades de contratación laboral, sino en la regulación de las estrategias negociales de fomento del empleo y su "reparto". Se puede hablar en este ámbito de un "modelo de administración delegada y negocial del mercado de trabajo".

Con ello se acentúa la tendencia de la negociación colectiva contemporánea de preocuparse no sólo por el trabajador en activo, sino también por los trabajadores desempleados y excluidos socialmente, aunque sin desconocer que la autonomía colectiva –por la no disponibilidad de los factores base de poder imprescindibles– sólo puede actuar una "ordenación marginal" (que no es poco, en cualquier caso) de los problemas concernientes a las políticas activas de creación de empleo. Es una manifestación más de la preocupación de los agentes sociales por incidir en la condición general del ciudadano trabajador más allá de su condición de trabajador en activo. Pero ello, cumpliendo al mismo tiempo su función de mercado, como instrumento de gestión de variables macroeconómicas, entre las cuales sin duda está el tema del empleo.

---

teria de pensiones, con una incidencia negativa directa en sus disponibilidades presupuestarias destinadas, fundamentalmente, a inversiones para la modernización de sus sistemas productivos y, con ello, al mantenimiento de una política de empleo activa y progresiva. Consecuencia de todo ello es que las partes negociadoras adoptan la decisión de cancelar de manera definitiva y total el sistema de prestaciones complementarias de Seguridad Social que habían sido respetadas con carácter transitorio, manteniendo la vigencia del actual Plan de pensiones, ajustado a una serie de características básicas que se establecen en el convenio.

La política de empleo instrumentada a través de la negociación colectiva es siempre limitada, por la vinculación de aquélla por la política económica pública, y está hoy sujeta a una característica estructural de los mercados de trabajo y su reflejo en una segmentación de los mecanismos de protección social, públicos y privados: a saber, su carácter fragmentado, con la existencia de un mercado primario (que goza de un paradigma de empleo estable y protegido) y un mercado secundario (mal llamado empleo atípico, basado en la inestabilidad laboral y en la imposición de condiciones de empleo precarias).

La centralidad de esta cuestión se ha traducido, sin duda, en una mayor apertura del sistema de negociación, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, introduciendo, de forma cada vez más generalizada, las llamadas "cláusulas de empleo". La negociación empresarial es la que expresa los mayores y más concretos compromisos (sobre todo a través de pactos o acuerdos) respecto a políticas activas de empleo. También se puede constatar una evolución en el tratamiento de la contratación temporal, fomentando una gestión mucho más racional y controlada de la contratación temporal con la consiguiente mejora en la estabilidad del empleo (en este caso a través de la negociación sectorial).

La intervención de la negociación colectiva en la realización de la política de empleo se puede llevar a cabo instrumentando algunas de las medidas políticas adoptadas previamente por los poderes públicos: formación profesional, inserción de jóvenes en el mercado de trabajo, reparto del empleo, fomento de la contratación, posibilidades de inserción laboral de grupos con dificultades de integración en el mercado de trabajo, etc. De todas estas facetas, el tema de la formación profesional es el que recibe un mayor tratamiento en la negociación colectiva de este sector, fundamentalmente a través de los convenios colectivos negociados en las grandes empresas o grupos de empresas incluidos en el mismo. Salvo esta vertiente, la negociación colectiva es poco significativa en la materia, ya que generalmente el principal objetivo en materia de empleo es el de la estabilidad y garantía de los trabajadores ya contratados [CC de agua para riesgos de la provincia de Granada] y apenas hay –salvo algunas cláusulas aisladas– preocupación por la realización de medidas de creación de empleo o de reparto del empleo.

En la negociación colectiva del sector siguen encontrándose compromisos de "política de empleo" consistentes en la contratación de un determinado número de trabajadores durante la vigencia del Convenio Colectivo correspondiente. Normalmente este compromiso de contratación está ligado a la realización de un plan de bajas para el personal de la empresa que se articula fundamentalmente a través de un sistema de prejubilaciones y forma parte de un "Plan de Adaptación de Plantillas" que tiene como objeto la reducción de plantillas y su modernización dentro del proceso general de reestructuración que se está produciendo en el sector energético y, con más intensidad, en el sector de la energía eléctrica. En muchos casos, estos compromisos son en realidad, más que medidas de fomento del empleo, medidas de sustitución de trabajadores, por lo que no se crean nuevos empleos sino

nuevas contrataciones sobre el nivel de empleo existente. Suelen aparecer además compromisos de "garantía de estabilidad en el empleo" frente a posibles procesos de regulación de empleo como consecuencia de los procesos de reestructuración empresarial.

Así pues, la política de empleo en la mayor parte de los convenios se reduce al compromiso de contratación indefinida (garantía de estabilidad en el empleo) y la preferencia por esta modalidad contractual frente a la contratación temporal. Así, se establece el compromiso de promover la contratación directa de trabajadores fijos, en algunos casos condicionado a que la empresa "se mantenga en términos competitivos", o en otros supuestos, con una garantía de alcance más limitado, a que se trate de "puestos de estructura", comprometiéndose el propio convenio a que las contrataciones que se realicen sean para este tipo de puestos. La regulación de la contratación temporal por la empresa se mantiene con un carácter más restrictivo y supeditada a la realidad de las necesidades de la empresa [CC Industria Química; CC de residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio; CC Hostelería de Santa Cruz de Tenerife…], normalmente acompañada de mecanismos protectores de los trabajadores contratados temporalmente (preferencias para coberturas de vacantes, cómputo de la antigüedad, etc.), que no se regulan de manera sistemática en el convenio sino que aparecen en estipulaciones diversas. En algunos convenios, limitando el alcance del compromiso de contratación de trabajadores indefinidos, la empresa mantiene la libertad de realizar contratos temporales con carácter previo a los indefinidos. Es también frecuente en el caso de utilización de la contratación temporal el establecimiento de un compromiso de transformación del empleo eventual en fijo, pero manteniendo la contratación temporal estructural, para cubrir necesidades temporales propiamente dichas (interinidad, etc.).

Por otra parte, la materia de formación profesional suele tener un tratamiento específico en los convenios colectivos, y aunque en la actualidad sea una materia objeto de negociación colectiva con sustantividad propia, no deja de ser una parte fundamental de la política activa de empleo, que permite la mejora de la calidad del mismo así como la mejora de la productividad empresarial. Desde el punto de vista interno a la empresa, la formación profesional "continua", dirigida a los trabajadores ocupados, se considera como una contribución eficaz al incremento de la competitividad y de la capacidad de adaptación de los trabajadores a las exigencias del mercado de trabajo, siendo así un elemento importante en la gestión de los recursos humanos y un mecanismo de adaptación permanente que permite una mayor movilidad funcional de los trabajadores. Por ello, desde el punto de vista empresarial es un instrumento ligado a la eficiencia y a la consecución de los objetivos empresariales. De otra parte, desde la perspectiva del trabajador, se convierte en una alternativa a la extinción del contrato al permitirle la adecuación de su nivel de competencias a los cambios organizativos y tecnológicos y en un instrumento que potencie sus expectativas de promoción y desarrollo profesional. La formación se

erige en un factor esencial para el desarrollo de las posibilidades productivas y, por ende, en un objetivo preferente de las empresas que pretendan mejorar su capacidad competitiva, de ahí la cada vez más extendida atención de los convenios colectivos al tema, la institucionalización en la empresa de programas de formación y promoción profesional, el diseño de políticas de readaptación y reconversión profesional, planes generales, acciones concertadas con instituciones, o meros cursillos de especialización y perfeccionamiento. La dinámica de las reestructuraciones productivas, en buena medida derivadas de las innovaciones tecnológicas, provocan nuevos requerimientos que exigen una actualización continua de las competencias profesionales de los trabajadores, cuyas cualificaciones van quedando obsoletas. Ello explica que las políticas formativas deban considerarse como un elemento básico de la política de empleo y explica la importancia de su tratamiento en la negociación colectiva, vinculada muy particularmente a la regulación de las estructuras profesionales y, necesariamente también, de la promoción profesional en los sistemas de clasificación profesional.

Dentro de la negociación colectiva sobre empleo, destacan también los compromisos de limitación de la subcontratación empresarial (manifiestamente escasa e insuficiente) y de la utilización de Empresas de Trabajo Temporal que, con un carácter "defensivo" (en el sentido de garantía del empleo), se contienen en algunos convenios colectivos con diferente alcance [desde las cláusulas más restrictivas –como CC de Gamesa Producciones Aeronáuticas, S.A.–, las cláusulas que tienen un carácter limitativo menos rígido –CC Industrias de Ópica, S.A. e Indóptica, S.A.–, hasta aquéllas que contienen sólo meros propósitos o recomendaciones –CC Empresa Hispano Química, S.A.; CC Empresa Teleinformática y Comunicaciones, S.A.U. (TELYCO)..–]. Dentro de las cláusulas de garantía del empleo que se establecen en la negociación colectiva se encuentran también previsiones relativas a la continuidad de los contratos de trabajo en los supuestos de sucesión empresarial (cláusulas subrogatorias que se establecen en algunos convenios en sentido amplio, y de forma mucho más detenida y compleja en aquellos casos de grandes empresas o grupos sometidos a procesos de reorganización empresarial).

Particularmente importante, es el tratamiento de la jubilación como medida de fomento del empleo. El tema de las jubilaciones forzosas y anticipadas ha tenido y sigue teniendo una fuerte acogida en la negociación colectiva[36] dentro de los compromisos sobre política de empleo que se recogen en los convenios colectivos, apareciendo prácticamente en todos los convenios colectivos relevantes, sean convenios sectoriales o convenios empresariales (especialmente en los correspondientes a grandes o medianas empresas). Su regulación en los convenios sigue

[36] Vid. ampliamente, Monreo Pérez, J.L.: Monereo Pérez, J.L.: "El tratamiento de la relación post–contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999, págs. 142 y sigs.

siendo marcadamente como medida de flexibilización de las plantillas, con la finalidad principal de sustituir trabajadores de edad avanzada y con una importante antigüedad en la empresa y de amortizar puestos de trabajo [CC Empresa Mercedes Benz España; CC Interprovincial de Reanult España; CC de la empresa Móstoles Industrial; CC para el sector de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares…].

En términos generales, en la negociación colectiva relativa a las políticas de empleo, pese a los avances que se han ido produciendo, todavía se aprecian muchas carencias[37]:

- Predominio de cláusulas que más que introducir compromisos, establecen meras declaraciones de intenciones, y las más de las veces se limitan a reiterar las recomendaciones de los Acuerdos Interprofesionales.
- Ambigüedad de muchas de estas cláusulas, que dificultan la determinación de su eficacia obligacional o normativa (en el ámbito empresarial predominan las de eficacia normativa, mientras que en el sectorial predominan las de eficacia obligacional o mixta.
- Debilidad de mecanismos que hagan efectivamente exigible el cumplimiento de los compromisos de empleo (sólo en algunos casos se establecen "penas convencionales" para casos de incumplimientos: CC Grandes Almacenes, que prohíbe el recurso al contrato de obra o servicio en caso de incumplimiento del compromiso de empleo).
- La inercia reguladora que arrastra el tratamiento convencional de esta materia, particularmente en relación con la contratación temporal (convenios que prevén un plazo máximo de duración superior al permitido legalmente; convenios que limitan la contratación temporal y al mismo tiempo permiten su ampliación…).
- Una regulación, en muchos casos, un poco caótica en materia de contratación temporal y enormemente confusa, con cláusulas convenciones que parecen limitar la contratación temporal y otras que permiten su ampliación.

[37] Vid. Ojeda Avilés, A.: "El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: Las clásusulas sobre empleo", en AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación* Colectiva, MTAS, Madrid, 1998; Gil Suárez, L.: "El contenido de la Negociación Colectiva en materia de contratación: El Papel del convenio colectivo en la relación de las figuras contractuales", en AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación* Colectiva, MTAS, Madrid, 1998; Villar Cañada, I: "El tratamiento del empleo y la contratación en la negociación colectiva: Del análisis cuantitativo al cualitativo. Los acuerdos o pactos de competitividad y empleo", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 559 y sigs.

En general, el tratamiento de la política de empleo en la negociación colectiva es escaso y poco innovador, aunque no se puede desconocer que progresivamente, en los últimos años, se ha ido produciendo una mayor presencia de este tema en los convenios colectivos, especialmente en convenios colectivos de grupos de empresas, convenios colectivos de grandes empresas y convenios colectivos sectoriales.

4.2. La función de mercado (función económica de producción) de la negociación colectiva

Se refiere esta función de la negociación colectiva básicamente a la fijación de las condiciones de adquisición y uso de la fuerza de trabajo y a la regulación de las condiciones de trabajo. La negociación colectiva es, desde luego, un instrumento de autorregulación del mercado de trabajo, e incluso, más ampliamente, es un mecanismo de regulación de la economía de mercado y de la política económica. Es claro que la negociación colectiva sirve, no sólo de mecanismo de mejora de las condiciones mínimas establecidas por el sistema legal, sino también de instrumento para la "modernización" de la organización del trabajo en la empresa para adaptarla a las condiciones de competencia.

La conciliación entre la función protectora y la función económica ha sido siempre difícil y compleja, pero hoy se trata de conciliar ambas funciones bajo el predominio inequívoco de la función económica, dirigida ahora a adaptar la regulación jurídica de las relaciones laborales a las exigencias de flexibilidad necesarias para la competitividad de las empresas.

De manera que a las funciones tradicionales del convenio colectivo se han venido a añadir la de concurrir a la organización del trabajo y, en particular, gestionar las crisis empresariales y los consiguientes problemas de ocupación.

La negociación colectiva tiende hoy a ser un instrumento fundamental de la gestión de la empresa flexible y participada, sirviendo a una pluralidad de fines económico–sociales y de intereses concurrentes. En este sentido, se han acometido los programas de flexibilidad laboral y los procesos de reestructuración de las empresas a través de una gestión consensuada de los planes de viabilidad y de los planes sociales de acompañamiento a los mismos. Los programas de flexibilidad introducidos en el sistema de ordenación del trabajo han afectado de manera incisiva, junto con las *rentas salariales, al tiempo de trabajo y a la clasificación profesional*. Realmente son estos tres temas los referentes materiales y funcionales de la negociación colectiva y se configuran como cuestiones objeto de negociación permanente. La intervención legislativa en estas materias ha estado guiada por el objetivo de convertir a la autonomía colectiva en el instrumento a través del cual conseguir un más eficaz, pero equilibrado, "uso flexible" y "productivo" del conjunto de relaciones de trabajo de una empresa.

4.2.1. La ordenación de la materia salarial

La ordenación de la materia salarial sigue siendo, desde luego, una cuestión central en el sistema de negociación colectiva[38]. El marco legal ha operado un trasvase de competencias a favor de la autonomía colectiva negocial, contribuyendo a reforzar el papel de la negociación colectiva en esta materia, pero también con el objetivo de responsabilizarla de la completa racionalización e innovación de las estructuras salariales en nuestro país. Un proceso que se evidenciaba necesario para llevar a cabo el ajuste requerido por las empresas a un contexto cambiante caracterizado por la creciente innovación tecnológica y el recrudecimiento de las condiciones de competencia empresarial ante un sistema económico mundial cada vez más globalizado, que impone a las empresas asumir directamente los riesgos del mercado en condiciones de máxima incertidumbre.

Con más lentitud y resistencias de las previstas, se están llevando a cabo estos cambios, si bien de forma muy desigual según las características de las unidades de negociación.

De ahí que se pretenda penetrar en todos los elementos de la retribución y se tienda a innovar las estructuras salariales, sirviéndose de su calidad de instrumento flexible de regulación adaptable a las más diversas circunstancias. Se tiende a buscar el gobierno de la retribución salarial y a racionalizar todo ese laberinto salarial. La negociación colectiva de sector y de empresa intentan determinar la retribución –y en general las "masas salariales"– desde su génesis u origen hasta su mismo desarrollo y evolución, reconfigurando los conceptos y partidas salariales para adaptarlos a las nuevas exigencias del sistema de necesidades de los factores productivos y de la cambiante situación en que se mueven las empresas en un contexto de mundialización de la economía y de acrecentamiento de la competitividad.

La negociación colectiva de empresa está implicada en esta tarea, redefiniendo continuamente los complementos existentes y creando otros, pero también, yendo más lejos, estableciendo innovadoras cláusulas de garantía salarial. Se persigue la flexibilidad salarial a través de estructuras salariales más innovadoras que privile-

---

[38] Vid. AAVV: *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial. XIX y XX Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2007; Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "Mecanismos legales de descuelgue salarial", en AAVV: *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la Negociación Colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1996; Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 80 y sigs.; Monereo Pérea, J.L., García Valverde, M.D. y Gámez Jiménez, J.M.: "Los sistemas de retribución entre la tradición y la renovación. La gestión del rendimiento en las organizaciones de trabajo y nuevas orientaciones en el régimen salarial", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 415 y sigs.

gien las partidas salariales de carácter variable vinculadas a la situación y resultados de la empresa y al esfuerzo de los trabajadores.

El peso de las partidas fijas es aún determinante (aunque complementos fijos como el de antigüedad están padeciendo un proceso de congelación o desaparición). De todos modos, la retribución depende en gran parte de las características de la organización empresarial (división técnica del trabajo, complejidad de los procesos de producción, sistemas de clasificación profesional…).

Lentamente en la negociación colectiva de empresa, y en particular en las grandes y medianas empresas, se va produciendo un proceso de adaptación a la nueva coyuntura económica y tecnológica, aunque desde luego el ajuste aún no es suficiente. El punto de partida arrojaba un cierto retraso como factor diferencial respecto a los países más avanzados de nuestro entorno.

Con carácter general, no obstante, se puede señalar que el proceso negociador se centra en la fijación de la concreta cuantía salarial y que hay una cierta pérdida de vitalidad de la negociación colectiva (debida probablemente a las inercias convencionales y a la estructura de la negociación). Hay bastante continuidad del modelo clásico, sin cumplir las expectativas, espacios y funciones asignados a la negociación salarial. Con carácter general, los criterios y contenidos actuales en materia salarial aparecen fijados en los distintos ANC (y también del correspondiente a 2007 y prorrogado a 2008), cuyo objetivo expuesto claramente es "conseguir una política de moderado crecimiento económico, propiciando así el descenso de la inflación, la mejora de la competitividad de la economía española, la potenciación de la inversión productiva y el avance del empleo estable". Objetivos, desde luego, hoy condicionados por la grave situación de crisis económica. Los ANC instan también, en el ámbito de la negociación salarial, a que dicha negociación colectiva asuma la elaboración de criterios para la estructura de los salarios (componentes fijos y variables de la retribución salarial, complementos salariales o salarios mínimos), avanzando en una mayor relación entre la retribución y la productividad.

4.2.2. La ordenación del tiempo de trabajo

Está entre los aspectos que mayor transformación han experimentado a través de la negociación colectiva, pero dentro del marco de las políticas de flexibilidad introducidas legalmente en la ordenación del tiempo de trabajo. Y en la negociación colectiva se pone de relieve la aceptación de esa ordenación flexible como estrategia preferente, o relevante, de ajuste o adaptación a las necesidades de las empresas[39].

---

[39] Vid. Alarcón Caracuel, M.R.: "El tratamiento del tiempo de trabajo en la negociación colectiva", en AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*. MTAS, Madrid, 1998; Quesada Segura, R.: "La reordenación convencional del tiempo de

La gestión flexible del tiempo de trabajo tiene como finalidad maximizar el uso del capital productivo y la ampliación del tiempo de la oferta de los servicios. El modelo productivo actual exige una disponibilidad temporal que no se limita sólo a la presencia física en el lugar de trabajo sino que mediante el recurso a los nuevos medios de comunicación extiende la movilización potencial de la fuerza de trabajo hasta el espacio de vida privada, a través de las horas de disponibilidad (profusamente reguladas por la negociación colectiva).

Sin embargo, son muy insuficientes (y a veces totalmente inadecuadas) la presencia en los convenios colectivos de las contrapartidas a esta ordenación flexible al máximo del tiempo de trabajo, como serían la garantía de mantenimiento del empleo (o de mejora de la seguridad del empleo), la participación de los trabajadores de los beneficios de esta regulación flexible y adaptable (por ejemplo, mejorando las posibilidades de conciliación de la vida laboral y personal y familiar) y el reforzamiento de los mecanismos de control efectivo por parte de los representantes de los trabajadores de esta gestión flexible del trabajo.

4.2.3. La regulación convencional de la estructura profesional y nuevos sistemas de organización del trabajo: clasificación profesional, promoción y movilidad funcional

La disfuncionalidad del modelo de clasificación profesional derivado del modelo regulado por las Ordenanzas Laborales y las demandas de flexibilidad (no siempre racionalmente en el plano económico) esgrimidas por las empresas ha sido, y es, el eje de la transformación del sistema de clasificación profesional, aún en el marco de fuertes resistencias y poderosas inercias. A raíz de la reforma de 1994 se inició este proceso de renovación, confiándolo a la negociación colectiva en el marco de la gestión consensuada de la flexibilidad. A la negociación colectiva se le encomienda, así, la construcción o renovación del sistema de clasificación profesional basado en un equilibrio entre los imperativos de la flexibilidad (cambio de sistema generalizado, polivalencia funcional…) y de protección (igualdad de trato por razón de sexo y de edad..., mejora del control democrático del ejercicio de los poderes empresariales…) [Objetivo expresamente contenido en los ANC].

Entre las medidas a adoptar por los convenios para alcanzar esa doble finalidad se sitúan las estructuras de clasificación basada en los "grupos profesionales" (y en las áreas funcionales) y en la movilidad funcional, como instrumento de adaptación interna vinculada a la clasificación profesional.

---

trabajo entre las razones de la empresa y las razones de la persona: ¿Un paradigma de flexiseguridad?, en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 471 y sigs.

Sin embargo, en el tratamiento convencional de esta materia aún encontramos un panorama desigual y disperso. No se puede encontrar un único modelo de clasificación profesional, ni siquiera uno dominante, ya que cada sector ha ido desarrollando el propio gradualmente, al mismo tiempo que un grupo creciente de empresas viene redefiniendo el suyo en un continuo proceso de adaptación [encontramos: –sistemas basados en grupos profesionales: CC industria química, CC Vidrio y cerámica, CC Perfumería y afines; –sistemas mixtos: que combinan categoría profesional y grupo profesional: marcada frecuencia en los convenios colectivos de la mediana y gran empresa; –sistemas que mantienen la categoría profesional como criterio básico regulador]

[Operar característico: se clasifican en categorías profesionales, que son definidas por los convenios; se ordenan en grupos profesionales que, por lo general, no se definen en el cc, salvo por referencias muy amplias a las funciones básicas de la empresa; para individualizar o concretar algo más se suele acudir a los diferentes niveles retributivos. Este modelo es útil para empresas que no requieren una gran flexibilidad funcional de los trabajadores, pero adolece de problemas en otros casos, especialmente en empresas caracterizadas por una mayor sujeción a las condiciones de una competencia global y tecnológicamente innovadora]

Se hace más presente, en líneas generales, el continuismo que la innovación (innovación en CC red eléctrica española –estructurado por categorías profesionales– y CC Grupo endesa –estructurado sobre categorías equivalentes). Se podría decir que estamos en un estadio intermedio, evolutivo, pero la emergencia de un nuevo modelo de ordenación de la clasificación profesional es evidente, aunque aún no esté suficientemente extendido.

El sentido de la innovación, en cualquier caso, es dotar de flexibilidad a las organizaciones de trabajo en la asignación de funciones, para mejorar la capacidad de adaptación de la empresa a las necesidades que en cada momento le demande el mercado (como se dice expresamente en CC Iberdrola Grupo). Esa finalidad se expresa especialmente en la regulación "concesiva" por parte de las representaciones sindicales de los pactos de polivalencia funcional o de la movilidad funcional (regulación "pro empresa".

El modelo de "flexiseguridad" implicaría que la posición perdida por los trabajadores en cuanto a certidumbre sobre su objeto de prestación la ganen en promoción profesional y económica.

4.2.4. Los procesos de reestructuración de las empresas

En la actualidad se ha introducido en el sistema de negociación colectiva una lógica de implicación con la racionalidad económica de las empresas, sirviendo a una pluralidad de fines económico–sociales y de intereses concurrentes. En este

sentido se han acometido, además de programas de flexibilidad laboral, los procesos de reestructuración de las empresas a través de una gestión consensuada de los planes de viabilidad y de los planes sociales de acompañamiento a los mismos. Se habla así de los convenios "ablativos", de "solidaridad" o "concesión", a través de los cuales se distribuyen entre los trabajadores –en garantía del mantenimiento de niveles de empleo– los sacrificios derivados de las inestabilidades económicas empresariales, en contraposición al carácter tradicionalmente progresivo en materia de beneficios en las condiciones laborales tenían los convenios colectivos. Así pues, en su compleja función de gobierno de los intereses implicados en las relaciones laborales, se puede llegar al sacrificio de uno o algunos de dichos intereses (niveles retributivos, niveles ocupacionales, etc.) en salvaguarda de otros, como el mantenimiento de la ocupación o la propia supervivencia de la empresa…

4.3. La Función Política de la negociación colectiva

La autonomía colectiva ha cumplido históricamente una función esencialmente "política" en sentido amplio, ya que la negociación entre los grupos socio–económicos se encamina al gobierno de las relaciones laborales en combinación con el Estado democrático y pluralista, y a la mejora de la posición de la clase trabajadora a través del reconocimiento de los nuevos derechos sociales.

Pero además, actualmente se han potenciado las funciones gestionales o de gobierno colectivo de la empresa y la función cooperativa (negociación cooperativa o gestional). Es cada vez más frecuente que los convenios colectivos (y no solamente los acuerdos empresariales de reorganización productiva) entren a regular la política de la empresa, teniendo por objeto la predeterminación negocial de ciertas decisiones empresariales, o el establecimiento de mecanismos de procedimentalización, o de decisión conjunta en la toma de determinadas decisiones relativas al funcionamiento de la empresa y, muy señaladamente, a la gestión de los "recursos humanos" en la organización productiva.

De este modo el convenio colectivo aparece como un mecanismo de gestión compartida de la empresa, incidiendo en los problemas relacionados con la situación económica y productiva. La empresa post–industrial se caracteriza por ser una empresa flexible y participada. La negociación colectiva puede ser contemplada como una fórmula incisiva de participación no institucional de los trabajadores en la empresa, superando los mecanismos más débiles de negociación.

Esto se traduce en:

– el avance en la tarea de procedimentalización de los poderes empresariales, de modo que no se ejerzan de forma unilateral y discrecional, lo que se refleja en la regulación convencional de las estructuras representativas de los trabajadores y las funciones que se les atribuyen.

– la intensificación de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores.
– el incremento de la flexibilidad y dinamicidad de los procesos de negociación colectiva. En muchos casos el convenio, como acuerdo gestional, aparece con un contenido más programático que reglamentario, con reglas más abiertas y no detalladas. Ello implicará una fase posterior de participación o codecisión, acentuando los momentos de "administración" o "gestión" conjunta de lo previamente negociado.

No se puede olvidar tampoco su *Función pacificadora*: A través de su función transaccional, los convenios colectivos han contribuido siempre a reducir, o más propiamente a reconducir, en los países desarrollados las consecuencias más dramáticas de la lucha de clases. La acción concertada reduce el conflicto a modalidades útiles para el sistema, porque permite aprovechar todas las potencialidades de la organización del proceso de trabajo y una mejora sistemática de las condiciones de trabajo y de vida de las clases trabajadoras.

Pero hoy, a esta función tradicional de pacificación del conflicto se une el intento de establecer sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo y fórmulas elusivas de la huelga, en un intento de superar el esquema de manifestación del conflicto como conflicto permanente.

La nueva negociación colectiva gestional trata de extender entre los sujetos implicados un sentido de responsabilidad social sobre el rumbo de la empresa y su adaptación permanente a las variables del mercado. En este sentido, se trata de instaurar una especie de "micro–concertación", que no supone una superación del conflicto social, pero sí una ampliación de los puntos de encuentro y determinación de zonas de interés mutuo.

Aparece, en definitiva, una negociación cooperativa (co–decisión negocial) que se combina e integra con la atribución de derechos de participación débiles como la información y la consulta (e incluso en algunos casos se alientan formas flexibles de cogestión institucional).

BIBLIOGRAFÍA

– AA.VV.: "Flexiseguridad: ¿Un nuevo Derecho del Trabajo? A propósito del Libro Verde Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI", en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 4/2008, Tirant lo Blanch.
– Alarcón Caracuel, M.R.: "El tratamiento del tiempo de trabajo en la negociación colectiva", en AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*. MTAS, Madrid, 1998.

– Albiol Montesinos, I. (Dir.): *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*. MTAS, Madrid, 2005.

– Ballester Pastor, M.A.: *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*. Guías de Negociación. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

– Barbagelata, H.H., Rosenbaum Rímolo, J. y Garmendia Arigón, M.: *El contenido de los convenios colectivos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (Uruguay), 1998.

– Baylos Grau, A. y Merino Segovia, A.: "Códigos de conducta negociados", en Valdés Dal–Re, F.: *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008.

– Bovino Covas y Aragón Medina: *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre hombres y mujeres*. MTAS, Madrid, 2003.

– Carnelutti, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. Cedam, Papúa, 1927.

– Correa Carrasco, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho*. Universidad Carlos III–BOE, Madrid, 1997.

– Cruz Villalón, J.: "Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales", en AAVV.: *Veinte años de negociación colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial*. Madrid, MTAS, 2001.

– Del Rey Guanter, S. (Dir.): *El estado actual de la negociación colectiva en España*. MTAS, Madrid, 2003.

– Escribano Gutiérrez, J.: *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*. CES, Madrid, 2000.

– Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*. La Ley, Madrid, 2007;

– Escudero Rodríguez, R. (Dir.): *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*. Tirant lo Blanch– CCOO, Valencia, 2004.

– Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000.

– García Blasco, J.: "El contenido del convenio colectivo", *REDT,* nº 100, 2000.

– García–Perrote Escarpín, I.: "Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos", *Documentación Laboral* nº 25, 1988, págs. 25–54.

– García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: "Viejas y nuevas funciones de la negociación colectiva: De las condiciones de trabajo a la regulación de mercados, de la calidad del empleo a la calidad de vida", en Molina Navarrete, C.

(Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006.

– García Jiménez, M.: "La 'lucha' por el reparto de espacios de regulación entre poderes de autonomía y heteronomía: el autogobierno del sistema como principio y sus límites ('alianzas' y 'resistencias'), en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006.

– García Murcia, J.: "Contenido normativo y contenido obligacional en los convenios colectivos laborales", *Actualidad Laboral*, nº 23 y 24, 1988, págs. 1289–1296 y 1345–1351;

– "La prevención de riesgos en el ámbito de la Negociación Colectiva", en http://www.zurichprevencion.com;

– Gil Suárez, L.: "El contenido de la Negociación Colectiva en materia de contratación: El Papel del convenio colectivo en la relación de las figuras contractuales", en AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1998.

– Giugni, G.: "La funzione giuridica del contratto collettivo", en *Lavoro, legge, contratti*. Il Mulino, Bologna, 1989.

– *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Comares, Granada, 2004;

– *Derecho sindical*. MTSS, Madrid, 1983.

– González–Posada Martínez, E.: "El contenido obligacional del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Re (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008.

– Landa Zapirain, J.P. (Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*. Bomarzo, Albacete, 2009.

– Lousada Arochena y Movilla García (Coords.): *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Comares, Granada, 1998.

– Mariucci, L.: *La contrattazione collettiva*. Bologna, 1989;

– Martín Valverde, A.: "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional", en AAVV: *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional. II Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1990.

– Meléndez Morillo–Velázquez, L.: "La Prevención de Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva", en *Cuadernos de Aranzadi Social*, nº 18, 2004.

– Mercader Uguina, J.: "Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas", en AAVV: *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2002.

– "El futuro de la negociación colectiva en materia de Prevención de Riesgos", en http://www.zurichprevencion.com;

– Molina Hermosilla, O.: "Calidad de ambiente y derechos de las personas. La autonomía colectiva como garantía de efectividad de los derechos fundamentales 'inespecíficos' de los trabajadores", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006.

– Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006.

– Molina Navarrete, C. y García Jiménez, M.: "La negociación colectiva y las nuevas dimensiones de la prevención de riesgos: Riesgos emergentes, cuestiones de género y dimensión ambiental externa. Los acuerdos de calidad de clima y los acuerdos de gestión ambiental", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006.

– Monereo Pérez, J.L.: "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho". Estudio Preliminar al libro de Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000.

– *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. CES, Madrid, 1996;

– *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

– "El derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (Dir.): *Comentario a la Constitución socio–económica de España*. Comares, Granada, 2002;

– "El tratamiento de la relación post–contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999.

– Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas", en *Tribuna Social*, núm. 98, 1999.

– Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: Balance y perspectivas". Estudio Preliminar al libro de Giugni, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Comares, Granada, 2004.

– Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (Reflexiones en torno al "Libro Verde" de las Comisión de las Comunidades Europeas)", en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales,* núm. 16. 2007–I;

– Monereo Pérez, J.L., García Valverde, M.D. y Gámez Jiménez, J.M.: "Los sistemas de retribución entre la tradición y la renovación. La gestión del rendimiento en las organizaciones de trabajo y nuevas orientaciones en el régimen salarial", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006.

– Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

– Monereo Pérez, J.L., García Valverde, M.D. y Molina Hermosilla, O.: "La protección –y acción– social complementarias en la negociación colectiva: Mejoras voluntarias, acción asistencial y planes de pensiones del sistema de empleo", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006.

– Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Gallego Morales, A.J.: *La negociación colectiva en la mediana y gran empresa: El proceso de adaptación al cambio estructural*. MTAS, Madrid, 2003.

– Moreno Vida, M.N.: "El debate sobre la flexiseguridad en Europa". Primera Ponencia Temática del XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "El futuro de los mercados laborales". Logroño, mayo de 2009. *<http: www. Aedtss.com/congresos.htm>*.

– Ojeda Avilés, A.: "Contenido", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Comares, Granada, 1998.

– "El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: Las clásusulas sobre empleo", en AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1998.

– Ojeda Avilés.

– Olarte Encabo, S. y De La Casa Quesada, S.: "Extensión y límites legales del contenido de la negociación colectiva: entre la continuidad y la renovación", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT–Andalucía, Sevilla, 2006.

– Pedrosa Alquézar, S.I.: "Veinte años de negociación colectiva: balance sobre prevención de riesgos laborales", en AAVV: *Veinte años de negociación co-*

lectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. MTAS, Madrid, 2001.

– "El Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2002: carencias y avances en salud laboral", en AAVV: *Nuevas Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2003.

– Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "Mecanismos legales de descuelgue salarial", en AAVV: *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la Negociación Colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1996.

– Pérez del Río, T.: *Igualdad y género en el empleo*. Guías de Negociación. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

– Rivero Lamas, J.: "Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de la negociación informal", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 1997.

– "Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 89, 1998.

– Quesada Segura, R.: "La reordenación convencional del tiempo de trabajo entre las razones de la empresa y las razones de la persona: ¿Un paradigma de flexiseguridad?, en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006.

– *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla–Málaga, 1994.

– Quintanilla Navarro, B. et altri: Igualdad y no discriminación en función del género: Estudio específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso sexual", en Escudero Rodríguez (Coord.): *La Negociación Colectiva en España: Una visión cualitativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

– Rodríguez–Piñero, M.: "La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV.: *Veinte años de negociación colectiva*. MTAS, Madrid, 2001.

– Sala Franco, T.*: Los convenios colectivos extraestatutarios*. IES, Madrid, 1981.

– Sala Franco, T. (Dir.): *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva*. Madrid, 2001.

– Sempere Navarro, A.V. y San Martín, C.: "Los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores en la Negociación Colectiva", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2003.

– Valdés Dal–Ré, F.: "La desnaturalizada recepción por el estatuto de los trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2008.

– "La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico–sistemática y comparada", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2008.

– "El contenido normativo del convenio colectivo estatutario", en Valdés Dal–Ré (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008.

– *Configuración y eficacia de los convenios extraestatutarios*. ACARL, Madrid, 1989.

– "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", *Temas Laborales*, nº 76, 2004.

– Villar Cañada, I: "El tratamiento del empleo y la contratación en la negociación colectiva: Del análisis cuantitativo al cualitativo. Los acuerdos o pactos de competitividad y empleo", en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT– Andalucía, Sevilla, 2006.

– Vid. los diferentes Informes y Estudios sobre negociación colectiva, de carácter sectorial, realizados en el marco de la *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, publicados en sucesivos años por el MTAS:

– AAVV: *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional. II Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1990.

– AAVV: *La Administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1990.

– AAVV: *Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento. IV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1991.

– AAVV: *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1992.

– AAVV: *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1993.

– AAVV: *Reforma laboral y negociación colectiva. VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1994.

– AAVV: *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1995.

– AAVV: *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la Negociación Colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1996.

– AAVV: *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo. X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1997.

– AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1998.

– AAVV: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999.

– AAVV: *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2000.

– AAVV: *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*. XIV *Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2001.

– AAVV: *Nuevas Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2002.

– AAVV: *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2003.

– AAVV: *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España. XVII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2004.

– AAVV: *Experiencias de negociación colectiva en Europa y sus puntos críticos. XVIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2005.

– AAVV: *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial. XIX y XX Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2006 y 2007.

– Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

– Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

– Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: La Negociación Colectiva en España en 2004, 2005 y 2006. MTAS, Madrid, 2007.

COMUNICACIONES

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Miguel Ángel Almendros González
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. Aproximación a la RSE y su dimensión laboral
2. Instrumentos de RSE. los códigos de conducta
3. La RSE en la negociación colectiva
4. Contenido de las cláusulas convencionales sobre RSE

1. APROXIMACIÓN A LA RSE Y SU DIMENSIÓN LABORAL

El concepto de Responsabilidad Social Empresarial (RSE), que procede del ámbito de la ética empresarial (Business Ethics), surge en los años cincuenta para identificar determinadas actuaciones, decisiones y compromisos que asumen las empresas, que van más allá de su racionalidad estrictamente económica. Así, la RSE evidencia que la actividad de la empresa no queda reducida a esa mera funcionalidad económica, basada en la maximización del beneficio y el respeto a la normativa vigente, sino que debe prestar especial atención y cuidado a las diferentes relaciones que surgen con los grupos incluidos o afectados por la actividad

empresarial (partes interesadas, *stakeholders*). La empresa se responsabiliza de las consecuencias de sus actuaciones.

La dimensión laboral de la RSE es una de las más relevantes de la misma, pues las relaciones laborales se encuentran en el centro de la actividad empresarial. Es cierto que las relaciones laborales son objeto de regulación jurídica, pero nada impide, sino todo lo contrario, incidir en las mismas también desde compromisos éticos y sociales de la empresa. De este modo, sobre una misma materia (las relaciones de trabajo) inciden tanto obligaciones jurídicas como compromisos voluntariamente asumidos por las empresas. Precisamente por eso, por la confluencia con la regulación jurídica, esta *dimensión laboral* es uno de los aspectos de la RSE más olvidados en los compromisos asumidos por las propias empresas. Así, temas como el impacto medioambiental, el voluntariado o el patrocinio muchas veces reciben bastante más atención que la propia dimensión laboral.

Es cierto que la dimensión laboral que presenta la RSE se encuentra en gran medida condicionada por la observancia de las disposiciones normativas. Así, podríamos encontrar dos posiciones extremas: 1) la RSE consiste en el cumplimiento de la normativa (en este caso, laboral); y 2) la RSE, dado su carácter voluntario, no tiene nada que ver con lo normativo. Ninguna de estas posturas es adecuada. La primera posición olvida el carácter voluntario de las acciones de RSE, y por consiguiente que éstas son algo que va más allá del mero cumplimiento de la normativa. Por desgracia, esto acontece con cierta frecuencia, y así, muchas empresas ofrecen como RSE lo que no es más que mero cumplimiento de la normativa laboral (olvidando que el mismo fundamento de la RSE exige comprometerse ética y socialmente con los empleados más allá de las obligaciones jurídicas). La segunda comete el error de desvincular la RSE de lo legal, y así, podría llegarse a la incongruencia de considerar socialmente responsable a una empresa que sistemáticamente incumple sus obligaciones legales o convencionales con sus trabajadores. En cambio entendemos que *el cumplimiento de la normativa laboral constituye una condición necesaria, aunque no suficiente para poder hablar de RSE*.

Por este motivo, la RSE desempeña un papel más importante si cabe en aquellos países que presentan un sistema de relaciones laborales insuficientemente desarrollado y escasamente garantista de los derechos sociales básicos. Aquí precisamente se demuestra la función complementadora que lleva a cabo la RSE.

Por tanto, la relación entre el ordenamiento jurídico laboral y la RSE debe ser de suplementariedad, de mejora voluntaria por parte de la empresa sobre los mínimos normativos; nunca de sustitución de una por otra. Precisamente, desde esta consideración se evitaría un grave riesgo que encierra la RSE, y que provoca no pocos recelos desde el mundo sindical: el riesgo de que se avance hacia la desregulación de materias y que éstas fueran asumidas por compromisos de RSE (por definición, voluntarios e inexigibles). Si esto fuera así, y amén de otras consideraciones, se estaría eliminando la imperatividad de la normativa laboral y la consiguiente homogeneización de las condiciones de trabajo, y creando un mo-

delo voluntarista (en la medida que depende de la "buena voluntad" de cada empresa) incapaz de garantizar unos mínimos a todos los trabajadores, con independencia de la empresa o sector productivo al que pertenezca.

Consiguientemente, entendemos que una empresa actuaría de forma responsable con respecto a sus empleados si, primariamente, cumple con sus obligaciones normativas y contractuales, pero quedando campo suficiente para desarrollar una gestión preocupada por la situación de sus relaciones de trabajo más allá de lo que dice la norma. Y es que las relaciones de trabajo deben ocupar una *innegable centralidad* en la política de RSE, derivada del hecho de insertarse en el núcleo mismo de la actividad empresarial, de ser constitutivas y estructurales de la propia empresa. En este sentido, el *Libro Verde* de la Comisión Europea (*Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 18.7.2001 COM 2001, 366 final.) sitúa dentro de la dimensión interna de la RSE a las relaciones de la empresa con sus empleados. Así, destaca cómo dentro de la empresa, las prácticas responsables en lo social "afectan en primer lugar a los trabajadores y se refieren a cuestiones como la inversión en recursos humanos, la salud y la seguridad, y la gestión del cambio".

De este modo, el Derecho del Trabajo vería reforzada su eficacia si cuenta como aliada con una gestión responsable por parte de la empresa. La finalidad protectora inherente a las normas laborales se vería implementada mediante la asunción de compromisos empresariales específicos.

2. INSTRUMENTOS DE RSE. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Las empresas utilizan los más diversos instrumentos para llevar a cabo actuaciones socialmente responsables en el ámbito de las relaciones de trabajo. A veces el paso que se da en materia de RSE puede ser bastante tímido. Por ejemplo, en muchas empresas se ha creado una estructura formal específica dentro de la organización con competencias en RSE. Sobre todo en las grandes empresas ya es frecuente encontrar *Departamentos de RSC*. Otras veces son los propios Departamentos de Recursos Humanos los que asumen tales competencias.

Otras veces se utilizan instrumentos específicos de RSE. Lo más común es recurrir a *Códigos de Conducta*, tanto internos (elaborados por la propia empresa) como externos (elaborados por instituciones y organismos con autoridad suficiente y que son posteriormente asumidos por las empresas). En ellos se adquieren compromisos específicos para con los trabajadores (también de éstos para con la empresa). En cualquier caso, el problema de tales instrumentos es que no cumplen efectivamente con el principio de participación de las partes interesadas y con el

principio de consenso implícito en el propio concepto de RSE, en la medida en que tales códigos son elaborados sin contar con los trabajadores. También es frecuente el empleo de *Memorias de Sostenibilidad* e *Informes de RSE* que al utilizar el modelo de la "triple línea básica" (*triple bottom line*) que enfatiza la responsabilidad financiera, medioambiental y laboral, ofrecen información relevante acerca de las acciones de RSE que afectan a las relaciones de trabajo. Por último, también cabe destacar el papel que puede desempeñar la *certificación social* como posible instrumento de mejora de las condiciones laborales. Se trataría de garantizar y certificar mediante etiquetas para productos que realmente las prácticas laborales seguidas en el proceso de manufactura se ajustan a unos adecuados parámetros e indicadores. Sin embargo, el desarrollo de iniciativas de certificación en el ámbito laboral deben acogerse con cierta precaución, pues a diferencia de los etiquetados de productos (que pueden ser verificados directamente), una etiqueta que cubra prácticas laborales sólo sería creíble si existiese una vigilancia constante del lugar de trabajo, una condición que requeriría la aplicación de sistemas rigurosos y homologados, así como la intervención de entidades externas y realmente independientes de la empresa, o bien, como alternativa, cuando se permite el adecuado funcionamiento de sindicatos independientes y seguros[1].

Pero sobre todo en el contexto laboral en el que nos situamos sería conveniente también la utilización de instrumentos más participativos de los propios interesados, los trabajadores (pues nadie mejor que ellos conocen cuales son sus intereses, sus demandas y sus carencias). En este sentido, tal y como indica el *Libro Verde* de la Comisión Europea, el *diálogo social* con los representantes de los trabajadores, que es el principal mecanismo para definir la relación entre una empresa y sus trabajadores, desempeña un papel fundamental en el marco más amplio de la adopción de prácticas socialmente responsables. Desde este planteamiento hay que señalar una importante ventaja que presenta nuestro ordenamiento jurídico laboral: a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos (por ejemplo, el medioambiental) las relaciones laborales cuentan ya con mecanismos institucionalizados de participación y negociación y con el doble canal de representación que garantiza la ley (sindical y unitario). Las empresas sólo tienen que utilizarlos, sin que ello afecte a la naturaleza voluntaria de las decisiones socialmente responsables. Esto facilita (y justifica) la utilización y aprovechamiento de tales recursos en iniciativas de RSE. Al mismo tiempo que supone una mayor economía de esfuerzos se estaría dando una respuesta adecuada a las exigencias sindicales de una mayor implicación de los trabajadores en las políticas de RSE.

En cualquier caso, el instrumento más frecuente con el que se asumen compromisos en materia de RSE son los genéricamente denominados "códigos de con-

---

[1] Justice, D.W. (2003): "El concepto de responsabilidad social de las empresas: desafíos y oportunidades para los sindicatos", *Educación Obrera*, núm. 130, OIT, 2003, página 13.

ducta" [2]. En la práctica empresarial encontramos una variada tipología de instrumentos (*códigos de conducta*, *códigos éticos*, *declaraciones de visión, misión y valores*, *códigos de buenas prácticas*, *códigos profesionales*, *códigos deontológicos*, etcétera). Todos ellos son documentos formales que expresan la ética corporativa de la empresa (valores, principios y normas de la organización). Ahora bien, en cuanto a su contenido sólo nos interesan los códigos de conducta que asumen compromisos en RSE (que recogen los valores y principios que deben presidir la gestión socialmente responsable de la empresa), y no otros, como los códigos dirigidos a regular el comportamiento ético y profesional de los trabajadores (con fines disciplinarios), códigos profesionales que establecen pautas de conducta de un grupo profesional, códigos sectoriales, etcétera. Tales códigos de conducta pueden contener *principios y reglas de actuación generales* o *pautas de comportamiento y actuaciones concretas*. En cualquier caso, la utilización de códigos de conducta tiene bastantes ventajas para las empresas (es un procedimiento barato, pues no exige grandes costes; compromete moralmente a los empleados y logra una mayor adhesión a la compañía; genera publicidad positiva y aumenta la reputación de la empresa), pero también presenta deficiencias, fundamentalmente, derivadas de su inexigibilidad más allá de la reprobación moral (lo que hasta cierto punto se corregiría si los compromisos son, después de asumidos voluntariamente, comprometidos negocialmente con otra parte). Por eso, la mayor parte de los códigos de conducta son determinados unilateralmente por la empresa. Sólo excepcionalmente encontramos códigos de conducta participados, en cuya redacción hayan intervenido los representantes de los trabajadores. En este sentido, y tal y como veremos más adelante, las empresas de sector del calzado estarían obligadas por su convenio colectivo sectorial a negociar con los representantes de los trabajadores los códigos de conducta.

3. LA RSE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Llegado a este punto, cabe plantearse si la negociación colectiva es una vía adecuada para el desarrollo y concreción de compromisos en materia de RSE.

La centralidad de la negociación colectiva en la ordenación y determinación (sectorial) de las condiciones de trabajo está fuera de toda duda. El marco legal re-

---

[2] Se ha definido "código de conducta" como "un conjunto de normas (principios guías o directrices) que la empresa elabora con el fin de clarificar las relaciones que establece, determinar responsabilidades, orientar el trabajo profesional, integrar a las personas en un proyecto de cooperación y regular la conducta de quienes trabajan en ella" (Cortina, A. (1994): *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, Trotta, 5ª edición, Madrid, 2000, páginas 118 y 119).

gulador de la negociación colectiva permite un ensanchamiento del contenido material posible de los convenios colectivos que tiene su fundamento último en la libertad contractual de las partes negociadoras. Así, el artículo 85.1 del TRET dispone que "dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales". Pues bien, esta flexibilidad y amplitud del contenido de los convenios está permitiendo la introducción de compromisos plenamente identificables con contenidos de RSE (cláusulas de igualdad, no discriminación; lucha contra el acoso; conciliación de la vida familiar y laboral, etc.); e incluso en ocasiones cláusulas directamente referidas a la RSE.

Podríamos incluso plantearnos la idoneidad de establecer un deber legal de negociar cláusulas de RSE. Parcialmente, eso ya se ha llevado a cabo en la medida en que una materia especialmente vinculada a la RSE, como es la igualdad en el ámbito laboral, se exige que sea incorporada a la negociación colectiva. En particular, el artículo 85.1 del TRET (después de ser modificado por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) manifiesta que "sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad". ¿Cabría imponer análogamente el deber de incluir en los convenios colectivos los compromisos de RSE (en cualquier materia) asumidos por las empresas? Nos parece que no. La intervención normativa no ha de ser de imposición, sino de promoción de la RSE[3]. De lo contrario, ésta quedaría desnaturalizada e irreconocible. La voluntariedad constituye un elemento constitutivo de la RSE, que siempre ha de estar presente.

Por eso, a lo más que hasta el momento se ha llegado es a promocionar legalmente la incorporación de contenidos de RSE a la negociación colectiva. Así, el artículo 73 de la citada LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social por las empresas en materia de igualdad, *que pueden ser también objeto de concierto* con, entre otras partes interesadas, la representación de los trabajadores. El espacio natural para dicho "concierto" es la negociación colectiva, en cualquiera de sus manifestaciones. Y todo ello, sin olvidar que, como recuerda el precepto citado, "a las

[3] De ahí que la intervención estatal y de los poderes públicos deba limitarse a crear un marco jurídico favorable en el que no se obstaculice la RSE y si permita que pueda realizarse, respetando así su elemento de voluntariedad. Y es que la ley sólo puede preservar contra "malas prácticas" pero no promover "mejores prácticas", más allá de un cierto grado de cumplimiento formal con escaso impacto real (Rodríguez–Piñero, M. (2006): "Una nueva iniciativa comunitaria sobre responsabilidad social de las empresas", *Relaciones Laborales*, núm. 11, vol. I, 2006, páginas 124 y 125).

decisiones empresariales y acuerdos colectivos relativos a medidas laborales les será de aplicación la normativa laboral".

Por otro lado, los propios interlocutores sociales (organizaciones empresariales y sindicatos) apuestan decididamente por una mayor implicación y participación en materia de RSE. Así, por primera vez, el ANC 2005 recogió un novedoso Capítulo VII sobre RSE, con el objeto de "contribuir a despejar algunas confusiones que se vienen observando alrededor de este concepto y sobre el carácter voluntario de su ejercicio". El ANC 2007 (prorrogado para 2008) mantiene esta misma línea y propone como necesario: (1) identificar y promover ámbitos de interlocución entre las Organizaciones Empresariales y Sindicales en esta materia; (2) compartir experiencias y difundir buenas prácticas; (3) orientar contenidos esenciales susceptibles de integrarse en las prácticas de RSE en el ámbito de las relaciones laboral (nueva directriz, que no recogía el ANC 2005); y (4) impulsar la cooperación y los compromisos sobre RSE.

En este mismo sentido, existen ya iniciativas y documentos sindicales que insisten en la necesidad de incorporar a la negociación colectiva la RSE. Los sindicatos se reconocen a sí mismo como unos *stakeholders* privilegiados y demandan una participación mucho más activa en la materia. Se observa un cambio de actitud por parte de los representantes de los trabajadores: se pasa de una fría acogida, cuando no desapego, de las iniciativas de RSE que tenían su origen en los Departamentos de Recursos Humanos de las empresas, a un inusitado interés en el seguimiento y control de tales iniciativas (incluso más allá del ámbito estrictamente laboral). Sirva como ejemplo, las *Orientaciones y criterios para la negociación colectiva* utilizadas por CCOO (en concreto para 2006), que dedican todo un capítulo a la RSE. Específicamente, se considera necesaria "la participación activa de los trabajadores y sus representantes en la elaboración de las estrategias, seguimiento y cumplimiento de los compromisos de RSE". En consecuencia plantean la creación de Comités o Comisiones (o similar) de RSE en el seno de las empresas con participación sindical, haciendo más exigible esta reivindicación en aquellas empresas y/o grupos donde se hayan publicitado compromisos de RSE o RSC (en cualquier caso, dicha iniciativa tendrá en cuenta el tipo de empresa: grupo, multinacional, nacional, exportadora o no, participada o no, tamaño, cadena de proveedores, subcontratación, etc.). Los trabajadores y sus representantes, más allá de la consulta, deben participar en los resultados de los balances sociales que se incorporan a los informes anuales de las empresas. La fórmula de los códigos de conducta desarrollados en los ámbitos internacionales y/o las referencias a compromisos de RSE en determinados sectores pueden servir de ejemplo a trasladar al ámbito de la negociación colectiva[4].

---

[4] En cualquier caso, en tales *Orientaciones* se plantean los contenidos de RSE a tener en cuenta prioritariamente por la negociación colectiva: 1) Programas y políticas de calidad laboral (medidas de igualdad e integración, conciliación de la vida personal y laboral, volumen y calidad de empleo, sistema

Sin embargo, del análisis de la negociación colectiva se obtiene una impresión bastante pesimista. En líneas generales los convenios colectivos no incluyen cláusulas sobre RSE (ni expresa ni implícitamente). Si nos preguntamos acerca de los motivos por los que los compromisos de RSE todavía no constituyen un contenido típico de los convenios colectivos, surgen varias reflexiones.

Por lo pronto, el tratarse de cláusulas novedosas y, en principio, extrañas a la negociación colectiva, hace que su presencia en los convenios colectivos sea todavía limitada. En la negociación colectiva, más que en ningún otro ámbito, existe una especie de inercia reguladora que provoca que los contenidos de los convenios colectivos se mantengan acuerdo tras acuerdo y sean reacios a desaparecer, modificarse y también a la incorporación de nuevas materias. No obstante, lo dicho es compatible con otra tendencia contraria detectada en la negociación colectiva, que evidencia una especie de mimetismo regulador, cláusulas o contenidos nuevos que aparecen en un determinado convenio (sectorial o empresarial) son poco a poco reproducidos por otros convenios.

Por otro lado, la escasa presencia de cláusulas sobre RSE en la negociación colectiva obedece al poco interés demostrado por los sujetos negociadores. Por parte de los representantes de los trabajadores, porque pese a los grandes esfuerzos realizados desde los sindicatos para comprometer a los negociadores en esta materia (a los que ya nos hemos referido), se sigue viendo todavía la RSE como una materia ajena a los intereses de los trabajadores, o al menos no prioritaria dentro de la acción sindical. Del lado empresarial, porque al tratarse de compromisos voluntariamente asumidos, se entiende que el espacio natural de la RSE no puede ser la negociación colectiva. Precisamente, en relación con esta última idea conviene hacer una serie de aclaraciones.

Es cierto que en las definiciones al uso de RSE siempre encontramos como un elemento constitutivo la voluntariedad. Con tal exigencia se erradica la posibilidad de una imposición externa: no se puede obligar legalmente a una empresa a ser socialmente responsable más allá, precisamente, de la legislación vigente. No obstante, y como ya hemos visto, encontramos algunos casos concretos en los que se utilizan normas estatales o convencionales para promocionar, fomentar o incentivar la adopción de medidas de RSE, nunca para imponer obligaciones; pues en-

---

de remuneración y estructura salarial, prevención de riesgos laborales, formación, promoción, acción social, participación y derechos sindicales). 2) Normas, guías y estándares seguidos para la elaboración de los informes y/o memorias. 3) Códigos éticos o de conducta. 4) Transparencia económica. 5) Sistemas de calidad y certificaciones. 6) Programas y compromisos sociales (solidaridad, filantropía, mecenazgo). 7) Programas y compromisos culturales. 8) Compromisos e iniciativas de desarrollo local. 9) Inversiones socialmente responsables. 10) Inversiones en innovación. 11) Programas medioambientales (emisiones, consumo y ahorro energético, reciclajes, desechos, seguridad y formación medioambiental, etcétera). La negociación colectiva, concluyen las *Orientaciones*, no puede ser ajena a estas estrategias.

tonces tales medidas dejarían de ser RSE para convertirse en deberes y obligaciones jurídicas. Precisamente, esa voluntariedad es la que justificaría el escaso interés de las empresas en incorporar la RSE a la negociación colectiva.

El problema de dicho planteamiento es que se confunde la voluntariedad con la unilateralidad y con la inexigibilidad, en lugar de considerar que una decisión es voluntaria cuando se toma de forma deliberada, autónoma y libre (y ya está).

Por un lado, es inadecuado plantear la *voluntariedad como unilateralidad*. Sobre todo desde el lado empresarial se enfatiza el carácter activo y voluntario de la RSE, haciendo hincapié en que, por tanto, es una competencia exclusiva de la dirección de empresa. Dicho planteamiento, por supuesto, conduciría a rechazar no sólo a que se imponga por ley la RSE, sino también a que se pueda regular normativamente la práctica social responsable (aunque sea vía negociación colectiva). De este modo, se impediría la entrada de otras partes interesadas en los procesos de actuación socialmente responsable. Esta concepción reduccionista se encuentra deslegitimada en la medida en que también es un elemento constitutivo del concepto de RSE la participación de los *stakeholders*, la atención y cuidado de los intereses de todas las partes implicadas. Y es que la RSE configura un modelo pluralista, que conlleva tener en cuenta los intereses de todas las partes directa o indirectamente implicadas o afectadas en y por las actividades de las empresas (propietarios, directivos, empleados, clientes, proveedores, consumidores y usuarios, contratistas, administraciones, grupos ecologistas, comunidades locales, etcétera). En definitiva, la RSE supone que la empresa se responsabiliza ante todos los grupos concernidos por su actividad de las consecuencias que tienen sus acciones en la sociedad. De esta manera, es innegable que los trabajadores de la empresa (la plantilla) ocupan un lugar privilegiado y preferente dentro de los distintos grupos de interés. Por lo pronto, y según las clasificaciones al uso, se tratarían de *stakeholders* primarios (en la medida que mantienen una relación formal y contractual con la empresa) e internos. Pero además, el tipo de relación que les une a la empresa (laboral, prestación de servicios) y la posición clave que ocupan en el sistema productivo (el motor mismo de la empresa) los convierte en un grupo prioritario[5]. Por eso, en la RSE está presente el principio de consenso, lo que impide aceptar que la voluntariedad que define la RSE pueda ser entendida como unilateralidad, permitiendo en cambio cierto grado de participación de los grupos de interés afectados.

Ahora bien, el problema se traslada a cómo interpretar dicha *participación* de esa parte directamente afectada por las decisiones empresariales, como son los pro-

[5] En este sentido, y como pusieron de manifiesto los representantes sindicales en el *Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas* de 2006 (Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, BOCG de 4 de agosto de 2006, núm. 424, Serie D).), los trabajadores no son un *stakeholder* más, son un activo de las empresas, es decir, son también la empresa y están en la empresa, no son ajenos a la empresa.

pios trabajadores. Esta participación puede variar: desde una simple comunicación o información de la acción socialmente responsable que se pretende ejecutar o que ya se ha ejecutado (pues dicha información se puede facilitar a posteriori), lo que no destruye la unilateralidad en la decisión, gestión, aplicación y control de la misma; hasta una mayor implicación vía acuerdo o negociación. Por nuestra parte, entendemos que la voluntariedad inherente a la RSE es compatible con fórmulas de participación consensuada con los representantes de los trabajadores afectados. El momento en el que opera la voluntariedad es previo y anterior, la decisión se toma libremente y sin ningún tipo de injerencia extraña; pero después a la hora de diseñar, ejecutar y supervisar la concreta actuación empresarial sí que es posible tener en cuenta los intereses de las partes involucradas. Por eso defendemos la posibilidad de una RSE participada, y en particular, vía negociación colectiva.

Otro error es interpretar la *voluntariedad como inexigibilidad*. La decisión de ser socialmente responsable es voluntaria; pero una vez tomada, una vez que adopta la forma de compromiso, la RSE es exigible. Pero ¿qué tipo de exigibilidad? No hay duda de que la RSE adopta la forma de compromiso ético (no jurídico) de la empresa con todas las partes interesadas y con la sociedad en general. Su incumplimiento tendría solamente una sanción moral y social, que afectaría a la reputación corporativa y que tendría inmediatos efectos en el mercado y en la credibilidad de la empresa. Pero, ¿podríamos llegar más lejos y exigir jurídicamente el cumplimiento de las acciones socialmente responsables que han sido voluntariamente adoptadas por las empresas, sin desnaturalizar la RSE? Si se ha llegado a determinados acuerdos con las organizaciones sindicales en materia de RSE, ésta sería contractualmente exigida. Incluso, si tales compromisos se han juridificado mediante su inclusión en convenios colectivos su cumplimiento es exigible por una norma jurídica.

Con ello se reforzaría la RSE. La empresa que decide voluntariamente asumir compromisos e incorporar estos a la negociación colectiva, está al mismo tiempo haciendo partícipe de su iniciativa a unos *stakeholders* concretos (los representantes de los trabajadores), dándoles publicidad (no olvidemos que la transparencia es también otro elemento definitorio de la RSE) y garantizando su cumplimiento y exigibilidad (sin necesidad de acudir a otras vías de verificación o auditorías). Dicho de otro modo: el simple hecho de incorporar a la negociación colectiva tales iniciativas de RSE, constituye de por sí un práctica socialmente responsable y respetuosa con los intereses de unos stakeholder privilegiados dentro de la organización empresarial, como son sus propios trabajadores.

Este trasvase de la RSE a la negociación colectiva es, por tanto, sumamente beneficioso; en cambio, lo contrario, el trasvase de materias de la negociación colectiva a la RSE sería especialmente peligroso, pues se destruiría el papel garantista que presenta el convenio colectivo (normativo). Se estarían desregulando materias que asumirían como propias las empresas y que desarrollarían como expresión de su RSE. Las dificultades para exigir el cumplimiento de tales compromisos éticos y sociales serían importantes, con lo que se verían afectados los derechos de los trabajadores.

4. CONTENIDO DE LAS CLAÚSULAS CONVENCIONALES SOBRE RSE

Las principales iniciativas laborales de RSE afectan a derechos laborales básicos, derechos colectivos (como libertad sindical o derecho a la negociación colectiva), igualdad, seguridad y salud en el trabajo, formación, conciliación de la vida familiar y laboral, adaptación al cambio y reestructuración de la empresa, subcontratación empresarial, etcétera. Sin embargo, del análisis de la negociación colectiva se aprecia que no en todas estas materias se incorporan cláusulas sobre RSE y que muchas de las cláusulas sobre RSE afectan a ámbitos no estrictamente laborales. En la práctica, se observan distintas tendencias.

En primer lugar, encontramos convenios colectivos se limitan a incluir una cláusula genérica sobre RSE, en la que se indican cuales son los objetivos que se persiguen, pero sin concreción alguna. Son simples declaraciones de principios, programáticas, que luego se remiten para su identificación y desarrollo a códigos de conducta unilateralmente elaborados por la empresa[6]. Excepcionalmente, algún

[6] Como ejemplo, el artículo 31 del CC de Mapfre (BOE de 19 de julio de 2006), titulado "Responsabilidad social corporativa y medioambiente", considera que la RSE, entendida como "el conjunto de principios y directrices que deben guiar las actuaciones de nuestra organización en ese ámbito", se encuentra presente en los principios institucionales y empresariales recogidos en el código de buen gobierno. En ellos se establece que Mapfre "desarrollará prácticas socialmente responsables respecto a sus empleados bajo los principios de humanismo, equidad y cumplimiento de las leyes, a la vez que se promueve un elevado grado de servicio a la sociedad y participación social, todo ello con el fin de que la responsabilidad social forme parte de los derechos y las obligaciones de todos los empleados de nuestra organización y sea compartida por los estamentos de la misma". En este mismo sentido, aunque dando un mayor grado de participación a los representantes de los trabajadores, la Disposición Adicional 9ª (Responsabilidad Social) del CC Hero España, S.A. (BOE de 2 de junio de 2007) declara que la empresa "ejerce su actividad bajo un marco de Responsabilidad Social Corporativa interna y externa, en todo momento materializado en el cumplimiento de la legalidad vigente, la transparencia y el respeto por el entorno, la sociedad y el respeto al trabajador; donde se concentra todo lo referido al compromiso con el desarrollo profesional, la formación y la capacitación, la promoción de la empleabilidad de los trabajadores, los cuidados con la salud, la seguridad y las condiciones de trabajo, así como la preparación para la jubilación, entre otros". Independientemente del Sistema de Gestión de Responsabilidad Social, la empresa "ha desarrollado un documento de Buenas Prácticas aprobado por la Dirección y acreditado por el Comité de Empresa, donde se enmarcan las Políticas y acciones con los trabajadores, consumidores, clientes, la comunidad, autoridades locales, proveedores, competidores, medio ambiente y el Gobierno Corporativo". En algún caso, se aprecia de forma singular, que el código de conducta no tiene vocación de sustituir al convenio colectivo, sino de implementarlo, de reforzarlo. Así, el artículo 50 del CC de Gas Natural (BOE de 24 de octubre de 2007) alude a que el Código de Conducta, aprobado por los órganos rectores del Grupo Gas Natural, tiene como finalidad establecer las pautas que han de presidir el comportamiento de los empleados y directivos de esta Empresa en su desempeño diario, en lo que respecta a las relaciones e interacciones entre los propios empleados, así como en todas las actuaciones relacionadas con los clientes, los proveedores y colaboradores externos. Y añade que, "junto con los principios generales de no discriminación, trabajo en equipo, calidad de empleo y seguridad y salud en el trabajo, previstos en el conjunto del Convenio, el Código de Conducta del Grupo Gas Natural tiene una especial trascendencia en la relación laboral".

convenio exige que el contenido de tales códigos de conducta sea negociado previamente con los representantes de los trabajadores[7]. En ocasiones tales códigos de conducta son adoptados a nivel sectorial en un marco internacional[8]

Por otro lado, encontramos convenios colectivos que incluyen compromisos específicos en determinadas materias, como nivel de empleo, contratación, conciliación, igualdad, seguridad y salud en el trabajo, formación, seguridad en el empleo, subcontratación, etcétera. Al no calificarse expresamente como RSE, en muchos convenios tales cláusulas pasan desapercibidas. Así, es relativamente frecuente encontrar compromisos de mantenimiento de un determinado volumen de empleo[9], de fomento de la contratación indefinida[10], de estabilidad en el empleo[11], de su-

---

[7] El Convenio Colectivo de la Industria del Calzado (BOE de 23 de agosto de 2007), en su Disposición Adicional 2ª (Responsabilidad Social) manifiesta, ni más ni menos, que "las empresas que suscriban códigos de conducta de responsabilidad social, lo negociarán previamente con los representantes legales de los trabajadores".

[8] El Convenio Colectivo General de Trabajo para la Industria Textil y de la Confección (BOE de 31 de agosto de 2005), incluye una Disposición Especial ("Código de Conducta") en la que se comunica que las organizaciones firmantes del Convenio, cuyas representaciones europeas firmaron en 1997 un protocolo que constituye un Código de Conducta a observar al objeto de "conseguir una industria internacionalmente competitiva basada en el respeto de los derechos humanos, dentro del marco de un comercio justo y abierto a nivel mundial", ratifican aquellos contenidos y manifiestan explícitamente su avenencia a trabajar, sujetándose a las directrices que establecen los Convenios de la OIT núm. 29, sobre prohibición del trabajo forzoso; núm. 87, sobre libertad de asociación y derecho a la negociación colectiva; núm. 138, sobre prohibición de trabajo infantil; y núm. 111, sobre la no discriminación en el empleo. Este compromiso "alcanza a la promoción y difusión de esta buen práctica, fomentando su implantación en todos los niveles".

[9] La Disposición Adicional 1ª del CC Cajas de Ahorro (BOE de 30 de noviembre de 2007) manifiesta su compromiso de creación de empleo: "continuando su política de expansión de empleo, las Cajas de Ahorros asumen el compromiso de crear 3.000 empleos brutos a nivel sectorial en el período 2007–2010. Las Cajas de Ahorro comunicarán anualmente a la Comisión Mixta Interpretativa los datos necesarios para la observancia de la presente disposición".

[10] El artículo 4 del CC de Altadis (BOE de 26 de septiembre de 2007) enuncia que las empresas "se comprometerán a que el sistema normal de contratación sea por tiempo indefinido, que se suscribirá en aquellos casos en que sea preciso atender funciones de carácter estable". Por un lado, este compromiso no parece manifestar más que la intención de cumplir con la normativa vigente. Pero pese a todo, dicho compromiso constituye un importante refuerzo para la aplicación de las normas laborales en un contexto de contratación temporal abusiva. La empresa renuncia a contrataciones fraudulentas o irregulares, asumiendo el compromiso de contratar indefinidamente cuando se trata de puestos de trabajo estables (obligación establecida por Ley). Por su parte, el artículo 41 del CC de Siemens (BOE de 11 de abril de 2008) compromete a la empresa a potenciar la contratación indefinida de los contratos temporales, en virtud de lo cual realizará "un total de 80 contratos indefinidos durante la vigencia del convenio".

[11] Así, en un exceso de voluntarismo, la Disposición Adicional 1ª del CC de Radio Popular, COPE (BOE de 2 de octubre de 2007) expresa que "es voluntad de la dirección de la empresa mantener la estabilidad en el empleo de sus trabajadores. Por esta razón, la dirección de la empresa manifiesta su in-

presión de horas extraordinarias, de supresión del acoso sexual o moral de los trabajadores, de erradicación de toda forma de discriminación, de igualdad, de conciliación de la vida laboral y familiar, etcétera[12]. También encontramos manifestaciones de RSE que afectarían incluso a relaciones laborales de terceras empresas, como los compromisos que voluntariamente asumen las empresas en materia de subcontratación[13].

Finalmente, encontramos otros convenios colectivos que aluden directamente a otras dimensiones de la RSE, distinta de la laboral. Lo habitual es que se trate de compromisos medioambientales[14].

---

tención de no plantear despidos al amparo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores durante la vigencia del presente convenio, salvo que la situación económica de la empresa así lo exigiera para garantizar su viabilidad, aspecto que en estos momentos no es previsible, con la actual situación económica de la empresa".

[12] En relación con estos últimos compromisos, *vid*., respectivamente, el artículo 10 del CC de Fertiberia (BOE de 8 de octubre de 2007), que manifiesta su compromiso de "caminar hacia la supresión de las horas extraordinarias"; el artículo 64 del CC de Altadis; la Disposición Adicional 1ª del CC de Hero España S.A.; el artículo 5 del CC de Gas Natural; y el artículo 35 del CC de Freixenet (DOGC de 11 de enero de 2008). Precisamente, este último convenio contiene en su artículo 44 un "compromiso social" para con quien tiene la consideración de víctima de violencia de género.

[13] El artículo 16 del CC Industria Química (BOE de 29 de agosto de 2007), referido a la subcontratación de actividades, declara que "las empresas del sector químico velarán especialmente por la responsabilidad social de las empresas de servicios, comprobando, entre otras cuestiones, no sólo que estén al corriente de sus cotizaciones sociales y que cumplen todos los derechos y obligaciones de la relación laboral (salarios, seguridad y salud, etc.), sino también la pertenencia a su plantilla de un número importante de trabajadores fijos".

[14] Por ejemplo, el artículo 43 del CC de UGT (BOE de 14 de diciembre de 2007), titulado "protección del medio ambiente", asume como compromisos los siguientes objetivos: reducción del consumo energético, del consumo de agua, del consumo de papel y otros bienes consumibles, la recogida selectiva y fomento del reciclaje de los residuos generados, la utilización de productos que provoquen un menor deterioro ambiental, etcétera. En el mismo sentido, el artículo 67 Convenio Colectivo de la Industria Química (BOE de 29 de agosto de 2007), establece que "el conjunto del sector químico debe adoptar una actitud permanente, responsable y visible en materia de Medio Ambiente y, al mismo tiempo, conseguir que el esfuerzo que esté desarrollando la industria en este campo, y el que se realice en el futuro, así como sus resultados, sean conocidos y adecuadamente valorados por la sociedad y las Administraciones competentes". Para ello se propone como uno de los objetivos, "demostrar a la sociedad el comportamiento responsable de las empresas, individual y colectivamente, mediante el empleo de técnicas de buena gestión medio ambiental y la comunicación de los resultados obtenidos". A tal fin se instituye la figura del Delegado de Medioambiente (artículo 67.bis), designado de entre los Delegados de Prevención, que entre otras, tiene como función colaborar con la Dirección de la empresa en la mejora de la acción medioambiental. Igualmente, el artículo 154 del Convenio Colectivo de Ford España S.A. (BOE de 9 de febrero de 2006) que, además de contener una larga declaración de principios y recordar que la empresa cuenta con un sistema de gestión medioambiental basado en la norma internacional ISO 14001, recoge el compromiso de la compañía de crear una *comisión paritaria medioambiental* (por lo que se implican también los representantes de los trabajadores), cuyas funciones

* * *

La RSE no puede suplantar ni reemplazar a la negociación colectiva en su papel regulador de las condiciones de trabajo, pero si enriquecerla (complementando la regulación convencional de las distintas facetas de la relación de trabajo), y al mismo tiempo reafirmarse ella misma (la RSE) mediante un instrumento jurídico que convierte su compromiso en público y exigible. Desde este punto de vista, hay que valorar positivamente la incorporación de cláusulas sobre RSE en la negociación colectiva.

---

serán básicamente: 1) Comprobar que se cumplan los requisitos legales medioambientales; 2), Establecer objetivos, metas y programas que controlen y mejoren las emisiones atmosféricas, los vertidos, la gestión de residuos y el uso de materias primas y recursos naturales; 3) Controlar los factores medioambientales significativos de futuros productos, procesos y actividades; 4) Fomentar la reducción, la reutilización y el reciclaje de residuos; y 5) controlar y mejorar los factores medioambientales de los contratistas en planta.

LOS PRIMEROS PLANES DE IGUALDAD DE EMPRESAS: LOGROS Y CARENCIAS / SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Margarita Arenas Viruez
Profesora Ayudante Doctora de la
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. Presentación y objetivo de la comunicación
2. El punto de partida: compromiso y equipo de trabajo
3. Resultados del diagnóstico: el informe
4. Objetivos del plan de igualdad
5. Estrategias y prácticas: acciones
6. Calendario, presupuesto y asignación de persona responsable
7. Participación de los trabajadores y de los representantes de los trabajadores
8. Sistema de seguimiento y evaluación: importancia de los indicadores
9. Consideraciones finales

1. PRESENTACIÓN Y OBJETIVO DE LA COMUNICACIÓN

Las empresas están obligadas, en palabras del artículo 45.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI, en adelante), *"a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores…"*[1]. En determinados supuestos estas medidas de igualdad han de dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad[2], entendido como un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, con una concreta finalidad: alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo (artículo 46.1 de la LOI).

El deber de negociar planes de igualdad que, según la Disposición Transitoria cuarta de la LOI, es de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la citada ley, esto es, a partir del 24 de marzo de 2007[3], se ha traducido, tras más de año y medio

---

[1] En idénticos términos se pronuncia el artículo 23.6 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (LPIA, en adelante), publicada en el B.O.J.A. de 18 de diciembre de 2007. Según este precepto, *"las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres"*.

[2] Según dispone el artículo 45 de la LOI, sólo existe tal obligación en los siguientes supuestos: a) en el caso de empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, debiendo ser objeto de negociación; b) cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo; c) cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, siendo necesaria la previa negociación o consulta con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. Al margen de estos supuestos la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las empresas, previa consulta con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. Un estudio en detalle sobre los diversos supuestos en que resulta obligatorio negociar un plan de igualdad lo podemos ver en Fabregat Monfort, G.: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. Editorial Bomarzo, 2007, págs. 17 a 27 y Castro Argüelles, M.A. y Álvarez Alonso, D.: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Cívitas, 2007, págs. 118 y 119

[3] Determinar el momento exacto en el que nace la obligación de negociar el plan de igualdad es una cuestión compleja, puesto que la regla descrita, contenida en la Disposición Transitoria cuarta de la LOI, no presenta ninguna dificultad cuando el plan de igualdad se negocia en el convenio colectivo de la propia empresa; sin embargo, existen determinados supuestos de cierta complejidad, según si la negociación del plan de igualdad se hace porque la empresa está obligada a ello o si, por el contrario, lo hace voluntariamente. Para conocer en detalle estas posibilidades así como el momento exacto en que nace la obligación de negociar un plan de igualdad nos remitimos al trabajo elaborado por Fabregat Monfort, G.: *Los planes de igualdad…*, op. cit. págs. 35 a 38. Sobre esta cuestión véase también a San-

de vigencia de la LOI, en la firma, salvo error u omisión, de 11 planes de igualdad[4]: tres de ellos (el de Rural Servicios Informáticos, S.C., Banco Santander y Banesto) se firmaron en el año 2007, contando estas tres empresas con pactos previos de igualdad de oportunidades, lo que explica la rapidez en la firma de estos planes; otros cinco (el del El Corte Inglés, Mutualia, Elcogás, Endesa –que ha quedado incluido en el III Convenio Colectivo Marco de Endesa–, y Plataforma Europa, del Grupo Inditex) se han firmado en el año en curso; asimismo, recientemente se han firmado los dos primeros planes de igualdad en el sector de servicios jurídicos (el de Uría Menéndez y el de Garrigues, desde el 1 de septiembre de 2008), así como el plan de igualdad de Equipos Nucleares, S.A., negociado el 18 de septiembre[5], que también se ha incorporado al Convenio Colectivo de ENSA, de 30 de mayo del 2008. Además, el 19 de diciembre de 2007, se elaboró el Código de Buenas Prácticas para la implantación y el desarrollo del plan de igualdad del Grupo Repsol YPF, que es un documento elaborado por la Comisión de Seguimiento del plan de igualdad ya existente[6].

En esta comunicación nos proponemos realizar un análisis comparativo de estos primeros planes de igualdad, siguiendo, a la hora de llevar a cabo este análi-

---

guineti Y Raymond, W.: "Fomento de la igualdad y negociación colectiva: el deber de negociar planes de igualdad". Texto de la conferencia pronunciada por dicho autor en el marco del Curso Extraordinario "Igualdad ¿para qué? Análisis interdisciplinar de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres", realizado en Salamanca del 28 al 30 de marzo de 2007 (para acceder al texto: http://www.observatorionegociacioncolectiva.org/observatorioNegociacionColectiva/menu.do?Informes y a Sanfulgencio Gutiérrez, J.A.: "Puntos críticos en los planes de igualdad". *Relaciones Laborales*, número 5, 2008, pág. 20.

[4] A ocho de estos planes de igualdad se refiere una noticia de 20 de agosto de 2008 publicada en la página web de Comfia (CC.OO.), en el área de mujer e igualdad, en la siguiente dirección: http://www.comfia.net/html/11391.html. Asimismo, el texto de la mayoría de estos planes de igualdad se puede obtener en la siguiente dirección: http://www.ccoo.es/csccoo/menu.do?Areas:Accion_Sindical:Igualdad_de_genero_en_la_negociacion_colectiva:Planes_de_igualdad

[5] Resolución de 18 de septiembre de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Plan de Igualdad de Equipos Nucleares, S.A., que forma parte de su Convenio Colectivo (B.O.E. de 3 de octubre de 2008).

[6] Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOI ya existían algunos planes de igualdad: plan de igualdad del Grupo Repsol YPF, firmado el 17 de mayo de 2005, entre la dirección del Grupo Repsol YPF y las Federaciones Estatales FITEQA–CCOO y FIA–UGT; plan de igualdad de oportunidades del IV Convenio Colectivo de Empresa suscrito entre Rojepan, S.L. y todo su personal (Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz, de 6 de marzo de 2007); y plan de igualdad de oportunidades del III Convenio Colectivo de Empresa suscrito entre Gloria Gestión, S.L. y todos su personal (Boletón Oficial de la Provincia de Cádiz de 7 de marzo de 2007). Para conocer experiencias precedentes en la negociación colectiva en materia de igualdad, véase a Menéndez Calvo, R.: "Acuerdos de empresa para la igualdad de oportunidades: experiencias pretéritas como propuestas de futuro". *Relaciones Laborales*. Tomo II, 2007, págs. 1045 a 1057.

sis, el modelo de plan de igualdad elaborado por el Instituto de la Mujer[7], puesto que consideramos que es bastante ajustado a lo que, a tenor de los artículos 45 a 47 de la LOI, ha de ser un verdadero plan de igualdad. El objetivo que perseguimos con este análisis es comprobar si los planes de igualdad firmados hasta la fecha de hoy se ajustan o no a dicho modelo, lo que nos va a permitir, además, poder comparar entre sí estos planes de igualdad. Así pues, el análisis comparativo presenta un desdoblamiento: por un lado, se compara el modelo de plan de igualdad con los diversos planes de igualdad ya firmados; y, por el otro, se comparan los distintos planes de igualdad entre sí.

De esta forma, lo que pretendemos es conocer la mayor o menor eficacia que estos planes tendrán en los próximos meses, lo que, en principio, debe estar en función del mayor o menor acierto en la elaboración y contenido de los mismos, pudiendo poner de manifiesto los logros y carencias, así como las similitudes y diferencias de los planes de igualdad existentes[8].

2. EL PUNTO DE PARTIDA: COMPROMISO Y EQUIPO DE TRABAJO

La elaboración de un plan de igualdad ha de partir de un factor esencial cual es la decisión tanto de la dirección de la empresa como de las organizaciones sindicales de iniciar la puesta en marcha de una verdadera política de igualdad de oportunidades, puesto que sólo así la implantación del plan de igualdad será efectiva y real. Las partes interesadas, empresa y plantilla, han de manifestar su compromiso de promover la igualdad de oportunidades y de aprobar un plan de igualdad, lo que se puede hacer mediante carta, documento o acta, en el que se deje constancia escrita del compromiso adquirido. De esta forma, la parte que tome la iniciativa –normalmente será la empresa– ha de comunicar su compromiso a la otra parte, quien asimismo expondrá su voluntad de adoptar un plan de igualdad[9].

---

[7] Este modelo de plan de igualdad se contempla en el Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la Empresa. Aspectos básicos. http://www.migualdad.es/igualdad/documentos/PlanIgualdadempresa.pdf

[8] De los once planes de igualdad negociados, sólo ocho de ellos van a poder ser objeto de estudio en profundidad puesto que ni los dos planes de igualdad en el sector de servicios jurídicos ni el plan de igualdad de Plataforma Europa se han publicado hasta la fecha de hoy, ni en papel ni en formato electrónico.

[9] Para conocer con más profundidad el compromiso previo en cuanto primera etapa a seguir para elaborar un plan de igualdad, nos remitimos al documento "Políticas de igualdad en la negociación colectiva. Planes de igualdad en las empresas" de la Unión General de Trabajadores, 2006. Se puede consultar en: http://www.ugt.es/Mujer/artemisa/pigualdadnov.pdf

Este compromiso, al que se le ha de dar debida publicidad mediante reuniones de trabajo en grupo, sesiones informativas, cursos o seminarios, ha de alcanzar no sólo a las medidas o acciones a adoptar, que se incluirán en el plan de igualdad, sino también a los medios o recursos humanos y materiales necesarios para la aplicación, implantación, control y seguimiento del plan de igualdad[10].

El compromiso previo, en cuanto punto de partida para la elaboración de los planes de igualdad firmados hasta el momento, no merece apenas comentario puesto que la más clara manifestación de que se ha prestado dicho compromiso es la negociación y firma de tales planes de igualdad. De todas formas, algunos de ellos, como el de Rural Servicios Informáticos, Mutualia, El Corte Inglés, Elcogás, Inditex y ENSA, mencionan expresamente este compromiso.

Todos los planes de igualdad que hemos podido analizar comparten la anticipación voluntaria de la negociación de los mismos, salvo el de El Corte Inglés, que responde a las resoluciones de la Inspección de Trabajo que instó a la empresa a la adopción de medidas que corrigieran discriminaciones denunciadas por las secciones sindicales de CC.OO., y el de Endesa, a quien le era exigible la obligación de negociar su plan de igualdad, en virtud de la Disposición Adicional cuarta de la LOI. De entre todos ellos, destacamos el caso de Elcogás, cuyo su compromiso ante la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se ha adoptado sin imposición legal debido a que esta empresa cuenta con menos de doscientos cincuenta trabajadores, por lo que no está obligada a negociar un plan de igualdad. Esta voluntariedad también concurre en la negociación del plan de igualdad de ENSA, puesto que, aunque dicha empresa sí cuenta con más de doscientos cincuenta trabajadores, se ha negociado su plan de igualdad antes de que se denunciara su convenio colectivo –el que estaba vigente cuando se aprobó la LOI– y, por ello, en el prólogo del mismo se señala que el plan se aprueba *"más allá del requerimiento legal",* esto es, sin que fuese exigible, a tenor de la ya mencionada Disposición Transitoria cuarta de la LOI, la obligación de negociarlo.

Complemento necesario de este compromiso previo es la creación de un equipo de trabajo que elabore y negocie el plan de igualdad, que se ha constituido en todas las empresas cuyos planes estamos analizando, si bien es cierto que sólo los planes de igualdad de El Corte Inglés y de Plataforma Europa mencionan expresamente la creación de las comisiones negociadoras del plan de igualdad, que se pusieron en marcha en el mes de marzo de 2006 y en agosto de 2007, respectivamente.

---

[10] Un modelo de garantía del compromiso de la empresa lo podemos ver en el anexo I del Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. http://www.migualdad.es/igualdad/documentos/PlanIgualdadempresa.pdf

3. RESULTADOS DEL DIAGNÓSTICO: EL INFORME

Según dispone el artículo 46 de la LOI, los planes de igualdad se han de adoptar *"después de realizar un diagnóstico de situación"*, lo que significa que ha de llevarse a cabo un estudio de la situación de la empresa en materia de igualdad, para lo cual se procede a la recogida de datos sobre los trabajadores y las políticas de personal y empleo de la empresa. Para ello, los trabajadores han de tener conocimiento de que se quiere realizar un diagnóstico, para lo que se pueden utilizar diversos medios como, por ejemplo, página web de la empresa, tablón de anuncios, reuniones informativas,…

La información que se ha de buscar ha de referirse a aspectos o datos cuantitativos (composición de la plantilla de la empresa, retribuciones salariales, pruebas de selección…) y cualitativos (opiniones de los trabajadores, análisis del convenio colectivo para comprobar si existen cláusulas que supongan un obstáculo a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres,…). Así pues, los datos que hay que recopilar son relativos a la empresa, a la plantilla y a la política de recursos humanos[11]. Es cierto que la LOI no hace referencia a los elementos que han de ser objeto de consideración a la hora de elaborar el diagnóstico; sin embargo, contamos con algunos antecedentes para conocer cómo se ha de llevar a cabo el diagnóstico, entre los cuales destacamos los siguientes[12]: Guías editadas por UGT[13] y CC.OO.[14]; el Programa Óptima[15]; y un modelo de indicadores para el diagnóstico de la igualdad de oportunidades elaborado por la Universidad Politécnica de Cataluña[16]. Asimismo, el Instituto de la Mujer, en su publicación *Orientaciones para*

---

[11] Para conocer en detalle cómo se hace un diagnóstico de la empresa, qué información se debe recoger, cómo se analiza y qué hacer con la información recopilada nos remitimos a *Orientaciones para negociar medidas y planes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas*. Instituto de la Mujer, 2008, págs. 46 y ss. Para acceder al texto: http://www.migualdad.es/mujer/publicaciones/docs/Guias%20orientaciones%20planes%20igualdad%20empresas.pdf

[12] Todos estos antecedentes son enumerados en Sanfulgencio Gutiérrez, J. A.: "Puntos críticos en los planes de igualdad", op. cit, págs. 22 y 23.

[13] Se puede ver en: http://www.ugt.es/Mujer/artemisa/pigualdadnov.pdf

14 Se puede ver en : http://www.ccoo.es/csccoo/menu.do?Areas:Mujeres:Documentos:Materiales_para_la_negociacion_de_convenios

[15] El Programa Óptima es una iniciativa del Instituto de la Mujer en colaboración con las centrales sindicales UGT y CC.OO., y con el apoyo del Fondo Social Europeo. Su objetivo general es incidir en la igualdad de oportunidades en las empresas, fomentar la incorporación, la permanencia y la promoción de las mujeres mediante una estrategia de optimización de los recursos humanos.

[16] Este modelo abarca diez ámbitos: política de igualdad de oportunidades; políticas de impacto a la sociedad y de responsabilidad social; comunicación, imagen y lenguaje; representatividad de las mujeres; acceso, selección, promoción y desarrollo; retribución; acoso, actitudes sexistas y percepción de discriminación; condiciones laborales; conciliación de la vida familiar y laboral; y condiciones físicas del entorno de trabajo.

negociar medidas y planes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas, nos ofrece, en su anexo 2, fichas de recogida de información para el diagnóstico[17].

Para la recogida de tales datos se pueden utilizar diversas técnicas como, por ejemplo, datos estadísticos de la empresa, informes, entrevistas individuales, cuestionarios o encuestas. Los datos obtenidos han de ser objeto de análisis y valoración para lo que se recomienda hacer un breve informe en el que se contemplen las principales conclusiones a las que se ha llegado. De esta forma, el diagnóstico ha de permitir conocer cómo es la empresa, como son sus trabajadores, qué medidas se han puesto ya en marcha en la empresa así como el funcionamiento de las mismas y cuáles son las áreas o materias que necesitan mejora y actuación[18].

Todos los planes de igualdad analizados, salvo el del Banco Santander, Banesto y Endesa, hacen referencia expresa, más o menos detallada, al diagnóstico de la situación de las propias empresas. Los planes de igualdad de Rural Servicios Informáticos, de Elcogás y del Corte Inglés enumeran los indicadores utilizados para la realización del diagnóstico, especificando el primero de ellos la necesidad de repetición del mismo cada cierto tiempo, previsión que consideramos muy acertada puesto que sólo así se tendrá una imagen fiel, real y actual de la situación de la empresa y de sus déficits en materia de igualdad. Asimismo, hemos de destacar el plan de igualdad de Mutualia puesto que hace un diagnóstico muy detallado para cada una de las acciones que conforman el plan, con datos cuantitativos y cualitativos muy concretos[19]. Por lo que respecta al plan de igualdad de El Corte Inglés, tan sólo indicar que se aceptó el diagnóstico realizado por el Instituto de la Mujer en el marco del Programa Óptima.

En nuestra opinión, conocer fielmente la situación de la empresa es absolutamente imprescindible para que el plan de igualdad sea eficaz porque lo importante es que las acciones que se lleven a cabo actúen sobre las áreas que más lo necesi-

---

[17] *Orientaciones para negociar medidas y planes de igualdad…*, op. cit., págs. 62 y ss. Para acceder al texto:

http://www.migualdad.es/mujer/publicaciones/docs/Guias%20orientaciones%20planes%20igualdad%20empresas.pdf

[18] Un modelo de cuestionario para elaborar un diagnóstico de situación sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como un modelo de informe de diagnóstico podemos verlo en el Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. http://www.migualdad.es/igualdad/documentos/PlanIgualdadempresa.pdf. Asimismo, para conocer más detalles sobre cómo elaborar el diagnóstico previo nos remitimos al documento "Políticas de igualdad en la negociación colectiva. Planes de igualdad en las empresas" de la Unión General de Trabajadores, 2006. Se puede consultar en: http://www.ugt.es/Mujer/artemisa/pigualdadnov.pdf

[19] A modo de ejemplo, en materia de contratación el diagnóstico es el siguiente: se contratan más mujeres que hombres (72,70% mujeres y 27,3% hombres), no obstante en el grupo profesional 1 se observa una mayor contratación de hombres que de mujeres (47 hombres y 4 mujeres).

ten. Por ello, consideramos que el diagnóstico es una parte fundamental del plan de igualdad, siendo lo realmente importante que el mismo haya atendido a las necesidades de la empresa, al margen de la referencia expresa en el plan de igualdad al citado diagnóstico, que, por lo demás, no se contempla en el artículo 46.1 de la LOI como elemento o contenido mínimo y necesario de un plan, sino como estudio o análisis previo e imprescindible para la elaboración del mismo.

4. OBJETIVOS DEL PLAN DE IGUALDAD

En función de los resultados obtenidos tras la realización del diagnóstico, el plan de igualdad ha de indicar necesariamente los objetivos –a largo y a corto plazo– a conseguir con la puesta en marcha del mismo, lo que, junto a las acciones a adoptar conforman la conocida etapa de programación. Todos los planes de igualdad examinados, como era de esperar, fijan sus propios objetivos, siendo común la fórmula utilizada: enumeración detallada de los diferentes objetivos a conseguir en cada una de las acciones o medidas que se adoptan, teniendo todos ellos un objetivo general, último o fundamental: la plena igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres[20].

Algunos planes de igualdad (el de Santander, Rural Servicios Informáticos, Mutualia, El Corte Ingles y ENSA) han optado por dedicar un apartado específico para hacer referencia a los objetivos generales propuestos, lo que se complementa con la enumeración de concretos objetivos para cada una de sus áreas de actuación[21].

5. ESTRATEGIAS Y PRÁCTICAS: ACCIONES

Como habíamos anticipado, en la conocida fase de programación del plan de igualdad, además de los objetivos, se han de fijar las diferentes medidas a adoptar

---

[20] En el Plan de igualdad de Banesto este objetivo fundamental actúa como principio informador de todos los procesos y políticas de recursos humanos. Asimismo, el plan de igualdad de Rural Servicios Informáticos persigue, en sus propias palabras, *"la interiorización en la empresa del principio de igualdad entre mujeres y hombres"*. Por su parte, el plan de igualdad de ENSA, en su prólogo, deja constancia del convencimiento, por parte de sus negociadores, de las ventajas que ofrece la igualdad de oportunidades que, en palabras del citado plan, *"facilita un entorno laboral más saludable y una mayor implicación en el trabajo, lo cual redunda a su vez en una mayor productividad"*.

[21] El plan de igualdad de Mutualia, tras referirse en su punto 2 a los objetivos del plan, hace referencia en cada una de las áreas, a los objetivos concretos, tal y como ocurre, por ejemplo, en materia de segregación ocupacional, cuyo concreto objetivo es *"favorecer el acceso de las mujeres a todas las categorías y funciones"*. En términos similares podemos ver el plan de igualdad de ENSA.

para la consecución de los mismos, que han de versar sobre las áreas de actuación o materias que más lo necesiten. Estas acciones constituyen, en nuestra opinión, el grueso de los planes de igualdad, no sólo por ser la parte más extensa –al menos, de los planes de igualdad que hemos podido analizar– sino también por ser la parte de mayor importancia de cara a conseguir la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, siempre que, por supuesto, estas acciones se acomoden a las carencias que el diagnóstico ha puesto de manifiesto. Por ello, si bien es cierto que algunas de estas medidas son comunes a todos los planes de igualdad, otras son específicas, en su contenido y alcance, para la empresa que lo ha firmado[22].

No podemos proceder a realizar un estudio detallado de las distintas medidas recogidas en los diversos planes de igualdad que estamos analizando[23], puesto que ello excedería del objeto de esta comunicación, pero sí podemos poner de manifiesto que no todos lo planes contemplan medidas en las distintas materias o áreas de intervención enumeradas, a modo de ejemplo, en el artículo 46.2 de la LOI[24]. En este sentido, destacamos el plan de igualdad de Banesto y de Santander, que no hacen mención alguna a la materia retributiva.

Ahora bien, ello no significa que estos dos planes presenten carencias de importancia, puesto que las materias contempladas en el artículo 46.2 de la LOI son sólo ejemplificativas[25] –sin que todas y cada una de ellas tengan que contemplarse

---

[22] Véase el modelo de ficha individual para cada acción, que se contiene en el Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. http://www.migualdad.es/igualdad/documentos/PlanIgualdadempresa.pdf

[23] Una recopilación de acciones específicas que se pueden adoptar podemos verla en *Orientaciones para negociar medidas y planes de igualdad…*, op. cit., págs. 58 y ss. Para acceder al texto: http://www.migualdad.es/mujer/publicaciones/docs/Guias%20orientaciones%20planes%20igualdad%20empresas.pdf

[24] Según este precepto, los planes de igualdad, para la consecución de los objetivos fijados, *"podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo"*. El artículo 27.1 de la LPIA también enumera estas áreas de actuación o materias en iguales términos que el artículo 46.2 de la LOI, con la única excepción de la "clasificación profesional", que no aparece en el precepto de la ley andaluza, a diferencia de lo que ocurre en el citado artículo de la LOI.

[25] En este mismo sentido podemos ver a Fabregat Monfort, G.: Los planes de igualdad…, op. cit., pág. 54; Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F.: "Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa". *Actualidad Laboral*, número 9, 2008, pág. 1083; Lousada Arochena, J.F.: "El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres", que se puede ver en http://www.observatorionegociacioncolectiva.org/comunes/temp/recursos/99998/86020.pdf y Escudero Rodríguez, R.: "Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres". *Relaciones Laborales*, número 9, 2007, pág. 89. Según este último autor, *"la enumeración de las materias que pueden integrarse en un plan es meramente ejemplificativa y no excluyente, por lo*

como contenido necesario de un plan de igualdad, puesto que el artículo 46.2 de la LOI dispone que *"podrán"* contemplar e incluye la expresión *"entre otras"*– y su valoración –más o menos positiva– dependerá de que se empleen como forma eficaz de combatir aquellos campos en los que el diagnóstico ha arrojado peores resultados.

Distinta consideración merece esta cuestión si la analizamos a tenor del artículo 27.1 de la LPIA, puesto que, aunque la redacción es similar a la del correspondiente artículo de la ley estatal, presenta una diferencia a destacar: el precepto de la ley andaluza dispone que los planes de igualdad *"deberán"* –y no *"podrán"*– contemplar medidas para las diversas áreas de actuación que dicho precepto enumera. La redacción del artículo 27.1 LPIA nos lleva a pensar que un plan de igualdad ha de contemplar necesariamente medidas en todas las materias que enumera dicho precepto, de manera que la ausencia de medidas en alguna de estas áreas de intervención podría afectar a la consideración del plan como verdadero plan de igualdad, con la consecuencia que ello acarrearía: posible incumplimiento, por parte la empresa, de su obligación de negociar un plan de igualdad en la empresa o, al menos, negociación de un plan incompleto o no acorde con los requisitos exigidos por ley.

De todas formas, en nuestra opinión, debemos hacer una interpretación lógica, sistemática y finalista del precepto en cuestión, que nos permita entender, como hemos anticipado, que lo realmente importante es que las medidas se adopten en las materias en que así resulte necesario y que las mismas sea eficaces para conseguir su objetivo, sin que podamos condicionar la mejor o peor valoración de un plan de igualdad a la mera comprobación abstracta de las medidas que el mismo contemple, sino al ajuste y adaptabilidad de las mismas a las necesidades puestas de manifiesto a raíz del diagnóstico de situación.

Dejando al margen esta cuestión que, por lo demás, sólo afectaría a empresas andaluzas –sin que sea el caso de los planes de igualdad que estamos analizando–, en términos generales, podemos decir que una materia tratada por todos los planes de igualdad elaborados y analizados es la conciliación personal, familiar y laboral, que, además, es la parte más extensa de todos los planes, salvo del de Elcogás, el del Corte Inglés y ENSA[26]. Asimismo, algunos planes añaden algunas

---

que son indiciarias de su contenido…el legislador se ha limitado a dar unas pinceladas sobre las cuestiones que, sin duda, formarán parte del mismo, si bien su alcance real variará según los supuestos de que se trate a la vista de las específicas problemáticas que se susciten en los diferentes sectores y empresas".

[26] EL plan de igualdad de ENSA es el único que, al tratar las medidas de actuación, distingue entre las medidas ya implantadas en la empresa y las que se pretenden implantar, siguiéndose así fielmente el modelo de plan de igualdad elaborado por el Instituto de la Mujer que estamos utilizando como modelo de referencia.

otras áreas de intervención no enumerada en el artículo 46.2 de la LOI, tal y como ocurre en materia de información, sensibilización y comunicación y en materia de protección específica para víctimas de violencia de género[27]. El área de intervención relativa a la comunicación y sensibilización adquiere una gran importancia para dar a conocer el plan firmado, sobre todo cuando, como es deseable, las medidas contempladas en el mismo mejoran lo previsto en la legislación aplicable. Y es que la extensión en materia de conciliación a la que nos hemos referido no se corresponde con su valoración positiva, puesto que en muchas ocasiones las medidas que se adoptan se limitan a recordar lo que ya la ley o, en su caso, el convenio colectivo reconoce.

Por ello, entendemos que lo verdaderamente importante es que estas medidas, además, por supuesto, de que sean llevadas a la práctica, mejoren la regulación legal o convencional, puesto que, en caso contrario, carecería de sentido la negociación de un plan de igualdad.

6. CALENDARIO, PRESUPUESTO Y ASIGNACIÓN DE PERSONA RESPONSABLE

Junto a los objetivos y medidas concretas en determinadas áreas de intervención, adquiere gran relevancia, para la elaboración de un plan de igualdad, que se designe a la persona responsable de la puesta en marcha del mismo –que ha de procurar la aplicación real y efectiva de la medidas adoptadas–, el calendario a seguir para la implantación de cada acción que contemple el plan y los recursos necesarios para la implantación de las medidas que conforman el plan de igualdad[28].

Sin embargo, a pesar de la relevancia que tiene la fijación de estos aspectos para la eficaz aplicación del plan de igualdad, éstos no los contemplan en sus textos, salvo el plan de Elcogás –que sí tiene un cronograma, que detalla los períodos y personas responsables–, el del Corte Inglés y ENSA –que, respectivamente, se refiere a los plazos de ejecución de cada una de las medidas y a las fechas previstas para poner en marcha las distintas medidas de actuación–. El resto de planes de

---

[27] Asimismo, destacamos medidas peculiares de algunos planes de igualdad, que responden a las peculiaridades del sector al que pertenecen las empresas que lo ha negociado, tal y como ocurre, por ejemplo, con la hipoteca cero del plan de igualdad del Banco Santander o con la actuación en las prendas de trabajo del plan de igualdad de El Corte Inglés.

[28] La Resolución de 13 de junio de 2008, del Instituto de la Mujer, convocó subvenciones destinadas al establecimiento de planes de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito empresarial en el período 2008/2009 (B.O.E. de 8 de julio de 2008).

igualdad analizados guarda silencio al respecto, lo que no repercute en su configuración como verdaderos planes de igualdad, puesto que no afecta al cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por el artículo 46 de la LOI; pero sí puede tener repercusión en su mayor o menor eficacia práctica.

7. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Otro de los aspectos que, según el modelo de plan de igualdad aportado por el Instituto de la Mujer, ha de contener un plan de igualdad es el referente a la participación de los representantes de los trabajadores y de los propios trabajadores en el desarrollo del plan. En este sentido, todos los planes de igualdad que hemos analizado crean una comisión de seguimiento del mismo, a la que nos referiremos con posterioridad, cuya composición otorga un papel protagonista, junto a la dirección de la empresa, a los representantes de los trabajadores o representantes sindicales.

Ahora bien, en nuestra opinión, el verdadero protagonista ha de ser el trabajador, puesto que es el sujeto receptor y destinatario final de las medidas contempladas en el plan de igualdad. Algunos de los planes de igualdad examinados contienen una mención específica a la información y difusión del propio plan[29], en cumplimiento del artículo 47 de la LOI, que dispone que se ha de garantizar el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras[30] o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos. Y es que es muy importante que se ofrezca una información detallada, clara y precisa sobre los usos, requisitos y objetivos de las medidas adoptadas con la finalidad de lograr un uso correcto de las distintas acciones que conforma el plan; sin embargo, consideramos que ello no basta, puesto que es esencial que el trabajador, una vez informado de las medidas y objetivos del plan, muestre una actitud activa y no meramente pasiva.

Nos estamos refiriendo, por poner un par de ejemplos, a la iniciativa que ha de tener el trabajador o trabajadora a la hora de hacer efectivas medidas tan impor-

---

[29] Véanse el plan de igualdad del Banco Santander, el de Mutualia y el de El Corte Inglés.

[30] Asimismo, la LOI ha ampliado las competencias de los comités de empresa y delegados de personal, lo que se ha llevado a cabo mediante la reforma del artículo 64 del ET. Para conocer en detalle el alcance de estas nuevas competencias nos remitimos a Escudero Rodríguez, R.: "Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007…", op. cit., pág. 92; a Fabregat Monfort, G.: *Los planes de igualdad…*, op. cit., págs. 77 y ss; y a Sanfulgencio Gutiérrez, J. A.: "Puntos críticos en los planes de igualdad, op. cit., págs. 21 y 22. Este último autor hace referencia al contenido de los derechos del órgano de representación de los trabajadores, siguiendo los siguientes estos cuatro puntos: derecho de negociación, derecho a recibir información, derecho de vigilancia y derecho a colaborar.

tantes como las que se recogen en los planes de igualdad en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral o en relación con medidas para la prevención del acoso sexual o por razón de sexo, sin cuya participación e implicación carecerán de eficacia. Así pues, aunque no se hace referencia expresa al papel concreto que han de desempeñar la representación de los trabajadores y los propios trabajadores, queda claro que su postura activa será esencial para que el plan de igualdad cumpla su finalidad última: la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

8. SISTEMA DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN: IMPORTANCIA DE LOS INDICADORES

Para hacer el seguimiento del plan de igualdad es necesario el establecimiento previo de unos indicadores que, a tenor de las necesidades que surjan, podrán ser modificados, tales como, por poner varios ejemplos, porcentaje de mujeres contratadas por categorías profesionales, número de horas de formación recibida por sexo, número de personas por sexo que han usado medidas de conciliación y número de mujeres que han promocionado y puesto al que han promocionado.

Asimismo se han de evaluar las acciones llevadas a cabo y los objetivos propuestos inicialmente, los recursos que han sido asignados para la aplicación de las medidas y los resultados obtenidos[31]. Se trata de comprobar si el plan de igualdad se puede aplicar de forma eficaz en la empresa y si las acciones están siendo o no adecuadas para la consecución de los objetivos propuestos. Los objetivos de la evaluación son: conocer el grado de cumplimiento de los objetivos del plan, analizar el desarrollo del proceso del plan, reflexionar sobre la continuidad de las acciones e identificar nuevas necesidades que requieran acciones para fomentar y garantizar la igualdad de oportunidades en la empresa de acuerdo con el compromiso adquirido[32].

Para obtener esta información se pueden examinar, a modo de ejemplo, los siguientes aspectos: valorar el conocimiento que los trabajadores de la empresa tienen sobre la existencia y puesta en marcha de las distintas medidas propuestas; determinar las personas de la empresa que han hecho uso de de las medidas e indagar sobre las razones de su no utilización; y analizar el grado de satisfacción de

---

[31] Unas fichas para el seguimiento y para la evaluación se pueden ver en *Orientaciones para negociar medidas y planes de igualdad…*, op. cit., págs. 92 y ss. Para acceder al texto: http://www.migualdad.es/mujer/publicaciones/docs/Guias%20orientaciones%20planes%20igualdad%20empresas.pdf

32 Véase el Manual para elaborar un Plan de Igualdad en la empresa. http://www.migualdad.es/igualdad/documentos/PlanIgualdadempresa.pdf

las medidas que se han puesto en marcha. Para proceder a la evaluación se pueden emplear distintas técnicas como cuestionarios, test, entrevistas o grupos de observación[33].

Todos los planes de igualdad examinados dedican un apartado a la evaluación y seguimiento del plan[34], para lo cual prevén la creación de una comisión, llamada, según los planes, Comisión de Seguimiento o Comisión de Igualdad, con una determinada composición y régimen de funcionamiento, a la que se atribuyen determinadas funciones. Especial mención debemos hacer a la comisión de seguimiento del plan de igualdad de El Corte Inglés, puesto que el mismo, además de establecer, a diferencia de los restantes planes de igualdad analizados, salvo el de ENSA, criterios de seguimiento individualizados para cada una de las acciones que contempla, dedica un apartado muy extenso al seguimiento y evaluación del plan, prestando una gran atención a la citada comisión.

Consideramos de especial importancia la función que han de desempeñar estas comisiones puesto que serán las que comprueben si el plan se aplica de forma eficaz o si, por el contrario, es necesario proceder a modificarlo. Por ello, un elemento fundamental, que, salvo el de ENSA, no contienen los planes analizados, es la fijación de concretos indicadores[35] para cada área de actuación, que permitan medir de forma objetiva y real la eficacia de cada una de las medidas que contiene el plan de igualdad[36]. De ahí que destaquemos la importancia y el acierto del artículo 27.1 de la LPIA que, a la hora de definir el plan de igualdad, se refiere a la necesidad de que contemplen criterios de seguimiento, evaluación y actuación.

---

[33] Según el modelo de plan de igualdad elaborado por el Instituto de la Mujer, la evaluación se estructura en tres ejes: evaluación de resultados, evaluación de proceso y evaluación de impacto.

[34] Esto no nos extraña puesto que los sistemas de seguimiento y evaluación forman parte del contenido mínimo de los planes de igualdad. Véase Escudero Rodríguez, R.: "Los planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007…", op. cit., pág. 89 y Fabregat Monfort, G.: *Los planes de igualdad…*, op. cit. pág. 50. Según esta autora, un plan de igualdad que no contempla el seguimiento no puede ser entendido como tal plan de igualdad y, por tanto, debe reputarse nulo, con el incumplimiento que ello puede conllevar respecto a los que tenían la obligación de negociarlo.

[35] En este mismo sentido se pronuncia Salido Banús, J. L.: "Medidas y planes de igualdad". *Tribuna Social*, número 200–201, 2007 págs. 56 y 57. En palabras de este autor, en lo referente a la evaluación será prioritario el establecimiento de indicadores de seguimiento que permitan determinar si de las acciones emprendidas en el contexto del plan de igualdad se obtienen los beneficios esperados,…

[36] Véanse los indicadores para el seguimiento del proceso de seguimiento y evaluación que se contempla en *Orientaciones para negociar medidas y planes de igualdad…,* op. cit., págs. 86 y 87. Para acceder al texto:

http://www.migualdad.es/mujer/publicaciones/docs/Guias%20orientaciones%20planes%20igualdad%20empresas.pdf

9. CONSIDERACIONES FINALES

Los planes de igualdad que hemos examinado, tal y como ha quedado expuesto en la páginas previas, contienen los elementos que, según el artículo 46 de la LOI, conforman un plan de igualdad: conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo; medidas que se acompañan de los concretos objetivos de igualdad a alcanzar y de sistemas de seguimiento y evaluación de los mismos. Ahora bien, lo importante es que esas medidas que se han adoptado y que conforman la parte más extensa de los planes de igualdad, se apliquen efectivamente en cada empresa, en búsqueda de los concretos objetivos propuestos, puesto que, en caso contrario, habrá que considerar que el plan de igualdad presenta carencias o defectos que impiden que se cumpla con el objetivo último perseguido[37].

Lo primordial es que el plan de igualdad contenga los elementos o requisitos exigidos por la ley y, sobre todo, en los términos previstos por la misma, con sus caracteres y adjetivos. En nuestra opinión, son tres los elementos esenciales de un verdadero plan de igualdad: diagnóstico de situación preciso y revelador de las situaciones de desigualdad, incluyendo las desigualdades indirectas; medidas ajustadas y adaptadas a los déficits en materia de igualdad de cada empresa; e indicadores objetivos y de fácil medición de las medidas adoptadas, esto es, sistemas "eficaces" de seguimiento y evaluación. En cualquier caso, será necesario esperar un tiempo para ver cuál es la eficacia de estos planes, para lo cual, insistimos, hubiera sido muy conveniente la fijación de concretos indicadores, que, como hemos expuesto, constituye la mayor carencia detectada en los planes de igualdad analizados. Sí consideramos acertada la opción adoptada por Endesa y por ENSA consistente en incluir sus planes de igualdad en sus convenios colectivos, puesto que demuestran el elevado nivel de consenso alcanzado por las partes implicadas –si bien es cierto que el deber de negociar un plan de igualdad no supone la obli-

[37] Son tres las formas de manifestarse los incumplimientos del empresario en materia de planes de igualdad: no adopción de un plan de igualdad cuando exista obligación de hacerlo; adopción de un plan de igualdad que no debe considerarse como tal, por no cumplir con los requisitos mínimos de los planes de igualdad; e incumplimiento de lo contenido en el plan de igualdad. Véase al respecto a Fabregat Monfort, G.: "Los planes de igualdad…, op. cit., págs. 85 y ss.

gación de acordarlo, de llegar a un concreto resultado, puesto que ello sería incompatible con la libertad de negociación[38]–, y refuerzan, desde nuestro punto de vista, la eficacia de los planes de igualdad[39].

Y es que, a nuestro juicio, no basta con el compromiso, con el buen hacer de elaborar un plan de igualdad, ni siquiera aunque el mismo cumpla con todos y cada uno de los requisitos y elementos exigidos por la ley, sino que es necesario que las acciones se lleven a la práctica, que sean utilizadas por los/as trabajadores/as y, en definitiva, que sean eficaces para la consecución de los objetivos marcados, corrigiéndose así los problemas reales y concretos detectados en cada empresa en materia de igualdad. Sólo así podremos decir que nos hallamos ante un verdadero plan de igualdad de empresa y no ante un documento negociado o, en su caso, elaborado, una declaración de principios, que permita a la empresa cumplir con la obligación prevista en el artículo 45 de la LOI.

---

[38] Véase al respecto a Sanfulgencio Gutiérrez, J.A.: "Puntos críticos de los planes de igualdad", op. cit., pág. 24. Según este autor, *"lo que prima es un deber de negociar de buena fe sobre las cuestiones propias de un convenio colectivo, pero no existe una imperatividad en llegar a la suscripción de un determinado pacto"* y a Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F.: "Elaboración y aplicación del…", op. cit., pág. 1078. Por lo que respecta a los planes de igualdad que hemos podido analizar, todos ellos han sido el resultado exitoso de negociaciones previas, incluyendo el plan de igualdad de Elcogás, que lo negoció la empresa con el comité de empresa, a pesar de que no se hace mención expresa a dicha negociación en el texto el plan.

[39] Es cierto que lo acordado por un plan de igualdad puede tener un significado diferente, puesto que puede formar parte bien del contenido obligacional o bien del contenido normativo del convenio colectivo, de manera que, si se pactan planes de igualdad con cláusulas que tengan un carácter obligacional, se plantea el problema de su exigibilidad jurídica. En este sentido véase a Escudero Rodríguez, R.: "Los planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007…", op. cit., pág. 90. Según este autor, *"la abundancia de cláusulas obligacionales en los planes de igualdad pudiera ser un factor de debilidad de algunas de las cuestiones pactadas en el seno de la negociación colectiva, por bienintencionadas que ellas pudieran ser. Precisamente por ello y sin desconocer la conveniencia de pactar también cláusulas de tal naturaleza, es aconsejable enfatizar en la importancia de las cláusulas normativas dentro de los planes de igualdad, habida cuenta de su mayor consistencia y exigibilidad jurídica"*.

POSIBLES MACROTENDENCIAS Y PATRONES DE COMPORTAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA EN EL ÁMBITO DE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL

Francisco J. Calderón Váquez
Profesor Asociado
Universidad de Málaga

Mauricio A. Matus López
Investigador OEES.
Universidad de Málaga

ÍNDICE

1. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN
2. MACROTENDENCIAS OBSERVADAS
   2.1. Tendencias Cuantitativas
   2.2. Tendencias Cualitativas
   2.3. Tendencias Sectoriales
3. RESULTADOS: POSIBLES PATRONES DE COMPORTAMIENTO OBSERVADOS
4. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

RESUMEN

La Conciliación de la Vida Laboral y Familiar aparece cada vez con mayor fuerza en la escena socioeconómica española, como uno de los campos de actuación de mayor incidencia y potencialidad, al tratarse de un fenómeno transversal a la realidad sociolaboral, que despierta un enorme interés por su proximidad a la vida cotidiana de la inmensa mayoría de la población, lo que lo convierte en un tema estratégico de gran proyección.

Asimismo, la progresiva aparición e introducción de una legislación reguladora de la materia[1], en gran parte derivada de la aplicación de las directivas europeas, legislación relativamente "reciente" desde una perspectiva temporal, hace particularmente sugestivo el estudio de la negociación colectiva en la temática de la conciliación laboral familiar.

La presente comunicación plantea la identificación de las tendencias mayoritarias existentes en la negociación colectiva española en el ámbito temático de la conciliación familiar y laboral. Tendencias que por su reiteración, ya a nivel genérico, ya territorial, podrían considerarse dar lugar a verdaderos "*patterns of behaviour*" o patrones" de comportamiento de la conciliación laboral–familiar en el contexto de la negociación colectiva.

Por ello, la presente comunicación parte de la identificación de las principales macrotendencias observadas en la negociación colectiva española en el área de la conciliación laboral–familiar, para continuar con la definición de los posibles patrones de comportamiento, derivados de las macro tendencias y presentes en el conjunto del clausulado de la contratación colectiva española.

1. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

No parece existir en el caso español, un *corpus* doctrinal unificado que pudiera centralizar, de forma unificada y coherente, el conjunto de aproximaciones y perspectivas que desde distintos ángulos tratan de abordar una problemática tan densa y compleja, por su multidisciplinariedad y transversalidad, como la referente a la conciliación laboral–familiar.

Parece evidente que tanto la relativa novedad del tema como su incipiente recepción y tratamiento por los estudiosos, redundan en esa suerte de "inmadurez" académica que parece afectar todavía a la cuestión conciliación laboral–familiar y

[1] Como la Ley 3/1999 de Conciliación de la vida Laboral y Familiar, norma derivada de las directivas europeas 96/34/CE y 92/85/CEE, fundamento de la regulación española.

su reflejo en los convenios colectivos. Aunque no parece que dicha situación pueda prolongarse por mucho tiempo, dada la relativa frecuencia con la que en los últimos años parece estar tratándose el tema.

Lo anterior no significa, evidentemente, la ausencia de estudios, análisis y autores de referencia, si bien su nivel de dispersión y heterogeneidad dificulta su tratamiento unificado y la generación de información sistematizada. Una revisión panorámica de la bibliografía disponible evidenciaría, a nivel académico, la presencia de estudios referenciales, tales como el *"Discurso y prácticas sobre la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva*" (Carrasquer; Massó; Martín Artiles, 2005)[2], el "*Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas"* (Instituto de la Mujer, GPI Consultores, 2005)[3], "*El Tiempo de Trabajo y la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar*" (Otaegui, 2004)[4], *"El Informe Randstad (2004)*[5]. Complementados a nivel institucional, por las aportaciones realizadas desde el Consejo Económico y Social de España (CES, 2004)[6], en sus memorias y documentos de trabajo.

Desde una sugestiva, por sus implicaciones, perspectiva territorial, en el ámbito de las comunidades autonómicas, destacan trabajos como "*Análisis de la Negociación Colectiva en la Comunidad de Madrid desde la Perspectiva de Género. Revisión"* (De la Fuente Vázquez, Galindo Sánchez, Quintanilla Navarro y Sánchez García, 2005)[7] particularmente interesante por cuanto que se trata de la actualiza-

---

[2] Carrasquer, P.; Massó, M.; Martín Artiles, A. (2005): "Discurso y prácticas sobre la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva". En Revista Papers. Número monográfico, en imprenta.

[3] GPI Consultores (2005): "Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas". Instituto de la Mujer. Madrid.

[4] Otaegui, A., (2004): El tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar. En Escudero, R. (coordinador) *La negociación colectiva en España*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.

[5] Informe Randstad Instituto de Estudios Laborales (IEL) (2004): Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince. Las Políticas de Conciliación. Capítulo 4 *Análisis de contenido en convenios colectivos (septiembre 2003–febrero 2004). Cláusulas de conciliación*. ESADE–Randstad. Documento Telemático disponible en
wwww.randstad.es/res/randstad/publicaciones/3º%20informe%20IEL%20políticas%20conciliación.pdf

[6] Consejo Económico y Social (2004): "Memoria sobre la situación socioeconómica de España".

[7] De la Fuente Vázquez, D., (Coord.); Galindo Sánchez, J.; Quintanilla Navarro, B.; Sánchez García, D. (2005): Análisis de la Negociación Colectiva en la Comunidad de Madrid desde la Perspectiva de Género. Revisión Comunidad de Madrid Consejería de Empleo y Mujer Dirección General de la Mujer.

ción de un estudio anterior (De la Fuente et alia, 1998)[8] que permite constatar la evolución de la temática en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid. También cabria citar las aportaciones realizadas por los estudios "*Negociación colectiva y prácticas laborales: perspectiva de género, Aragón un caso de estudio"* (Elosegui, Carnicer, De la Fuente, Martínez, Pérez del Rio, 2005)[9], *"Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad Foral de Navarra, desde la perspectiva de Género,"* (De la Fuente Vázquez, 1998)[10], el Proyecto de Investigación "*La familia en la negociación colectiva de Navarra"* (Barrios Baudor, 2005)[11] y el *"Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad de la Rioja* (Pérez del Río, 1994). A nivel andaluz destaca por su actualidad el estudio "*Análisis de la incorporación de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos suscritos en Andalucía"* (Torres López et allia, 2007)[12] .

Por ultimo, entendemos de interés las contribuciones realizadas por la serie de informes provenientes del ámbito sindical (Secretaría Confederal de la Mujer del Sindicato Comisiones Obreras, 2003)[13] o el análisis los informes sobre contratación colectiva del 2001, elaborados por fuentes sindicales (UGT y CCOO) patronales (CEOE) y el Consejo Económico y Social (CES), sintetizados por Caprile (CIREM, 2002)[14].

Del análisis de tales fuentes bibliografícas, parece derivarse la existencia de una serie de tendencias genéricas en el tratamiento de la conciliación laboral–familiar en la negociación colectiva. Estas tendencias genéricas, presentan como rasgo más

---

[8] De la Fuente Vázquez (Coord.) (1998): "Análisis de la Negociación Colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género". (2 tomos) Publicaciones Dirección General de la Mujer. (DGM).

[9] Elosegui Itxaso, M. (coord.) (2005): Negociación colectiva y prácticas laborales: perspectiva de género, Aragón un caso de estudio.

[10] De la Fuente Vázquez (Coord.) (1998): "Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad Foral de Navarra, desde la perspectiva de Género". Instituto Navarro de la Mujer. Pamplona.

[11] Barrios Baudor, G., L. (Coord.) Biurrun A., Gutiérrez, M.J.; Goñi, N (2005): La familia en la negociación colectiva de Navarra. Proyecto de Investigación. Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra – UGT Navarra. Pamplona.

[12] **T**orres López, J.; Matus López, M.A. y Calderón Vázquez, F.J. (2007): Análisis de la incorporación de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos suscritos en Andalucía". Publicación del Observatorio del Empleo y la Exclusión Social de la Universidad de Málaga (OEES) realizada en el marco del Proyecto Equal–In–Red.

[13] Secretaría Confederal de la Mujer de CC.OO (2003): "Negociación Colectiva y Género. Una Apuesta de Futuro". Evaluación provisional del impacto del Acuerdo de Negociación Colectiva de 2002 (ANC 2002) sobre la igualdad de oportunidades (Septiembre 2002). Documento Telemático disponible en http://www.ccoo.es/pdfs/NC_genero.pdf

[14] Caprile, M. (2002): Igualdad de oportunidades y conciliación de la vida familiar y laboral. Avances en estos temas en la negociación colectiva del 2001. Fundación CIREM. Documento Telemático disponible en www.eiro.eurofound.eu.int/2002/09/word/es0209103fes.doc.

acentuado una frecuencia de reiteración elevada, por cuanto que suelen estar presentes de forma genérica y reincidente en los textos de los diversos convenios colectivos españoles a cualquier nivel territorial o sectorial, repitiéndose de forma análoga en los textos de las diversas contrataciones colectivas. Dichas tendencias parecen actuar como coordenadas genéricas, a las que parece ajustarse el "comportamiento" de la conciliación laboral–familiar en el contexto de la negociación colectiva. Tales coordenadas parecen determinan cuales sean los contenidos temáticos preferenciales de la conciliación, sus características, límites, perfiles, y, lo que posiblemente sea mas importante, como se reproducen tales rasgos distintivos de la conciliación laboral–familiar, en el texto de los convenios colectivos.

Es por ello que bien podríamos considerar a tales coordenadas como una suerte de patrones de comportamiento, puesto que parecen disciplinar, o cuando menos, orientar el desarrollo de la temática de conciliación en la actual escena sociolaboral.

De ahí, que pueda resultar de interés la identificación–definición de tales *patrones implícitos*, por cuanto que indicarían, con bastante nitidez, como se entiende o se percibe la conciliación laboral–familiar por los agentes sociales, trabajadores, empresarios, organizaciones sindicales y empresariales y las instituciones de gobierno, precisamente quienes más deberían ser conscientes de su índole e importancia. En pocas palabras, la conciliación laboral–familiar vista a ras de tierra.

Ello no deja de resultar arriesgado, puesto que a niveles formales los citados estudios presentan elevados niveles de disparidad en cuanto a procedimiento y metodologías empleadas, extensión (referida a universo objeto de análisis) tratándose normalmente de muestreos no exhaustivos, y al propio concepto de conciliación manejado por los mismos, lo que redunda en su heterogeneidad, como tal base de datos. Pero de la misma manera que operan las fuerzas centrífugas, existen poderosos elementos de convergencia, como la existencia de un marco jurídico unitario como es el previsto por el Estatuto de los Trabajadores y la propia Ley 3/99 de Conciliación y sus normas complementarias y de desarrollo, que actúan como un común denominador en todos los casos y como el entorno de fondo de donde emergen los convenios. De cualquier manera, entendemos sugestivo el esfuerzo, por ello procederemos primero a su identificación, al menos en aproximación, a partir de la revisión bibliográfica efectuada.

2. MACROTENDENCIAS OBSERVADAS

De cara a la identificación y definición de las posibles tendencias presentes en el tratamiento de la conciliación familiar–laboral en la negociación colectiva española, una posible propuesta de clasificación partiría de una primera diferenciación tipologias de tendencias observadas y desglose de las mismas. Para una mejor comprensión y visión de la misma se ha elaborado la Tabla Nº 1:

TABLA Nº 1

TIPOLOGÍA DE TENDENCIAS	DESGLOSE DE TENDENCIAS Y PATRONES DE ACTUACIÓN
TENDENCIAS CUANTITATIVAS	Nº. 1 Presencia y frecuencia de cláusulas de conciliación en los convenios colectiva
	Nº. 2 Contenidos temáticos dominantes
	Nº. 3 Presencia y frecuencia de mejoras e innovaciones sobre el marco legal
TENDENCIAS CUALITATIVAS	Nº. 4 Calidad con respecto al referente jurídico–normativo (adecuación, superación o mejora del mínimo legal)
	Nº. 5 Feminización activa
	Nº. 6 Sensibilidad de los agentes
TENDENCIAS SECTORIALES	Nº. 7 Tendencias Sectoriales
	Nº. 8 Tendencias Empresariales

Fuente: Elaboración propia

2.1. Tendencias Cuantitativas

Dentro del grupo de tendencias cuantitativas, por lo que se refiere al patrón N.1, es decir a la frecuencia y presencia de cláusulas relativas a Conciliación Laboral–Familiar en el texto de los convenios colectivos, las tendencias genéricas observadas en los estudios anteriores, en cualquiera de los niveles territoriales manejados, indican una baja presencia y frecuencia, en términos cuantitativos, de este tipo de cláusulas. A nivel territorial autonómico los casos madrileño (de la Fuente Coord. 2005) aragonés (Elósegui Itxaso, de Luís Carnicer, Martínez Sánchez, Pérez Pérez, 2004)[15] y andaluz (Torres López et allia, 2007) son bastante expresivos, ya que las cláusulas que se refieren a conciliación familiar – laboral, solo están presentes en el 20% o menos, del total de convenios revisados.

[15] Elósegui Itxaso, M.; de Luís Carnicer, P.; Martínez Sánchez, A.; Pérez Pérez, M., (2004): La sensibilidad de género en la negociación colectiva: El caso de Aragón. Universidad de Zaragoza. Documento electrónico disponible en: www.ucm.es/info/ec/jec9

En lo que respecta a las tendencias observadas en el Patrón N.2, es decir, las relativas a contenidos temáticos dominantes las cláusulas de los convenios colectivos referidas a conciliación laboral–familiar se encuadran normalmente dentro de las siguientes categorías: 1) *Permisos Retribuidos,* en particular por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de parientes*;* 2) *Reducción de jornada laboral por motivos familiares,* en particular lactancia materna*;* 3) *Excedencias por razones familiares*, en particular para el cuidado de hijos (Secretaria Confederal de la Mujer del Sindicato Comisiones Obreras 2003[16]; De la Fuente, Galindo, Quintanilla y Sánchez García, 2005[17]; Elósegui, Carnicer, Martínez y Pérez, 2005[18]; Informe Randstad, 2004[19]; Torres López et allia, 2007). Tales figuras, por su presencia y frecuencia en el clausulado de la negociación colectiva, constituyen el corpus básico de la conciliación laboral–familiar en la inmensa mayoría de los convenios colectivos existentes, en cualquier nivel territorial.

Por lo que se refiere al patrón N. 3, es decir el nivel de mejoras e innovaciones sobre el mínimo legal de referencia, los estudios de referencia muestran una escasa, o muy escasa presencia–frecuencia de mejoras respecto a los mínimos legales básicos, con porcentajes bajos o muy bajos y de un solo dígito. Fundamentalmente las figuras temáticas de mejora se ciñen, en la categoría de permisos retribuido a la ampliación de los días de permiso por motivos familiares (particularmente maternidad) o la introducción de nuevos permisos por razones particulares, asuntos propios o causas justificadas, y el establecimiento de un nuevo permiso para acompañar a hijos pequeños y personas dependientes al médico. En la categoría de "Reducción de jornada por motivos familiares", la figura de mayor frecuencia de mejora e innovación es el *permiso de lactancia*. Las mejoras introducidas se refieren usualmente a la ampliación temporal (en 1/2 hora) de este derecho, o bien en la extensión de la edad del lactante que genera el derecho. En otros figuras, se amplía el número de horas de reducción de jornada por cuidado de familiares (Ancianos) o se permiten el horario flexible o la acumulación de dichas horas (De la Fuente Vázquez, coord., 2005; Elósegui, Carnicer, Martínez y Pérez, 2004; Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO, 2003; Torres López et allia, 2007).

2.2. Tendencias Cualitativas

En el análisis descriptivo de las tendencias cualitativas en la negociación colectiva actual, se observa la presencia de determinados lugares comunes, que dada

[16] Op. Cit.

[17] Op. Cit.

[18] Op. Cit.

[19] Op. Cit.

su constante reiteración aparecen como verdaderos patrones cualitativos. De modo genérico, la tendencia observada de forma notoria y evidente es la que se refiere a la *feminización* de las figuras de conciliación. Entendiendo por feminización el sesgo cuasi exclusivamente femenino que se da a la titularidad de determinados derechos o al enfoque de determinadas situaciones, ya en la redacción, ya en la interpretación de las cláusulas e instrumentos referentes a conciliación laboral–familiar en el contexto de la negociación colectiva.

Así parecen corroborarlo las tendencias observadas tanto en la orientación de los permisos familiares (Maternidad, Paternidad, Lactancia, etc.) como en la regulación de figuras análogas (excedencias) referidas a la atención de responsabilidades familiares, se orientan hacia una suerte de feminización extrema, por cuanto que en la redacción del clausulado aparecen como figuras de derecho, goce o uso exclusivamente femenino, cuando en la legislación se reconoce la titularidad de ambos progenitores o la posibilidad de cesión (De la Fuente, Galindo, Quintanilla y Sánchez García, 2005)[20].

En el caso de la comunidad madrileña, redundan en dicha orientación feminizadora las formas expresivas y el lenguaje empleado, con expresiones como "alumbramiento y gestación" que refuerzan esa idea latente de que la conciliación familiar–laboral es un asunto exclusivo de mujeres trabajadoras con todos sus corolarios, es decir la tendencia al mantenimiento y perpetuación de roles de genero y estereotipos sexistas. Asimismo, se observa una ausencia cuasi total de medidas para incentivar el uso o goce de estos derechos por el progenitor masculino (De la Fuente Vázquez, coord., 2005)[21]. En el caso aragonés se observan situaciones análogas, en cuanto que se observan limitaciones en el ejercicio de determinados derechos exclusivamente a la madre (Elósegui, Carnicer, Martínez y Pérez, 2004). En el caso navarro, se reiteran dichos posicionamientos, apareciendo la mujer como destinataria cuasi exclusiva de las medidas y derechos de la conciliación familiar–laboral (Barrios Baudor, 2005)[22]. En el caso de la CCAA de Andalucía, se observa un sesgo feminizador dominante tanto en el tratamiento conceptual de las figuras como en la interpretación de la Ley 39/1999 (Torres López, et allia 2008)[23].

---

[20] De la Fuente Vázquez, D., (Coord.); Galindo Sánchez, J.; Quintanilla Navarro, B.; Sánchez García, D. (2005): Análisis de la Negociación Colectiva en la Comunidad de Madrid desde la Perspectiva de Género. Comunidad de Madrid, Consejería de Empleo y Mujer, Dirección General de la Mujer.

[21] Op. Cit.

[22] Barrios Baudor, G., L. (Coord.) Biurrun A., Gutiérrez, M.J.; Goñi, N., (2005): La familia en la negociación colectiva de Navarra. Proyecto de Investigación. Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra–UGT Navarra. Pamplona.

[23] Torres López, J.; Matus López, M.A.; Calderón Vázquez, FJ. y Gómez Narváez, A. (2008): "Sesgo de Género en la Negociación Colectiva de Medidas de Conciliación. El Caso Andaluz". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Volumen. 71. Págs. (197–209).

Una segunda instancia, Patrón Nº 5, es la que hace referencia a la calidad con respecto al referente jurídico–normativo, es decir la adecuación, superación o mejora del mínimo legal. La tendencia general detectada va a ser que el contenido de los convenios, tienda en su gran mayoría al calco de lo establecido por la Ley 3/99, repitiéndola. Si bien, esa reiteración de lo legal se produce de forma bastante imperfecta, ya que la trascripción de la legislación se realiza defectuosamente, de manera incompleta, o parcial. Observándose un sesgo ciertamente preocupante al facsímil fragmentario de la Ley. Preocupante por cuanto que desnaturaliza el rol de la legislación como referente mínima para la orientación de la autonomía de la voluntad de las partes, alterando, en definitiva, el mecanismo de atribución de roles de los agentes sociolaborales y el conjunto del sistema legislativo laboral, puesto que la Ley 3/99 actúa más como un máximo, o límite de lo *laboralmente correcto* que como un mínimo. Dichas tendencias se observan tanto a niveles generales, como territoriales (Informe Randstad, 2004; De la Fuente Vázquez, coord., 2005, Torres López et allia, 2007)

Dado que la Legislación actúa como máximo en vez de cómo mínimo, surge en paralelo el problema de los convenios bajo mínimos legales, o convenios *contra legem,* problema identificable a cualquier nivel territorial (De la Fuente Coord. 2005; Elósegui, Carnicer, Martínez y Pérez, 2004; Barrios Baudor, 2005; Informe Randstadt, 2004) convenios que no se ajustan a la normativa vigente (Estatuto de los Trabajadores, Ley 3/99 y sus modificaciones) cuantitativamente minoritarios pero muy significativos.

Por lo que concierne a la Patrón Nº 6, es decir a la sensibilidad de los agentes sociales en la materia de conciliación laboral–familiar, la tendencia evidente es que ésta sea muy reducida, en muy pocas ocasiones parecen considerarse tanto la complejidad como las dificultades que supone la conciliación de la vida laboral y familiar, y ello a nivel general y a nivel territorial (De la Fuente Vázquez, 2005; Informe Randstad, 2004) de ahí la regulación pro–empresa de ítems fundamentales para lograr buenos niveles de conciliación laboral familiar (como jornada laboral, horarios, permanencia en el puesto de trabajo, vacaciones, etc.) regulación orientada en función de las necesidades productivas y no de las necesidades afectivas y familiares.

La escasa sensibilidad de los interlocutores sociales en materia de conciliación familiar, parece derivarse de la confusión entre conciliación laboral–familiar con establecimiento de permisos y de excedencias, es decir se tiende a confundir por parte de los agentes sociales el todo con las partes, o con una de las partes, puesto que las excedencias y permisos constituyen una sección importante del contenedor conciliación (posiblemente no la más importante) pero no pueden identificarse sin más con la conciliación. Tampoco se puede reducir la conciliación laboral–familiar limitándola a éstas figuras, interesantes pero poco eficaces, si se producen en un contexto cotidiano donde resulta imposible de compaginar "normalmente" vida y actividad laboral. Se trata de un problema estructural que afecta al propio concepto

y naturaleza de la conciliación laboral–familiar y como ésta viene entendida y asimilada por los agentes sociales.

De ahí, que el Informe Randstadt (2004) en sus recomendaciones apueste por reconfigurar aspectos como la organización de jornada de trabajo, introduciendo referentes organizativos como discriminar positivamente a los trabajadores con responsabilidades familiares en la organización y asignación de turnos de trabajo, disposición de status de flexibilidad horaria para la entrada y salida del establecimiento, hacer coincidir días libres con fines de semana para los padres con hijos, etc. Asimismo, se considera vital reorientar la estructura salarial, ya que la tendencia mayoritaria en la negociación colectiva es premiar salarialmente la cantidad de horas de trabajo y la permanencia y disponibilidad en el puesto de trabajo (vía pluses de reten o llamada, complementos por flexibilidad o disponibilidad, o incentivos por asistencia al trabajo, etc.) sobre cualquier otro tipo de consideración. Ello hace que los trabajadores con responsabilidades familiares tiendan a ganar menos que sus colegas que carecen de responsabilidades familiares, y por otra resulten menos productivos para el empresario.

2.3. Tendencias Sectoriales

En cuanto a patrones de sectorización publico–privada, ésta categoría de análisis podría resultar particularmente sugestiva, por cuanto que la dicotomía Sector público // Sector Privado podría hacerse muy presente en el caso de la conciliación laboral–familiar, ya que cada sector podría plantear distintas estrategias y mecanismos para afrontar dicha problemática. En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) apunta que en las tendencias internacionales reportadas para este particular *item*, se aprecia una suerte de patrón de conducta bastante acrisolado, por cuanto que se observa un evidente protagonismo del sector publico en todo lo que se refiere a la recepción y aplicación de mecanismos de conciliación laboral–familiar sobre el sector privado, mucho más renuente a la asimilación, se entiende que por sus costes, de este tipo de dispositivos (OIT, 2003)[24].

El hecho de que, independientemente de los países, sea en el sector publico donde se encuentran los mayores niveles de difusión, asimilación y operatividad de medidas y mecanismos de conciliación, podría explicarse por la conjunción de una serie de factores entre los que cabría citar: 1) la mayor presión social e institucional y legislativa a la que están sometidas las organizaciones publicas; 2) Igualmente, el elevado nivel de empleo femenino en el sector publico tiende a

[24] OIT (2003): La Hora de la Igualdad en el Trabajo. Informe global. 91ª Conferencia Internacional del Trabajo. Informe I(B) Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Documento electrónico disponible en *http://www.ilo.org/declaration*.

incrementar la demanda de este tipo de prestaciones (OIT, 2003)[25]; 3) Asimismo, la menor presión de mercado que se da en el sector publico, y la consiguiente "relajación" genera mayores espacios y facilidades para las practicas conciliadoras del trabajo con la vida familiar (OCDE, 2001).

Por lo que se refiere a la negociación colectiva española, la evidencia empírica parece ajustarse a las patrones internacionales apuntados, como parecen poner de manifiesto las fuentes disponibles. Así, en el caso aragonés, los convenios que operan en el ámbito de la Administración Pública, entes públicos e incluso empresas publicas muestran una muy positiva tendencia a recoger en su cláusulas la temática y mecanismos de conciliación laboral y familiar, haciéndolo de forma prácticamente exhaustiva a partir del año 2000, puesto que los porcentajes rondan el 100% de los convenios públicos. Observándose una evaluación muy positiva al respecto a partir de la entrada en vigor de la Ley de Conciliación 3/99. Por lo que tanto a nivel de presencia como de frecuencia, en cantidad y calidad resulta muy por delante de la recepción observada en el sector privado (Elósegui, Carnicer, Martínez y Pérez, 2004). En el caso madrileño también parece confirmarse esta tendencia, puesto que los convenios públicos se mueven siguiendo estas coordenadas de protagonismo y preponderancia en relación a los privados, planteando normalmente una regulación de la temática de la conciliación laboral–familiar mucho mas completa que sus homólogos privados (De la Fuente Vázquez, coord., 2005). En el caso andaluz también parece confirmarse esta tendencia, apareciendo en la práctica totalidad de los convenios públicos. En líneas generales, a nivel territorial esta parece ser la tendencia dominante en la negociación colectiva española, aunque no dispongamos de datos exhaustivos como para poder realizar afirmaciones rotundas.

En cuanto a la dicotomía pequeña–mediana empresa // gran empresa, tema que siguiendo a OIT (2003)[26] parece seguir una clara tendencia a la preponderancia de la gran empresa sobre la pequeña y mediana, en la recepción de la temática conciliadora, al menos por la evidencia empírica que parece desprenderse de diversos trabajos y autores (Gray y Tudball, 2002; MacDermid, Litchfield, y Pitt–Catsouphes, 1999; Perotin, Robinson y Loundes, 2002)[27]. Para OIT (2003) se entiende por gran

---

[25] OIT (2003): Op. cit.

[26] OIT (2003): Op. cit.

[27] Gray, M.C. y Tudball, J. (2002): "Family–friendly work practices: Difference within and between workplaces". Australian Institute of Family Studies Research Report Nº 7, Melbourne.

MacDermid, Sh.; Litchfield, L.C. y Pitt–Catsouphes, M. (1999): "Organizational size and work–familiy issues". En revista *Annals of the American Academy of Political and Social Science,* vol. 562, marzo de 1999, págs. 111–126.

Perotin, V.; Robinson, A. y Loundes, J. (2002): "Equal opportunities practices and performance in small and medium–sized enterprises": Preliminary findings OIT, Geneve.

empresa, aquellas con gran densidad de capital y alta productividad, en éstas los dispositivos y medidas conciliadoras de la vida familiar y laboral tienden a aplicarse de forma mas sistemática que en las pymes. En el caso español tanto la evidencia empírica como la literatura parecen apuntar en esta dirección, así parecen coincidir diversas fuentes desde distintas ópticas (OIT, 2005[28]; CEIM, Proyecto Madrid, 2004[29]; Chinchilla y Poelmans, 2005[30]; Caballero Bellido, 2001[31]) que muestran como la conciliación laboral–familiar parece limitarse en el ámbito empresarial español, a las grandes empresas, empresas de tecnologías o servicios, o a las administraciones publicas, únicos agentes sociolaborales que parecen poder permitírsela (por su dimensión, masa critica y nivel de organización, o situación de dominio en el mercado).

Por lo que se refiere a la contraposición convenios sectorizados convenios individuales o de empresa, categoría de análisis sugestiva por cuanto que como señala Martín Artiles (2005)[32] la influencia de la centralización–sectorización en la estructura de la negociación colectiva podría resultar decisiva en la recepción–aplicación de la Ley 3/1999[33], puesto que la evidencia empírica parece afirmar que cuando la estructura de los convenios es centralizada–sectorizada, la propagación de las normas pro–conciliación es cuantitativamente mayor y cualitativamente mejor. Ello se infiere de la Memoria del Consejo Económico y Social de España (CES, 2004)[34], establecía que en torno al 60% de los convenios estatales (Centralizados) planteaban algún tipo de prácticas, mecanismos o recomendaciones de conciliación de las esferas familiares y laborales, habiendo asimilado los convenios

---

[28] OIT (2004): Iniciativas Nacionales relativas al equilibrio entre los Intereses Laborales, Familiares y el Aprendizaje permanente en España. Programa In Focus sobre conocimientos teóricos y prácticos y empleabilidad.

[29] Inforrme CEIM (2004): Proyecto "Madrid: una ciudad para la conciliación". Informe Conciliación de la vida laboral y familiar en las empresas madrileñas. Jornada sobre fórmulas y experiencias concretas.

http://www.ceim.es/scripts/docs/90302/1equal20.pdf

[30] Op. cit.

[31] Caballero Bellido (2001): Políticas Empresariales de conciliación de la vida familiar y laboral. Buenas Practicas.Emakunde Infopolis 2000. www.emakunde.es/images/upload/concilia_4_c.pdf

[32] Martín Artiles, A. (2006): Balance de la conciliación de la vida familiar y laboral en la negociación colectiva. Documento electrónico disponible en
www.eiro.eurofound.eu.int/2005/07/word/es0507204fes.doc

[33] Ley 3/1999 de Conciliación de la vida Laboral y Familiar, norma derivada de las directivas europeas 96/34/CE y 92/85/CEE, fundamento de la regulación española

[34] Consejo Económico y Social (2004): Memoria sobre la situación socioeconómica de España. Ed. CES. Madrid.

de estructura centralizada de mejor manera las regulaciones establecidas por la Ley de Conciliación e introduciendo recomendaciones "positivas" en materia de permisos parentales.

Simultáneamente los Convenios descentralizados o no sectorizados (territoriales o empresariales) no parecen tender a mejorar lo establecido por el legislador, teniendo a nivel cuantitativo una notoria menor difusión la previsor de mecanismos o practicas conciliadoras. En ese sentido, el estudio realizado por Otaegui (2004)[35] parece corroborar las consideraciones del CES, por cuanto que es en el ámbito descentralizado donde aparecen mayores carencias, tanto a nivel de cláusulas ilegales (por debajo de los mínimos legales) desconociendo la nueva regulación o citando textualmente la antigua. También resultan palpables la fuerte heterogeneidad y diversidad de la contratación colectiva descentralizada, a diferencia de la centralizada que muestra mayores niveles de homogeneidad. Los convenios descentralizados, siguiendo a esta autora se muestran remisos a reconocer las novedades introducidas por la Ley 3/99, resultando especialmente chocante la tendencia a negar la disponibilidad de conciliación para los trabajadores temporales, o la tendencia a reducir el acceso a los mecanismos conciliadores solo a los fijos o a aquellos con una cierta antigüedad en la empresa.

A nivel territorial, al menos en el caso aragonés parecen contrastarse afirmativamente tales coordenadas de actuación, por cuanto que la temática de conciliación familiar–laboral aparece recogida con mucha mayor frecuencia en los convenios centralizados–sectorizados que en los de empresa singular, tendencia particularmente acentuada a partir del año 2000, lo que induce a considerar un positivo impacto de la Ley 3/99 (Elósegui, Carnicer, Martínez y Pérez, 2004).

3. RESULTADOS: POSIBLES PATRONES DE COMPORTAMIENTO OBSERVADOS

Una recapitulación de las tendencias y patrones observados es la recogida en la Tabla Nº 2 que se expone a continuación:

[35] Otaegui, A., (2004): El tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar. En Escudero, R. (coordinador) *La negociación colectiva en España*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.

TABLA Nº 2

TENDENCIAS Y PATRONES DOMINANTES	RESULTADOS
Nº. 1. Presencia y frecuencia de cláusulas de conciliación en los convenios colectiva	Bajo nivel de presencia (– del 20% del total de Convenios) Bajo nivel de frecuencia
Nº. 2. Contenidos temáticos dominantes	Permisos Retribuidos, en particular por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de parientes; Reducción de jornada laboral por motivos familiares, en particular lactancia materna; Excedencias por razones familiares, en particular para el cuidado de hijos
Nº. 3. Presencia y frecuencia de mejoras e innovaciones sobre el marco legal	Escasa o muy escasa presencia–frecuencia de mejoras respecto a los mínimos legales básicos, (– 10% del total de Convenios)
Nº. 4. Calidad con respecto al referente jurídico–normativo (adecuación, superación o mejora del mínimo legal)	Reproducción casi exhaustiva del mínimo legal (80%–90% del total de convenios)
Nº. 5. Feminización activa	Sesgo feminizador dominante en el tratamiento de la conciliación laboral–familiar en la gran mayoría de los convenios.
Nº. 6. Sensibilidad de los agentes	Escasa o muy escasa sensibilidad respecto a la problemática de la articulación de las esferas personales, familiares y personales. (– 5% de los convenios)
Nº. 7. Tendencias Sectoriales	Sesgo casi exhaustivamente dominante en los convenios del sector publico con respecto a los del sector privado en todo lo que respecta a niveles de difusión, asimilación y operatividad de medidas y laboral–familiar.
Nº. 8. Tendencias Empresariales	Sesgo dominante los convenios de la gran empresa con respecto a los de la Pyme en lo que se refiere a mayor presencia y frecuencia de elementos de conciliación laboral–familiar. Sesgo dominante en los convenios centralizados–sectorizados con respecto a los convenios descentralizados–singulares Sesgo dominante en los convenios de sectores o empresas con alto porcentaje de mano de obra femenina sobre los sectores o empresas masculinizados, en lo que se refiere a mayor presencia y frecuencia de elementos de conciliación laboral–familiar.

Elaboración Propia

4. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

A tenor de lo expuesto en las secciones anteriores, parece confirmarse la existencia de una serie de tendencias genéricas o de patrones que orientan el tratamiento de la conciliación laboral–familiar en la negociación colectiva. Aunque no podemos realizar afirmaciones concluyentes, al respecto dada la heterogeneidad y dispersión de los estudios, análisis y fuentes bibliografícas disponibles. De ahí que fuera recomendable un análisis exhaustivo de la materia, a partir de criterios homogéneos para el conjunto de la negociación colectiva en todo el territorio nacional. Investigación, que dado su interés, no debería hacerse esperar en demasía.

Desde una perspectiva cualitativa, las tendencias y patrones dominantes observados, resultan muy significativos, porque parecen evidenciar la presencia dentro del ámbito sociolaboral español, a nivel nacional y autonómico, de una serie de nociones o concepciones implícitas de la conciliación sociolaboral que no parecen ajustarse demasiado a los principios y valores (Equidad de genero, no discriminación por razón de sexo, referencia genérica a la igualdad, etc.) que informan la legislación sobre conciliación laboral–familiar. Por ello, parece como si existiera dentro de la negociación colectiva en la temática de la conciliación laboral–familiar, una contradicción de fondo entre lo que se pretende instaurar con la legislación de referencia y lo que las partes entienden aceptar y negociar a través de la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta contradicción "existencial" se pone de manifiesto en aspectos como los contenidos temáticos dominantes, puesto que porque a nadie escapa que el común denominador de permisos, excedencias y reducciones no es otro que la ausencia justificada o si se quiere la salida o el alejamiento del puesto de trabajo. Es decir, las figuras reseñadas en realidad parecen orientarse más hacia la salida temporal de la esfera laboral que a la articulación cotidiana y compatible de las esferas laborales y familiares, de forma que éstas coexistan de manera armónica y flexible como un *continuum vital* único.

Asimismo, los bajos niveles de presencia y frecuencia de elementos de conciliación en los procesos de negociación colectiva y el bajo o muy bajo nivel de innovación y mejora del mínimo legal dejan traslucir una cierta inutilización de tales instrumentos y posibilidades por parte de los agentes sociolaborales. Dejando traslucir un sesgo pasivo en la autonomía de la voluntad de las partes en la particular temática de la conciliación laboral–familiar. Sesgo pasivo que podría ser indicativo de desinterés, "novedad" o desinformación a partes iguales.

La paulatina incorporación de la temática de la conciliación laboral–familiar a las cláusulas de la contratación colectiva española se está llevando a cabo de manera bastante lenta y no exenta de dificultades. De todas formas, los avances aunque lentos, parecen positivos y la difusión de la legislación parece ir abriéndose paso, ciertamente con dificultad, como parecen afirmar los distintos estudios tomados en consideración.

LA DISPOSICIÓN POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN EMPRESARIAL

Fernando Elorza Guerrero
Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. Introducción
2. Las mejoras directas de las prestaciones que se asumen y gestionan por la empresa con cargo a su patrimonio
3. La externalización de los compromisos por pensiones
   3.1. Los planes de pensiones: especial consideración del plan de pensiones del sistema empleo
   3.2. El contrato de seguro colectivo
4. Una reflexión última
5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El presente análisis pretende ser una reflexión sobre la cuestión de hasta qué punto las prestaciones complementarias de Seguridad Social generadas en sede de la autonomía colectiva pueden ser objeto de modificación, o en su caso supresión, por la propia negociación colectiva, en aquellos casos en que la titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma ha sido objeto de transmisión, y el nuevo titular estima necesario, u oportuno, la alteración de las compromisos en materia de Seguridad Social complementaria asumidos por el anterior titular de la explotación o negocio.

Como todos sabemos, el vigente art. 44.1 ET[1] establece la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente, lo que en nuestro caso supone el mantenimiento de los derechos y obligaciones de Seguridad Social. Sin embargo, preceptos como el art. 86.4 ET han contribuido en los últimos años a generar la impresión generalizada de que en nuestro ordenamiento jurídico "*no existen plenas garantías jurídicas de mantenimiento de los derechos a prestaciones ya causadas*" (MONEREO PÉREZ, 1999, p. 216). No en vano el art. 44.4 ET, si atendemos a su tenor literal y a la falta de consideraciones limitativas en ese sentido, establece una excepción a la regla general del art. 44.1 ET que posibilitaría finalmente la disposición de los derechos ya causados, y por tanto consolidados, con ocasión de la vigencia del convenio colectivo de la empresa cedente. Pero, ¿hasta qué punto es totalmente cierto esto?. Dos son a estos efectos los aspectos que vamos a considerar: uno relacionado con lo que son las mejora directas de las prestaciones que se asumen y gestionan por la empresa con cargo a su patrimonio[2]; el otro referente a los compromisos por pensiones externalizados en aplicación de la legislación vigente.

---

[1] R.D.L 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[2] Téngase en cuenta que la DA 1ª TRLPFP no obliga a externalizar toda mejora directa, quedando por tanto al margen supuestos como el de la indemnización que se prevé con ocasión por ejemplo de una incapacidad permanente parcial, o el complemento por incapacidad temporal que pretende garantizar una mínima capacidad adquisitiva del trabajador. Igualmente, ha de recordarse que la DT 4ª TRLPFP contempla excepcionalmente la exclusión de la obligación de externalizar los compromisos por pensiones en relación con entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores, siempre que dichos compromisos se hubieran producido con anterioridad al 10 de Mayo de 1996. Por su parte, el art. 5.2 R.D. 1588/1999, asumiendo una postura que ha sido muy criticada, excluyó de la obligación de externalización a la Administración Pública. Igualmente, el art. 7.3 del citado R.D. excluye del concepto "compromisos por pensiones" todo aquéllos "*compromisos de las empresas con sus trabajadores o beneficiarios vinculados a las contingencias previstas que no sean dinerarios*".

2. LAS MEJORAS DIRECTAS DE LAS PRESTACIONES QUE SE ASUMEN Y GESTIONAN POR LA EMPRESA CON CARGO A SU PATRIMONIO

Hay que recordar que el art. 192.2 TRLGSS[3] establece en relación con las mejoras directas de prestaciones que cuando se haya generado el derecho a la mejora de la prestación periódica "*ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento*". El tenor preciso del precepto puede hacernos pensar que en esta materia la excepción a la regla general en materia de sucesión empresarial planteada por el art. 44.4 ET no tiene razón de ser, como no sea que al concederse la mejora directa se hubiera previsto expresamente esta posibilidad. Sin embargo, hay que recordar que para el TS el art. 192.2 TRLGSS no otra cosa viene a determinar que la necesidad de que la modificación o supresión se produzca "*mediante un instrumento equivalente al de su implantación*" [STS (Sala 4ª) de 17 de Enero de 1996][4], circunstancia que entendemos concurre en el caso del art. 44.4 ET, donde lo que se propone es la disposición por una manifestación de la autonomía colectiva que goza del favor legal – acuerdo de empresa – de lo dispuesto en otra manifestación negocial que tiene el mismo carácter – el convenio colectivo del Título III ET –.

Salvada esta objeción el asunto de mayor calado en relación con estas mejoras directas tal vez sea la disposición de aquéllos derechos de los que son titulares trabajadores jubilados y pensionistas, y sobre el que la doctrina científica, o al menos un sector de la misma y la jurisprudencia, mantienen un significativo desencuentro.

Así, en el caso de la doctrina científica se viene afirmando que la disposición de los derechos en la sucesión convencional sólo puede afectar a los trabajadores que continúen estando sometidos a la norma colectiva (MONEREO PÉREZ, 1999, p. 216), pues los que no estén en tal situación no se encontrarían representados por la negociación sucesiva que ha tenido lugar, no comparten el interés general subyacente a todo proceso negociador, aparte de suponer una vulneración de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) que no permiten la alteración de forma significativa o la supresión de un derecho de carácter permanente surgido de una norma convencional (GONZÁLEZ ORTEGA, 1995, p. 117). De hecho, se habla de la existencia en este caso de "*derechos introducidos de forma irreversible en el pa-*

---

[3] R.D.L. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[4] Vid asimismo, STS (Sala 4ª) 10 de febrero de 2005 (r.c.ud. 806/2004); STS (Sala 4ª) 22 de diciembre de 2005 (r.c.ud. 5018/2004).

trimonio del trabajador individual que ya no está en activo" (LÓPEZ CUMBRE, 1998, p. 519). No obstante, en alguna ocasión se llega a admitir que el convenio colectivo cambie algunas reglas de tipo accesorio que pudieran serles de aplicación a sus titulares al regular la dinámica de los derechos, si bien a continuación se suele recalcar que sin embargo "*no pueden suprimirlos o modificarlos de tal manera que se vean afectados sus rasgos básicos*" (GONZÁLEZ ORTEGA, 1994, p. 363).

Para el TS sin embargo, los sindicatos que negocian los convenios colectivos, al ostentar la representación institucional de los intereses generales de los trabajadores "*cuando estos negociaron el convenio, estaban representando a todos los trabajadores presentes y futuros y activos y pasivos*" [STS (Sala 4ª) de 26 de Julio de 1995[5]], motivo por el que el convenio resulta aplicable también, bien es verdad que en sus justos términos, a los trabajadores que ya no están en activo (vid. art. 6.1 RICP[6]). Cuestión que hay que conectar con la afirmación realizada también en está sede judicial en el sentido de que el convenio colectivo, respecto de las mejoras voluntarias, "*no se limita a establecerlas o crearlas, sino que también puede modificarlas, o incluso reducirlas o suprimirlas*", pues no en vano "*la capacidad representativa de los sindicatos que negocian el convenio se extiende a los pensionistas*" [STS (Sala 4ª) de 20 de Diciembre de 1996[7]].

Claro que la afirmación de la capacidad representativa de los sindicatos en relación con los pensionistas no es el único factor a considerar en todo este asunto. En primer lugar porque para que se pueda producir la disposición de tales derechos entendemos necesario que se posibilite la defensa jurídica de los colectivos de trabajadores afectados por la mencionada disposición, pues lo contrario podría dar lugar a una situación de indefensión. La doctrina científica en algún caso ha apuntado como una posible vía procesal la regulada por los arts. 161 y ss LPL (GALA DURÁN, 1992, p. 250), si bien hemos de recordar que en este punto no resulta pacífico el que los acuerdos de empresa puedan impugnarse por el procedimiento previsto para la impugnación de los convenios colectivos. Pero en segundo lugar, habrá que plantearse efectivamente hasta qué punto la disposición de los derechos consolidados no atenta al principio de irretroactividad, o a la propia seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en opinión reseñada anteriormente.

En el caso del principio de irretroactividad se ha de señalar que el mismo se afirma respecto de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de "*derechos individuales*". Este término se ha considerado por el TC (STC 27/1981) que "*no puede confundirse con el "ius quaesitum"*", pues no comprende cuales-

---

[5] Ar. 6722. Vid. asimismo, STS (Sala 4ª) 9 febrero de 1999 (r. c. 1394/1998).

[6] R.D. 1588/1999, de 15 de octubre, Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios.

[7] Ar. 9812.

quiera derechos adquiridos, considerándose por el contrario que "*– en todo o en parte – alude a los derechos fundamentales del Título I" de la CE*", si bien si nos atenemos a la aplicación efectiva realizada por el Alto Tribunal abarcaría también derechos que no tienen la consideración de fundamentales en sentido estricto (Sección 1ª Capítulo II Título I CE) (LÓPEZ MENUDO, 1991, p. 486 y ss), lo que en algún caso ha llevado a concluir que la expresión se ha de identificar "*con los derechos o situaciones subjetivos*" de forma que en el ámbito laboral comprendería "*al menos los derechos que en el ámbito del contrato individual de trabajo pertenecen al trabajador*" (GONZÁLEZ VELASCO, 1986, p. 42–43).

En cuanto al propio concepto de retroactividad recordemos que el TC desde un principio optó por asumir una concepción formal del mismo que finalmente, tras algunas vacilaciones (STC 8/1982; 6/1983 – tesis de las situaciones jurídicas objetivas –), se tradujo en la asunción de la doctrina que conocemos como de la "*eficacia inmediata"* y que en definitiva supone considerar que "*lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir*" (STC 42/1986).

Este planteamiento, sin embargo, no puede ser ajeno a la apreciación desde tiempo atrás de distintos grados de retroactividad. En nuestro caso, quisiéramos llamar la atención sobre la distinción que el TC (STC 197/1992) hace entre "*retroactividad auténtica*" y "*retroactividad impropia*". Así, el Alto Tribunal ha afirmado en alguna ocasión que "*en el contexto de la seguridad jurídica, resulta relevante distinguir entre una retroactividad auténtica, donde la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo cualificadas excepciones podrían oponerse a tal principio, y otra retroactividad impropia, donde la licitud o ilicitud de la medida retroactiva dependería de una ponderación de bienes que tuviese en cuenta ciertamente la seguridad jurídica, pero también las circunstancias del supuesto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, etc.; habría retroactividad auténtica cuando se pretendiesen anudar efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la Ley y ya consumadas, mientras existiría una retroactividad impropia, cuando se afectasen situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas*".

El análisis del fundamento jurídico citado permite apreciar cómo para el Alto Tribunal la prohibición de retroactividad debe venir referida, salvo contadas excepciones que no concreta, a los supuestos de retroactividad auténtica. De tal manera que sólo cuando estuviéramos ante situaciones cuyos efectos jurídicos no se hubieran realizado, aunque hubieran surgido las mismas con ocasión de la norma anterior, es cuando cabe plantearse la no operatividad de la mencionada prohibición, pues lo contrario puede llevar, como en algún caso ha señalado esta sede judicial, a que el principio de irretroactividad pueda "*presentarse como defensa de una inadmisible petrificación del ordenamiento jurídico*" (STC 99/1987).

Más clarificador si cabe resulta el razonamiento realizado en la STC 199/1990, cuando en un momento determinado se resalta que "*sólo puede afirmarse que la norma es retroactiva, a efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad. Por lo que procede excluir la presencia de efectos retroactivos constitucionalmente prohibidos en el presente caso, en cuanto que no se ven afectados los derechos consolidados a la prestación ni se priva a los beneficiarios de las prestaciones devengadas, proyectándose los efectos de la norma sólo en relación a situaciones futuras*". En definitiva, para el TC sólo los derechos consolidados, que no las expectativas de derecho[8], se sitúan bajo el manto "protector" del principio de irretroactividad *ex* art. 9.3 CE[9].

Pero, ¿cuándo un derecho puede considerarse consolidado?. El TC no ha definido con precisión qué se entiende por tal y a partir de qué momento podemos considerar que nos encontramos ante un derecho de tal naturaleza. Lo que no quita para que en algún caso haya deslizado algunas consideraciones al respecto, y que entendemos no exentas de interés, como cuando en la STC 129/1987 se afirmaba que la prohibición de retroactividad "*sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reitera la doctrina del Tribunal Supremo*".

Así, el Alto Tribunal parece identificar los derechos consolidados con los derechos subjetivos. Sin embargo, de las palabras del mismo puede también deducirse que no todo derecho subjetivo resulta digno de protección desde la perspectiva del principio de irretroactividad pues sólo los integrados en el patrimonio del sujeto, y efectivamente disfrutados por el individuo y en la medida en que se haya producido dicho disfrute, parecen amparados. De forma que los derechos pendientes de realización, de ejecución futura o condicionada, o simplemente las meras expectativas de derecho –en cuanto situación en que el individuo aspira a ser titular de un dere-

---

[8] Expectativa de derecho, que no derecho consolidado, aprecia una y otra vez el TS en todos aquellos casos en que, por ejemplo, se prevee por convenio que el trabajador alcance un determinado beneficio (normalmente un complemento de jubilación constituido como fondo de pensión de la empresa) si el mismo se encontrara al servicio de la empresa al alcanzar la edad de jubilación, cosa que no ocurría al haber sido despido el trabajador poco tiempo antes de forma improcedente [STS (Sala 4ª) 3 de noviembre de 2004 (r.c.ud. 5275/2003); STS (Sala 4ª) 23 julio de 2004 (r.c.ud. 4200/2003); STS (Sala 4ª) 5 mayo de 2003 (r.c.ud. 3495/2002)].

[9] Resulta ilustrativa la argumentación de la STS (Sala 4ª) de 14 de octubre de 2003 (r.c. 98/2002) en el sentido de recordar que, como ha declarado el TC en su Sentencia 108/1986, "*no son expropiables ni indemnizables las privaciones de bienes y derechos o, incluso, intereses patrimoniales legítimos "aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas"; por consiguiente, en la medida en que no existe un derecho adquirido, de lo que se trata es de una expectativa, con las consecuencias y el alcance que ello presupone*".

cho en el futuro si bien a día de hoy no lo es por faltar la concurrencia de algún requisito para su configuración plena – , se encontrarían ajenos al mencionado principio constitucional y por tanto resultaría susceptibles de ser afectados retroactivamente en todo caso.

Es por tanto en los casos de retroactividad máxima – pretensión de que la norma incida sobre efectos jurídicos ya consumados y atenientes a situaciones jurídicas surgidas con anterioridad al surgimiento de la mencionada norma – cuando operará el principio de irretroactividad en el sentido del art. 9.3 CE (GARCÍA TREVIJANO, 1995, p.1007). Esta planteamiento explica precisamente ciertas consideraciones del TC, como la realizada en la STC 97/1990, cuando afirma que "*no puede hablarse así de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas*".

La disposición de auténticos derechos subjetivos en cuanto a las prestaciones futuras que pudieran deparar puede resultar un tanto chocante si tenemos en cuenta que precisamente uno de los elementos que caracteriza a todo derecho subjetivo es la concesión por el ordenamiento jurídico de una situación de poder caracterizada entre otras cosas por la circunstancia de que el manejo y ejercicio del derecho queda a discreción de su titular (LACRUZ BERDEJO, 1999, p. 74). Sin embargo, ante esta objeción entendemos necesario tener en cuenta dos consideraciones:

En primer lugar, que los derechos no se encuentren protegidos hacia el futuro por el principio de irretroactividad no significa que tales derechos no sean merecedores de una protección de otra naturaleza (GARCÍA TREVIJANO, 1995, p. 1008).

En segundo lugar, como en algún caso se ha recordado, no podemos olvidar que nuestro ordenamiento admite un cierto grado de retroactividad (DÍAZ AZNARTE, 2002, p. 121). Así, por ejemplo, no estará demás recordar cómo precisamente el Código Civil en su Exposición de Motivos (Real Orden de 29 de julio de 1889) recoge cómo "*si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no se hayan ejercitado, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código*", y por tanto se sujeten a la nueva norma. En este sentido, la doctrina civilista ha propugnado que "*los derechos cuyo ejercicio es duradero quedan fundamentalmente sometidos a las nuevas disposiciones*" (DE CASTRO Y BRAVO, 1949, p. 667).

Ahora bien, entendemos que la disposición de los derechos reconocidos en convenio colectivo si se quieren hacer las cosas con una cierta racionalidad debería de poder producirse en un contexto donde el interés colectivo así lo aconsejara, y este interés constituyera parte fundamental de la motivación de la mencionada disposición. Este planteamiento ha sido expuesto ya con anterioridad por la doctrina

laboralista (GONZÁLEZ ORTEGA, 1995, p. 117) y en algún caso asumido por el propio TC (STC 58/195). Sin embargo, lo cierto es que si nos atenemos al tenor literal del art. 44 ET en ningún caso aparece consideración expresa alguna en relación con que la disposición de los derechos consolidados sólo pueda producirse cuando el interés colectivo así lo aconseje. Tal vez porque el legislador presume que si el acuerdo colectivo de empresa se ha producido existe una motivación colectiva que justifica la disposición de tales derechos.

La no vigencia por tanto del principio de irreversibilidad (GONZÁLEZ ORTEGA, 1995, p. 112; en contra GALA DURÁN, 1992, p. 246)[10] es una realidad hoy día a la que, lógicamente, el art. 44.4 ET no es ajeno, de ahí que ampare la disposición de derechos consolidados que tienen su origen en mejoras directas[11]. Otra cosa es que esa disposición esté justificada por un efectivo interés colectivo, y que no sea el resultado de las habituales contrapartidas propias de todo proceso negociador. Siempre es más fácil, sobre todo si se trata de derechos de trabajadores jubilados y pensionistas, con los que no se tiene contacto, ceder en la defensa de sus intereses a cambio de otras contraprestaciones de mayor interés para los trabajadores activos.

3. LA EXTERNALIZACIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES

3.1. Los planes de pensiones: especial consideración del plan de pensiones del sistema empleo

En el caso del plan de pensiones, hay que comenzar considerando que los partícipes del plan son sujetos no sólo de expectativas de derecho, sino también de derechos en sentido propio que merecen ser respetados (SENRA BIEDMA y LUQUE PARRA, 2002, p. 21), incluso con ocasión de la transmisión empresa-

---

[10] De manera bastante contundente, véase STS (Sala 4ª) 8 de abril de 2005 (r.c.ud. 1859/2003); STS (Sala 4ª) 30 de marzo de 2006 (r.c.ud. 902/2005); STS (Sala 4ª) 16 noviembre de 2006 (r.c.ud. 2352/2005).

[11] Como recuerda la STS (Sala 4ª) de 16 de julio de 2003 (r.c.ud. 862/2002), tras la reforma laboral de 1994, y la consiguiente introducción de número 4 en el art. 82 ET, el legislador opta por una potenciación de la libertad de negociar "*a cuyo fin dispone que pierden eficacia los pactos y compromisos adquiridos en convenios colectivos anteriores sin hacer distingos con respecto a la naturaleza o a las características de los derechos afectados, y esto es así por cuanto el Congreso de los Diputados rechazó una enmienda* (…) *que pretendía introducir en el número 4 del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores un inciso final del siguiente tenor: "Sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición*".

rial[12]. Qué ocurrirá con estos derechos una vez que se decide la preclusión antes de tiempo del convenio colectivo de la empresa cedente constituye la gran pregunta en este caso. En este sentido, puede constituir un buen punto de partida analizar las posibilidades que puede tener el trabajador de continuar como partícipe del plan de pensiones. Vaya por delante que nuestras consideraciones tienen por objeto a la modalidad del plan de pensiones del sistema empleo, por ser ésta aquélla en que el vínculo laboral entre partícipe y promotor tiene un carácter fundamental, además de tener un marcado carácter colectivo – no en vano va dirigido a una colectividad –, y configurarse en la práctica la autonomía colectiva como fuente de creación del plan, expuesto por tanto a la interacción de posteriores procesos negociales.

Capital importancia reviste en este caso lo establecido por el art. 5.4 f) TRLPFP[13] en el sentido de que no será causa de terminación del plan de pensiones, salvo pacto en contrario, "*la disolución del promotor por fusión o cesión global del patrimonio, subrogándose la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor del plan de pensiones*". Como puede observarse, el tenor legal – en línea con lo dispuesto por el art. 44.1 ET – establece la subrogación del empresario cesionario en la condición de promotor del plan de pensiones, lo que conlleva un compromiso de seguir soportando dicho plan en el futuro. Sin embargo, conviene resaltar que dicha subrogación no va a tener lugar en todo caso. Asimismo, este pacto puede tener lugar, a falta de una previsión expresa que lo limite en el tiempo, tanto antes de la transmisión empresarial como con posterioridad a la misma. En el primer caso cabe que se trate de una estipulación que integre el propio plan, sin embargo en el segundo caso estaremos ante un acuerdo *ex post* que podrá tener lugar tanto en el seno de la comisión de control del plan como fuera del mismo[14]. De todas formas, se ha de resaltar que el acuerdo en este caso tendrá un

---

[12] Entre ellos pueden destacarse: a) El derecho a la cuota parte que corresponde al partícipe en los planes de aportación definida (aquellos "*en los que el objeto definido es la cuantía de las contribuciones de los promotores y, en su caso, de los partícipes del plan*" (art. 4.2 b) TRLPFP)), así como la reserva que le corresponda conforme al sistema actuarial utilizado en el caso de los planes de prestación definida (aquéllos en los que "*se define como objeto la cuantía de las prestaciones a percibir por los beneficiarios*" (art. 4.2 b) TRLPFP)) (art. 8.7 TRLPFP) y que se califican expresamente por la ley como "*derechos consolidados*". b) El derecho a permanecer como partícipe en suspenso tras la extinción del contrato de trabajo (art. 2.2 del R.D. 1307/1988). c) El derecho de rescate de sus derechos consolidados en determinados supuestos previstos legalmente (art. 8.8 párrafo 1º TRLPFP). d) El derecho a movilizar las aportaciones consolidadas a otro plan de pensiones (art. 8.8 párrafos 2º, 3º, y 4º TRLPFP).

[13] R.D.L. 1/2002, de 29 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

[14] No obstante, recuérdese que conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 párrafo 3º del RICP, la obligación por parte de la comisión de modificar las especificaciones del plan y trasladar los términos de un acuerdo colectivo celebrado fuera del mencionado órgano de control sólo será efectiva si así se previera expresamente en el propio plan. Fórmula legislativa que entendemos induce la celebración de cualquier acuerdo susceptible de afectar a las especificaciones del plan en el seno de la mencionada comisión de control.

carácter colectivo, como corresponde al propio proceso de formación del plan de pensiones del sistema empleo y como así explicita por otra parte el art. 3.1 párrafo 3º RICP, cuando otorga relevancia jurídica a la modificaciones de especificaciones "*acordadas mediante acuerdo colectivo de eficacia general*".

La consideración cronológica de los distintos momentos en que resulta posible la negociación de un acuerdo colectivo *ex* art. 44.4 párrafo 1º ET y *ex* art. 5.4 f) TRLPFP, permite aventurar que la disposición *ante tempus* del convenio colectivo de la empresa cedente podrá coincidir en el tiempo con el pacto por el que se acuerda que el empresario cesionario no se subroga en la condición de promotor del plan. Sin embargo, dada la naturaleza de la cuestión en juego en el caso del art. 5.4 f) TRLPFP entendemos que en ningún caso podrá considerarse, salvo manifestación expresa, que la disposición *ante tempus* del convenio colectivo de la empresa cedente implica a su vez una voluntad de no subrogarse en la condición de promotor del plan por parte del empresario cesionario, al tratarse de cuestiones de naturaleza distinta.

No obstante lo dicho, convendrá tener en cuenta que el acuerdo de no subrogación es un acuerdo que en su efectividad se va a encontrar condicionado pese a todo por las previsiones del propio plan. En este sentido recuérdese que una de las especificaciones obligatorias del plan de pensiones consiste precisamente en la determinación de las causas de terminación del plan y las normas para su liquidación (art. 6.1 j) TRLPFP). Por tanto, al procedimiento establecido en el mismo en cuanto a la forma de liquidar el plan habrá que estar, si bien se ha de insistir en la circunstancia de que, en atención a la normativa vigente y que se contiene en el TRLPFP, entendemos que una de las causas de terminación del plan, y de consignación obligatoria además, será precisamente el caso en el que se pacte la no subrogación en relación con dicho plan de pensiones.

De todas formas, se ha de resaltar que la autonomía colectiva en estos casos registra un límite legal significativo en lo que es su margen de maniobra al establecer el párrafo 2º de la letra g) del art. 5.4 LPFP con carácter general que, en la liquidación de los planes de pensiones, si bien hay que estar a las especificaciones del plan al respecto, "*en todo caso, se deberá respetar la garantía individualizada de las prestaciones causadas y prever la integración de los derechos consolidados de los partícipes, y en su caso, de los derechos derivados de las prestaciones causadas que permanezcan en el plan, en otros planes de pensiones*", de manera que "*en los planes del sistema empleo la integración de derechos consolidados de los partícipes se hará, en su caso, necesariamente en el plan o planes del sistema de empleo en los que los partícipes puedan ostentar tal condición*". En nuestro caso, por tanto, la norma obligaría a integrar dichos derechos consolidados en el plan del que fuera promotor la empresa cesionaria, siempre que éste exista, pues caso contrario parece claro que dicha empresa no estaría obligada a promover un plan *ex profeso*.

Ahora bien, cuando se analiza el art. 5.4 f) TRLPFP surge la duda de que ocurrirá si lo que se transmite es sólo un centro de trabajo o una unidad productiva au-

tónoma, pues en ningún caso la norma manifiesta que el empresario cesionario deba de subrogarse en la condición de promotor cuando se produzca una cesión parcial del patrimonio empresarial (en contra, FERNÁNDEZ BERNAT, 2007, p. 788). En estos casos, y ante el silencio significativo de la ley, y valorando en todos sus extremos el régimen legal de los planes y fondos de pensiones, entendemos que no existirá posibilidad de que el empresario cedente pase a constituirse en promotor del plan de pensiones, de forma que incurriríamos en la situación descrita en el art. 6.2 TRLPFP, que afirma la necesidad de que el plan prevea "*el procedimiento de transferencia de los derechos consolidados correspondientes al partícipe que, por cambio de colectivo laboral o de otra índole, altere su adscripción a un plan de pensiones*", por lo que el trabajador, o bien moviliza sus derechos consolidados, o caso contrario pasa a adquirir la condición de partícipe en suspenso.

Especial interés reviste, por otra parte, la previsión legislativa del apartado 3º del art. 5.4 f) TRLPFP cuando establece la obligatoriedad de integrar en un único plan de pensiones a todos los partícipes, derechos consolidados y beneficiarios en aquellos casos en que una misma entidad, como consecuencia de operaciones societarias, por ejemplo de tipo transmisivo, resultara promotora de varios planes de pensiones del sistema empleo[15]. La norma resulta de gran interés por las consecuencias que puede tener sobre todo en el caso de la fusión de empresas, al obligar a la empresa a proceder al inicio de negociaciones de cara a la constitución de un plan que integre todos los derechos, partícipes y beneficiarios de los distintos planes de los que es promotor. Que duda cabe que la integración en este caso puede resultar de gran complejidad, por eso la previsión del art. 4.1 a) párrafo 6º TRLPFP, en el sentido de admitir la constitución de subplanes, constituye una medida muy recomendable en este caso.

Con todo, existen algunos aspectos en todo este asunto que reclaman una consideración específica. Uno de ellos, por ejemplo, es el caso de las aportaciones realizadas al plan. La consideración como derechos consolidados del partícipe de los derechos económicos derivados de tales aportaciones (art. 22.2 RLPFP[16]), así como la declaración de titularidad de los recursos patrimoniales del plan a favor de los partícipes y beneficiarios – no exigiéndose un periodo de estancia en el plan para la consolidación de derechos como ocurre en otros países –, parece constituir una garantía suficiente en relación con la financiación de los compromisos por pensiones adquiridos. Sin embargo, no está tan claro qué ocurrirá finalmente con las aportaciones no realizadas efectivamente, siendo especialmente polémica la cuestión por lo que respecta a los derechos que se refieren al reconocimiento de servicios pa-

[15] Para ello la vigente norma da un plazo de "*doce meses desde la fecha de efecto de la operación societaria*". Anteriormente a la promulgación del vigente Texto Refundido el plazo legal fijado por la Ley 8/1987 era de seis meses.

[16] R.D. 304/2004,de 20 de febrero, Reglamento de planes y fondos de pensiones.

sados. En este sentido, se ha afirmado en algún caso que las aportaciones no realizadas efectivamente, pese a la obligación legal existente, "*no podrán sumarse a los derechos consolidados en el sentido estrictamente jurídico*" (MONEREO PÉREZ, 1999, p. 221). Una posición similar se ha sostenido por lo que respecta al reconocimiento de servicios pasados, si bien en este caso se niega que estemos ante una mera expectativa de derecho, entendiéndose que existiría "*un derecho pleno de crédito del Fondo y del partícipe frente al promotor*" susceptible de acciones de reclamación, por lo que en definitiva nos encontraríamos ante una "*mera expectativa de derecho consolidado, de tal manera que la debilitación del derecho afecta sólo a su naturaleza de consolidado, no a su dimensión de derecho de crédito, que es pleno e indubitado, frente al promotor*" (GONZÁLEZ ORTEGA, 1992, p. 505).

Parecería por tanto que el trabajador no encuentra garantizada en todos sus extremos su posición jurídica como partícipe en los supuestos de transmisión empresarial. Antes al contrario, ante la no realización efectiva de las aportaciones, y la suscripción por ejemplo de un acuerdo colectivo por el que la empresa cesionaria pactara la preclusión de los compromisos a que hubiera podido llegar la empresa cedente, al trabajador sólo le quedaría perseguir judicialmente la realización efectiva de ese derecho de crédito no materializado.

En segundo lugar, algún comentario merece la incidencia que la externalización puede tener en relación con los trabajadores que ya no se encuentran en activo, y que asisten, por ejemplo, a la fusión de la empresa en la que desarrollaron su vida laboral con otra. Habíamos comentado anteriormente cómo el TS – y también por qué no decirlo el TC en su Sentencias 88, 89 y 90/2001 – había optado, en cierta manera, por asimilar a los jubilados y pensionistas con los trabajadores activos en este terreno, por lo que para el Alto Tribunal resultaba perfectamente verosímil el que los representantes de los trabajadores – de una manera más clara las representaciones sindicales, más discutible las representaciones unitarias – pudieran modificar, reducir, o suprimir, mejoras voluntarias contenidas en el convenio colectivo vigente. La externalización de los compromisos por pensiones, no constituye un límite infranqueable por la capacidad de tales representantes – vista la doctrina del TS y TC – para poder adoptar, por ejemplo, un acuerdo colectivo de empresa *ex* art. 44.4 ET que en la práctica termine alterando – tras promover por ejemplo en tal sentido en el seno de la comisión de control los cambios oportunos en la gestión del plan de pensiones – los compromisos adquiridos tiempo atrás por el empresario cedente en relación con trabajadores que a día de hoy están jubilados o son pensionistas. Sin embargo, en este caso las dudas sobre la pertinencia de esa capacidad (GONZÁLEZ ORTEGA, 1995, p. 117; SUÁREZ CORUJO, 2003, p. 74) cobran mayor fuerza si cabe, aunque sólo sea porque los jubilados y pensionistas difícilmente se van a ver beneficiados de las contrapartidas que en un momento determinado albergue un acuerdo colectivo de estas características, que dibuja un nuevo escenario en relación con derechos y obligaciones de Seguridad Social asumidas por la empresa cesionaria.

3.2. El contrato de seguro colectivo

Como es conocido, establece el art. 1 RICP que los compromisos por pensiones asumidos por las empresas y sus prestaciones causadas podrán instrumentarse, además de mediante la formalización de un plan de pensiones, a través de la contratación de contratos de seguros. Esta opción, que se plantea como alternativa en unos casos, como conjunta en otros, a la promoción de un plan de pensiones, implica en definitiva la suscripción de un contrato de seguro colectivo labobral, seguro que, en principio, no sólo tiene por qué garantizar una suma cuando se produzca una circunstancia referente a la vida humana, sino que también de forma complementaria puede cubrir riesgos propios del ramo de enfermedad y accidente (art. 83 y 100 LCS)[17].

El papel reservado en este caso a los convenios colectivos se concreta básicamente en el establecimiento del correspondiente compromiso de suscripción de un seguro colectivo laboral, y la configuración a grandes rasgos de la mejora que se pretende, si bien se ha de recordar que el art. 27.3 RICP impide "*la mera remisión a convenios colectivos o disposiciones equivalentes para definir las primas, las prestaciones aseguradas o cualquiera de los elementos propios del compromiso integrado en la póliza o reglamento de prestaciones vigente en cada momento*". No obstante, en el presente caso, y a diferencia de lo dispuesto por el RICP (art. 3.1 párrafo 3º) para el caso de los planes de pensiones – de manera que las modificaciones de los compromisos acordadas mediante acuerdo colectivo de eficacia general sólo se trasladan al plan de pensiones si las especificaciones prevén la correspondiente obligación de la comisión de control en ese sentido, y con la fecha de efecto que prevean las mismas, o en su defecto el propio acuerdo colectivo –, se considera que el empresario, tomador del seguro, está obligado a proceder directamente a la adaptación de las condiciones del contrato de seguro colectivo a las modificaciones de los compromisos que se puedan establecer mediante acuerdo colectivo o disposición equivalente (art. 7.1 párrafo 3º RICP) (AGUILERA IZQUIERDO, 2001, p. 178).

Las consideraciones que podrían hacerse en este punto respecto a las posibilidades que registra la negociación colectiva para disponer de los derechos de los trabajadores en relación con el seguro colectivo son de un tenor muy similar a las realizadas en el caso de los planes de pensiones del sistema empleo. Por ello, en este punto, lo que más nos interesa resaltar en estos momentos es que por lo que se refiere a los seguros colectivos laborales, la irrupción en el escenario laboral de un acuerdo colectivo *ex* art. 44.4 ET resulta en principio más impactante que en el caso de los planes de pensiones. Y ello porque, como hemos señalado anterior-

[17] Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro.

mente, mientras que en el caso de los planes de pensiones el régimen legal vigente induce en cierta manera a adoptar los acuerdos modificatorios en el seno de la comisión de control, donde la presencia de los representantes de los trabajadores no necesariamente debe reflejar la realidad que en ese momento registre la representación unitaria y sindical en la empresa o empresas afectadas, de forma que un acuerdo colectivo celebrado fuera de dicha comisión puede registrar problemas de cumplimiento pues no se garantiza su asunción por la comisión de control, en el caso del seguro colectivo laboral el acuerdo colectivo resulta directamente vinculante para empresario – tomador del seguro, que estará obligado a impulsar las modificaciones pertinentes en el seguro contratado.

4. UNA REFLEXIÓN ÚLTIMA

Hace poco más de un año el TS, en su enésima Sentencia sobre la existencia de un posible derecho de un trabajador al rescate de un fondo interno de empresa que respaldaba un complemento de pensión de jubilación[18] – lo cual denegó al considerar que sólo existía una expectativa de derecho que se vio frustrada por el despido improcedente el mismo –, recordaba una vez más cómo en la constitución de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social rige el principio de libertad (art. 1255 Cc) – al margen por supuesto del art. 192 TRLGSS –, y cómo precisamente la Ley de Ordenación de Seguros Privados de 1995 modificó la LPFP de 1985 (D.A. 1ª) en aras de prevenir las situaciones de incumplimiento de los compromisos adquiridos en este terreno – al tiempo que adaptar la legislación española a la comunitaria –, estableciendo a partir de entonces que "*los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que si inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos*".

La experiencia práctica nos enseña que, pese a ello, las controversias entorno a las expectativas de derecho en materia de Seguridad Social complementaria, que el trabajador considera como virtuales derechos consolidados, siguen teniendo lugar, en unos casos al producirse preferentemente el despido improcedente del trabajador poco tiempo antes de que el mismo reúna los requisitos necesarios para alcanzar la condición de beneficiario de la mejora, en otros, al alcanzarse un acuerdo o pacto colectivo regresivo que provoca la desaparición de la mejora de la que venían disfrutando jubilados y pensionistas desde tiempo a tras. Una y otra si-

[18] STS (Sala 4ª) 20 febrero de 2007 (r. 3654/2005).

tuación son susceptibles de darse la sucesión empresarial, donde, por su propia dinámica, en ocasiones asistimos en unos casos a reducciones de plantilla justificadas o no (despidos improcedentes), en otros, y por mor precisamente del apartado 4 del art. 44 ET, a la supresión de contenidos del convenio vigentes hasta entonces, entre los que solemos encontrar mejoras de la Seguridad Social de las que venían disfrutando los jubilados.

Evidentemente, y como en algún caso ha señalado el propio TS[19], la instrumentación de tales mejoras mediante la constitución de planes de pensiones externalizados, palia en gran medida situaciones poco razonables, como la señalada que puede vivir el trabajador que después de permanecer durante muchos años en la empresa ve cómo a poco de jubilarse es despedido – en algunos casos y como indica la praxis judicial, de forma improcedentemente –, perdiendo el derecho a beneficiarse de la ansiada mejora, por ejemplo de su jubilación, al prever el régimen de estos planes todo un conjunto de garantías – atribución en exclusiva de la titularidad de los recursos afectos al plan a los partícipes y beneficiarios, aplicación de la técnica de capitalización, regulación de instrumentos como la movilización de derechos o la figura del partícipe en suspenso… – que evitan el que el trabajador despedido en esas circunstancias no tenga derecho a prácticamente nada[20]. Sin embargo, la externalización de los compromisos por pensiones dista de ser la solución definitiva desde la perspectiva de los intereses de los trabajadores, que cuando asisten a un proceso reorganizativo empresarial del calibre de una sucesión empresarial deben ser conscientes de que las garantías sobre la continuidad de los planes de pensiones en vigor no pueden ser absolutas, desde el momento en que el art. 5.4 f) TRLPF contempla, como hemos comentado anteriormente, la posibilidad de que se pacte la no subrogación en la condición de promotor en los casos de disolución del mismo por fusión o cesión glogal del patrimonio, aunque la norma legal siempre apuesta, todo hay que decirlo, por la continuidad de la pervivencia del plan como primera opción, y siempre resultará posible la movilización de los derechos del trabajador en el plan[21].

---

[19] STS (Sala 4ª) 10 mayo de 2004 (r.c.ud. 4344/2003).

[20] En el caso del contrato de seguro colectivo laboral, el derecho de rescate reconocido a los trabajadores asegurados que ven cesada o extinguida su relación laboral, en cuanto derecho de movilidad de los derechos económicos del trabajador en el seguro, también pretende proteger los intereses de éstos, y salvar un resultado que como el TS ha señalado en algún caso "*puede resultar contrario a la equidad*" (STS (Sala 4ª) 10 mayo de 2004).

[21] Lo que no ocurre por ejemplo, sin embargo, cuando el sistema de previsión social de la empresa se configura a partir de un Reglamento que tiene la consideración de convenio colectivo extraestatutario, resultando del todo punto imposible calificar dicho sistema como un plan de pensiones en el sentido del TRLPFP, con las consiguientes consecuencias prácticas, como que los beneficiarios no puedan retirar el capital acumulado en caso de despido improcedente (STS (Sala 4ª) de 11 de febrero de 2004 (r.c.ud. 471/2003)).

Con todo, el principal problema que, a nuestro juicio, sigue sin tener una respuesta totalmente satisfactoria es el que se refiere a la disposición de las mejoras voluntarias que tienen por beneficiarios a jubilados y pensionistas, ya comentado. Lógicamente, la externalización de los compromisos por pensiones protege en medida parecida los intereses de los trabajadores activos y pasivos. Pero aún así, y esto se aprecia analizando algunos de los pleitos que han llegado por ejemplo al TS protagonizados por jubilados, el jubilado continúa teniendo la impresión de que frecuentemente no se le tiene en cuenta en estos procesos negociales de reestructuración empresarial, y que puestos a ceder en una negociación, por ejemplo en el marco del art. 44.4 ET, sus intereses fácilmente decaerán los primeros, aunque sólo sea porque con el paso del tiempo el trato personal entre trabajadores activos y jubilados es cada vez más episódico, cuando no inexistente. En ese sentido, dos medidas podrían paliar en cierta manera esta situación: a) Apostar porque sean las representaciones sindicales las que participen en nombre de los trabajadores en estos procesos negociados de reestructuración, de manera que a través de las organizaciones sindicales los jubilados puedan hacer oir su voz – lo que tampoco es fácil porque en esos procesos a veces las exigencias de los jubilados o la defensa de su estatus se ve más como un problema que como un interés legítimo –; b) Fijando en sede de la negociación colectiva sectorial, por ejemplo, cláusulas que permitan objetivizar procesos negociales como los que pueden darse a partir del art. 44.4 ET, de forma que la sustitución del convenio vigente y la desaparición o modificación de derechos encuentre justificación en razones objetivas y de interés colectivo, que la norma legal no recoge explícitamente.

5. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 2001.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Tomo I, Madrid, 1949 (reimpresión Civitas, 1984).

DÍAZ AZNARTE, M.T.: *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo: (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones del sistema empleo*, Thomson–Aranzadi, Pamplona, 2007.

GARCÍA TREVIJANO, E.: "Los derechos adquiridos de los funcionarios en la Constitución", REDT, núm. 74, 1995.

GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1992.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Planes y fondos de pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico", RL, Tomo I, 1992.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Contenido negocial y sucesión de convenios", en ALARCÓN CARACUEL, M.R., y DEL REY GUANTER, S. (coords.): *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995..

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma de la negociación colectiva", en ALARCÓN CARACUEL, M.R. (coord.): *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ VELASCO, J.: "Irretroactividad de las normas laborales", RT, núm. 84, 1986.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et altre*: *Elementos de Derecho Civil (I). Parte General*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 74.

LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.

LÓPEZ MENUDO, F.: "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional", en MARTÍN–RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los planes de pensiones del sistema empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

MONEREO PÉREZ, J.L.: "El tratamiento de la relación post–contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en VV.AA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, MTAS, Madrid, 1999.

SENRA BIEDMA, R., y LUQUE PARRA, M.: "La movilización y el rescate de las aportaciones consolidadas en un plan y fondo de pensiones", RL, núm. 7, 2002.

SUÁREZ CORUJO, B.: "Límites a la acción de la autonomía colectiva en la modificación de compromisos por pensiones de origen convencional instrumentados a través de contratos de seguro colectivo", RMTAS, núm. 44, 2003.

YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social.. Régimen del seguro colectivo laboral*, Edersa, Madrid, 1995.

BREVES REFLEXIONES EN TORNO A LA VIRTUALIDAD NEGOCIAL DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Amparo Garrigues Giménez
Profesora Titular de Universidad
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón

ÍNDICE

1. Introducción
2. La vis attractiva negociadora del ámbito sectorial en materia de prevención de riesgos laborales
   3.1. Limitaciones legales
   3.2. Materias a negociar y competencia negocial
3. A modo de conclusión

1. INTRODUCCIÓN

El tantas veces aludido carácter tuitivo del Derecho del Trabajo puede percibirse, sin duda, de modo especialmente intenso en lo que se refiere a la regulación

de todas aquellas cuestiones relativas a la seguridad, la higiene, la salud y la prevención de riesgos laborales en el trabajo; no podía ser de otra manera cuando los bienes jurídicos protegidos –y en juego– son tan básicos y de tal envergadura como el bienestar, la salud, la integridad física y la vida misma del trabajador. Es por ello que la normativa heterónoma reguladora de esta materia resulta tan abundante, profusa y exhaustiva, no sólo desde una perspectiva cuantitativa sino, también, desde un punto de vista cualitativo, en la medida que numerosas son, a su vez, las normas de Derecho necesario aplicables en este campo (baste, en este sentido, recordar la imperatividad de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales[1] en lo referente al establecimiento de una cierta organización técnico–preventiva en todas las empresas, con independencia de su tamaño y características, o a las obligaciones empresariales de formar e informar de modo suficiente y adecuado a los trabajadores a su cargo o, por todos, el mismo e incondicionado reconocimiento del derecho de todo trabajador a su protección eficaz en materia preventiva, correlativo al expreso deber empresarial de protección y prevención).

Sin embargo, de acuerdo con el principio de libertad de contenido negocial *ex* arts. 37 de la Constitución y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, CE y ET, respectivamente), la negociación colectiva puede abordar la regulación de la seguridad, higiene, salud y prevención de riesgos laborales, tanto en aquellos casos de silencio de la normativa heterónoma o en los que ésta ha previsto expresamente la intervención de la autonomía colectiva, como en aquellos otros en que la misma no aparece explícitamente contemplada, si bien, en todo caso, *dentro del respeto a las leyes* y, por tanto, a las normas de Derecho necesario, tanto absolutas como relativas –máximos y mínimos–, que sobre la materia existieran.

En efecto, así se desprende del mismo art. 2.2 de la LPRL: *"Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos"*; y es que, como la propia LPRL señala en su art. 1, las *"normas convencionales"* quedan incluidas dentro de la *"normativa sobre prevención de riesgos laborales"*, en la medida que *"contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas*"[2]. Por ello, resulta necesario concluir el carácter negociable de la seguridad, higiene y salud en el trabajo y de la prevención de riesgos laborales –tanto a través de convenios colectivos de ámbito sectorial o inferior, como por medio de los "acuerdos sobre materias concretas" a que hace referencia el art. 83.3 ET–, si bien dicha negociabilidad queda restringida al ámbito de *disponibilidad* marcado, de una parte, por los derechos de la persona (en particular, por los derechos a la vida e integridad física del

[1] En adelante, LPRL.

[2] Sobre el particular, *vid. in extenso*, Quesada Segura, R. (1997): *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia (Tirant lo Blanch).

trabajador –art. 15 de la Constitución–), que actúan, en este sentido, como límite absoluto que proscribe la existencia de cualquier cláusula convencional que ponga en peligro dichos bienes jurídicos; de otra, por la existencia de una serie de normas de Derecho necesario que –como las contenidas en la LPRL–, derivan de la actividad normativa del Estado en materia de seguridad e higiene en el trabajo (*ex* artículo 40.2 de la Constitución) y que actúan, en unos casos, como límite absoluto (piénsese, por ejemplo, en la obligación de evaluar los riesgos, según el artículo 16.1 LPRL), en otros, como límite relativo, estableciendo un *minimum* infranqueable *in peius*, aunque mejorable por la vía del acuerdo (en este caso, *verbi gratia*, el número de delegados de prevención, cuya variabilidad por vía colectiva está expresamente prevista, sin perjuicio de que, en todo caso, la facultad de designación corresponda a los representantes del personal o a los propios trabajadores –art. 35 LPRL–) y, en algunos otros, por último, careciendo en absoluto de carácter limitador y permitiendo una regulación diversa por vía colectiva (tal es el caso de la habilitación expresa contenida en el art. 35.4 LPRL en torno a la libre fijación de los sistemas de designación de los delegados de prevención, e incluso a la configuración de órganos alternativos a ellos).

No es, por todo lo anterior, en absoluto angosto el margen dejado a la negociación colectiva en materia preventiva, a pesar de la existencia de ciertas "normas técnicas", guías, etc. que, previstas en su mayor parte en las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la LPRL, han venido a sentar criterios básicos de actuación en materias básicamente técnico–procedimentales, pero que en absoluto han cerrado la puerta a la concreción de condiciones, en general, más favorables en la materia.

De hecho, y en función no sólo de las características concretas de cada uno de los sectores y de cada empresa dentro de éstos, sino, además, de la relativización y singularización de los riesgos en cada una de ellas, pueden hallarse eventuales campos de operatividad negocial en aspectos tan cruciales como:

A) La organización técnica de la prevención en la empresa. Cuestión, ésta, respecto de la que cabía esperar una cierta concreción del *tiempo y medios precisos*, *suficiencia numérica* y *capacidad necesaria* de los trabajadores designados, en su caso, o del *número suficiente* de los trabajadores designados, así como la formación, el tiempo y los medios materiales de que hayan de disponer –extremos que quedan indeterminados en la LPRL, y cuya determinación, si bien formalmente pospuesta al Reglamento de los Servicios de Prevención, era previsible hubiera de verificarse a través de la negociación colectiva, como, finalmente, diera en reconocer el mismo Reglamento en su DA séptima–; a idéntica conclusión cabe llegar respecto de los *medios personales y materiales* de los servicios de prevención propios, incógnitas que, sólo parcialmente han sido desveladas en el desarrollo reglamentario y que, asimismo, deben ser resueltas por medio del acuerdo colectivo –cfr. asimismo, la DA séptima

del Reglamento de los Servicios de Prevención–; en el mismo sentido, hubiera resultado interesante la acotación –vía negocial sectorial– de los supuestos de constitución de servicios de prevención mancomunados, cuyos criterios aparecen tan laxamente esbozados en el Reglamento de los Servicios de Prevención, en especial, por lo que se refiere a la indeterminación de la necesaria proximidad geográfica de las empresas implicadas, cuando se recurre a esta modalidad en el caso de empresas pertenecientes al mismo sector productivo o al mismo grupo empresarial[3].

En esta materia, además –desde la modificación introducida por la Ley 54/2003, y expresamente pensado para el sector de la construcción–, el primero de los tres supuestos de riesgo cualificado en que el nuevo art. 32.*bis* LPRL requiere la presencia necesaria en el centro de trabajo de los recursos preventivos del empresario: agravación o modificación de los riesgos por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo; resulta conveniente que mediante la negociación colectiva sectorial se concrete la posibilidad de designar *ad hoc* trabajadores que actúen puntualmente como tales recursos preventivos (posibilidad abierta por el mismo art. 32.*bis* LPRL), concreción que ha de pasar, forzosamente, por la determinación de los conocimientos, cualificación y experiencia necesarios para ello, así como el concreto nivel de formación preventiva que hayan de poseer. De la misma manera, el establecimiento de los medios de coordinación y cooperación de los recursos preventivos (sea cual sea la modalidad) de las distintas empresas concurrentes entre sí y con el coordinador de seguridad (DA decimocuarta LPRL).

B) La representación y participación de los trabajadores en materia preventiva. Esencial resulta la determinación por vía colectiva no sólo aspectos tan concretos como el contenido de la formación y los medios "precisos" que el empresario debe dotar a los Delegados de Prevención, sino cuestiones mucho más básicas, como el propio establecimiento de sistemas de representación totalmente distintos al diseñado por la LPRL –el art. 35.4 LPRL sólo exige para dicho propósito que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores, fórmula introducida, seguramente, con la intención de evitar la injerencia empresarial en la designación de los representantes para la salud en el trabajo–, pudiéndose operar tanto sobre el ámbito en el que designar al delegado de prevención –tomando en consideración el total de trabajadores de la empresa en los diferentes centros de trabajo–, como sobre los sujetos que designan (quizá sin atribuir dicha competencia a los representantes generales), sobre sus garantías y prerrogativas (incremento del crédito horario), etc.

---

[3] Al respecto, *vid*. Garrigues Giménez, A. (1997): *La organización de la prevención en la empresa*, Castellón (Universidad Jaume I–Unión de Mutuas).

C) Movilidad funcional y, eventualmente, modificación de condiciones de trabajo que hayan de sufrir los trabajadores pertenecientes a colectivos especialmente sensibles ya por sus características personales o estado biológico conocido, incluidas las trabajadoras embarazadas o lactantes, en tanto en cuanto dichas medidas empresariales, aún justificadas por la existencia de causas organizativas, plantearían problemas de carácter retributivo y de clasificación profesional, de no existir acuerdo o previsión convencional al respecto.

D) En lo relativo a la eventual desobediencia o retraso del trabajador en comenzar su trabajo cuando el empresario incumple su obligación de proveerle de los medios de protección necesarios, y, lo que resulta más importante, los efectos contingentes a dicha desobediencia o mora.

Por si ello fuera poco, en determinados sectores productivos (por ej.: construcción), alguna de estas cuestiones adquieren una singular importancia; en efecto, en ellos se aglutinan circunstancias verdaderamente adversas a la implantación de una cultura preventiva (numerosa mano de obra inexperta y de baja –cuando no inexistente– cualificación, temporalidad de las obras, pequeño o muy pequeño tamaño de las –numerosas– empresas contratistas y subcontratistas e, incluso, gran diversidad cultural e idiomática de los trabajadores empleados, elevada rotación y temporalidad de los mismos…). La concreción reguladora de la negociación colectiva no puede sino considerarse crucial a la hora de determinar los contenidos específicos de algunas de aquellas acciones preventivas; así, por ejemplo, las medidas formativas e informativas[4] de los trabajadores –en general– en materia preventiva, la especificidad en la formación, número, tiempo y medios de los trabajadores designados para la realización de funciones técnicas de prevención, el aseguramiento de la implantación generalizada de órganos de representación específica de los trabajadores, o la articulación de mecanismos coordinados de consulta y participación de los trabajadores o sus representantes en aquellos supuestos –frecuentes– en que trabajadores de varias empresas contratistas desarrollan simultáneamente sus tareas en la misma obra[5].

2. LA *VIS ATTRACTIVA* NEGOCIADORA DEL ÁMBITO SECTORIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El art. 37 de la Constitución española reconoce el derecho a la negociación co-

[4] Cfr. art. 15.1 y 2 R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

[5] Cfr. art. 16.2 R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

lectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, sin concretar más en torno al posible alcance o límites de tal derecho, lo que lo configura de manera bastante holgada desde el punto de vista de su contenido. En efecto, y en consonancia con el texto constitucional, el ET atribuye a los convenios colectivos la facultad de regular las condiciones de trabajo (ver los arts. 82.2 y 85) y, por supuesto, entre ellas, las referidas a la seguridad, higiene y salud en el trabajo.

En ese sentido, la LPRL (art. 1) reconoce expresamente el papel del convenio colectivo como fuente normativa en materia de prevención de riesgos; de acuerdo con ello, a lo largo del texto normativo es fácil encontrar referencias al papel de la negociación colectiva como instancia reguladora de los condiciones de seguridad y salud en el trabajo (de esta manera, los artículos 2, 34 y 35).

De cualquier manera (MELÉNDEZ MORILLO–VELARDE) la virtualidad reguladora de la negociación colectiva no es ilimitada, sino que queda sometida a ciertos límites: de un lado, los límites legales; de otro, los derivados de la materias negociables[6]. Veamos.

2.1. Limitaciones legales

La virtualidad normadora de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales, encuentra dos limitaciones legales básicas.

La primera, derivada del artículo 3 ET que, al enumerar las fuentes del Derecho del Trabajo, sitúa al convenio colectivo tras las normas legales y reglamentarias del Estado, a la vez señala que convenio colectivo habrá de respetar en todo caso " los mínimos de Derecho necesario"; de esta manera se quiere evidenciar la subordinación de la norma colectiva a la heterónoma. Tal subordinación implica que el convenio colectivo debe limitarse cumplir una función de *mejora del contenido de las normas heterónomas*, especificando, completando y desarrollando lo dispuesto por ellas. Sin embargo, ello no obsta la existencia de una auténtica función "creativa" en la acción *normadora* de los convenios colectivos, plasmada, de un lado, en la posibilidad de reenvío de la norma estatal al convenio colectivo y, de otro, en la eventual derogabilidad (en ciertos casos) de la norma estatal por la norma convencional, tanto *in melius* como *in peius*.

La segunda limitación legal que pesa sobre la virtualidad reguladora de los convenios colectivos deriva de las reglas establecidas para los supuestos de concurrencia entre ellos: el art. 84 ET prohíbe, salvo excepciones, que un convenio colectivo posterior en el tiempo y de ámbito inferior, pueda afectar lo dispuesto en

---

[6] *Vid., in extenso*, Meléndez Morillo–Velázquez, L. (2004*): La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Cuadernos Aranzadi social, nº 18, Pamplona (Aranzadi).

un convenio de ámbito superior. De esta manera, el convenio de ámbito superior se convierte en norma que determinante de la regulación de las condiciones de trabajo, evitando un posible "desorden negociador". Dicha imposibilidad de afectación no implica, no obstante, la imposibilidad de negociar sobre las materias correspondientes (entre ellas, las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo), sino, precisamente, la imposibilidad de actuar sobre las "normas mínimas" en dichas materias. Es por ello que las condiciones de seguridad y salud en el trabajo que carezcan del carácter de normas mínimas sí podrán ser objeto de negociación en convenios de ámbito inferior.

De acuerdo con estas premisas, los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (último, AINC 2007 y su prórroga para 2008) han previsto la reserva de determinados aspectos de la materias de seguridad y salud en el trabajo para los convenios colectivos de sector, configurando a los convenios colectivos de ámbito inferior como mero instrumento de regulación *in melius* de los mínimos pactados en el convenio sectorial, y como vía de concreción de ciertas cuestiones preventivas que hayan de atender a referentes más "domésticos".

2.2. Materias a negociar y competencia negocial

La distribución material actual, singularmente en lo que se refiere a la reserva o preferencia del nivel sectorial sobre ciertas materias relativas a la seguridad y salud laborales, viene dada por las previsiones contenidas en el Capítulo VII del AINC 2007 [prorrogado para 2008 por virtud del *Acta de prórroga para el año 2008, del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (ANC 2007)*[7], firmada por CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT] y por las previsiones contenidas en el ANEXO III del Acta de Prórroga [intitulado "Seguridad y salud en el trabajo en la prórroga para el año 2008 del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (capítulo VII del ANC 2007)].

El AINC 2007 y su prórroga prevén que desde el ámbito sectorial se identifiquen los déficits y necesidades en materia de prevención de riesgos laborales, que se definan los objetivos generales y específicos y, eventualmente, que se desarrollen programas de actuación y seguimiento, de cara al fomento de la cultura preventiva y a la aplicación concreta de la normativa, especialmente en las PYME. En este sentido, y por lo que se refiere al Capítulo VII del AINC 2007, se señalan como preocupaciones prioritarias las siguientes:

---

[7] *Resolución de 21 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta de prórroga para el año 2008, del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (ANC 2007) y sus Anexos* (BOE nº 12, de 14/01/2008).

- Establecimiento de *reconocimientos médicos de contenido específico* –por contraposición a los de carácter generalista–. El efecto sobre la salud, derivado de la exposición a riesgos, debe tenerse en cuenta y servir para la revisión, ajuste y corrección de la evaluación de riesgos, y de las condiciones de trabajo;
- Contenido –con carácter orientativo– de la *formación específica según los riesgos propios de cada puesto de trabajo o función*, agrupando así los criterios formativos y el número de horas de formación o, en su caso, de adiestramiento, de manera homogénea por riesgos y puestos de trabajo de cada sector; y con independencia de la formación acorde con los factores de riesgo de cada puesto de trabajo concreto en cada empresa individualmente considerada. Además, la negociación colectiva –preferentemente sectorial– puede concretar el número de horas de formación de los Delegados de Prevención en función de la peligrosidad de la actividad.
- *Delegados de Prevención*:
  - *número de horas de formación*: la negociación colectiva, de cualquier ámbito, pero preferentemente sectorial, puede concretar el número de horas de formación de los Delegados de Prevención en función de la peligrosidad de la actividad;
  - *crédito horario*: es conveniente que la determinación del crédito horario de los Delegados de Prevención se incluya en convenios colectivos de ámbito sectorial;
  - *designación*: respecto a la designación de los Delegados de Prevención, en los ámbitos sectoriales podrá negociarse el establecimiento de procedimientos distintos y alternativos a los previstos legalmente, siempre que se garantice, como prevé la propia LPRL, que la facultad de designación corresponda a los representantes de los trabajadores o a los propios trabajadores;
  - inclusión de *criterios y formas de colaboración* entre los Delegados de Prevención y la dirección de la empresa en aras a la mejora de la acción preventiva, a través de la formación e información para la aplicación, promoción y fomento de la cooperación de los trabajadores en la ejecución de las normas y medidas de prevención y protección de riesgos laborales adoptadas en las empresas.
- Creación de *Comisiones Paritarias* que tengan como fin primordial el análisis, estudio y propuesta de soluciones en materia de prevención de riesgos laborales: su operatividad optimizada pasa por su inclusión en convenios colectivos del ámbito sectorial y territorial más amplio posible.
- Promoción, desarrollo y aplicación del *efectivo cumplimiento de las obligaciones preventivas, tanto de empresarios como de trabajadores*.

- Procedimientos de *información y consulta en materia de elaboración de planes de prevención y de evaluación de riesgos*, con particular inclusión de los riesgos para la reproducción y la maternidad.
- En consonancia con la coordinación de actividades empresariales marcada por el art. 24 de la LPRL y desarrollada por el RD 171/2004, en los convenios sectoriales podrán incluirse disposiciones relativas a los *procedimientos de información y consulta*, tanto sobre los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales como sobre los medios de coordinación establecidos en tales supuestos.
- *Procedimientos para analizar la incidencia y efectos* –tanto individuales como colectivos– *del alcohol y otros tóxicos* en la salud y en la seguridad de los trabajadores, y adopción de medidas preventivas y de apoyo en el marco de las políticas sociolaborales.
- Debe abordarse, asimismo, la problemática del *estrés como riesgo derivado del trabajo*; la importancia del Acuerdo Europeo sobre Estrés Laboral (suscrito por UNICE, UEAPME, CEEP y la Confederación Europea de Sindicatos) debe ser tenida en cuenta, siendo la negociación colectiva supone el modo óptimo para adaptar su contenido a la realidad española, de forma que sirva para favorecer la mejora de las condiciones de trabajo y el buen funcionamiento de las empresas.

Por su parte, el Anexo III al Acta de Prórroga establece interesantes y nuevos ámbitos de "intensificación" sobre los que ha de incidir la negociación de nivel sectorial en materia de prevención de riesgos laborales. Tales nuevas previsiones derivan, como el propio Anexo señala, de la *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007–2012*, aprobada en junio de 2007 por la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. En este sentido, reconocida la *Estrategia 2007–2012* como instrumento clave para establecer el marco general de las políticas de prevención de riesgos laborales a corto, medio y largo plazo, en un arco temporal de cinco años, el Acta de prórroga no podía, por menos (tanto por razones cronológicas como sistemáticas y de coherencia material), que incorporar sus líneas maestras como propias –obviamente, en lo atinente a la negociación colectiva–. Y es que las previsiones de la *Estrategia*, que parten de un diagnóstico de situación, identifican una serie de objetivos y señalan unas líneas de actuación, de tal suerte que cualquier actuación en materia de prevención de riesgos laborales a desarrollar por la Administración o por los interlocutores sociales adquiere la necesaria coherencia y racionalidad que le es dable. En la *Estrategia* se establecen lo que ha dado en llamarse "objetivos operativos", comprensivos de las distintas áreas que tienen una incidencia clave en la seguridad y salud de los trabajadores: la política educativa, la organización de la prevención en la empresa, la vigilancia y el cumplimiento de la normativa, la política I+D+I, la implicación de empresarios y trabajadores en la prevención, la necesaria coordinación de las políticas públicas, el refuerzo de las instituciones dedicadas a la prevención de riesgos laborales, etc.

Especial vinculación funcional con la negociación colectiva, y con el papel de las organizaciones empresariales y sindicales, guarda el tercero de estos "objetivos estratégicos": el fortalecimiento del papel de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y de los trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo. Dentro del mismo, a su vez, hemos de llevar a cabo ciertas acotaciones.

Como al respecto señala el Anexo III del Acta de Prórroga para 2008 del AINC 2007, en este capítulo de la *Estrategia* existen tres niveles materiales:

– el primero, en el que se incluyen aquellas cuestiones preventivas cuyo tratamiento corresponde a las organizaciones sindicales y empresariales a través de la negociación colectiva sectorial;
– el segundo, con carácter subsidiario al anterior, donde habrán de ser tratadas otras cuestiones, en el marco del diálogo social tripartito de ámbito territorial (en los foros a tal fin competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas);
– el tercero y último, referido a aquellas otras materias que se encuentran supeditadas en su articulación a una iniciativa de los poderes públicos.

Obviamente, se hará, aquí, referencia al primero de los indicados niveles.

Por lo que hace, en concreto, a los criterios y orientaciones para la negociación colectiva sectorial, la Estrategia señala los siguientes:

- Órganos Paritarios Sectoriales:

a) En cada ámbito sectorial estatal se negociará el establecimiento de un órgano u órganos específicos sectoriales para la promoción de la salud y seguridad en el trabajo de carácter paritario que desarrollarán programas con el objetivo de divulgar e informar de los riesgos profesionales existentes en el sector, así como sobre los derechos y las obligaciones preventivas del empresario y de los trabajadores, y la promoción de actuaciones preventivas. Tales órganos paritarios deberán quedar integrados por personas con formación específica sobre el sector y capacidad técnica adecuada en materia preventiva. Los contenidos concretos de los programas y actuaciones deberán ser determinados de manera expresa y recogidos en el convenio colectivo de aplicación.

b) El ámbito de actuación de estos órganos y programas será el de empresas cuyas plantillas se sitúen entre 6 y 50 trabajadores y carezcan de representación de los trabajadores. Se aplicarán criterios de prioridad tales como tasas de siniestralidad, mayores dificultades para la acción preventiva, u otros criterios objetivos que por acuerdo se estimen convenientes. Las actividades o tareas a desarrollar no deberán interferir, lógicamente, en las actuaciones de gestión técnico–preventiva de los Servicios de Prevención (propios o ajenos), ni en las de otras entidades preventivas que presten apoyo a las empresas.

c) La realización de visitas a las empresas será planificada bajo el principio de paridad. Deberán ser previamente comunicadas por el órgano paritario y aceptadas por aquéllas. La realización de las mismas se efectuará de manera conjunta o por cada una de las partes, a consideración del órganos paritario.

Dichas visitas se llevarán a cabo por personas especializadas con formación específica sobre el sector y capacidad técnica adecuada en materia preventiva, y cuya denominación concreta, bajo fórmulas tales como agentes sectoriales de prevención u otras similares, permita identificarlos como instrumentos para la consecución de los objetivos acordados en los programas o en la negociación colectiva de referencia.

Los resultados e informes sobre dichas actuaciones se trasladarán a la empresa y al órgano específico sectorial correspondiente.

Las actuaciones e informes estarán sometidos al principio de confidencialidad y sigilo establecido en el artículo 37.3 de la LPRL.

d) La negociación colectiva acordará la vigencia de los programas de actuación que se lleven a cabo. El órgano específico sectorial realizará una evaluación anual para analizar los efectos preventivos de los programas, que someterá a las organizaciones firmantes del Convenio Colectivo o Acuerdo Sectorial. Éstas concretarán, en el marco de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, los requisitos para acceder a la convocatoria de ayudas para estos programas, de forma que puedan acogerse tanto los convenios colectivos vigentes como aquéllos que sean objeto de revisión o bien incorporen tales fórmulas.

- Asimismo, la negociación colectiva promoverá la implicación de los trabajadores en el cumplimiento responsable de sus obligaciones preventivas, de manera que:

a) Se fortalezca el compromiso del trabajador con el cumplimiento del plan de prevención de riesgos laborales de la empresa, las actividades preventivas que se desarrollan en la empresa y con sus propias obligaciones preventivas.

b) Se precisen las competencias de los Delegados de Prevención y de los Comités de Seguridad y Salud para promover de forma activa el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de los trabajadores.

c) Se establezcan pautas para la concreción en los convenios colectivos del cuadro básico de incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores fijado en el Estatuto de los Trabajadores.

- Ha de señalarse, asimismo, la importancia de un eventual impacto negocial en las acciones dirigidas a estimular la implicación de los representantes de los trabajadores en la organización y desarrollo de la

prevención de los riesgos laborales en la empresa, en las cuestiones relacionadas con la modalidad organizativa preventiva de la empresa, y en su caso, de la gestión realizada por el servicio de prevención ajeno. Y es que, en este sentido, se prevé que la renovación del concierto del Servicio de Prevención ajeno se negocie y, en su caso, se acuerde, en el seno del Comité de Seguridad y Salud; en caso de desacuerdo, se prevé que el empresario presente un informe motivando su decisión. En función de su viabilidad jurídica, se podrá acudir de mutuo acuerdo a órganos de solución extrajudicial de conflictos.

La negociación en materia de órganos técnicos de prevención se verá reconocida y, en su caso, "premiada", previéndose que, cuando bien la modalidad de organización preventiva de la empresa (designación de trabajadores, constitución de un Servicio de Prevención Propio, concierto con un Servicio de Prevención Externo), bien la elección del Servicio de Prevención Ajeno, fueran acordadas en el Comité de Seguridad y Salud, las empresas en que así se dé serán tenidas en cuenta en los programas de incentivación económica a que se refiere el art. 5.3 LPRL; además, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá incluir a estas empresas, –con entre 50 y 500 trabajadores; 250, si se trata de empresas que desarrollen actividades del Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención), en los eventuales programas que puedan seguir al proyecto PREVEA. También está prevista la ampliación del plazo legal de realización de la auditoría externa del sistema de prevención en las empresas que tengan esa obligación legal.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Amplio ha sido, desde la aprobación de la LPRL, el ámbito material susceptible de concreción negocial; en unos casos, para optimizar la regulación, adaptando las previsiones legales y/o reglamentarias a las características y necesidades de las relaciones laborales de los concretos sectores preventivos; en otros, por necesaria determinación de algunas cuestiones expresa y deliberadamente deferidas al ámbito de la autonomía colectiva, en aras a un tratamiento flexible, asimismo adecuado a las necesidades singulares de la empresa –en su caso– o sector. Sin embargo, desde el marco negocial establecido en el AINC 2005, reafirmado por su edición de 2007, y reforzado, en cuando su intensidad y profundidad, por la *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007–2012* (incorporada como Anexo III al Acta de prórroga a 2008), amén de ciertas materias esenciales (formación, operatividad de las estructuras de representación y participación, efectividad de la vigilancia de la salud de índole preventiva, cumplimiento cierto de las obligaciones preventivas por todos los sujetos implicados, etc.) y, no por ello, convenientemente atendidas en los convenios colectivos, se acometen, ahora, cuestiones íntimamente ligadas

con la *integración de la prevención*. Integración que, sin duda, y a tenor de la insistencia, tanto del legislador como de los interlocutores sociales, sigue siendo uno de los puntos débiles de las políticas preventivas de las empresas. En esta clave integradora han de entenderse, en mi opinión, las funciones inspectoras a desarrollar por los Órganos Paritarios Sectoriales, especialmente, a través de las visitas a las PYME; la –definitiva– concreción negocial del cuadro básico de incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores; y, muy especialmente, el carácter negociado de la elección de la modalidad organizativa preventiva de la empresa, y la participación de los Delegados de Prevención en el control de eficacia de la gestión realizada por el Servicio de Prevención Externo (lo que queda de manifiesto en la previsión de incentivos y demás medidas "premiales" que tratan de estimular la negociación de estas materias).

LOS NUEVOS CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO: CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA "ESTRATEGIA GLOBAL DE ACCIÓN PARA EL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD 2008-2012"

David Moreno Mendoza
Programa Nacional FPU del Ministerio de Ciencias e Innovación Unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

ÍNDICE

1. El contenido actual de la negociación colectiva aplicable en centros especiales de empleo: aspectos críticos
2. Las nuevas políticas de empleo para las personas con discapacidad y su significación para la negociación colectiva en centros especiales de empleo

1. EL CONTENIDO ACTUAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA APLICABLE EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO: ASPECTOS CRÍTICOS

En el presente apartado se comentan las materias socio–laborales de mayor novedad que han sido objeto de tratamiento negocial y que han recibido su consagración en convenios colectivos de nivel sectorial estatal y autonómico y en el ámbito empresarial aplicables a las relaciones laborales de las personas con discapacidad trabajadoras en centros especiales de empleo (CEE) al amparo del Real Decreto 1368/1985 que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los CEE (RDRLEM). Por la limitación de espacio que debe respetar la comunicación, no se analizaran todas las cuestiones sobre el contenido de la negociación colectiva en CEE, sino que únicamente han sido seleccionadas las materias que ostentan especial trascendencia en relación al cumplimiento de la finalidad político–social y normativa del empleo en CEE. A estos efectos, debe iniciarse comentando que, en materia de «período de adaptación al trabajo» ex art. 10.2 RDRLEM, la negociación colectiva podría especificar las medidas o acciones que deberían adoptarse para facilitar efectivamente la adaptación profesional del trabajador discapacitado para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o para completar la formación necesaria para dicho puesto como contenido necesario del período de adaptación al trabajo siempre que la necesidad de que el trabajador pase por dicho período y sus condiciones sean determinadas por los Equipos Multiprofesionales (EEMM) con carácter previo a su establecimiento en el contrato de trabajo. Por consiguiente, consideramos que la negociación colectiva no debería centrarse únicamente en establecer los límites de duración de dicho período. La negociación colectiva sectorial y de ámbito empresarial se limitan en la mayor parte de los convenios colectivos a especificar la duración máxima de dicho período sin concretar qué actuaciones deberán realizarse para cumplir con el objetivo específico que justifica el establecimiento del período de adaptación comentado. En materia de formación profesional, la negociación colectiva debería prever acciones formativas adaptadas a los trabajadores discapacitados para favorecer su promoción profesional, puesto que es una realidad fáctica que aún existe una falta de ofertas formativas que impiden su promoción[1]. En los convenios colectivos se detecta una reprochable inexistencia generalizada de planes de formación específicos y un limitado cumplimiento del contenido del art. 23.2 TRLET en materia de promoción y formación profesional en el trabajo, puesto que son exiguos los convenios colectivos en los que se pacta

[1] *Vid*. C.S. de CC.OO.: "*Ante la negociación del XIII Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad* ". Consultable en (20/11/2007): http://www3.feccoo.net/bdigital/priv/20071205_priv/pdf/ee_promocionoperarios.pdf

el alcance de estos derechos[2]. Asimismo, resulta patente la absoluta falta de regulación convencional de medidas de acción positiva específicas en las acciones de formación y en materia de promoción profesional que refuercen el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que trabajen en los CEE, máxime considerando que tal materia constituye uno de los instrumentos fundamentales para la cualificación profesional del trabajador discapacitado[3] y para mejorar su empleabilidad, y facilitar su tránsito hacia el mercado ordinario de trabajo. La regulación convencional de la organización del trabajo estaría facultada legalmente para establecer cláusulas en los convenios colectivos que reforzasen la función práctica de los servicios de ajuste personal y social en aras de que efectivamente se presten por el CEE y se consiga así la adaptación socio–laboral que requieren sus trabajadores, especialmente de los que estén afectados de discapacidades más severas, fomentándose su integración en el mercado de trabajo ordinario. En los convenios colectivos se constata la omisión generalizada –salvo algunos que son ejemplares– de previsiones convencionales que concreten los mandatos legales regulando consecuencias prácticas de los principios generales de la organización del trabajo contenidos en el art. 8 RDRLEM. Es criticable que no exista convenio colectivo que establezca «medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua», puesto que se estaría incumpliendo la imperatividad del art. 14.4.f) TRLET, porque, a diferencia de otros apartados, en este precepto, se indica claramente que los convenios colectivos «establecerán» dichas medidas, y su finalidad de favorecer la «progresión y movilidad profesionales» de estos trabajadores. Además, ningún convenio colectivo establece requisito alguno dirigido a prevenir la utilización abusiva de los contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal, tal y como exige el actual redactado del

---

[2] De especial interés resulta el art. 28 del C.C. del CEE "Amanecer, S.L." para los años 2006–2009 (B.O.P. de Cádiz de 3 de octubre de 2006), en virtud del cual se promueve la *"realización del máximo número de cursos de formación para los trabajadores que componen la plantilla"*, pactándose la obligación anual de confeccionar la *"relación de los cursos que se realizarán durante el año para formación de sus trabajadores"*. Además, en dicho art. se reconoce expresamente el respeto al "principio de igualdad de oportunidades" para garantizar el acceso de todos los trabajadores a la realización de "cualquier curso que se celebre". Y, en este sentido, dicho C.C. prevé que *"el personal afectado por el presente convenio que así lo manifieste, realizará los cursos de formación, capacitación profesional o de reciclaje que desee para su mejor adaptación al puesto de trabajo"*. Completándose dicha regulación con la previsión convencional de que *"la empresa concederá permisos retribuidos para la realización de cursos, concurrir a exámenes finales, pruebas de aptitud y evaluación para la obtención de un título académico o profesional, etc."*

[3] *Cfr.* Merino Segovia, A.: «El tratamiento de la discapacidad en la negociación colectiva», en Romero Rodenas, Mª J. (Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*. Ed. Bomarzo. Albacete, 2003, p. 184.

art. 15.5. del TRLET a la negociación colectiva —tras la reforma laboral operada por el art. 12.2 del Real Decreto–Ley 5/2006— por lo que el establecimiento de tales requisitos constituye un reto actual a conseguir por la regulación convencional. Al amparo del art. 37. bis 2 Ley 13/1982 de integración social de las personas con discapacidad (LISMI) podrían pactarse cláusulas convencionales que adopten medidas adecuadas y razonables para permitir a los trabajadores discapacitados «progresar profesionalmente y acceder a la formación», porque así se garantizaría la no discriminación y el acceso a la formación de estos trabajadores que presentan mayor dificultad y vulnerabilidad[4]. En materia de promoción profesional debería tenerse en consideración que la negociación colectiva podría prever mecanismos que garantizasen el mandato consagrado en el art. 46 LISMI con el objetivo de reforzar la «promoción» de los trabajadores discapacitados, coadyuvando así en la función que deberían desarrollar los EEMM, pero sin menoscabo alguno de las competencias que tienen legalmente encomendadas. En virtud del vigente art. 17.4 TRLET resulta factible que los convenios colectivos establezcan medidas de acción positiva[5] que favorezcan el acceso de las mujeres discapacitadas[6] y que regulen reservas y preferencias en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate. Respecto al peculiar permiso para asistir y para participar en acciones de formación profesional consagrado en el art. 13.b) del RDRLEM, debe comentarse que los convenios colectivos únicamente proceden a la cita literal del precepto, sin mejorar v.gr. la duración temporal del mismo. Debe señalase que son muy escasos los convenios colectivos que establecen la obligación de la empresa de facilitar a sus trabajadores la formación necesaria para la adaptación y reciclaje de los mismos tras una implantación tecnológica o modificación del sistema de trabajo"[7]. Significativa re-

---

[4] *Cfr.* Cardona Rubert, B.: «Cláusulas relacionadas con la formación continua», en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.): *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTAS, Madrid, 2005, p. 232.

[5] Albiol Montesinos, I.: «La potenciación legislativa de las medidas de acción positiva en la negociación colectiva», en Albiol Montesinos, I. (Coord.): *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS, Valencia, 2007, pp. 58–59.

[6] El único C.C. de CEE que contempla alguna previsión específica se halla en la disposición adicional primera del C.C. de "Celcoauto, S.L." para los años 2006–2008 (B.O.P. de Ourense de 26 de agosto de 2006) a cuyo amparo se establecen *"derechos de la mujer trabajadora"* para eliminar su discriminación en la condiciones de empleo y trabajo.

[7] Como sí se contiene *v.gr.* en el art. 14.a) del C.C. de la empresa CEE "Riojamín, S.L." para los años 2002–2005 (B.O. de la Rioja de 23 de abril de 2002), el cual además consagra que tal tipo de formación la facilitará "prestando *especial* atención a las *discapacidades de los trabajadores* de la empresa. Con la misma finalidad *vid*. Art. 17.b) del C.C. de la empresa CEE "Manufacturas Nisa, S.L." para los años 2002–2004 (B.O. de la Rioja de 7 de agosto de 2003).

sulta ser la previsión del art. 26 del C.C. del CEE "Serca" para los años 2005–2007[8] en la que se determina que se potenciarán las unidades de apoyo reguladas por el RD 469/2006 para atender a la formación profesional continua en beneficio del centro y de su personal. Por lo que respecta a la promoción profesional cabe resaltar que del análisis de todos los convenios colectivos objeto de estudio únicamente en determinadas previsiones de éstos se establecen unas disposiciones que merecen su valoración tales como las que explicitan que la empresa procurará adoptar una política de promoción profesional con sujeción, en todo caso, al principio de integración socio–profesional del personal discapacitado[9]. Por medio de la negociación colectiva se podría concretar –estableciendo diversas cláusulas convencionales específicas– un sistema organizativo de la prestación del trabajo de personas discapacitadas en los CEE que tuviera como referente que el art. 42.1 LISMI configura «la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores discapacitados» como uno de los objetivos principales de los CEE; siendo un reto negocial el cohonestar la debida prestación de los ajustes laborales indicados con la realización de un trabajo productivo y la participación regular en operaciones de mercado asegurando un empleo remunerado como «medio de integración del mayor número de discapacitados al régimen de trabajo normal». Un reto que debería ser contenido de la negociación colectiva en CEE sería el promover la transición de las personas con discapacidad de los centros ocupacionales (art. 53.1. LISMI) a efectos de que mediante su trabajo prestado en el CEE se desarrolle más efectivamente su «capacidad residual» (art. 41 LISMI) como vía de aplicación real de los «servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social», máxime teniendo en cuenta que la «estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008–2012» (EG) pretende promover la relación entre los centros ocupacionales y los centros especiales de empleo y fomentar la incorporación a éstos de las personas con discapacidad integradas en aquéllos, además de eliminar los desincentivos derivados de los problemas que puedan existir para volver al centro ocupacional en caso de que la incorporación al CEE no sea exitosa. También, resulta esencial comentar que otra idea–fuerza que debería regir la organización del trabajo en el CEE ex art. 6.1.RDRLEM sería que el trabajo que realice el discapacitado en los CEE favorezca su adaptación personal y social; siendo, en todo caso, una máxima jurídico–laboral que debe estar presente en la organización que el trabajo debe adecuarse en todo momento a las características personales y profesionales del trabajador minusválido por imperativo del art. 6.2. RDRLEM. Y, a estos efectos, el art. 8.2. RDRLEM prevé que la organización y los métodos de trabajo que se apliquen en los CEE se asemejen lo

[8] B.O. de Cantabria de 2 de marzo de 2007.

[9] Art. 19.1 del C.C. de la empresa CEE "Azahara Sur, S.L." para los años 2006–2008 (B.O.P. de Córdoba de 22 de mayo de 2006).

más posible a los de la empresa ordinaria, pero «si las condiciones personales y profesionales del trabajador lo permiten». De conformidad con la significación del art. 8 del RDRLEM, determinados convenios colectivos contienen al respecto una serie de "principios sobre la ordenación y organización del trabajo", como v.gr. los contenidos en el art. 9 del C.C. de la empresa CEE "Azahara Sur, S.L." para los años 2006–2008, que consagra que "la ordenación y prestación del trabajo, así como la interpretación y aplicación del presente convenio deberá atender al carácter de CEE y a la prevalencia del interés social y la inserción socio–profesional del discapacitado sobre los estrictamente individuales". Es significativo poner de relieve que son inexistentes los C.C. que como el de la empresa "Disminuidos Físicos de Aragón" para los años 2002–2004 afirmen que su objetivo es el de pretender "profundizar en la normativa vigente al objeto de que los CEE no se conviertan en centros de trabajo de mano de obra barata". Debe destacarse que únicamente en el C.C. del CEE Serca[10] se concreta el mandato del art. 6.2 del RDRLEM puesto que en la definición de categoría de "encargado de área" se establece que "será preocupación permanente la adecuación de los trabajadores al puesto de trabajo desde el prisma de la singularidad derivada de las diversas minusvalías de los trabajadores adscritos a cada área". Además en dicho C.C. se materializa, en cierta medida, la proclamación convencional del favorecer desde el CEE la integración de los trabajadores en empresas del mercado ordinario v.gr. estableciendo en la definición de la categoría del "jefe de área" que procure "incidir en la integración laboral de los minusválidos adscritos al Centro de Empleo". En relación con prestación de servicios de ajuste personal y social debe comentarse que aunque la LISMI consagra en su art. 42.1 que tal prestación es uno de los objetivos principales de los CEE, no obstante, del análisis de los C.C. objeto de estudio no se aprecia una regulación convencional significativa, como regla general y, resultan ser numerosos los C.C. que no contemplan referencia alguna a los mismos. La gran mayoría de los C.C. examinados únicamente se limitan a reiterar en la regulación convencional de los permisos el contenido legal del derecho del trabajador discapacitado reconocido en el art. 13.b) DRLEM, sin establecer mejora alguna de su régimen jurídico. Debe considerarse una regulación convencional ejemplar la creación de una "Comisión de ajuste personal y social" únicamente existente en los C.C. de la empresa CEE "Albernia" para el 2004[11] (ya creada convencionalmente desde el C.C. para el año 2001) y C.C. de la empresa CEE "Aspace" para los años 2002–2003[12], porque la trascendente finalidad de tal comisión[13] es complementar el programa de ajuste

[10] Para los años 2005–2007 (B.O. de Cantabria de 2 de marzo de 2007).

[11] Art. 22. (B.O. de Navarra de 27 de junio de 2005).

[12] Art. 22. (B.O. de Navarra de 17 de abril de 2002).

[13] La cual está compuesta por el director del centro, responsable de personal o asistente social y un representante de los trabajadores a designar por el Comité de Empresa de entre sus miembros. Las resoluciones de adoptan por mayoría.

personal y social ofrecido por el CEE mediante su creación y tiene atribuida la competencia de poder ampliar la duración y mejorar las condiciones pactadas convencionalmente, atendiendo a las especiales circunstancias profesionales y personales de sus trabajadores discapacitados que así lo requieran según las circunstancias de cada caso concreto, en materia de permisos retribuidos, excedencias, reducciones de jornada, maternidad, lactancia y situación de riesgo durante el embarazo. Asimismo, hay que destacar que es significativa v.gr. la cláusula convencional contenida en el art. 47 del C.C. de la empresa CEE "Umbela, S.C." para los años 2006–2009[14], en cuya virtud "todos los trabajadores afectados por este convenio tendrán derecho a treinta horas anuales, dentro de su jornada laboral para su formación (...) en caso de personal discapacitado en formación destinada a participar en acciones de orientación a discapacitados, integración social de discapacitados, que procuren al trabajador discapacitado una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación en su relación social". También, resulta significativo poner de relieve que, de acuerdo con el art. 41 del C.C. de la empresa CEE "Usoa Lantegia" para los años 2002–2003[15], se establece que "el tiempo empleado por los trabajadores en acudir a los programas de apoyo personal y social, a impartir por la Empresa, se computarán como tiempo de trabajo efectivo"[16] Cabe considerar muy positivo el establecimiento generalizado por medio de la negociación colectiva de «mejoras voluntarias» en aplicación del art. 39 TRLGSS como refuerzo de la disposición adicional segunda TRLGSS para la protección social de las personas con discapacidad trabajadoras en CEE puesto que la negociación colectiva atiende a sus «peculiares características de su actividad laboral» por medio del establecimiento convencional de la «mejora directa de las prestaciones» ex art. 191 y 192 TRLGSS, siendo especialmente relevante la protección social complementaria por «incapacidad temporal».

Debe ponerse de manifiesto que son inexistentes los C.C. que mejoran las disposiciones de carácter laboral contenidas en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y en sus normas reglamentarias, a pesar de que el art. 2.2. de la citada Ley faculta a que sus disposiciones sean mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos, lo cual es criticable porque consideramos que la negociación colectiva sería un instrumento normativo idóneo para reforzar la protección específica que requieren precisamente los trabajadores discapacitados ex art. 25.1. de la Ley citada como «vía adecuada para estimular la efectividad real de este deber de pro-

---

[14] B.O.P. de Zaragoza de 26 de agosto de 2006.

[15] B.O. Bizkaia de 31 de mayo de 2002.

[16] En este mismo sentido *vid*. Art. 19 del C.C. de la empresa CEE "Ranzari" para los años 2001–2003 (B.O.P. de Bizkaia de 14 de mayo de 2001) y art. 20 del IV C.C. del CEE "Ranzari" para los años 2006–2007 (B.O. de Bizkaia de 23 de abril de 2007).

tección especial»[17]. Únicamente, en el art. 73 del C.C. de la Asociación de Padres de Minusválidos de Iberia para 2001[18] se constituye un Comité Intercentros "de Seguridad y Salud" atribuyéndole diversas funciones relevantes. Algún C.C. como sucede en el art. 24 del C.C. de "Talleres Protegidos GUREAK, S.A." para los años 2004–2006[19] resalta que en los "planes de acción preventiva" se tendrá en cuenta "el carácter de CEE" y "se adecuarán dichos planes a las exigencias y características de cada trabajador"; o como el del CEE Serca para los años 2005–2007 que determina que los delegados de prevención presten atención a las "características especiales de los trabajadores del CEE". En la actualidad, constituye un reto aún sin cumplir la adopción de medidas de seguridad adecuadas a cada caso concreto[20] con el objetivo de reforzar una política preventiva en materia de seguridad y salud laborales[21] que realmente haga efectiva la «integración de colectivos merecedores de especial atención»[22], para contribuir a la plena integración social y laboral de las personas afectadas de discapacidad[23]. En lo referente al trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo, resulta criticable que en la propia regulación convencional no se prevea algún instrumento específico para tener en cuenta el «principio general de adaptación del trabajo a la persona», especialmente por ser un CEE en el que prestan sus servicios prioritariamente trabajadores con discapacidad, y sin que tampoco se prevea una prolija determinación de los períodos de descanso durante la jornada de trabajo, limitándose a remitirse sobre esta materia a lo estipulado en el art. 36 del TRLET.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 42.1 LISMI, el art. 6.1 RDRLEM determina que el trabajo del discapacitado en el CEE debe ser remunerado como objeto del contrato de trabajo y, por consiguiente, de acuerdo con el art. 26.3 TRLET, la negociación colectiva está llamada a determinar la estructura del salario. En este ámbito consideramos de crucial importancia señalar que debe cuidarse por los agentes negociadores el no establecer cláusulas convencionales discrimi-

---

[17] López Ahumada, E.: "La regulación del deber de vigilancia de los grupos especiales de riesgo: el tratamiento de menores y discapacitados"; en Escudero Rodríguez, R. (Coord. Gral.): *«La negociación colectiva en España: una mirada crítica»*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p.: 629.

[18] BOE de 15 de febrero de 2001.

[19] B.O. Guipúzcoa de 8 de febrero de 2005.

[20] *Cfr.* Tuset Del Pino, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*. Aranzadi. Navarra, 2000, p. 206.

[21] *Ibidem,* p. 178.

[22] *Ibidem*, p. 179.

[23] *Cfr.* Dilla Catalá, Mª.J., Arroyo González, M., Cueva Puente, C., Sobrino González, G.: «Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva», en Valdés Dal–Ré, F.: (Dir.), Lahera Forteza, J. (Coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Bibilioteca Nueva/Fundación Largo Caballero/Fundación ONCE/Fundación J.Ortega y Gasset. Madrid, 2005, p. 329.

natorias directas o indirectas en materia de retribuciones que pudieran ser calificadas como nulas por imperativo del art. 37.3 y 38.2 LISMI y art. 17.1 TRLET. Asimismo, la negociación colectiva debería respetar las peculiaridades reguladas en el art. 12.a) RDRLEM con el fin de que los incentivos para estimular el rendimiento en el trabajo no supongan un riesgo para la salud del trabajador discapacitado. Debe ponerse de manifiesto que en la regulación convencional se prevén incentivos para estimular el rendimiento en el trabajo[24], pero, en cambio, ninguna previsión se contempla sobre la intervención de los EEMM en la determinación de si tales incentivos pudieran suponer un riesgo para la salud o integridad física o moral de los trabajadores discapacitados ex art. 12.a) RDRLEM. Por ello, consideramos que v.gr. en los C.C. que establecen un "plus de trabajo nocturno"[25] o "plus de turnicidad"[26], sería necesario la valoración del EEMM con la finalidad indicada. En otro ámbito de consideraciones, resulta relevante explicitar que, de conformidad con el art. 46.6 del TRLET que autoriza a que la situación de excedencia pueda extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean, una significativa parte de los C.C. analizados prevén una singular situación de excedencia por incorporación del trabajador discapacitado a un empleo en el mercado ordinario de trabajo, con el objetivo de favorecer la transición e integración laboral de los trabajadores discapacitados en el empleo ordinario. La regulación convencional más facilitadora del tránsito sería la prevista en el art. 24.2 del C.C. de la empresa CEE "Canraso" para los años 2005–2007[27] que establece su duración en un máximo de 5 años con reserva de plaza. Asimismo, en el art. 31 del C.C. de la empresa CEE "Lince–Asprona" para los años 2004–2007[28] prevé una duración de un año pero prorrogable por anualidades sucesivas hasta un máximo de cinco años. Una cláusula innovadora en la negociación colectiva sobre la materia se contempla en el art. 35.3. del C.C. de la empresa CEE "Usoa Lantegia" para los años 2002–2003 que reconoce este derecho también en el caso de que el trabajador discapacitado se convierta en autónomo[29]. La negociación colectiva debería

[24] *Vid. v. gr.* art. 11 del C.C. de la empresa CEE "Celcoauto, S.L." para los años 2006–2008 (B.O.P. de Ourense de 26 de agosto de 2006).

[25] *V. gr*. art. 6.2 del C.C. de la empresa "Censenal Valladolid, S.L." para los años 2004–2006 (B.O.P. de Valladolid de 22 de mayo de 2006); art. 33 del C.C. de la empresa CEE "Disminuidos Físicos de Aragón" para los años 2007–2010 (BOE de 16 de marzo de 2007); art. 25 del C.C. de la empresa CEE "Aseicork, S.A." para los años 2001–2005 (D.O. de Extremadura de 30 de mayo de 2002).

[26] *Vid. v.gr.* art. 21 del C.C. del CEE "Gudat, S.L." para los años 2005–2007 (B.O. de Gipuzkoa de 4 de julio de 2005); art. 6 del IV C.C. del CEE "Ranzari" para los años 2006–2007 (B.O. de Bizkaia de 23 de abril de 2007).

[27] B.O. de Navarra de 10 de agosto de 2005.

[28] B.O.P. de Valladolid de 12 de julio de 2004.

[29] A estos efectos, la negociación colectiva podría promover la «política de fomento del trabajo autónomo» de «las personas con discapacidad» al amparo del art.27.3 de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo.

tener en consideración como criterio de graduación de las faltas y sanciones ex art. 58.1 TRLET las características de la discapacidad que afecte a cada trabajador que deba ser sancionado, procurando dar cumplimiento al mandato del art. 8.1. RDRLEM que encomienda tratar en todo momento al trabajador discapacitado con el respeto y consideración debidos a su dignidad personal y profesional. En virtud del art. 55.1 TRLET podrían regularse en el convenio colectivo determinadas garantías formales a los efectos de la debida graduación del incumplimiento contractual del trabajador discapacitado, con el fin de estudiar la procedencia de la eventual sanción atendiendo a la discapacidad que afecte al trabajador, especialmente en supuestos de ciertas discapacidades intelectuales, para valorar la concurrencia de la culpabilidad objeto de la merecedora sanción disciplinaria. Hay que destacar que únicamente hemos detectado que en el art. 39 del C.C. del CEE Serca para los años 2005–2007[30] se consagra que "en caso de faltas graves o muy graves, se tendrán en consideración la tipología de minusvalía, acompañando de informes técnicos"; consideramos que esta peculiaridad del régimen disciplinario convencional debería ser un modelo a seguir en la negociación colectiva, así como el art. 18 del IV C.C. del CEE "Ranzari" para los años 2006–2007 que configura la aplicación del procedimiento sancionador con una prioritaria "finalidad pedagógica". Debe criticarse que, hasta la fecha, son inexistentes los convenios colectivos que prevean «medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral», de conformidad con el art. 85.1 TRLET y art. 45.1. Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH). A pesar de la existencia de CEE con más de 250 trabajadores, no se ha elaborado «un plan de igualdad» ex art. 45.2. LOIMH; y, tampoco se han negociado planes de igualdad cuando resultan voluntarios. Cabe destacar que la negociación colectiva podría contemplar medidas que impliquen «la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad» como son v.gr. las que pertenecen a «las mujeres con discapacidad» ex art. 14.6. LOIMH –si bien es uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos–. Además, en este sentido, en virtud del art. 43 LOIMH referente a la «promoción de la igualdad en la negociación colectiva» cabe valorar que «mediante la negociación colectiva» se pueda «establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres», lo cual constituye un reto para el contenido de la negociación colectiva aplicable en los CEE.

[30] B.O. de Cantabria de 2 de marzo de 2007.

2. LAS NUEVAS POLÍTICAS DE EMPLEO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU SIGNIFICACIÓN PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

Puede afirmarse que España, en cumplimiento del art. 27 relativo al «trabajo y empleo» de la «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad»[31] y en desarrollo del art. 27.1. h) para «promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción» «y otras medidas», ha aprobado por Consejo de Ministros del Gobierno de España, el 26 de septiembre de 2008, la «estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008–2012»[32] (EG) que destaca por su «innovadora naturaleza global» y por abordar la «política de empleo» y la «legislación laboral»[33], además de otros ámbitos directamente relacionados con éstos como v.gr. la «seguridad social».

Asimismo, a nivel autonómico existen políticas socio–laborales de relevante contenido como v.gr. el «Plan de empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007–2013»[34], que también configura las políticas de empleo para las personas con discapacidad promoviendo actuaciones para el fomento del tránsito de las personas con discapacidad en CEE al empleo normalizado.

La EG, que también constituye un resultado del cumplimiento del mandato establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo, que precisamente encomendaba la aprobación de una «Estrategia Global de Empleo para personas con discapacidad» debe ser objeto de análisis jurídico–reflexivo por su trascendental afirmación referente a «la promoción de la inserción laboral de las personas con discapacidad a través de la negociación colectiva»[35]. En efecto, debe valorarse que los agentes sociales y laborales son unos «actores clave»[36] para coadyuvar en el proceso de integración laboral de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, teniendo signi-

---

[31] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE de 21 de abril de 2008).

[32] Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI): «estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008–2012».

[33] «Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008–2012» (E.G.), p. 5.

[34] Acuerdo de 20 de noviembre de 2007 del Consejo de Gobierno. Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía. BOJA de 10 de enero de 2008.

[35] «Estrategia Global de Acción…» *cit*, p. 13.

[36] Merino Segovia, A.: «El tratamiento de la discapacidad en la negociación…» *op. cit.*, p. 166.

ficativas funciones para lograr tal objetivo por medio de la negociación colectiva. Con este fin «las partes negociadoras de los convenios colectivos de los CEE deberían estar más atentas a las necesidades de los trabajadores discapacitados»[37], estimando necesario que «la actuación de los agentes sociales debe centrarse en una mejora del contenido de los convenios colectivos»[38]. Ante las insuficiencias de la vigente normativa legal y reglamentaria, la negociación colectiva desarrollada en el marco de los propios CEE puede asumir una función trascendente al poder actuar no únicamente como mecanismo de regulación de las condiciones de trabajo sino también como instrumento alentador de la incorporación de los trabajadores discapacitados al mercado ordinario de trabajo, potenciando las vías que faciliten dicha incorporación[39]. Para ello, resulta necesario que se desarrolle la negociación colectiva en el marco de los CEE evitando que la regulación de las condiciones de trabajo se limite, única y exclusivamente, a lo ya señalado en el RDRLEM[40]. A estos efectos, la negociación colectiva constituye un cauce idóneo para la adopción de iniciativas innovadoras pudiendo los convenios colectivos avanzar en materias tan cruciales como v.gr. la prestación de los servicios de ajuste personal y social; impulsando unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de dichos servicios al amparo de lo regulado en el Real Decreto 469/2006; el acceso a actividades específicas de formación[41]; la atención de los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en el mercado ordinario de trabajo, o potenciando proyectos de empleo con apoyo de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 870/2007, máxime considerando que «el empleo con apoyo proporciona una asistencia personal y adaptaciones del lugar de trabajo para tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad en el mundo del empleo»[42]. En consonancia con estos objetivos, tal y como afirma el nuevo[43]apar-

---

[37] Gala Durán, C.: «La experiencia de los centros especiales de empleo como vía de inserción social y laboral de las personas discapacitadas», en Calvo Ortega, R. y García Calvente, Y. (Dirs.): *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Thomson Civitas. Navarra, 2007, p. 457.

[38] Merino Segovia, A.: «El tratamiento de la discapacidad…» *op. cit.*, p. 170.

[39] Gala Durán, C.: «La experiencia de los centros especiales de empleo …» *op. cit.*, p. 457.

[40] *Ibid.*, p. 486.

[41] Merino Segovia, A.: «El tratamiento de la discapacidad…» *op.cit.*, p. 167.

[42] *Vid.:* COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: *«Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea: el Plan de Acción europeo 2008–2009»*. COM (2007) 738 final. Bruselas, 26 de noviembre de 2007, p. 9.

[43] Valdés Dal–Ré, F.: «El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007», *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2007, p. 13.

tado del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007[44] relativo a la inserción de las personas con discapacidad, en el que se reconocen algunas de las propuestas contenidas en el Informe elaborado en febrero de 2006 por la Comisión de Seguimiento de la prórroga en el 2006 del ANC–2005 e intitulado "Negociación colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad"[45], la negociación colectiva debería ser un pilar básico en la regulación de las relaciones laborales en el empleo protegido. Y, en concreto, en los CEE, la negociación colectiva debería facilitar la transición de los trabajadores desde este ámbito a la integración en el empleo ordinario, para que «realmente» los CEE cumplan con su función social y laboral[46], máxime siendo constatable que los CEE han experimentado, hasta la actualidad, un importante crecimiento y resulta altamente criticable que, en la práctica, no existan los EEMM que precisamente están «llamados a controlar la adecuación de las capacidades del trabajador a su puesto de trabajo y sus posibilidades para dar el paso al empleo ordinario»[47]. Lamentablemente, a pesar de las menciones contenidas en los ANC, la negociación colectiva no se caracteriza en términos generales por hacer efectiva la incorporación de las personas con discapacidad al empleo[48]. De acuerdo con el ordenamiento jurídico–laboral vigente, son múltiples las posibilidades potenciales de intervención convencional que, incluso sin disponer de un reconocimiento normativo expreso, tendrían fundamento en los artículos 37 de la CE y 85.1 del TRLET y máxime atendiendo al margen de actuación que faculta la normativa heterónoma a la autonomía colectiva. Por consiguiente, resultan numerosos los espacios donde es posible la intervención de la negociación colectiva, ya sea suplementando, ya sea complementando la ordenación heterónoma. La negociación colectiva puede desarrollar una "función de suplementariedad" o de mejora de los mínimos legales y una "función de complementariedad", y completar la regulación ofrecida por la normativa heterónoma en línea de principio a través de reglas generales o directrices[49].

---

[44] Resolución de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 (BOE de 24 de febrero 2007); prorrogado para el año 2008 por Resolución de 21 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta de prórroga para el año 2008, del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 (ANC 2007) y sus anexos (BOE de 14 de enero de 2008).

[45] Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: «Negociación Colectiva e Inserción Laboral de Personas con Discapacidad». Informe aprobado por la Comisión de Seguimiento del ANC el día 26 de enero de 2006. MTAS, Madrid.

[46] Alonso García, B.: *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*. Civitas. Madrid, 1997, p. 354.

[47] Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: «Negociación Colectiva e Inserción Laboral de Personas con Discapacidad …» *cit*., p. 64.

[48] *Cfr*. Escribano Gutiérrez, J.: «Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad», Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 138, 2008, p. 395.

[49] *Vid*. Alarcón Caracuel, M. R.: «Las relaciones ley–convenio colectivo», en AA.VV. *Las reformas Laborales de 1994 y 1997*. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 37–38.

Los contenidos propuestos en la EG pueden estimarse fruto de las reivindicaciones del "sector" de la discapacidad sobre «las medidas que configuran el conjunto de las políticas de empleo de las personas con discapacidad», que reclamaban —en palabras de la profesora Dra. CASAS BAAMONDE— la necesidad de «cambiar (…) el contenido de las normas y de las políticas legislativas (…) con el fin de asegurar la efectividad y exigibilidad de los derechos de las personas con discapacidad»[50], pudiendo ser incardinable en una de las «políticas de atención especial a las personas con discapacidad»[51] y subsumible en el denominado «Derecho Social de las Personas Discapacitadas»[52], máxime teniendo presente que, sin obviar los significativos avances producidos en el empleo de personas con discapacidad, aún en España existen carencias que exigen nuevas políticas de los poderes públicos, agentes sociales e instituciones representativas específicas de este colectivo para la adopción de «nuevas medidas» que actualicen y completen las ya adoptadas con el objetivo de garantizar la plena efectividad del principio de igualdad de oportunidades[53], siendo esencial «la negociación colectiva»[54]. Ésta puede mejorar el régimen legal de medidas favorecedoras de los discapacitados[55] y, en este sentido, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de acuerdo con su artículo 42, relativo al «fomento de la igualdad en la negociación colectiva» facultaría expresamente a que los convenios colectivos puedan incluir «medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de «discapacidad». Cabe considerar que las materias y finalidades de la citada EG deberían orientar a los negociadores de los convenios colectivos aplicables en los CEE de ámbito sectorial estatal y autonómico y de ámbito empresarial, para dar cumplimiento a esta «perspectiva nueva»[56], máxime teniendo en consideración que «es

---

[50] Casas Baamonde, Mª.E.: «Prólogo», en De Lorenzo García, R., Cayo Pérez Bueno, L. (Dirs.): *Tratado sobre Discapacidad*. Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 43.

[51] Esteban Legarreta, R.: *«Derecho al trabajo de las personas con discapacidad»*. Documentos 10/2003 del Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003, p. 15.

[52] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C.: «El derecho a la protección de las personas con minusvalías»; en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M.N.: *Comentario a la Constitución socio–económica de España*. Comares, Granada, 2002, p. 1782.

[53] *Vid*. García Valverde, M.D., González De Patto, R.M.: «Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad», *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 75/2004, p. 90.

[54] *Ibid*., p. 93.

[55] *Cfr.* Fernández Fernández, R., Tascón López, R., Álvarez Cuesta, H., Rodríguez Hidalgo, J.G.: *«Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios»*. Universidad de León, León, 2005, p. 168.

[56] *Cfr.* López Gandía, J.: "Nuevas y viejas relaciones laborales especiales y la introducción reciente de especialidades en la relación común", en *La delimitación del trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*. XIX Jornadas Catalanas de Derecho Social, Universidad de Barcelona, 2008, ponencia contenida en disco compacto, p. 5.

indispensable que la Estrategia se fundamente en un proceso de consulta y diálogo social con las organizaciones empresariales y sindicatos y con las asociaciones que representan al sector de la discapacidad»[57], puesto que son «cuestiones que exigen una actuación no sólo del Estado sino también de las Comunidades Autónomas, al igual que para otras se requiere la participación activa de los empresarios y los trabajadores y sus organizaciones representativas, especialmente a través de la negociación colectiva»[58]. Debe estimarse que la negociación colectiva permitiría «renovar el empleo protegido»[59]y puede potenciar «un mayor tránsito hacia el empleo ordinario, y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad». Y, debe ponerse de relieve la virtualidad de la negociación colectiva laboral para la regulación de condiciones laborales y de protección social para lograr «un empleo de calidad» para las personas con discapacidad en CEE. A estos efectos, se consagra en la EG que «respetando plenamente la autonomía colectiva, los interlocutores sociales deben ser partícipes del fomento de la inserción laboral de las personas con discapacidad y utilizar la negociación colectiva para hacerla posible»[60]. En este sentido, la EG reconoce «las posibilidades del marco normativo actual de la negociación colectiva y la atribución a ésta de nuevas facultades, adaptadas a la realidad de los sectores de actividad y las empresas, que favorezcan el empleo de las personas con discapacidad respetando el vigente marco legal de empleo de las mismas»[61]. Y, a estos efectos, afirma que se puede «promover la inclusión de medidas en los convenios colectivos para favorecer la contratación, formación, clasificación y promoción de trabajadores con discapacidad» y para «favorecer la plena aplicación de los derechos colectivos de los trabajadores en los centros especiales de empleo, tanto en materia de representación como de negociación colectiva»[62]. Por su relevancia también deben comentarse otras novedosas propuestas que resultan aptas para ser contenido de la negociación colectiva siendo v.gr. un reto negocial el representado por la promoción de las condiciones laborales de las personas con discapacidad trabajadoras en CEE afectadas de especialidades dificultades y «en situación de especial vulnerabilidad». En materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, cabe considerar relevante la «especial atención a las mujeres con discapacidad, y aquellas otras personas que por su discapacidad presentan dificultades severas de acceso al mercado de trabajo», en cumplimiento de la disposición adicional duodécima

---

[57] Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008–2012, p. 6.

[58] *Ibid*., p. 15.

[59] *Ibid*., p. 6.

[60] *Ibid*., p. 13.

[61] *Ibid*., p. 26.

[62] *Ibid*., p. 30.

de la Ley 43/2006. Además, las personas con discapacidad deben ser consideradas uno de los «colectivos prioritarios» que deberían recibir programas específicos para fomentar su empleo como «personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo» en aplicación del art. 26.1 de la Ley 56/2003 de Empleo, por sus «especiales circunstancias» (art. 26.2 Ley 56/2003). La negociación colectiva puede coadyuvar para «mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento en el empleo o de inserción laboral» ex art. 2.d) del Real Decreto 395/2007 del subsistema de formación profesional para el empleo, máxime teniendo presente que son «colectivos prioritarios» pudiendo fomentarse su acceso a la formación como «trabajadores con mayor dificultad de inserción o de mantenimiento en el mercado de trabajo» para que puedan participar en las acciones formativas estas «personas con discapacidad» [art. 5.3.a) y b) del Real Decreto 395/2007]. En este sentido, la negociación colectiva podría facilitar la realización práctica de la disposición adicional novena del RD 395/2007 estableciendo medidas de adaptación que sean necesarias para facilitar e incentivar la participación de las personas con discapacidad en las acciones de formación profesional para el empleo, si bien dicho mandato corresponde a «las Administraciones competentes». Resulta de interés la propuesta de la EG referente a «desarrollar una mayor actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el empleo protegido, incluyendo y potenciando el control de las relaciones laborales en los centros especiales de empleo y no meramente el control de las ayudas establecidas» siendo relevante su orientación para tutelar la calidad en el empleo que realmente permita cumplir la finalidad de tránsito al mercado de trabajo no protegido. Finalmente, haciendo referencia a la responsabilidad social empresarial (RSE) de los CEE[63], debe valorarse que dicha política podría implementarse en este ámbito material que resulta idóneo a estos efectos para la «adicionalidad»[64] voluntaria en la calidad del empleo de las personas con discapacidad trabajadoras en CEE[65]. En este ámbito de la RSE, v.gr. puede desarrollarse el art. 45.5. de la LOIMH cuando los CEE no resulten obligados a implantar un plan de igualdad. Ahora bien, no sería RSE «cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable» ex art. 45.3. LOIMH. En todo caso, al amparo del art. 73 LOIMH, los CEE podrían asumir «la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social» y v.gr. implementar «medidas económicas», «laborales», «asistenciales» o de «otra naturaleza» que podrían destinarse a «promover condi-

---

[63] CC.OO: *Los Centros Especiales de Empleo*. Documento aprobado por la Comisión Ejecutiva Federal el 2 de abril del 2008, http://www3.feccoo.net/bdigital/priv/20080417_priv/pdf/ee_docCEE.pdf, p.12.

[64] *Vid*. AA.VV [Rodríguez–Piñero Royo (Dir.)]: *Responsabilidad Social Corporativa y Relaciones Laborales en Andalucía*. *Junta de Andalucía*. Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa (versión preliminar) 2008, pp. 227 y ss.

[65] Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008–2012, p. 28.

ciones de igualdad entre las mujeres y hombres en el seno de la empresa o en su entorno social»; y ello resultaría de gran trascendencia socio–laboral para las mujeres con discapacidad en CEE; siendo, por tanto, constatable la «virtualidad práctica de la que goza la negociación colectiva»[66] a estos efectos del empleo de las personas con discapacidad como ámbito para la adopción de buenas prácticas socialmente responsables[67] en materia de empleo de personas con discapacidad[68] –especialmente para promover la inclusión laboral de las personas con discapacidades más limitantes–, atendiendo al importante papel que tienen los CEE en la inserción laboral de personas con discapacidad con especiales dificultades[69]. En este sentido, la EG pretende promover la presentación periódica por los CEE de un «Plan Estratégico» para el desarrollo sociolaboral de sus trabajadores con discapacidad, bien como obligación o bien en el marco de la responsabilidad social corporativa[70].

---

[66] Escribano Gutiérrez, J.: «Igualdad y acceso al empleo… » *cit*., pp. 403–404.

[67] Rodríguez–Piñero Bravo–Ferrer, M.: «Prólogo», en Ballesteros, M.: *Empleo de colectivos desfavorecidos y responsabilidad social empresarial*. AEDIPE. Madrid, 2005, p. XXV.

[68] Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008–2012, p. 26.

[69] *Ibid*., p. 27.

[70] *Ibid*., p. 27.

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA

Salvador Perán Quesada
Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género
Universidad de Málaga

ÍNDICE

1. Introducción
2. El papel de la negociación colectiva andaluza en el ejercicio de los derechos laborales reconocidos a las víctimas de violencia de género
   2.1. El derecho a la reducción de jornada
   2.2. El derecho a la reordenación del tiempo de trabajo
   2.3. Justificación de las ausencias derivadas de la situación de violencia de género
   2.4. El derecho a la suspensión del contrato de trabajo
3 La negociación colectiva como oportunidad para el fomento del empleo de las víctimas de violencia de género
4. Reflexión final

1. INTRODUCCIÓN

La prevención y la lucha contra la violencia ejercida a las mujeres *por el mismo hecho de serlo* se enfrenta a profundas resistencias sociales interiorizadas por siglos de *dominación patriarcal* que han constreñido a las mujeres a ejercer roles en las relaciones de pareja vinculados a tareas de reproducción y domésticas y en todo caso subordinadas al control de los hombres y, en las situaciones más graves, al padecimiento de violencia física o psicológica, llegando en ocasiones, con trágica frecuencia, hasta la extrema de la muerte. Esta violencia representa, sin duda, *el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad*[1] entre mujeres y hombres, y ello produce que la realización práctica de políticas capaces de remover eficazmente las desigualdades sociales y económicas que siguen padeciendo las mujeres hoy represente un problema técnicamente complejo y difícil.

No obstante debe señalarse el consenso que, de un modo cada vez más generalizado, entiende a esta forma de violencia como un asunto que *concierne directamente a los derechos humanos*[2] y que, por ello, su eliminación de la sociedad deba considerarse como uno de los objetivos principales de una política democrática de Derecho legitimando de esta forma una intervención pública en un ámbito que en ningún caso debe considerarse como exclusivamente privado en las vidas de las parejas.

Ello ha permitido una destacada, amplia y decidida actuación legislativa en nuestro país, que ha hecho de esta *causa* una de las principales prioridades en el ámbito de la igualdad real entre mujeres y hombres, y que ha originado un variado abanico normativo en el que ningún poder público, ni central ni autonómico, ha querido quedarse atrás.

Importancia especial ha tenido la LO 1/2004, que ha pretendido, como su propio nombre indica, una intervención *integral,* con desiguales resultados, pero que respecto al contenido que interesa a la presente comunicación no ha desatendido los aspectos laborales. Así, esta ley ha dedicado un capítulo al establecimiento de un conjunto de derechos en el ámbito laboral dirigidos, especialmente, al mantenimiento del empleo y al aseguramiento de ciertas garantías de protección social lo que ha permitido la configuración de lo que se denomina ya como un *nuevo dere-*

---

[1] Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. (En adelante LO 1/2004).

[2] La Declaración de Beijing de las Naciones Unidas del año 1995, consideraba como actos que atentaban contra los Derechos Humanos de las mujeres víctimas de violencia a "*todos aquellos basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológio, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada*" (Apartado 47).

cho social fundamental de las mujeres víctimas de violencia de género a la acción social de protección integral[3].

Ello ha producido una serie de reformas en las leyes laborales, con la consiguiente alteración del régimen jurídico de determinadas materias, lo que ha originado que la condición de víctima y el derecho a la protección y a la asistencia social integral generaran una serie de derechos laborales y que dieran lugar a un nuevo status jurídico.

Este nuevo status jurídico creado para un ámbito subjetivo tan concreto se funda en dos objetivos prioritarios. El primero, en relación al contrato de trabajo, tiene por finalidad garantizar que las vicisitudes derivadas de la condición de víctima de violencia de género no repercutan en su derecho al mantenimiento del empleo, al declarar nulo y si efecto el despido basado en tales circunstancias, y sin que las mismas puedan ser tenidas en cuenta para fundamentar cualquier otra causa de extinción; así como procurar la adaptación y adecuación de las condiciones de trabajo – jornada, horario, permisos, lugar de trabajo y funciones – a las situaciones de transitoriedad o de protección que demandan. El segundo, vinculado a las políticas activas de empleo, incluye a este como colectivo priorizado en los programas de fomento de empleo, inserción y formación tanto nacionales como autonómicos.

No obstante el legislador ha pretendido minorar los posibles inconvenientes que pudiesen ocasionar a los empresarios la inclusión de las situaciones personales de las trabajadoras víctimas de esta violencia (causada contra la mujer pero por la mediación de una relación de afectividad)[4] en el desarrollo normal de la relación laboral, optando por normas *flexibles* capaces de adecuar a la situación concreta el ejercicio de los derechos reconocidos en el ámbito laboral lo que, sin duda, sitúa a la negociación colectiva en una situación muy privilegiada respecto de la concreción de dichos derechos.

Esta "oportunidad" (o incluso "responsabilidad") otorgada al ámbito de la negociación colectiva no parece haber sido suficientemente bien entendida por los agentes sociales en el ámbito andaluz, ya que han mantenido la tendencia que les ha caracterizado a no referirse *convenientemente* a estos temas.

El objeto de esta comunicación consiste en analizar el contenido y alcance de la negociación colectiva andaluza tanto en lo que se refiere al ejercicio de derechos laborales como a las posibles vías de fomento de empleo.

---

[3] Molina Navarrete, C. *Las dimensiones socio–laborales de la "lucha" contra la "violencia de género"*. Estudios Financieros. Núm. 12/2005. Pág. 7. Madrid. 2005.

[4] Ha sido una crítica recurrente por parte de la doctrina iuslaboralista de este país la exclusión, por parte de la Ley que se pretende integral contra la violencia de género, de aquella violencia *de género* causada en el mundo del trabajo, exclusión que por otra parte no aminora la coherencia interna de la norma ya que, y basta con leer el artículo primero para entender el alcance pretendido con dicha Ley, se pretende la erradicación de aquellas situaciones odiosas ocasionadas por una relación especial entre los sujetos de naturaleza afectiva.

2. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA *ANDALUZA* EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS LABORALES RECONOCIDOS A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como se señalaba anteriormente, la LO 1/2004 ha configurado un conjunto de derechos dirigidos a facilitar a las mujeres víctimas de violencia de género la conciliación de su situación personal con el desarrollo de su actividad laboral, en el conocimiento de la importancia que para estas mujeres representa el mantenimiento de sus puestos de trabajo, pretendiendo evitar que a las penosas situaciones vividas en su contexto familiar se le añadan las dificultades propias de encontrarse sin empleo.

En este sentido los derechos de contenido sociolaboral van a ser especialmente relevantes, sobre todo en la práctica, a la hora de configurar un corpus normativo capaz de resolver de manera eficiente las tensiones que se produzcan entre la protección de estas mujeres y el ejercicio de su actividad profesional, y estructurados en torno *al derecho a la asistencia social integral*.

De manera general los derechos sociolaborales recogidos en esta norma se ordenan en una doble línea de actuación – con independencia del conjunto de medidas, de diversa naturaleza que la acompañan, como ayudas económicas, de acogimiento o una prestación singular de la Seguridad Social, con el fin de facilitar un nivel mínimo de ingresos en la unidad familiar– : por una parte está dirigida a permitir el acceso a una actividad profesional a las víctimas de esta violencia; por otra, a la que atenderemos en este apartado, esta dirigida a facilitar la continuidad de la actividad profesional de las trabajadoras víctimas de violencia de género, así como a paliar los efectos que en el desarrollo de la misma pudieran ocasionarse por dicha circunstancia.

Dentro de este último apartado se establecen un conjunto de medidas cuya finalidad es la ordenación y mayor adaptabilidad del tiempo de trabajo de tal forma que se minimicen los efectos que puedan causar en los derechos ligados a la prestación de servicios y en el mantenimiento del empleo, las alteraciones en la salud física o psicológica ocasionadas por la situación de violencia; a la vez que se garantice, mediante los mismos, el derecho de las víctimas a su seguridad y a su salud al facilitar el tiempo necesario para procurar el acceso de éstas a servicios de apoyo, asesoramiento, e incluso, la tramitación de denuncias o de procedimientos de separación, divorcio, entre otras gestiones relacionadas con las situaciones de violencia.

Ello, en todo caso, ha supuesto un marco de protección en principio, mínimo y suficiente, pero en el que, indudablemente, se puede avanzar más. Revisemos de un modo un poco más detallado el contenido en la negociación colectiva andaluza de estos aspectos.

2.1. El derecho a la reducción de jornada

El artículo 37.7 ET permite a la trabajadora víctima reducir su jornada de trabajo. El primer rasgo que cabe destacar en esta regla es que se configura como un *auténtico derecho*, sin que pactos individuales o colectivos puedan minorarlo, operando una remisión de los términos de aplicación a la negociación colectiva[5] o en su defecto a los acuerdos entre la empresa y representantes de trabajadores o entre empresa y trabajadora afectada, pudiendo, en ausencia de los mismos, ser la propia trabajadora la que los concrete, siendo, en todo caso de aplicación las reglas relativas a la resolución de discrepancias previstas en relación con la fijación del periodo de lactancia establecidas en el artículo 138 bis LPL.

Si bien, no obstante, el ejercicio de este derecho encierra una limitación que en la práctica puede hacer que el derecho sea imposible de asumir por parte de la mujer víctima, pues la posibilidad de reducir la jornada de trabajo viene acompañada de la *disminución proporcional de su salario*.

Así mientras que este derecho podría asumir un papel destacado en el objetivo de posibilitar una asistencia social integral, al permitirle a las trabajadoras víctimas la posibilidad de disponer de mayor tiempo para atender a sus necesidades personales o familiares, la realidad nos demuestra que es precisamente en estas condiciones cuando la trabajadora víctima tiene menor capacidad para asumir la pérdida de salario que conlleva el ejercicio de este derecho, sin que se haya previsto legalmente fórmulas para compensar esta pérdida, especialmente la percepción proporcional del subsidio por desempleo[6], o cualquier otro tipo de ayudas sociales[7]. En estos casos el convenio colectivo debería actuar supliendo la falta de concreción legal.

---

[5] Siendo el contenido típico de la negociación colectiva la inclusión de límites tanto superiores como inferiores a la reducción de jornada. Convenio Colectivo de la Empresa Pública de Turismo Andaluz (BOJA12–3–2008).

[6] En este sentido ver, Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO. *Derechos laborales y de la Seguridad Social*. Septiembre 2006. o Consejo General del Poder Judicial. *Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género acerca de los problemas técnicos detectados en al aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*. Madrid. 2006.

[7] García Ninet, J.I. *Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de genero* (II) Revista de Tribuna Social, nº 170, 2005, página 6, "*Ya que si así no se hiciera el ejercicio de este derecho sería una quimera más de las del art. 37 ET que esta plegado de derechos incompletos, de reconocimientos de necesidades sin soluciones o con soluciones imperfectas, sobre todo en este caso en el que la mujer victima /trabajadora no está siendo la de alto poder salarial"*.

Además la reducción de jornada puede tener otros efectos perversos, especialmente si es prolongada en el tiempo, sobre la *paralela minoración de las bases de cotización y sobre la acción protectora,* por ello hubiese sino conveniente una mayor concreción por parte del legislador, como ya existe para figuras afines como la reducción de jornada por cuidado de hijo[8].

Efecto negativo que si se ha querido neutralizar en la LO 3/2007[9] respecto de la cuantía de la prestación por desempleo para aquellas mujeres que se ven obligadas a abandonar su actividad, pese haber optado en un principio por mantener su puesto de trabajo aun con la jornada reducida, incrementándose hasta el cien por cien de la cuantía que hubiese correspondido de no haberse reducido la jornada[10].

En todo caso, cabe señalar dos efectos en la configuración legal de la reducción de jornada. En primer lugar que el contrato de trabajo no muta su naturaleza, pues la reducción de jornada es transitoria y específica, y una vez finalizado el periodo de reducción o en su caso la orden de alejamiento, la relación de trabajo retorna a su configuración inicial. En segundo lugar, que no se trata de una medida sobre la que se autorice otra consecuencia más allá de la *reducción proporcional del salario*, por lo que carecerá de base legal la eventual reducción proporcional de otros derechos de la mujer, como descansos remunerados o remuneraciones no dinerarias[11].

Finalmente, no puede olvidarse que las reglas establecidas en el artículo 37.7 ET son normas de derecho mínimo, ello significa que la negociación colectiva puede y debe ser sensible a esta situación. De hecho, la minoración de la disminución proporcional del salario en el ejercicio de este derecho puede considerarse como uno de *los avances* más destacados que en esta vía puede incorporar la negociación colectiva. Aunque no sean excesivamente frecuentes las cláusulas de convenios colectivos en donde la reducción de jornada por esta causa de lugar a una reducción salarial menor a la que proporcionalmente correspondería[12].

---

[8] La promulgación de la LO 3/2007, ha sido sin duda una magnífica ocasión perdida por el legislador para haber extendido al cómputo de las bases de cotización durante el periodo de reducción de jornada por violencia de género las mejoras incorporadas en materia de cotización durante la reducción e jornada al amparo del artículo 37.5 ET, mediante la oportuna modificación de la LGSS.

[9] Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.

[10] Disposición Adicional 18ª trece, de la LO 3/2007.

[11] Fernández Urrutia, A. *Avances, reflexiones y nuevas propuestas en torno a la protección social frente a la violencia de género: acreditación, intervención en e ámbito sanitario y salvaguarda en la actividad laboral*. Revista MTAS, nº extraordinario *Igualdad de Oportunidades para Todos*. Madrid. 2007. Pág. 161.

[12] El Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA 9–5–2008) establece que: "*Las mujeres víctimas de violencia de género tendrán derecho a una reducción de jornada de un tercio o de la mitad, percibiendo, respectivamente, un 80 o un 60 por ciento de la totalidad de las retribuciones, tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios*".

2.2. El derecho a la reordenación del tiempo de trabajo

La reordenación del tiempo de trabajo esta dirigida ha hacer efectiva el derecho a la protección o el derecho a la asistencia social integral de las trabajadoras víctimas, pero como ocurre con el derecho a la reducción de la jornada, tanto su justificación, como su ejercicio pueden exceder lo determinado en el artículo 37.7 ET. Así estas medidas pueden estar justificadas por la necesidad de la mujer de compatibilizar sus cargas familiares con su trabajo, pero también puede ser eficiente a la hora de establecer modificaciones en sus hábitos horarios, al efecto de que el agresor no pueda localizar a la víctima[13].

Las posibilidades que la norma señala para llevar a cabo esa reordenación son tres, si bien en seguida se comprueba que la enumeración carece de intención limitativa[14]. En primer lugar, aparece la adaptación del horario, en segundo lugar, se puede optar por la aplicación del horario flexible, y en tercer lugar, se establece una categoría abierta de formas de ordenación del tiempo de trabajo que puedan ser aplicadas en función de las diferentes circunstancias.

Se trata de una medida sin coste para la propia afectada, que podrá solicitar la modificación de horario en alguna de estas formulas abiertas, incluida la del horario flexible – y que al igual que para el anterior caso – podrá acudir al procedimiento especifico establecido en el artículo. 138, bis LPL en caso de que existan discrepancias entre empresario y trabajadora sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos.

En estas cuestiones, por lo demás tan apropiadas a la negociación colectiva, debe señalarse la de forma general la falta de intervención y regulación convencional. De hecho, lo más común es la reproducción literal de la ley[15]. En cuanto se

---

Por su parte, el Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, Sociedad Limitada (BOP 22–5–2008), establece para las víctimas que reduzcan su jornada que: "*las retribuciones serán siempre un 10% superior al porcentaje del tiempo trabajado mensualmente*".

[13] Mingo Basail, Mª.L. *Situación de los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género en España. Evolución legislativa, contenido, protección y posibles líneas de actuación*. Revista MTAS, nº extraordinario *Igualdad de Oportunidades para Todos*. Madrid. 2007. Pág. 130.

[14] Sempere Navarro, A, V. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*. En Iñigo, E. Muerza, J. Sempere, A.V. *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género (Aspectos jurídicopenales, procesales y laborales)*. Thomson–Aranzadi. Pamplona. 2005.

[15] Convenio Colectivo de la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, Sociedad Anónima (BOP 21–5–2008). / Convenio Colectivo del personal laboral de los consorcios de las unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Andalucía (BOJA 10–1–2008) / Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA 9–5–2008).

está ante un derecho reconocido pero no *incondicionado*[16], debería actuar la negociación colectiva estableciendo vías de reordenación del tiempo de trabajo, formas de concreción del derecho[17], o incluso, determinando los medios de prueba que deba aportar la trabajadora víctima en demanda de su derecho.

2.3. Justificación de las ausencias derivadas de la situación de violencia de género

El artículo 37.7 ET, además de las previsiones anteriormente descritas en torno a las adaptaciones del tiempo de trabajo, contiene un permiso específico por razón de violencia de género que faculta a la trabajadora a ausentarse de su puesto de trabajo *cuando así lo determinen los servicios sociales o sanitarios*.

Cabría destacar sobre esta cuestión dos aspectos relevantes.

En primer lugar, es significativo que desaparezca la referencia al derecho a la asistencia social integral en este punto, ya que presentaría dudas respecto de si determinadas ausencias de estas mujeres pueden encontrarse legitimadas o no en función de la situación por la que atraviesan. Nuevamente nos encontramos con la necesidad de concreción a través de la negociación colectiva, ya que se puede discutir si ausencias que guardan relación con la seguridad de la víctima o la ejecución de trámites administrativos o judiciales, quedan o no encuadradas en el contenido del precepto, máxime cuando la garantía de seguridad y el acceso a la asistencia social integral han servido de justificación, nada menos, que para una reducción de jornada, una adaptación de los tiempos de trabajo, un cambio de centro o de puesto de trabajo o una excedencia[18].

Si bien, parece razonable la existencia de mecanismos de control de dicho derecho, la negociación colectiva evita de nuevo un pronunciamiento sobre el tema

---

[16] A este respecto es destacable el contenido del Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, Sociedad Limitada (BOP 22–5–2008), que elimina los elementos de condicionalidad del Derecho, dando la potestad a la trabajadora para determinar la conveniencia o no del ejercicio del derecho, al establecer que "*las trabajadoras víctimas de violencia de género, podrán hacer flexible su horario sin mediar solicitud, con la sola comunicación. En caso de discrepancias o dificultades para llevarla a cabo dicho horario, se procederá a la búsqueda de soluciones efectivas atendiendo al principio de buena fe*".

[17] Convenio Colectivo de la Fundación Red Andalucía Emprende (BOJA 24–3–2008) establece una delimitación *restrictiva* al ejercicio de este derecho: "*la persona víctima de violencia de género tendrá derecho a flexibilizar su horario cuando tuviera que acudir a terapia médica que coincidiera con su jornada ordinaria de trabajo*".

[18] Quintanilla Navarro, B. *Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, d 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. Nº 80. Sevilla. 2005. Pág. 42.

reproduciendo generalmente el contenido literal establecido por el Estatuto de los Trabajadores[19]. Quizás hubiese sido conveniente que se hubiese incorporado expresamente en el artículo 37.7 ET, aquellas ausencias motivadas por la violencia de género, incluidas las que se deben a la realización de gestiones relacionadas con los trámites administrativos o judiciales, entre otros, disipando de esta forma cualquier otra posible interpretación.

Si es posible encontrar en la negociación colectiva andaluza alguna referencia al modo en que estas contingencias deben ser comunicadas al empresario, así en algunos casos se exige un modo concreto de certificación[20], o se hace una alusión al momento en el que debe producirse la comunicación[21], existiendo, a pesar de todo, importantes lagunas en la concreción del ejercicio de estos permisos.

En segundo lugar, se trata de un auténtico permiso concedido a las trabajadoras víctimas, que podrán ausentarse del trabajo por el tiempo necesario y por razones derivadas de su condición de víctima, de la forma y tiempo que los servicios sociales y asistenciales determinen. Esto significa que durante estas interrupciones la relación de trabajo no estará en suspensión, sino plenamente activada, de modo que la trabajadora no estará obteniendo prestaciones de Seguridad Social, sino retribución, siendo estas retribuciones en todo caso y en su totalidad a cargo de la empresa.

2.4. El derecho a la suspensión del contrato de trabajo

Por último dentro de los derechos dirigidos a adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades de las trabajadoras, el artículo 48.6 ET establece el derecho de la trabajadora víctima a la suspensión del contrato de trabajo *por razón de violencia de género*, que es, junto con el derecho a la extinción, el único inmediatamente generador de derechos o inmediatamente ejecutable, de los reconocidos a las trabajadoras víctimas[22].

Cabe destacar que dicha suspensión se configura como un auténtico derecho de la trabajadora, que podrá ejercer para *hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral,* y que además podrá ser solicitada sin necesidad de

---

[19] Convenio Colectivo del personal laboral de los consorcios de las unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Andalucía (BOJA 10–1–2008).

[20] Convenio Colectivo de la Federación Andaluza de Fútbol.(BOJA 4–7–2008).

[21] "*Deberán ser comunicadas a la menor brevedad*". Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, Sociedad Limitada (BOP 22–5–2008).

[22] Fernández López, M. F. *La dimensión laboral de la violencia de género*. Editorial Bomarzo. Madrid. 2005. Pág. 27.

haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Se trata de una suspensión con reserva del puesto de trabajo en los primeros seis meses, siendo compatibles dichos periodos a efectos de ascensos y derechos pasivos.

Respecto a su duración, no se establece un periodo mínimo – derecho consustancial con la eventualidad de la situación que contempla –, mientras que si se fija el máximo de seis meses en su ejercicio normal y un máximo de 18 meses en su ejercicio excepcional, a razón de sucesivas prórrogas trimestrales justificadas cuando lo exigiesen las actuaciones de la tutela judicial para hacer efectivo su derecho de protección. Prorrogas que generarán también el correspondiente derecho a la reserva del puesto de trabajo y los mismos efectos señalados anteriormente respecto a los efectos de los ascensos y los derechos pasivos[23].

En este sentido podemos encontrar que en el ejercicio del derecho a la suspensión por esta causa pueden articularse de forma complementaria, tres garantías, Así, una primera, que actúa sobre los requisitos objetivos necesarios para poder optar a ella, y que permite su ejercicio sin haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos; una segunda, que hace referencia al contenido del derecho, y que implica la reserva del puesto de trabajo; y por último, una la tercera dirigida a dotar el derecho de un cierto grado de protección, permitiendo el acceso de las trabajadoras a la prestación por desempleo[24].

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO OPORTUNIDAD PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Es lugar común, tanto en los textos normativos a todos los niveles como en los estudios doctrinales, el destacar la importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales, muy especialmente en lo que se refiere al acceso al empleo.

El artículo 43 de la LO 3/2007 habilita expresamente a la negociación colectiva para negociar *acciones positivas*, tanto en orden del acceso al empleo como en orden a las condiciones de trabajo, con el objetivo de alcanzar la igualdad efectiva

---

[23] Molina Navarrete, C. *Las dimensiones Socio–Laborales de la "lucha" contra la "violencia de género"*. Revista de Estudios Financieros. Nº 264. Madrid. 2005. Pág. 38.

[24] Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, Sociedad Limitada (BOP 22–5–2008).

entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. El artículo 17.4 ET[25] concreta esta medida al establecer la posibilidad de que la negociación colectiva introduzca reservas y preferencias en la condiciones de contratación. Es decir se reconocen derechos y de establecen las vía para su ejercicio, pero se hacen depender los mismos del interés de los negociadores en potenciar la colocación de este colectivo tan concreto. Lo cual será difícil de conseguir si no va acompañado de efectos positivos para el empresario como puede ser, los beneficios que obtenga con su calificación como empresa socialmente responsable.

En este sentido los acuerdos negociales pueden ser el marco para la realización de acciones positivas para las trabajadoras víctimas dentro de las medidas adoptadas en el ámbito de la responsabilidad social corporativa de las empresas[26].

La realización de esas acciones podrá ser concertada con la representación legal de los trabajadores, pudiendo consistir en el desarrollo de medidas dirigidas a la consecución de empleo de colectivos especialmente cualificados, como son sin lugar a dudas las mujeres víctimas de violencia de género, y que presentan dificultades especiales a la hora de acceder a un puesto de trabajo. Así se recoge en la Ley Andaluza de Violencia de Género[27], al preveer en el artículo 52 la posibilidad de alcanzar acuerdos con las empresas y las organizaciones sindicales para facilitar la inserción laboral de las mismas, concretando en el artículo 55 la posibilidad de desarrollar acciones de concienciación y sensibilización en el ámbito empresarial.

De esta forma se mantiene la línea iniciada por el Gobierno al promover la firma de diversos *convenios de inserción* de víctimas de violencia de género[28]. Así, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer ha venido firmando estos acuerdos con destacadas empresas en el marco de la responsabilidad social corporativa[29], lo que, a falta de una evaluación precisa e independiente del alcance real de estos convenios, indica una línea de actuación futura que puede favorecer la promoción en el empleo de este colectivo.

---

[25] Redactado conforme a la disposición adicional 11ª.2 de la LO 3/2007.

[26] El artículo 73 LO 3/2007, establece que las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social.

[27] Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

[28] En coherencia con el eje J del Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género, aprobado el 15 de diciembre de 2006 en Consejo de Ministros que establecía la movilización de los actores y la implicación del sector empresarial en la lucha contra la violencia de género.

[29] Las empresas firmantes de estos convenios son en todo caso muy relevantes en el sector productivo español, así el 20 de noviembre de 2007 firmaban el convenio Cepsa, El Corte Ingles, Eulen, Inditex, Sacyr Vallehermoso y Grupo Vips, a los que se le unirían el 6 de marzo de 2008 Correos, Renfe y Aena, y Adif que fue el primer firmante en el año 2006.

Y es que parece más factible hoy la firma de estos convenios, que presentan un mayor contenido de buenas intenciones que de hechos concretos vinculantes[30], que la inclusión de cláusulas en los convenios colectivos dirigidos a la promoción de *acciones positivas*, que generalmente pueden tener un mayor seguimiento por parte de los agentes firmantes, especialmente los sindicatos, y por tanto un mayor rigor en se ejecución. Ello no quita que lo que la negociación colectiva pueda *perder* por esta parte, no la pueda *ganar* a través de los Planes de Igualdad, marco óptimo para determinar los compromisos en estos temas de las empresas.

4. REFLEXIÓN FINAL

La negociación colectiva por su carácter normativo y vinculante a la vez que flexible e inmediato, se convierte en el ámbito por excelencia para el cumplimiento de las normativas de igualdad, tanto las dirigidas a conseguir la Igualdad formal —y por tanto correctoras de tratamientos y conductas discriminatorias–, como las que tienen por finalidad procurar la Igualdad real –y por tanto introductoras de medidas de igualdad de oportunidades–.

---

[30] Como muestra El Corte Inglés por esta vía se compromete a:

– Acciones de sensibilización:

Poner a disposición del Ministerio de Trabajo, en la medida de sus posibilidades, los medios que cuenta para actuaciones de difusión de la información y sensibilización en materia de violencia de género, tanto al público general como al personal contratado (revistas de empresa… etc).

Impulso de campañas de sensibilización en las que se fijen directrices de actuación que ayuden a la gestión del fenómeno internamente. Colaborar en las distintas actuaciones de sessibilización que se promuevan por el MTAS.

La difusión de la guía y la disposición, a través de su departamento de personal.

– Acciones de inserción laboral:

Facilitar, en la medida de sus posibilidades y encajes de perfiles profesionales, la inserción laboral de las mujeres víctima de violencia de género mediante la oferta de puestos de trabajo, que deberán contemplar la flexibilidad de horarios y jornadas, en función de las necesidades y peculiaridades de las situaciones que padecen de acuerdo con las modalidades de contratación vigentes en la legislación laboral.

La empresa se compromete a designar un asesor de empleo que atienda las peculiaridades de la mujer víctima y que le ayude a su inserción.

Ofrecer una formación inicial y, en su caso, continuada.

Mantener la confidencialidad respecto de las circunstancias personales de las mujeres que participan en estas actividades de inserción.

En igual sentido la negociación colectiva ofrece posibilidades amplísimas e inexploradas en el tema de la violencia de género. La vinculación de formación y empleo, o, de condiciones de trabajo y mantenimiento del empleo, por mencionar alguno de los temas, son ejemplo de lo mucho que puede hacer la negociación colectiva en esta materia. Y sobre todo, por dos cuestiones claves: por una parte porque el empleo es la principal vía de salida de estas mujeres del circulo de dependencia del maltratador; por otra y más general, porque la violencia de género es un problema social que se extiende más allá del mero reducto familiar y de manera especial incide en las relaciones de trabajo.

Si bien la aplicación de la LO 3/2007 ha hecho que exista una importante incorporación de la óptica de género a la negociación colectiva, las materias relativas a la prevención de la violencia de género parecen haber quedado en un segundo plano, así puede destacarse que la negociación colectiva andaluza sigue sin contemplar la cuestión de la violencia de género de un modo satisfactorio, ni desde el punto de vista de establecer vías de flexibilidad o de adaptación de las condiciones de trabajo, ni desde el fomento del empleo o la formación.

Ello puede deberse a la existencia de una percepción por parte de los agentes sociales de que estas materias poseen menor relevancia, ya sea por el número de mujeres que en un momento dado puedan hacer uso de estos derechos, ya sea porque aún falte sensibilidad ante este problema, lo que requerirá en todo caso una decidida actuación pública dirigida al fortalecimiento de estos temas en la negociación colectiva.

EL CONTENIDO NOVEDOSO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS AGRARIOS

Juan Romero Coronado
Profesor Ayudante. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. El contenido tradicional de los convenios colectivos agrarios
2. Las nuevas necesidades de regulación convencional en el sector agrario
3. La promoción pública de los nuevos contenidos en la regulación convencional agraria
4. La regulación de los contenidos novedosos de los convenios colectivos agrarios:
   4.1. Cláusulas de empleo
      Estabilidad laboral
      Formación Profesional
   4.2. Prevención de riesgos
   4.3. Prohibición de discriminación
      Cláusulas para evitar la discriminación por razón de género
      Cláusulas para evitar la discriminación por razón de origen

4.4. Protección de Colectivos desfavorecidos

BIBLIOGRAFÍA

1. EL CONTENIDO TRADICIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS AGRARIOS

El contenido de los convenios colectivos agrarios ha venido respondiendo a la finalidad tradicional atribuida a la negociación colectiva por los ordenamientos jurídicos: el establecimiento de principios y procedimientos de gestión que puedan ser aplicados en el nivel de la empresa agraria. Este contenido de carácter tradicional atiende fundamentalmente a los aspectos estructurantes de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales en las plantaciones y en las explotaciones agrícolas comerciales. De esta forma, el contenido tradicional de los Convenios Colectivos Agrarios no ha resultado innovador. Ha supuesto la incorporación de disposiciones que previamente ya habían sido reguladas por las normas estatales dentro del ámbito de la autonomía colectiva. Se podría hablar, por tanto, de reiteración normativa en la regulación de las condiciones de trabajo. (MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA VALVERDE, M.D., 2008, p. 491).

Esta reiteración se puede observar tanto en el esquema de condiciones de trabajo reguladas como en el contenido específico de cada materia. Así, se puede desarrollar un elenco de contenidos comunes de los distintos convenios colectivos agrarios en conexión con los contenidos regulados por las normas estatales. Con carácter general las cuestiones tratadas por el contenido tradicional de los convenios colectivos agrarios son el tiempo de trabajo, el pago por horas extraordinarias, las licencias y la asistencia médica. Con carácter más específico se establecen cláusulas relativas a los salarios, las indemnizaciones por fin de servicios, seguridad y salud en el trabajo, subsidios, vacaciones, conflictos y permisos de asistencia a actividades sindicales.

La importancia jurídica del contenido tradicional del convenio colectivo agrario no puede ser desdeñada a pesar de la redundancia de contenidos entre la normativa heterónoma y la convencional. Son varias las razones que permiten justificar esta consideración:

1ª Porque con la reiteración se refuerza la garantía de los derechos fundamentales en el lugar de trabajo.

2ª Porque en el ámbito agrario tiende a haber un bajo nivel de conocimientos y de la aplicación de la legislación laboral, y en cambio las disposiciones del convenio colectivo son conocidas y son aceptas por las partes interesadas.

3ª Porque se establecen procedimientos que tutelan la estabilidad de las relaciones laborales.

4ª Porque la incorporación de las disposiciones jurídicas de las normas estatales en los convenios colectivos contribuye a aclarar la legislación aplicable. Hay que tener en cuenta que con frecuencia la normativa estatal aborda cuestiones de forma distinta en el caso del sector agrario y en el caso de otros sectores.

5ª Porque el reconocimiento en convenio colectivo contribuye a la eficacia de la consecución de tales objetivos. Los convenios colectivos agrarios tienen bastante eficacia ya que constituyen un entendimiento común de los derechos y obligaciones de los empleadores y trabajadores en el ámbito de las explotaciones agrícolas. Este entendimiento común reviste gran importancia, pues muchas explotaciones y plantaciones grandes están localizadas en lugares más o menos remostos que los inspectores del trabajo no suelen visitar con frecuencia.

De esta forma el contenido tradicional de los convenios colectivos agrarios desempeña y ha desempeñado un papel importante para la tutela del trabajo decente en el sector agrario. Se ha convertido en un soporte imprescindible porque a través de él se ha logrado la transmisión de preocupaciones, toma de decisiones y mejora de la gestión en las relaciones laborales agrarias. Pero su significación no ha sido meramente cualitativa, en la medida en que la negociación colectiva es una de las formas más extendidas de diálogo social también ha tenido una significación cuantitativa para el sector agrario (OIT: La promoción del empleo rural para reducir la pobreza, 2008, p. 128).

2. LAS NUEVAS NECESIDADES DE REGULACIÓN CONVENCIONAL EN EL SECTOR AGRARIO

Las nuevas circunstancias económicas y sociales que se han presentado con carácter general y de manera particular en el sector agrario han abierto el debate sobre el papel que la negociación colectiva agraria debe desempeñar a la hora de regular las condiciones de trabajo. De manera particular las nuevas condiciones de empleo en el sector agrario han sido un referente que ha sido tenido en cuenta para abrir estas nuevas posibilidades en la negociación colectiva agraria. Así, se han planteado nuevas funciones de la negociación colectiva agraria que el contenido tradicional no contribuía a desarrollar. Era generalizada la escasez de convenios colectivos en los que se establecían cláusulas tan importantes para el bienestar de los trabajadores agrarios como las que hacen referencia a la situación de empleo del trabajador, ya fuera con carácter permanente, temporero u ocasional, en las que se estableciesen plazos o procesos de prueba que permitieran a los trabajadores pasar de un empleo menos estable a una más regular o pasar de una situación estacional a una permanente. En cualquier caso a lo más que se llegaba en materia de empleo era al establecimiento de disposiciones relativas a formación profesional.

Esta insuficiencia generó la necesidad de que la negociación colectiva agraria contribuyera a la creación de empleo estable dentro de la mejora de las relaciones laborales y el desarrollo de determinados derechos vinculados al acceso al empleo como la igualdad real entre hombres y mujeres, conciliación de la vida laboral y familiar, la formación a lo largo de toda la vida activa y la Seguridad y Salud en el Trabajo. Con carácter particular con especial atención al crecimiento del empleo de los jóvenes, posibilitando su mayor incorporación al mercado de trabajo y a las distintas realidades territoriales para responder a sus necesidades específicas.

Desde este nuevo enfoque se han venido introduciendo nuevas perspectivas para los convenios colectivos agrarios que persiguen su mayor implicación dentro de la planificación económica del sector agrario. Así se resalta el papel de la negociación colectiva no sólo como instrumento de regulación específico de regulación de condiciones laborales en el sector agrario. Sus implicaciones afectan a aspectos tan dispares dentro de la ordenación de las relaciones sociales agrarias como son la ordenación del territorio, el medio ambiente, la gestión sostenible del agua o los planes sectoriales que persiguen desarrollar el pleno potencial económico del sector agrario (VI Acuerdo de Concertación social de Andalucía).

La atención a estas nuevas realidades por parte de los convenios colectivos agrarios ha permitido ampliar las finalidades para las cuales fueron establecidos en su origen. En este sentido se pueden hablar de tres nuevas funciones de los convenios colectivos agrarios:

1ª Función estratégica. Los Convenios Colectivos agrarios contribuyen con la nueva regulación a la consolidación del sector agrario. Desde una perspectiva económica la articulación del sector a través de la negociación colectiva resulta decisiva para orientar la actuación de las administraciones públicas que desarrollan las políticas agrarias. Este es el caso particular de Andalucía donde la negociación colectiva agraria se incardina dentro de un conjunto de planes sectoriales elaborados de forma consensuada que trata de aprovechar el potencial de uno de los sectores que es considerado dentro de los que tienen mayor capacidad de arrastre en la economía andaluza. Es un instrumento que contribuye a garantizar a medio y largo plazo la competitividad del sector agrario y, por tanto, constituye un referente esencial desde el punto de vista tanto de la Administración Andaluza como de los agentes económicos y sociales del ámbito Andaluz.

2ª Función de cohesión. Con la negociación colectiva agraria se favorece la cohesión en sus tres dimensiones: económica, social y territorial dentro del marco del desarrollo sostenible

La nueva regulación convencional contribuye a mejorar de forma notable el nivel de desarrollo económico y condiciones de vida de las zonas rurales. Estas medias se integran dentro de las medidas de desarrollo rural que pretenden lograr la igualdad de oportunidades de las zonas rurales. Ponen de manifiesto un carácter ascendente, participativo y de cooperación a favor del desarrollo de las zonas rurales. Permiten la diversificación y mejora de la competitividad de la base econó-

mica de los ámbitos rurales. Por último, permiten la generación de empleo y mejoran la calidad de vida.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el cumplimiento de estas expectativas no está resultando tan fácil como pudiera parecer en un principio. En el ámbito agrario es fundamental subsanar las lagunas en materia de representación para abordar la insuficiencia de la protección jurídica y social que puede suponer la falta de regulación convencional en la dirección apuntada. Esto puede requerir enfoques innovadores en materia de organización y representación que permitan una adaptación a las comunidades rurales. Tal vez se necesiten nuevos métodos para reforzar la representación, y defender los derechos. La creación y funcionamiento de organizaciones representativas son dos elementos indispensables para el éxito de este diálogo social agrario. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen un papel que desempeñar en la defensa del derecho de todos los trabajadores y empleadores de organizarse y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, de modo que los convenios colectivos agrarios puedan abordar los déficit de trabajo decente en las zonas rurales (OIT: La promoción del empleo rural para reducir la pobreza, 2008, p. 46).

3. LA PROMOCIÓN PÚBLICA DE LOS NUEVOS CONTENIDOS EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL AGRARIA

Como consecuencia de las deficiencias representativas en el ámbito agrario las nuevas funciones de la negociación colectiva agraria han venido a ser promovidas por parte de los poderes públicos. En este sentido y dentro del respeto a la autonomía colectiva reconocida y garantizada en la Constitución han tratado de fomentar el desarrollo de acciones dirigidas a mejorar su estructura y contenidos. La finalidad perseguida por la Administración pública ha sido la de satisfacer las necesidades del sistema productivo y contribuir a los objetivos generales de la concertación.

Han perseguido con ello instaurar la negociación y la búsqueda del consenso como ejes prioritarios en el ámbito agrario, dando lugar a una ruptura con las características tradicionales de la negociación colectiva en el sector. Junto a las distintas tendencias externas en la economía agraria han persistido factores internos que han supuesto que las Administraciones públicas promuevan una negociación colectiva que trate de incidir en mayores niveles de desarrollo económico y articulación social. Por la vía de la negociación colectiva las Administraciones Públicas han tratado que se genere la articulación interna de la actividad productiva agraria, que se potencia la dimensión y cooperación empresarial, la modernización de las estructuras agrarias, la incorporación de la mujer al mundo laboral agrario en situaciones de igualdad y calidad en el empleo, eliminar las condiciones de desempleo de la población laboral agraria juvenil y de carácter femenino, reducir las

tasas de temporalidad en la contratación, reducir los índices de siniestralidad laboral en el ámbito agrario, fomentar la cohesión social y territorial y fomentar el desarrollo rural (OIT: La promoción del empleo rural para reducir la pobreza, 2008).

Para que se puedan lograr esos objetivos la administración ha establecido una serie de ejes estratégicos que han redundado en la consecución de los mismos. Estos ejes que han incidido en la negociación colectiva agraria han sido fundamentalmente cuatro:

1º El establecimiento de una cultura de la calidad del empleo, que trate de crear más empleo, más seguro y de carácter más estable. En el ámbito agrario la negociación colectiva ha sido concebida como un instrumento vertebrador de carácter prioritario. Las nuevas perspectivas de creación de empleo en el sector así lo han determinado. Frente a la exclusividad de la actuación pública, se ha entendido que el fomento del empleo agrario y su calidad dependen de la negociación de los distintos interlocutores sociales.

2º La capacidad emprendedora y la incidencia directa en el sector productivo agrario que permitan actuaciones específicas para desarrollar la estructura productiva. Se trata de introducir la regulación convencional dentro de un ámbito que no sea exclusivo de regulación de relaciones laborales sino como parte sustancial para el diseño y ejecución de acciones de carácter económico. Se produce así una nueva concepción de la negociación colectiva que va a redundar en una mayor democratización de los procesos de estructuración económica. De esta manera, se persigue que la negociación colectiva en el sector agrario genere un clima de estabilidad económica, favoreciendo el desarrollo de las actividades productivas y redundando en la consolidación de un sistema de relaciones laborales agrarias apropiado.

3º El desarrollo de la cohesión a través de un diálogo social con carácter permanente. Se trata de revalorizar la cultura de la negociación colectiva en el ámbito agrario haciendo de ella un eje de diálogo social permanente dirigido específicamente a concretar y garantizar la eficacia de los retos que plantea el sector. Así, se requiere el establecimiento de mecanismos de seguimiento y constitución de distintos foros y grupos de trabajo de carácter institucional para el desarrollo de las medidas derivadas de los Convenios Colectivos así como difundir y dar a conocer en el contexto social las medidas y actuaciones efectuadas.

4º Medidas dirigidas a la igualdad de la mujer, la integración social de los jóvenes, la calidad del empleo, la lucha contra la temporalidad, la atención a determinados colectivos, la seguridad y prevención de riesgos laborales, la conciliación de la vida laboral y familiar y el respeto al medio ambiente. Uno de los aspectos más importante de este giro experimentado por la negociación colectiva en el sector agrario es la transformación que puede experimentar el factor humano dentro de las relaciones de agrarias de producción. Supone una clara apuesta por el factor humano, su experiencia y conocimiento como elementos estratégicos generadores de competitividad y desarrollo regional y económico.

En definitiva, toda esta labor de promoción administrativa ha contribuido a ampliar significativamente las materias y medidas objeto de la negociación colectiva agraria. Así se han incorporado nuevas perspectivas y se han reforzado las ya existentes incrementando la cohesión social (VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía).

4. LA REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS NOVEDOSOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS AGRARIOS

4.1. Cláusulas de empleo

Fomento de la estabilidad laboral

La negociación colectiva agraria es un instrumento que puede servir para potenciar el empleo y su calidad dentro de las posibilidades que ofrece el actual marco legal. La Administración y los Acuerdos de Concertación tratan de ofrecer y promocionar cláusulas tipo perfectamente integrables dentro de la negociación colectiva agraria. Se tratan de cláusulas que contribuyen a allanar los obstáculos que puedan surgir en la incorporación al mercado de trabajo, siendo un colectivo fundamental en este sector el de reducir la temporalidad. Así, estas cláusulas tienen que ir destinadas a la orientación y formación profesional para el empleo poniendo un especial énfasis en fomentar la estabilidad laboral y motivar la incorporación a través de la actividad productiva.

Desde el punto de vista de las medidas concretas de fomento de la contratación no se establecen medidas de carácter general en los convenios colectivos agrarios. Se acuden a medidas concretas o específicas para el fomento de la contratación indefinida. En algunos convenios colectivos agrarios se contemplan cláusulas en las que se incide directamente en el fomento de la contratación de carácter indefinido. En muchos casos constituyen una remisión a la normativa heterónoma sobre esta cuestión. Así, a la normativa para la mejora del crecimiento y del empleo. También a los Programas para el Fomento del Empleo y acogimiento al régimen de incentivos autonómicos para el fomento de la contratación indefinida en previsión de la transformación de los contratos temporales a efectos de cumplimientos de los requisitos establecidos. A pesar de ello hay que resaltar que aunque con un carácter remisivo, sin auténticas novedades en cuanto al fomento de la contratación indefinida en el sector se produce un cierto interés en cuanto a la necesidad de arbitrar mecanismos convencionales para fomentar el empleo. (Convenio Colectivo del Campo para la provincia de Almería).

Donde sí que se establecen medidas específicas para el fomento de la contratación indefinida es en los denominados trabajos de temporada. Así se reconocen en los convenios colectivos agrarios un derecho de acceso preferente a ocupar puestos de trabajo fijos cuando los trabajadores hubiesen sido contratados por temporada. En cuanto a los requisitos que se establecen son con carácter general tres:

Haber trabajado o servido para un mismo patrón. Hay que tener en cuenta que este requisito es consustancial al mismo concepto de trabajo de temporada en la medida en que se considera trabajo de temporada el que se realiza para un mismo patrón para la realización de una o varias operaciones agrarias o para períodos de tiempo determinados.

Límite temporal. Haber trabajado para ese patrón durante un determinado período de tiempo establecido por el propio Convenio. En algunos casos se habla más de sesenta días al año.

Concurrencia de las mismas condiciones de idoneidad para el acceso al puesto de trabajo. (Convenio Colectivo provincial de Trabajo en el Campo de la provincia de Almería).

Formación Profesional

La Formación profesional se convierte en un instrumento decisivo dentro de la negociación colectiva para poder cualificar profesionalmente a la población activa agraria y conseguir la recualificación y la mejora de competencias profesionales de la población ocupada, con la consiguiente repercusión en el incremento de la productividad. Por ello se configura como el reconocimiento en vía convencional del derecho social a la formación profesional que tienen todos los trabajadores y trabajadoras. En la medida en que la formación para el empleo debe suponer una oferta permanente para el aprendizaje a lo largo de toda la vida, incluyendo el aprovechamiento de las nuevas oportunidades que ofrece la formación continua y garantizando la participación de los agentes económicos y sociales la negociación colectiva en este ámbito se hace particularmente relevante.

Cada vez se hace más patente el establecimiento de medidas destinadas a impulsar la elaboración, tanto de planes sectoriales de formación de trabajadores en activo del ámbito agrario como actividades formativas a nivel de empresa. Esto pone de manifiesto la importancia y la necesidad que la formación y cualificación profesional de los trabajadores agrarios está adquiriendo para el sector. De manera particular, se confieren estas iniciativas a las propias comisiones paritarias de los convenios colectivos agrarios con lo que se incardinan dentro de la propia dinámica negociadora. Las medidas más significativas dentro de este ámbito son:

La realización de cursos de formación y pruebas de cualificación profesional con la colaboración de la Administración Pública, tanto Central como autonómica.

La realización de ejercicios prácticos que se deban desarrollar de conformidad con los contenidos de los cursos de Formación Continua mediante la colaboración de los empresarios agrarios a través de la cesión de la finca o explotación y con la colaboración del personal contratado a su servicio.

Adhesión a los correspondientes Acuerdos Nacionales de Formación Continua, respecto de los cursos que se propongan impartir las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del correspondiente convenio (Convenio Colectivo del Campo para la provincia de Almería).

4.2. Prevención de riesgos

Otro de los nuevos contenidos que están adquiriendo particular importancia en la negociación colectiva agraria son cláusulas específicas que tratan de reforzar la prevención de riesgos laborales, especialmente en un sector donde hay un cierto grado de siniestralidad. Para ello se considera a la negociación colectiva como un elemento indispensable para fomentar la implantación de nuevas formas de organización del trabajo, sugiriendo posibles contenidos y cláusulas recomendables al respecto (Convenio Colectivo de Trabajo, de ámbito sectorial para actividades agropecuarias de la Provincia de Jaén).

En materia de prevención de riesgos se suelen desarrollar las previsiones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Así, a parte de reconocer el papel de los Delegados de Prevención se hace una especial incidencia en los Delegados Sectoriales de prevención pero sin mayores desarrollos. En materias de vigilancia y protección de la salud se realizan remisiones genéricas a la normativa sobre prevención. Sin embargo, también caben regulaciones específicas como las normas de aplicación de productos fitosanitarios. Así, se determina que en la manipulación y aplicación de los plaguicidas deberán cumplirse escrupulosamente las condiciones de utilización de los mismos que figuren en las etiquetas de sus envases y, particularmente, respetarse los plazos de seguridad correspondientes. En los trabajos en invernaderos, los trabajadores deben ser informados de los productos fitosanitarios que están utilizando no pudiendo realizar trabajos en el mismo invernadero en el que se esté aplicando el tratamiento. Por otra parte, hay que destacar también la constitución por parte de los convenios colectivos agrarios de los Comités y Comisiones Paritarias de Salud Laboral y sus reglas de funcionamiento. Por último, también poner de manifiesto que en determinados convenios también se hacen previsiones acerca de los equipos de trabajo y medios de protección que deben ser utilizados aunque suelen ser previsiones de carácter general (Convenio Provincial del Campo de Granada).

4.3. Prohibición de discriminación

Cláusulas para evitar la discriminación por razón de género

Se trata de potenciar cláusulas convencionales contra todo tipo de discriminación, en especial las relativas al género, promoviendo la inclusión en los convenios colectivos de las recomendaciones y orientaciones para la negociación colectiva, en orden a preservar la igualdad de oportunidades y la no discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Hay que tener en cuenta que respecto a las mujeres que desarrollan su actividad en el ámbito agrario todavía continúan existiendo obstáculos estructurales que dificultan su acceso, mantenimiento y reincorporación al mercado de trabajo y que requieren un esfuerzo continuado de todos los agentes sociales para su superación. Con este objetivo el papel de los convenios colectivos agrarios juega un papel capital en la medida en que se puedan articular actuaciones de carácter específico que contribuyan a establecer los cauces necesarios para elevar las tasas de actividad y empleo de la mujer, la calidad del mismo y una situación socio–laboral en condiciones de igualdad real y efectiva.

Lograr la integración de la mujer real e igualitaria requiere el esfuerzo conjunto de toda la sociedad pero con un carácter más particular de los agentes que interfieren en las relaciones de producción, por ello, la intervención en el ámbito agrario de la negociación colectiva resulta fundamental. Así, en el ámbito de la negociación colectiva agraria, con carácter trasversal se deben establecer reglas que prioricen el papel de la mujer. Además, se hace necesario el establecimiento de medidas de carácter específico para favorecer y mejorar la posición de las mujeres en el ámbito agrario. Se trataría de reforzar aquellas medidas que hayan demostrado un mayor beneficio para la mujer. Sin embargo, en la regulación convencional llevada al efecto hasta ahora todas estas medidas han tenido por lo general un carácter programático con poca capacidad de concreción.

En muchos supuestos han sido establecidas en atención a los supuestos de conciliación de la vida familiar y laboral. Curiosamente en este ámbito parece que las partes se dan por conforme con lo regulado en la normativa heterónoma. Solamente reproducen lo preceptuado legal o reglamentariamente y no se preocupan por promocionar positivamente el papel de la mujer. En otros casos se quedan en meras proclamaciones de carácter general para evitar la discriminación. En este sentido se establecen cláusulas para evitar la discriminación económica. Resultan tan generales que suponen un carácter redundante y no una aportación concreta para evitar esas discriminaciones. Así, suelen reproducir los términos del artículo 14 de la Constitución. Sin duda en este ámbito todavía queda un amplio margen por desarrollar. (Convenio Colectivo de Trabajo, de ámbito sectorial para actividades agropecuarias de la Provincia de Jaén).

Cláusulas para evitar la discriminación por razón de origen

Respecto de los trabajadores migrantes se establecen también determinadas particularidades. Por ejemplo permisos especiales con motivo de determinadas fiestas religiosas o del país de origen del trabajador. Así destacan los permisos especiales con motivo de las fiestas del Ramadán (Convenio Colectivo Provincial de Trabajo en el Campo de Almería). Por lo general, en los Convenios Colectivos agrarios estos permisos están sujetos a una serie de limitaciones:

– Siempre que la situación de trabajo lo permita.

– Que exista una limitación de carácter temporal: comúnmente un mes dentro de un período de un año.

– Se trata de un permiso sin retribución.

– Tiene que ser solicitado previamente y justificado adecuadamente con posterioridad.

– Durante la duración de este permiso el trabajador no puede realizar ningún tipo de trabajo retribuido como asalariado por cuenta ajena.

Además, se reconoce también la posibilidad de que se celebren otras fiestas de carácter religioso tal como ocurre con "La Fiesta Chica" y "La Fiesta del Cordero" en estos casos se establece el disfrute de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de estas fiestas tiene lugar. También se pueden establecer determinadas modalidades de jornada laboral adoptadas a estas celebraciones. Así, en el supuesto de celebración del Ramadán, los trabajadores que profesan la confesión religiosa musulmana pueden fijar a través del acuerdo con la empresa su jornada de forma continuada, con una disminución de una hora al comienzo y otra al término de la misma. Se permite que estas reducciones se recuperen en la forma que se acuerde. En caso de falta de acuerdo, se permite que se acuda a las comisiones paritarias del convenio cuya decisión tendrá carácter vinculante tanto para la empresa como para los trabajadores. En otro orden de cosas también se establece la posibilidad de llevar a cabo una formación específica para inmigrantes. Esta formación específica puede quedar integrada en los programas de formación continua de carácter tripartito.

4.4. Protección de Colectivos desfavorecidos

Con estas cláusulas se pretende impulsar a través de la negociación colectiva la igualdad de tratamiento de los colectivos más desfavorecidos. Hay que tener en cuenta que con carácter particular en la estructura agraria existen personas que no tienen las mimas oportunidades que el resto de los ciudadanos y sufren especiales problemas de discriminación y desigualdad.

En este sentido caben dentro de la negociación colectiva agraria propuestas específicas que tratan de mejorar la empleabilidad de colectivos con especiales dificultades o discriminación. La formación profesional adquiere en este ámbito un papel relevante dentro de los contenidos de la negociación colectiva. También la implantación de medidas tendentes a la eliminación de barreras de todo tipo, el desarrollo de medidas específicas para mujeres víctimas de la violencia de género... Dentro de las medidas concretas se pueden destacar las medidas tendentes a la contratación de trabajadores minusválidos. Así, en función del número de trabajadores que se empleen por parte de las empresas agrarias se determinan tantos por ciento de contratación de trabajadores discapacitados. Por lo general no se suelen hacer particularidades por razón de la plantilla, el número de centro de trabajo o la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Como régimen supletorio siempre se determina la normativa heterónoma. (Convenio Colectivo Provincial de Trabajo en el Campo de Almería).

BIBLIOGRAFÍA

BAYÓN CHACÓN, G.: "La peculiaridad del trabajo agrario". En AA.VV.: *La problemática laboral en la agricultura*, Colegio Universitario San Pablo (CEU), Madrid, 1974.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F.J.: *Relaciones Laborales y Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 2005.

ESCOBAR JÍMENEZ, J.: *Trabajadores agrícolas y Seguridad social agraria*, Ibidem, Madrid, 1996.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural", *TL*, n.2, 1985.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA VALVERDE, M.D.: "Las relaciones laborales en las explotaciones agrarias". En AA.VV. *La explotación agraria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MORENO VIDA, M.V., MONEREO PÉREZ, J.L., GARCÍA VALVERDE, M.D. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El trabajo en la Agricultura. Estudio Práctico del Sistema de Protección Laboral y de Seguridad Social*. Comares. Granada, 2005.

VIDA SORIA, J.: "Consideraciones en torno al régimen jurídico del trabajo por tiempo determinado en la agricultura". En AA.VV.: *La problemática laboral en la agricultura*. CEU, Madrid, 1974.

Conferencia de Clausura

RELACIONES ENTRE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS

Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Pablo de Olavide

INTRODUCCIÓN

Podría llegar a pensarse que la materia de la negociación colectiva – regulada en su versión actual desde 1980, pero con una ordenación y una práctica similares que se inició en 1958 y se ha prolongado sin interrupción hasta el día de hoy – se encuentra prácticamente agotada desde el punto de vista doctrinal. No es así ni mucho menos: en el marco de las relaciones laborales colectivas, se trata de una actividad en constante cambio y evolución, que de forma incesante ofrece la oportunidad de realizar nuevos desarrollos. Unas veces, las modificaciones y novedades tienen un origen normativo, cuando la ley introduce reformas en el sistema negocial, como ha ocurrido de forma repetida en las últimas décadas; otras veces, los cambios se producen en la práctica, por obra de las transformaciones de la estructura económica o del proceso productivo, de los comportamientos de los sujetos negociadores o de las modalidades de utilización de la propia negociación. En cualquier caso, el acercamiento al funcionamiento de ese sistema proporciona siempre nuevas cuestiones o, por lo menos, nuevos planteamientos de las ya conocidas, incluso al margen de tales modificaciones. Se demuestra con ello que la materia de la negociación y de los convenios es prácticamente inagotable.

Buena prueba de ello, sin llegar más lejos, es la elegida para las dos Ponencias de estas Jornadas, en las que se pretende abordar nuevos problemas de la negociación, que siempre los habrá, como consecuencia, según se acaba de indicar, de la acción de factores externos e internos que inciden en diversa medida sobre sus distintos componentes; en este caso relacionados con la estructura de la negociación y con el contenido de los acuerdos. Y también lo es la materia objeto de esta intervención, que se ha querido encuadrar en aquella otra, con objeto de poder añadir alguna aportación nueva.

En efecto, en el propio titulo de las reflexiones que pretendo desarrollar aparecen aquellos dos elementos (negociación y convenio) de cuya relación surge una cierta novedad de tratamiento. Tanto uno como otro han sido objeto de numerosos estudios doctrinales, pero de forma separada, como se ha hecho en estas mismas Jornadas; aunque al desarrollarse cada uno de ellos sean inevitables las mutuas referencias al otro, sencillamente porque se trata de elementos del sistema negocial que no se podrían entender por completo sin ellas.. Lo que en este momento me propongo hacer es poner en relación ambas realidades, operación que con seguridad hará aparecer algún aspecto que no se haya comentado antes o que al menos no se haya subrayado hasta ahora de manera suficiente. Creo que esto último justifica sobradamente la elección de la materia de mi intervención, que no se propone repetir lo ya observado por los ponentes anteriores sino ampliar en cierta medida la visión a través de otras aportaciones.

Antes de realizarla, convendrá detenerse con brevedad en el significado de la estructura negocial y del contenido de los convenios, conceptos de sobra conocidos pero cuyo recuerdo servirá como punto de partida de las consideraciones que han de seguir.

Es sabido que por estructura de la negociación colectiva debe entenderse el conjunto de los convenios colectivos de distinto ámbito (o lo que es lo mismo, correspondientes a las diferentes unidades de negociación) existentes en un momento determinado en un sistema; y adicionalmente, las relaciones y conexiones de distinta naturaleza (jerarquía, complementariedad, entre otras) que entre ellos se establecen. No sólo se trata pues de una realidad estática – en el sentido de existencia de una constelación de convenios diferenciados entre sí – sino también dinámica, en cuanto funcionamiento integrado de una parte al menos de esos acuerdos que se interrelacionan. El término "estructura" le conviene con exactitud, al aparecer en ella distintos "estratos" o niveles, que coexisten entre sí, cada uno con su identidad propia, más generales o superiores, más particulares o inferiores con respecto al sistema productivo en el que se enmarcan y cuyas relaciones laborales se dirigen a ordenar.

Tal conjunto diversificado es principalmente el resultado de las decisiones y de la actividad de los sujetos negociadores, pero que no actúan con un margen de total autonomía, al proyectarse su acción por regla general sobre una "plantilla" gene-

ral diseñada por el legislador, que a su vez se ha acuñado a lo largo del tiempo por la consolidación de determinados ámbitos típicos. Son estos últimos por lo que respecta a ordenamiento español vigente y es de sobra conocido: los acuerdos interprofesionales, (art. 83.2 ET), los sectoriales con sus diferentes ámbitos territoriales: locales, comarcales, provinciales, interprovinciales, de Comunidad Autónoma, nacionales (art. 87.2 ET), los convenios de empresa (art. 87.1 ET) y los convenios de ámbito inferior al de empresa (art. 87.1).

Pero la ley no se ha limitado a ofrecer esos diferentes ámbitos a los que negocian. A esta operación ha añadido algunas otras reglas, como pueden ser las de fomento de la negociación de determinadas materias en ciertos ámbitos, así como las de relaciones entre los convenios de ámbitos distintos y las de reenvío desde la propia regulación legal a la realizada por la negociación colectiva, unas veces de manera general o indiferenciada y otras referidas a determinados convenios.

En definitiva: la estructura real que en un momento determinado ofrece un sistema maduro de negociación colectiva es el resultado de la conjunción de todos esos factores: datos objetivos del sistema productivo sobre el que se proyecta la actividad de la negociación (estructura económica, tipología empresarial, conexiones entre empresas, entre otros); decisiones de los negociadores al elegir el ámbito concreto de la negociación y del futuro acuerdo y las materias que se incluirán en este último; y también reglas, impulsos e indicaciones legales dirigidas a los que negocian, que orientan su actividad en ese proceso, e incluso pueden llegar a dirigirla en alguna medida. No se trata en ningún caso de una situación adquirida o inamovible para siempre, sino dinámica y cambiante a lo largo del tiempo, por la acción de múltiples circunstancias.

Esta posibilidad de existencia de una estructura diferenciada según los casos opera al menos a lo largo de las dos líneas siguientes. En primer lugar, en la opción entre una negociación centralizada o descentralizada, según el grueso de la actividad negociadora (y, por consiguiente, de sus contenidos) se desplace y concentre en los niveles superiores o inferiores de la estructura. En el caso español, las facultades de negociación corresponderán en el primer caso a los sindicatos y asociaciones empresariales o, en el segundo, a los representantes de los trabajadores en la empresa y al empresario. Cada uno de los términos de la alternativa ofrece, como técnica de regulación de las relaciones de trabajo, ventajas y limitaciones; de ahí que en la práctica el sistema se sitúe en algún punto intermedio o de equilibrio entre los dos extremos, con lo que se intenta sumar los aspectos positivos de uno y otro, evitando al mismo tiempo sus inconvenientes. En otras palabras, el sistema se estructura combinando convenios de mayor y de menor ámbito, sin desplazarse del todo hacia ninguno de los dos extremos, aunque pueda encontrarse más próximo a cualquiera de ellos.

En segundo lugar, se presenta la opción entre una negociación cerrada o articulada, según cada convenio funcione como una unidad autosuficiente de regula-

ción para su respectivo ámbito, o por el contrario se abra a una relación de complementariedad con convenios de otro ámbito, sea superior o inferior. También en esta alternativa se pretende sumar las ventajas de una u otra solución, de forma que en un sistema concreto pueden coexistir elementos o factores de autosuficiencia y de articulación. Conviene indicar por otra parte que esta opción no es incompatible con la anterior, en cuanto ambas pueden combinarse y estar presentes a la vez. En otras palabras, puede optarse por una negociación colectiva más bien centralizada, que al mismo tiempo sea cerrada o articulada; y lo mismo una negociación más bien descentralizada con esas dos mismas posibilidades distintas. Es claro que el sistema español actual – y esta característica se produce prácticamente desde sus inicios – es al mismo tiempo descentralizado y de convenios cerrados, aunque por supuesto con algunos elementos de signo contrario.

Por lo que se refiere al contenido de los convenios colectivos, baste recordar que se trata de un aspecto que sigue reglas de un doble origen, legal y convencional. Conviviendo el principio básico de la libertad de negociación en el que las propias normas legales insisten, la ley contiene numerosas indicaciones sobre el contenido del convenio colectivo, unas veces de carácter obligatorio, otras como meras propuestas o medidas de fomento dirigidas a los negociadores. El artículo 85 ET, regulando el contenido del convenio, con indicaciones de uno y de otro tipo, es sumamente expresivo de lo que se indica. Con respecto a la propia negociación colectiva, la misma ley contiene numerosas referencias a la posibilidad de que sus sujetos decidan algunos de sus aspectos. La mención de los artículos 83.2 y 84, ambos del ET (referidos a la estructura de la negociación, a la resolución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y a los principios de complementariedad de las diversas unidades de negociación), es suficiente para comprobar este último dato.

A partir de la mención de estos datos básicos, se trata ahora de poner en relación los dos aspectos de la actividad negociadora, algunas de cuyas conexiones se han insinuado ya. Las que se van a desarrollar no son todas las existentes, pero sí se cuentan entre las de mayor significado. Las consideraciones que siguen entran de manera sucesiva en tres tipos de relación entre los elementos de la estructura de la negociación y el contenido de los acuerdos: en primer lugar, la específica función que es posible distinguir en los contenidos propios de los convenios de sector y de empresa seguramente sobre la base de una coincidencia en algunos de ellos; en segundo lugar, la posible distribución de materias a través de indicaciones legales y convencionales, que como es lógico, muestran una preferencia justificada para que sean los convenios de esos mismos ámbitos el medio de regularlas; y por último, los efectos que una excesiva descentralización de la estructura negocial produce de hecho sobre la calidad del contenido de los convenios colectivos.

EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS DE SECTOR Y DE EMPRESA: UNA FUNCIÓN DIFERENTE

La atención se centra a partir de ahora en los dos ámbitos de negociación más numerosos con mucho en el conjunto de la negociación colectiva española. Lo son por una obvia razón práctica: no se trata de ámbitos caprichosamente elegidos, sino que cada uno de ellos se dirige a ordenar un ámbito característico y bien definido, con perfiles propios en el sistema productivo y de relaciones de trabajo: de una parte, una unidad productiva diferenciada, sometida al poder de organización y de dirección de su titular, el empresario, en el primer caso; y de otra parte, el conjunto de unidades productivas dedicadas a una misma actividad en un ámbito territorial definido (local, provincial, de Comunidad Autónoma o nacional, como supuestos más frecuentes), en el segundo caso. La atención podría ampliarse sin duda hacia el nivel superior – convenios colectivos interconfederales – y hacia el nivel inferior – convenios de ámbito más reducido que el de la empresa – pero una razón de simplicidad expositiva aconseja limitarla a los dos citados.

Tanto el primero como el segundo ámbito de negociación y de aplicación del convenio justifican, por sus propias características, el nacimiento de un medio propio de regulación, que atienda específicamente las necesidades y peculiaridades de las relaciones de trabajo existentes en cada uno de ellos. En otros términos: una buena parte del contenido del convenio de sector y del convenio de empresa responderá a una función propia del medio regulador en el cuadro de ese característico ámbito.

Ahora bien, a lo anterior debe añadirse que las previsiones legales de tipo más general sobre el contenido del convenio no distinguen en absoluto los niveles de negociación, al referirse a todos ellos de manera indiferenciada: el ejemplo más importante, el artículo 85 ET, al mismo tiempo ofrece a las partes negociadoras una relación (no cerrada) de las materias que "podrán negociar" en su apartado 1 y exige un "contenido mínimo" (en realidad, unas cláusulas de inclusión obligatoria, en cuanto reglas de configuración y de identificación del mismo convenio) en su apartado 2. Sin excepción, todo este conjunto de indicaciones y reglas son aplicables tanto a los convenios sectoriales como a los de empresa, y lo son de la misma manera. En este punto, la ley está atendiendo a cuestiones que para nada se encuentran afectadas por el respectivo ámbito de aplicación de lo convenido. Este mismo tratamiento indiferenciado para la totalidad de los convenios estará también presente en otras muchas normas de remisión por parte de la ley a la negociación colectiva.

Sobre esas previsiones generales, sin embargo, y esto es lo que debe subrayarse en este momento, otra parte de lo convenido viene determinado de manera directa por el ámbito concreto al que se dirige; esta característica refleja precisamente uno de los valores más ciertos de la negociación colectiva, cual es la de su adapta-

bilidad y flexibilidad para adecuarse a las peculiaridades de la unidad que va a regular. En otras palabras, la función general de regulación de las relaciones de trabajo, común a todos los convenios, se especifica luego en los de empresa y en los sectoriales en un sentido algo diferente.

En efecto, es evidente que el convenio colectivo sectorial tiene como función característica la de suministrar una ordenación común a la totalidad de las empresas de la misma actividad operantes en un ámbito territorial determinado. Operación que, entre otras de naturaleza diferente, puede tener una motivación de carácter económico, más en concreto, relacionada con las condiciones en que se desarrolla la competencia empresarial. Mientras que el convenio colectivo de empresa ofrece una ordenación específica para una unidad organizativa y productiva concreta, en atención a lo que de diferente puede tener frente al resto de las empresas del mismo sector.

Como consecuencia de lo que se acaba de decir, es lógico esperar que de la negociación surjan contenidos característicos para cada uno de los mencionados ámbitos; impresión que la práctica se encarga de confirmar, como se comprueba al acercase a los textos de unos y otros. Así, en el convenio sectorial será más frecuente encontrar la ordenación de las cuestiones más generales y comunes al total de empresas, quedando al margen o con una regulación mucho menos intensa aquellas materias en las que la dimensión, la peculiar organización o estructura, las especialidades del proceso productivo u otras causas exijan normas propias. Regulación esta última que puede quedar remitida por el propio convenio, de manera explícita o no, a la posterior negociación colectiva que se realice a nivel de empresa. Esta posibilidad supone, claro está, la utilización de la técnica de la articulación de los contenidos de los convenios de cada una de aquellas unidades de negociación.

La negociación colectiva de empresa, frente a la sectorial, se caracteriza en contraste como un instrumento directo, en manos del empresario, de gestión directa del personal en el marco de su organización productiva, teniendo en cuenta sus exigencias propias. Instrumento, por supuesto, fruto de la negociación con los representantes de los trabajadores en la que han de encontrarse puntos de encuentro entre los intereses de una y otra parte; pero en cuyo texto será frecuente encontrar una buena parte de contenido introducido por iniciativa del empleador para servir a lo que interesa a la organización productiva concreta. En definitiva, en el convenio de empresa se trata de adoptar reglas de organización del sistema laboral propio a esta última y de la utilización de las técnicas correspondientes en el uso de sus recursos humanos.

No se pretende ahora ofrecer una relación exhaustiva de cuáles pueden ser las materias específicamente reguladas por el convenio de empresa, entre otras razones porque ello variará según los sectores en los que esta última se encuadra y también según las exigencias de cada empresa, de acuerdo entre otros aspectos con su actividad o su dimensión, el abanico de su clasificación profesional, la estructura

de su empleo o su específica organización. Sí pueden mencionarse algunas de ellas, a título de ejemplo: categorías profesionales propias, tipos de contratos, sistemas de ascensos, valoración del trabajo e incentivos salariales, turnos de trabajo, compromisos de empleo, competencias y garantías complementarias para los representantes de los trabajadores, acción sindical en la empresa, reglas más favorables para las asambleas, en un catálogo que podría ser bastante más extenso; una lectura atenta de los textos convenidos permite comprobar la existencia de otras muchas de las mismas características y que cumplen una función coincidente o similar . No es difícil encontrar ordenaciones sobre todas estas materias en los convenios sectoriales, pero no es menos cierto que la orientación, la intensidad o el detalle de tal operación, por razones obvias de la generalidad de su aplicación, no pueden ser los mismos que en el caso del convenio empresarial. Las partes negociadoras de este último crean reglas específicamente planeadas para ser aplicadas de manera directa a la organización empresarial concreta, sin que sea necesario realizar ninguna medida posterior de adaptación o desarrollo, que sí puede serlo cuando se regula el conjunto de empresas existentes en todo un sector.

Señálese también al paso, sin mayores desarrollos, que este contenido característico de los convenios de empresa muestra una conexión directa con la legitimación para negociar reconocida a unos sujetos que son el propio empresario individualmente considerado y los representantes de los trabajadores en la empresa: uno y otros llamados a expresar en el texto del acuerdo la promoción y ordenación de sus intereses respectivos con un grado de proximidad que no se da en los convenios negociados a nivel superior por parte de asociaciones empresariales y sindicatos. El conocimiento que aquellos sujetos tienen de las peculiaridades y conveniencias de la empresa a la hora de proceder a tal ordenación y las técnicas utilizadas para llevarla a cabo consiguen su reflejo con toda lógica en los contenidos característicos de la negociación que se lleva a cabo en este concreto nivel. También, por consiguiente, es posible advertir una conexión entre los sujetos actuantes en el proceso de negociación y el contenido concreto que se ha conseguido en el acuerdo; una consideración más amplia de esta conexión queda al margen de nuestra reflexión en este momento, al corresponder más bien a lo que se expone en las Ponencias de estas mismas Jornadas.

Algo similar a lo observado sobre el contenido propiamente normativo del convenio puede decirse en relación con los medios puestos en juego por el mismo acuerdo para ser aplicados durante su vigencia sobre la gestión de su contenido, la solución de las dificultades o conflictos surgidos en su aplicación, el control de su efectivo cumplimiento, la interpretación de sus cláusulas o las previsiones para una futura negociación que mejore el texto en vigor. Al igual que lo ya comentado sobre el contenido material de los convenios y más allá de la existencia de coincidencias formales y de fondo con las técnicas y procedimientos de la administración de los convenios sectoriales, los que se incluyen en los de empresa presentan sin duda una diferencia frente a los enmarcados en los de ámbito superior. No es necesario

realizar un esfuerzo especial para comprobarlo: la composición de los órganos a los que se encarga de realizar esta función de administración, formados por representantes directos del empresario y de los trabajadores, la consideración por parte de ellos de las características propias de la empresa para la adopción de las correspondientes soluciones y también los procedimientos y técnicas que se prevén para realizar tales funciones son, entre otros factores, elementos suficientes para poder concluir que la regulación convenida de la fase de administración del convenio no llega a coincidir como un todo en los acuerdos de ámbito sectorial y de ámbito empresarial. Y las razones para ello son las mismas que las comprobables en relación con las diferencias de orientación y de aproximación en la redacción de las reglas normativas, que, una vez más, responden a las distintas funciones que están llamados a cumplir cada uno de esos convenios.

Lo que se acaba de indicar es perfectamente compatible con la dualidad antes mencionada de negociación cerrada y articulada. Lo es en el sentido de que los dos ámbitos negociales que se están analizando se complementan entre sí, al cumplir cada uno de ellos su función propia: la ordenación común para materias coincidentes y ordenación específica para las de cada organización. Es más: organizada la negociación colectiva según un criterio de articulación, las dos funciones citadas se llevan a cabo de manera simultánea, siendo resultado de una técnica deliberada o planificada. O lo que es lo mismo, que cada uno de los dos tipos de convenios tiene en cuenta la existencia del otro al realizar la regulación de la parte que le corresponde: el convenio sectorial deja una parte sin regular o lo hace sólo de una manera muy general; y el convenio de empresa parte de lo regulado por el más amplio y lo complementa o lo desarrolla por medio de sus propias reglas.

En algún ordenamiento distinto del español – es el caso por ejemplo, de la República Federal de Alemania – esta dualidad de contenidos se proyecta más allá del simple texto del acuerdo para proyectarse sobre la naturaleza jurídica de lo conseguido en uno u otro ámbito. Así, sólo el convenio sectorial recibe en ese sistema el reconocimiento como instrumento con fuerza normativa, mientras que el convenio de empresa queda por debajo de ese nivel, con una mera función de medio de desarrollo o de aplicación de aquel otro. No es este, sin embargo, el caso del Derecho español, como es conocido, en el que la misma naturaleza se reconoce a los convenios de uno y de otro ámbito, con la única excepción de los "acuerdos de empresa" una categoría seguramente diferenciada frente a los convenios de empresa en sentido estricto.

INDICACIONES LEGALES Y CONVENCIONALES SOBRE CONTENIDOS

Se ha indicado ya que, aparte de lo establecido con carácter general en el artículo 85 ET, la ley contiene numerosas indicaciones y reglas referidas al contenido

de los convenios, en las que es posible advertir por contraste una distribución entre los diferentes ámbitos. A ello se añaden otras reglas en sentido similar establecidas por la propia negociación colectiva.

En principio, cabe esperar que esta doble línea de actuación obedezca a la diferenciación de funciones de los convenios de ámbitos distintos que se ha advertido en el apartado anterior. Expresado en otros términos: cabe esperar que tanto las indicaciones legales como las decididas por los interlocutores sociales se propongan como objetivo que los convenios sectoriales consigan de la mejor manera posible constituirse como ordenación equilibrada de la totalidad de las empresas encuadradas en cada ámbito territorial; y que, por su parte, los convenios de empresa alcancen el carácter de regulación apropiada a las exigencias de la organización empresarial. Debe reconocerse que esta doble y paralela operación no es ni mucho menos fácil de realizar, en la medida en que, al mismo tiempo, es necesario perfilar cada uno de sus elementos por separado y articularlos entre sí para que se complementen de la mejor manera posible.

Repasando la relación de materias que una y otra fuente atribuyen al convenio de sector y al convenio de empresa podrá comprobarse si, en efecto, se confirma que cada uno de ellos se dirige a constituirse, bien como ordenación común para un conjunto de empresas, bien como regulación propia de una unidad productiva.

Interesa comprobar, por otra parte, si esa doble operación, legal y convencional, contiene sólo indicaciones, recomendaciones o meras reglas de fomento de la distribución de contenidos o si, además, establece algunas otras medidas de carácter más fuerte, como pueden ser normas de cumplimiento obligatorio, tanto en sentido positivo como de prohibiciones, para los negociadores. En este segundo caso, es evidente que tales reglas pueden llegar a afectar en alguna medida la libertad de negociación quese garantiza a estos últimos.

Tampoco en este aspecto de la exposición se pretende presentar en este momento una relación exhaustiva de casos y materias. Interesa tan sólo una visión general y de conjunto, tanto por lo que se refiere a las materias atribuidas como a la precisión del reenvío realizado. A estos efectos, se advierten en esta segunda línea de conexión entre estructura y contenido dos casos principales: la preferencia que en algunos casos se opera a favor del convenio sectorial y la concurrencia entre convenios de diferente nivel.

La preferencia en favor de los convenios de sector

La técnica legal, comprobable en múltiples ocasiones, de favorecimiento de la negociación en el nivel sectorial parece en principio justificada por el objetivo de asegurar una dosis mínima de regulación uniforme para el conjunto de empresas incluidas en ese ámbito. Si ello es así, es lógico que se realice a través de una indi-

cación selectiva, esto es, relativa a aquellas materias en las que tal uniformidad es por lo menos conveniente, cuando no necesaria, para evitar una excesiva dispersión o disparidad normativa a la que se podría llegar si se extrema la negociación colectiva realizada en el nivel empresarial

Posiblemente, los tres casos más característicos se encuentran previstos a estos efectos en el ET, todos ellos relativos a las "modalidades del contrato de trabajo": contratos formativos (art. 11), contrato a tiempo parcial (art. 12) y modalidades contractuales (art. 15). Tal como se encuentran hoy redactadas, las reglas que se van a comentar en este apartado y en el siguiente, muestran el resultado de las reformas del ET producidas en los años 1994 y 1997, lo cual indica un proceso de modificación por parte de la ley que se ha intensificado a lo largo de la década de los noventa y que podría continuar en el futuro, aunque en estos momentos no parece que existan previsiones concretas sobre ello.

El artículo 11, en su regulación de los "contratos formativos", faculta a "los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o inferior o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior": la determinación de los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías" objeto del contrato de trabajo en prácticas (apartado 1.a); la especificación de la duración del contrato de trabajo en practicas dentro de los límites de entre seis meses y dos años (apartado 1.b); el número máximo de contratos para la formación "en función del tamaño de la plantilla" y los puestos de trabajo objeto del mismo contrato (apartado 2.b); establecimiento de duración distinta de este último contrato respecto de los límites generales fijados por la ley (apartado 2.c). En el mismo precepto existen otras remisiones al "convenio colectivo", sin especificar ámbito, por lo que debe entenderse como de cualquiera de ellos.

El artículo 12, sobre el contrato a tiempo parcial, prevé en su apartado 4.e que "los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior" puedan fijar los requisitos y procedimientos para el retorno del trabajador que hubiese acordado la conversión de una contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y solicitasen el retorno a la situación anterior. En este mismo artículo se incluyen también otras remisiones al "convenio colectivo", sin especificación de ámbito.

El artículo 15, sobre "modalidades contractuales", añade otras previsiones: el apartado 1.a permite a "los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior" (pero ahora con la adición "incluidos los convenios de empresa", no prevista en los artículos anteriormente citados) identificar "aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse" con contratos para la realización de una obra o servicio determinados; el apartado 1.b faculta que por "convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior" se modifique la duración máxima de los contratos temporales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos; el

apartado 8 permite a "los convenios colectivos de ámbito sectorial" acordar la utilización de los contratos de trabajadores fijos–discontinuos de la modalidad de tiempo parcial y "los requisitos y especialidades" para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos–discontinuos. Otras previsiones dentro del mismo precepto remiten simplemente al "convenio colectivo", sin más especificación.

A lo largo del texto del ET, pero fuera de los tres artículos mencionados, existen otros reenvíos a los convenios colectivos, pero no ya especialmente al de ámbito sectorial: lo son, una veces, a la "negociación colectiva" con carácter genérico o a "los convenios colectivos o acuerdos de empresa. Así se hace, por ejemplo y entre otros muchos casos, en los artículos 20.2 (cumplimiento por el trabajador de la obligación de trabajar), 23.2 (ejercicio de los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo), 24.1 (reglas sobre ascensos), 25.1 (promoción económica) y 31 (fecha de la segunda gratificación extraordinaria y su prorrateo en las doce mensualidades).

Contemplados en su conjunto los tres casos de los artículos 11, 12 y 15 ET, puede advertirse en ellos la finalidad común de evitar desde la ley una excesiva flexibilización en la utilización de estas modalidades contractuales; resultado al que podría llegarse si se permitiese su regulación por parte de los sujetos de los convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior. Una mayor descentralización, operada a través de estos últimos convenios, podría llegar a suponer la minoración en exceso de ciertas garantías para los trabajadores que son parte de esas modalidades contractuales. La materia de la duración de los contratos formativos (art. 11.1.b y 2.c) y de los contratos temporales por circunstancias del mercado (art. 15.1.b) es un buen ejemplo de lo que se indica, pero la observación, en una u otra medida, es aplicable a todas las citadas. Es posible pensar que en el fondo de esta limitación legal late la sospecha de que la fuerza negociadora de los representantes del personal en la empresa frente al empresario puede ser en ocasiones más débil que la de los sindicatos a nivel sectorial; lo que podría llevar a aceptar con mayor facilidad las propuestas de aquél menos favorables para los trabajadores. En definitiva, es posible advertir una precaución legal dirigida a mantener un cierto grado de centralización de la negociación en determinadas materias, seleccionadas de entre las que mayor importancia pueden representar desde el punto de vista de los intereses de los trabajadores.

Las reglas sobre concurrencia de convenios

El artículo 84 ET, tras emitir la regla de que "un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto", prevé dos situaciones especiales. La primera establece que sindicatos y aso-

ciaciones empresariales legitimados según las reglas de los artículos 87 y 88 pueden "en un ámbito determinado que sea superior al de empresa, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior": es claro que en este caso se está ante convenios sectoriales, para cuya relación lo que se establece es que el de ámbito menos extenso puede modificar lo que se haya convenido anteriormente en otro de ámbito más extenso. La segunda considera "materias no negociables en ámbitos inferiores" (como es obvio, cuando aquéllas hayan sido efectivamente reguladas en un ámbito superior), las que menciona en un lista con seguridad cerrada; "el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica".

Las reglas ahora transcritas muestran significativas diferencias respecto de las ya comentadas de los artículos 11, 12 y 15 ET y también entre sí. Por lo que se refiere a las primeras, es evidente que no se trata de una atribución por parte de la ley a un convenio colectivo de determinado ámbito (en los supuestos de aquellos artículos, como ya se ha visto, al de ámbito sectorial) sino de una posibilidad ofrecida por la ley a los negociadores para que hagan uso de ella si así lo desean, pero que no opera si no se produce esa decisión. Por su parte, las dos reglas del artículo 84 ET se diferencian entre sí en cuanto que la primera (convenio sectorial de ámbito menos extenso que afecta al de ámbito más extenso) opera, en el caso de que se utilice, en un sentido descentralizador, puesto que la preferencia favorece al convenio de nivel inferior; mientras que la segunda (imposibilidad de negociación de determinadas materias en ámbitos inferiores) ofrece una operación en sentido contrario, es decir, de centralización, al hacer posible que el convenio de ámbito superior cierre la vía para la regulación de ciertas materias por parte del convenio de ámbito inferior.

Más difícil parece la tarea de encontrar un denominador común a las materias incluidas en la lista del artículo 84, a diferencia de lo que se ha observado en relación con las incluidas en los artículos 11, 12 y 15 ET al efectuarse la remisión al convenio colectivo sectorial. Se trata en esos casos de materias alejadas entre sí, prácticamente sin conexión entre ellas. En las mencionadas en el artículo 84 hay algunas del régimen jurídico de la relación individual (como los casos del período de prueba y de las modalidades de contratación) y otras referidas a la organización laboral de la empresa (reglas sobre régimen disciplinario, condiciones mínimas de seguridad e higiene y movilidad geográfica). En principio, puede entenderse que la ley haya querido, también en estos casos, evitar la excesiva dispersión en una negociación descentralizada por empresas, pero su fundamento es más débil que el comprobable en las materias mencionadas en los artículos 11, 12 y 15 ET relativos a los contratos formativos, a tiempo parcial y temporales.

LOS EFECTOS DE UNA EXCESIVA DESCENTRALIZACIÓN

El tercer y último aspecto de la relación entre estructura negocial y contenido de los acuerdos ofrece una cuestión con seguridad menos comentada pero que no deja de tener, como se verá, una indudable importancia práctica.

En la estructura de la negociación colectiva española se viene advirtiendo por la doctrina desde hace años una clara inercia que favorece la conservación de la distribución consolidada entre los diferentes ámbitos; lo cual conlleva la consiguiente resistencia a modificar en profundidad lo que se viene haciendo, no ya sólo desde el comienzo de la vigencia del ET, sino desde la experiencia anterior. En ese conjunto se ha advertido también un notable grado de descentralización negocial, calificada incluso como "atomización" por parte de los interlocutores sociales en algunos de los primeros Acuerdos interconfederales suscritos. Sería del máximo interés investigar las causas de este rasgo persistente, cuyo conocimiento permitiría en su caso superarlo o mejorarlo, en la medida en que pueda tener efectos negativos sobre los procedimientos de negociación y sobre los resultados conseguidos. Es muy probable que tales causas se encuentren relacionadas con los intereses y, por consiguiente, con los comportamientos de los sujetos que negocian, más que con una acción ordenada y planificada que respondiera a criterios objetivos de ordenación de una razonable estructura de la negociación, con la consiguiente distribución de materias entre los diferentes ámbitos.

No es éste sin embargo el propósito de estas reflexiones, centradas más bien en el contenido de los convenios colectivos. Adviértase que una intensa proliferación de convenios colectivos, comprobable al mismo tiempo en los niveles sectoriales y en los de empresa, no puede ser calificada como negativa por sí misma, puesto que en muchos casos cumple una función razonable y justificada. Ya se ha comentado anteriormente que el convenio colectivo de empresa, si utilizado de forma ajustada, cumple su función propia de ordenación de las relaciones de trabajo en ese ámbito, complementaria de la realizada en los superiores. Y algo similar puede decirse de los sectoriales de ámbito menor (provincial, comarcal, local), que complementan lo establecido en los nacionales o de Comunidad Autónoma.

No es por lo tanto la negociación colectiva realizada en los ámbitos sectoriales inferiores o en la empresa lo que, por sí mismo, haya de criticarse. Los efectos negativos de los que se habla se producen porque esa negociación, como regla general y en una buena parte, constituye una ordenación cerrada y autosuficiente para las respectivas unidades de negociación, sin relación alguna con los acuerdos suscritos en los niveles superiores. En otros términos, el convenio de empresa suele ser la única norma de origen convencional aplicable en ella, sin que se utilice la técnica de la articulación con los convenios de ámbito superior. Y lo mismo puede decirse de los convenios sectoriales de ámbito más limitado con respecto a los de esta misma naturaleza de mayor extensión.

Un sencillo recurso a los datos facilitados por las estadísticas del Ministerio de Trabajo en materia de negociación colectiva será suficiente para conocer la información básica que permitirá la reflexión que se quiere hacer. En el año 2007 (último para el que se cuenta con datos totales) el número de convenios registrados, de todos los niveles, fue de 5.602, que afectaron a 10.933.400 trabajadores. La cifra media de estos últimos para ese mismo año ha sido por lo tanto de 1.951 trabajadores, que sin exageración debe ser calificada como en exceso reducida.

Pero esta media no es regular para todos los convenios, teniendo en cuenta ahora su distinto ámbito. En efecto, los convenios sectoriales para ese mismo año alcanzaron la cifra de 1.339, que afectaron a un total de 9.741.900 trabajadores, de lo cual resulta una media de 7.275 trabajadores por convenio. Mientras que los convenios de empresa llegaron a un total de 4.263 con 1.191.500 trabajadores afectados, siendo ahora la media de 279 trabajadores para cada uno de ellos. La disparidad es evidente y es en este segundo nivel, más reducido, en el que con mayor claridad se muestra esa "atomización" de la que antes se ha hablado. Las estadísticas utilizadas no ofrecen datos desagregados para los convenios de sector de ámbito más reducido, pero es muy probable que en ellos se produzca el mismo fenómeno que en los de empresa.

Las cifras anteriores deben ser completadas con las que se conocen de los años precedentes, que permiten obtener la información sobre una posible evolución en ese período. En el año 1998 los convenios colectivos de todos los niveles llegaron a 5.091 para un total de 8.750.600 trabajadores: la cifra media por convenio fue pues de 1.718, algo inferior a la luego registrada para 2007. De esos convenios, 1.401 fueron de sector, para 7.729.100 trabajadores: 5.516 afectados por convenio. Los convenios de empresa por su parte fueron 3.690, para 1.021.500 trabajadores, de lo que resulta una media de 276 afectados por convenio. Es evidente que en el período considerado de los últimos diez años se ha producido un cierto aumento de la media de los afectados por los convenios sectoriales, aumento que contrasta con la práctica estabilidad de la media de los afectados por los convenios de empresa. Dato este que confirma el hecho de que la estructura negocial "atomizada" se produce, y persiste, por lo menos en la etapa más próxima a la actual, sobre todo en la negociación de los convenios de nivel inferior.

Si detallásemos las cifras correspondientes a cada uno de los años comprendidos en ese decenio, podría comprobarse que las líneas de evolución observables entre 1998 y 2007 no son regulares, puesto que tales líneas ascienden o descienden en alguna pequeña medida de manera irregular. Pero el sentido general de la evolución, sin entrar en esos detalles menores, está bien representado en la comparación de las cifras mencionadas para cada uno de aquéllos dos años.

Es claro que los datos estadísticos que ahora comentamos no pueden ofrecer información sobre el contenido concreto de cada uno de los convenios suscritos. Para obtener tal información sería necesario analizar los textos convenidos o, al menos, una muestra representativa de ellos: sólo mediante este procedimiento po-

dría comprobarse la cobertura material de cada acuerdo, el grado de articulación que en su caso pudiera existir, las novedades reales que los convenios están aportando a la regulación de las relaciones de trabajo en cada ámbito y otras cuestiones complementarias o conexas.

En todo caso y sin perjuicio de las limitadas informaciones que en este momento pueden tenerse, la conclusión general sobre los datos que ahora se recuerdan es sin duda la existencia de un excesivo esfuerzo negociador en la negociación colectiva española, sobre todo en la realizada a nivel de empresa y también en la sectorial de ámbitos territoriales inferiores. Refuerza esta impresión la referencia que puede añadirse sobre el número de personas que, integradas en las respectivas comisiones negociadoras de los convenios, se dedican a discutir y acordar sus textos. En las estadísticas mencionadas del Ministerio de Trabajo no se da noticia de este dato, pero no es difícil realizar una estimación que permita por lo menos aproximarse a la realidad.

Sobre la base de 8 personas de media por convenio negociado, de uno y otro nivel, que puede ser considerada como una cifra más bien baja, en los 5.602 convenios negociados en el último año habrían intervenido 44.816 personas. Esta estimación comprende solamente a las partes negociadoras, sin contar los presidentes ni los asesores de aquéllas, cuando los haya. Se trata sin duda de un número exagerado; teniendo en cuenta además la frecuencia de las negociaciones, producida por la duración bastante reducida de los convenios que se negocian, raras veces má allá de los dos años de vigencia.

No pretendo limitarme a la simple presentación de estas cifras, que por sí mismas y consideradas de forma aislada no son significativas ni puede informar en sentido positivo o negativo sobre la calidad de un sistema de negociación colectiva. El objetivo de traerlas a este comentario no es otro que, como es las consideraciones anteriores, ponerlas en relación con el contenido de los acuerdos, resultado de la actividad llevada a cabo por los sujetos que intervienen en la negociación.

Este número estimado podría llegar a estar en cierta medida justificado si el resultado de los convenios fuese sin excepción de la máxima calidad. No es este el caso, desde luego, porque no parece realista creer que exista un número tan elevado de personas con la preparación e información requeridas para conseguir un resultado de ese nivel. Que no se trata meramente de un temor o de una sospecha sin fundamento lo demuestra la misma realidad del contenido de los convenios que en la actualidad se están negociando y entrando en vigor en España.

En efecto, una aproximación a los textos de estos acuerdos permite comprobar las innumerables deficiencias que tales textos contienen, seguramente evitables si las personas que negocian, nombradas en número más razonable como consecuencia de la previa reducción del número de los convenios, pudiesen serlo con criterios más rigurosos. Es muy frecuente encontrar en los acuerdos negociados defectos de cierta gravedad. Personalmente, he realizado en varias ocasiones al-

guna aproximación a tales acuerdos, en materias diversas (tiempos de trabajo, salarios, ascensos, sistema de representación de los trabajadores en la empresa, sector agrícola, entre ellas) y he podido comprobar algunos de ellos, en los que destaco ahora los siguientes: un pobre aprovechamiento de las oportunidades de regulación convenida que la ley ofrece a los sujetos de la negociación y, como consecuencia de ello, una escasa riqueza del contenido de los acuerdos, centrados muchas veces – sobre todo en los convenios de empresa — en lo básico de la materia salarial y de alguna otra de las condiciones centrales de las relaciones de trabajo; un defectuoso conocimiento de la normativa legal vigente sobre condiciones de trabajo y de empleo y sobre las instituciones básicas de las relaciones laborales, incluida la propia negociación colectiva, pero también la libertad sindical y las instituciones de representación de los trabajadores en la empresa, lo cual provoca deficientes regulaciones de difícil o imposible aplicación; y también una información incorrecta sobre la distinción entre normas de Derecho necesario absoluto y relativo y de Derecho dispositivo a la hora de introducir una regulación propia por parte del convenio frente a la establecida por la ley..

Los mencionados no son desde luego defectos menores, identificados sobre la base de un exagerado afán crítico; muy al contrario, son insuficiencias y deficiencias que afectan de manera negativa e importante a la función que el convenio colectivo, por su propia naturaleza, debe cumplir.

Al margen de esto, pero sin duda relacionado con ello, conviene añadir que un análisis de cierta intensidad y extensión del contenido de los convenios de ámbito menor permitiría comprobar con toda seguridad que las diferencias de regulación entre ellos no justifica el mantenimiento de las correspondientes unidades de negociación y los procesos negociales con ellas conectadas. En otros términos, que una buena parte del esfuerzo actual de negociación se podría reducir a través de una correcta operación de desplazamiento y concentración de determinadas materias hacia los convenios de ámbito superior, precisamente las que son de regulación uniforme para la totalidad de las empresas en este último; con la consiguiente reducción de la función de los inferiores a la regulación de aquéllas otras que en estricto sentido pertenecen a lo peculiar de éstos. No se trata de otra cosa que de la utilización correcta de una técnica madura y responsable de articulación de la negociación colecita, desconocida en la práctica de la mayor parte de la negociación colectiva española.

No parece que haya que subrayar de forma especial el hecho de que los negociadores están dando a la luz una norma jurídica, cuya vocación inmediata es la de su aplicación en la vida diaria de las empresas. Los defectos mencionados o cualesquiera otros de tenor parecido habrán de provocar innumerables problemas y conflictos prácticos, con el inevitable efecto consiguiente del recurso a los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, ya de por sí bastante sobrecargados, sin contar ahora los internos a los sectores y empresas creados por los propios convenios.

El reducido nivel de calidad de la negociación colectiva española no está desde luego en consonancia con su historia: hace más de sesenta años que aquélla fue regulada por primera vez y desde entonces, aunque sometida a dos sistemas jurídicos diferentes, hay que pensar que la experiencia ha sido lo suficientemente densa como para permitir unos resultados mucho más cualificados de los que en la actualidad se están obteniendo.

Queda por lo tanto todavía un importante esfuerzo por realizar. Esfuerzo que más que al legislador, corresponde por razones obvias a los propios sujetos de las relaciones laborales. Como se ha recordado anteriormente, el artículo 83.2 ET faculta a "las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma" para "establecer la estructura de la negociación colectiva" y sus reglas complementarias. Es cosa conocida que, aunque algo se ha llevado a cabo en este terreno en los últimos años, es muy poco si se tiene en cuenta el conjunto de la negociación colectiva.

A estos efectos, conviene recordar que en los Acuerdos Interconfederales suscritos se han incluido algunas previsiones sobre la materia, pero muy insuficientes. Así, para no mencionar sino los más recientes, el firmado el 4 de marzo de 2005 para la negociación de ese año, prorrogado luego el 26 de enero de 2006 para este último, incluye en su Capítulo IX la cláusula en el que los firmantes se comprometen a "analizar la estructura de la negociación colectiva del sector correspondiente, estatal o de ámbito inferior, así como la articulación de materias entre los distintos ámbitos negociales" y a "adoptar las decisiones que correspondan respecto al ámbito apropiado para el tratamiento de las materias que integran el convenio colectivo, de forma tal que una posible articulación de las mismas incida en una mejor aplicación y eficacia de lo pactado." Posteriormente, en el Acuerdo suscrito el 9 de febrero de 2007 para la negociación colectiva de ese año, su Capítulo IX repite en términos literales ese mismo texto, sin que al parecer sus autores hayan creído necesario actualizarlo o completarlo de acuerdo con los datos más recientes

A lo largo de este mismo texto de 2007 es posible encontrar, como era de esperar en un acuerdo de tal naturaleza, numerosas indicaciones para la negociación colectiva en toda una serie de materias propias de ésta: salarios, empleo, formación, flexibilidad, información y consulta, subcontratación, teletrabajo, igualdad de trato, seguridad y salud, responsabilidad social de las empresas. Pero sorprendentemente y en patente contradicción con lo establecido en el Capítulo IX del Acuerdo de 2005 y del mismo Acuerdo de 2007, tales indicaciones se refieren en general a la negociación colectiva, sin especificar en ningún caso el nivel que se considera adecuado para ello ni mencionar la posible utilización de una adecuada técnica de articulación.

Ante la criticable situación de la estructura de la negociación colectiva española, sobre la que este tipo de Acuerdos podría actuar de una manera decidida y eficaz – y así está planteado en el repetido artículo 83.2 ET —, me parece una actitud en exceso tímida. Hasta el punto de que las citadas afirmaciones del Capítulo IX quedan reducidas a un *flatus vocis* o, como mucho a un deseo piadoso sin mucha

conexión con la realidad. Dato que contrasta con la atención prestada en estos Acuerdos a otras cuestiones procedimentales y de contenido, en un apretado texto que se extiende a lo largo de más de diez páginas del Boletín Oficial de Estado. Y que contrasta igualmente, también hay que indicarlo, con las repetidas expresiones de autosatisfacción que contienen los textos que ahora se comentan.

CONCLUSIÓN

Las consideraciones anteriores han permitido comprobar que los distintos componentes o niveles de la estructura de la negociación son en buena medida determinantes de la orientación y del carácter del contenido de los acuerdos a que se llegue. En algunos casos incluso puede advertirse entre aquéllos y éstos una relación directa de causa a efecto, en el sentido de que lo que se lleva al texto convenido responde a exigencias de un determinado ámbito. Se comprueba tal relación desde luego si se diferencia entre las respectivas funciones que están llamados a cumplir por su parte el convenio de empresa o ámbito inferior y el convenio sectorial, sea éste de uno u otra extensión territorial. Funciones propias de cada nivel que pueden consumarse de manera razonable en algunos casos pero que en otros – y esto es con toda probabilidad algo más frecuente de lo deseable en la negociación colectiva española actual – quedan atendidas de manera incorrecta, con resultados negativos y perjudiciales para el conjunto de los acuerdos conseguidos.

Es un dato incuestionable que los defectos de la estructura de la negociación colectiva española, advertidos y subrayados por los propios interlocutores sociales desde hace años, no han merecido hasta el momento más que una muy insuficiente atención. En el terreno de la centralización de determinados contenidos y de su correcta articulación con lo negociado en los ámbitos inferiores queda mucho por hacer y lo es por parte de los propios interlocutores sociales, que hasta ahora no han querido o no han sabido aprovechar la oportunidad ofrecida por la ley para cumplir estas tareas. Es posible proponer, en una línea *de lege ferenda*, la insistencia y ampliación de algunas indicaciones de fomento por parte de la ley, siempre con el obligado respeto de la libertad de negociación, para conseguir que los sujetos de la negociación intensifiquen en mayor medida su esfuerzo de mejora de la estructura y del contenido de los acuerdos.

Ninguna medida legal será eficaz sin embargo si los sujetos llamados a acordar los convenios del más alto nivel no están dispuestos a asumir tal responsabilidad, actuando de manera decidida como se lo permite la ley. La capacidad de influencia de esta última debe mantenerse y aún incrementarse si es necesario; pero la calidad final de la estructura de la negociación y del contenido de los convenios será el resultado de las decisiones y de la actividad de los propios negociadores. Decisiones y actividad que presentan todavía en el sistema actual numerosos defectos y excesivas insuficiencias.

La Negociación Colectiva, piedra angular del sistema de relaciones laborales, es el objeto principal de la presente obra colectiva. En su doble faceta, como fuente formal y material del Derecho, se abordan en este volumen diferentes aspectos de la institución por parte de un conjunto de profesores e investigadores especializados adscritos a las distintas Universidades andaluzas.

Con el denominador común de la necesaria actualidad de las cuestiones objeto de análisis, sea por razón de su problemática aplicativa, sea por la irrupción de las últimas e importantes novedades legislativas (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, Estatuto Básico del Empleado Público, Estatuto de Trabajo Autónomo, entre otras), el análisis se estructura en torno a tres ponencias generales que versan respectivamente sobre: los sujetos protagonistas del proceso, la estructura y articulación de sus productos y el contenido de los convenios colectivos. Ponencias en las que se repasan, junto con la casi treintena de comunicaciones que las complementan, de forma exhaustiva cada una de estas facetas de la negociación.

El presente volumen recoge así los trabajos presentados y debatidos en las XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales desarrolladas los días 20 y 21 de noviembre de 2008 en la ciudad de Antequera.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

JUNTA DE ANDALUCIA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO